

# IDEAL

*Direito Notarial e Registral*

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza  
(coordenador)

# IDEAL

# Direito Notarial e Registral

São Paulo  
Quinta Editorial Ltda  
2010

IDEAL  
Direito Notarial e Registral

**IDEAL Direito Notarial e Registral**  
**Coordenador Editorial:**

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza:  
diretordergi@institutoalbergaria.com.br

**Conselho Editorial:**

Valestan Milhomem da Costa, Valmir Gonçalves da Silva,  
Renato Luiz Gonçalves Cabo, Dario Paulo de Sousa Junior,  
Leandro Botelho dos Santos e Carolina Rodrigues da Silva.

**Editores:**

Sérgio Jacomino: jacomino@quintaeditorial.com.br  
Aline Takemura: aline@quintaeditorial.com.br

**Copidesque:**

Fátima Rodrigo: fatirodrigo@gmail.com

**Revisão:**

Diva Cleide Calles: dccalles@gmail.com

**Design gráfico e projeto editorial:**

Larissa Ohori: lariohori@gmail.com

**Capa:**

Íris Jacomino: irisjacomino@gmail.com

**Impressão e acabamento:**

CORPRINT GRÁFICA E EDITORA LTDA.

**Imagens:**

Carta de poder concedida ao Capitão-Mór, Martim Afonso  
de Souza, para criação de cargos de tabeliães em 1534.

Scriptorium Monk at Work. (From Lacroix.)

Imagem do projeto de Liam R. E. Quin, www.fromoldbooks.org,  
utilizada com permissão.

**ISBN: 978-85-63600-00-4**

IDEAL Direito Notarial e Registral, criada por iniciativa de  
notários e registradores, titulares e prepostos, da Região dos  
Lagos, Estado do Rio de Janeiro, como resultado de antigo  
anseio, e mediante incentivo do seu patrono, Dr. Antonio  
Albergaria Pereira (*in memoriam*), de se criar em cada  
comarca uma biblioteca e um centro de estudos de Direito  
Notarial e Registral. A proposta veio a público através do  
Boletim Cartorário, integrante da Revista Diário das Leis  
Imobiliário, 2º Decêndio Julho/2007, nº 20, pág. 33.



Instituto de Registro  
Imobiliário do Brasil

QUINTA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO 7

SOBRE OS AUTORES 11

**TEXTOS DO 1º ENCONTRO DE CABO FRIO**

- . Ata Notarial – Sua utilidade no cenário atual – Distinção das Escrituras Declaratórias 16
- . A certificação digital na atividade notarial: segurança e utilização 42
- . Novas Perspectivas de Atos Notariais: Usucapião Extrajudicial e sua Viabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro 48
- . A promessa de compra e venda e os reflexos das inovações do Código Civil de 2002 nas atividades notarial e registral 78
- . Cessão de direitos hereditários. Casos para sua lavratura em consonância com o art. 1.793 do CCB 100
- . Carta de Cabo Frio – Reserva Legal 108

**DOCTRINA NACIONAL**

- . Protocolo eletrônico – primeiras reflexões 116

# Índice

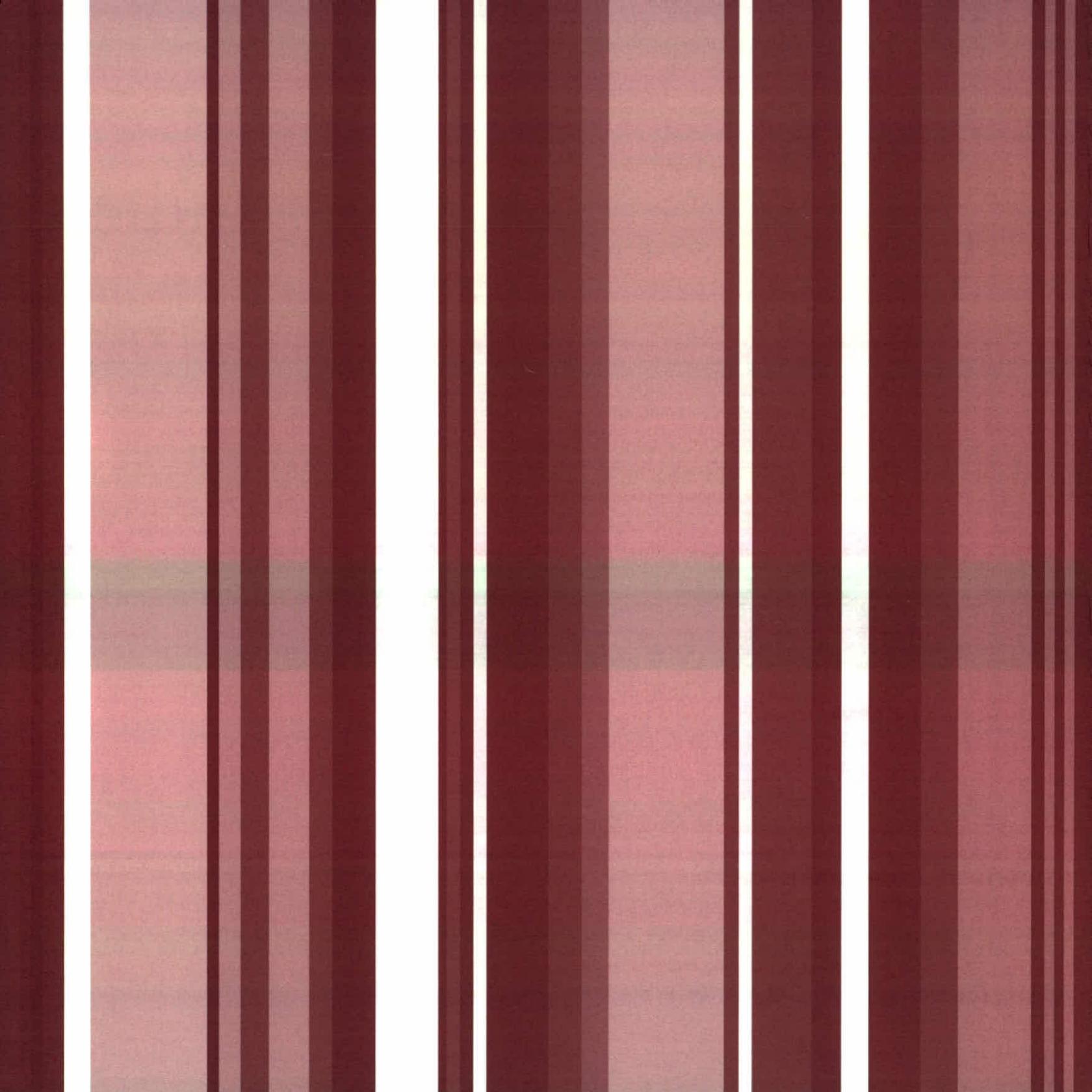
- . Protocolo eletrônico no registro imobiliário 132
- . Algumas facetas do condomínio edilício e da incorporação na atividade notarial e no registro de imóveis 149
- . A propriedade imobiliária no Brasil: conciliação entre desenvolvimento agropecuário e preservação ambiental. Proteção Registral para a atividade agropecuária e espaços protegidos ambientalmente 172
- . Algumas considerações sobre a comunicação de bens e suas repercussões no registro de imóveis 194
- . Usucapião Administrativa 210

## **DOCTRINA INTERNACIONAL**

- . El Fortalecimiento institucional de los registros de la propiedad 252
- . O registro de ações e decisões judiciais – Qualificação do registro e os poderes do registrador 279

## **DECISÕES ADMINISTRATIVAS**

- . Consulta sobre a interpretação constitucional melhor aplicável ao art. 237-A da Lei 6.015/73 302
- . Consulta acerca da cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza -ISSQN dos prestadores de serviço notariais 311



# Apresentação

O Instituto de Estudos Albergaria – IDEAL foi criado por iniciativa de notários e registradores, titulares e prepostos, da Região dos Lagos, Estado do Rio de Janeiro, como resultado de antigo anseio, e mediante incentivo do seu patrono, Dr. Antonio Albergaria Pereira (*in memoriam*), de se criarem em cada comarca uma biblioteca e um centro de estudos de Direito Notarial e Registral. A proposta veio a público através do Boletim Cartorário, integrante da Revista Diário das Leis Imobiliário, 2º Decêndio Julho/2007, nº 20, pág. 33.

Em 31 de dezembro de 2007, em Assembléia Geral realizada no 1º Ofício de Cabo Frio, Valestan Milhomem da Costa, Valmir Gonçalves da Silva, Renato Luiz Gonçalves Cabo, Dario Paulo de Sousa Junior e Luiz Henrique Bittencourt criaram o Instituto de Estudos Notariais e Registrais – Tabelião Antonio Albergaria Pereira, que adota a denominação simplificada de Instituto de Estudos Albergaria – IDEAL.

A escolha do nome do Dr. Antonio Albergaria Pereira para identificar o Instituto justifica-se por ter sido ele destacado incentivador do estudo do Direito Notarial e Registral no Brasil, seja fomentando questões para estudo e discussão, seja valorizando os esforços dos estudiosos da área, sobretudo daqueles que publicam o resultado de seus estudos em benefício da classe.

Também contribuíram a credibilidade, o prestígio, o respeito e a seriedade que emanam da referência ao nome de Antonio Albergaria Pereira, que recebeu do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB a medalha Júlio Chagas; do Colégio Notarial do Brasil, Seção São Paulo – CNB-SP, o título de Tabelião Honorário; da Associação dos Serventuários da Justiça do Estado de Minas Gerais – SERJUS, a criação da comenda Tabelião Antonio Albergaria.

Antonio Albergaria Pereira publicou obras, como *O Que Você Deve Saber sobre Escrituras em Cartório; Pública Forma no Direito Notarial; A Constituição Coragem e o Notariado Brasileiro; Comentários à Lei nº 8.935 – Serviços Notariais e Registrars; Minha Vivência no Notariado Paulista e Serviços Notariais Vinculados aos Registros Imobiliários – Teoria e Prática*, e centenas de artigos, sempre voltados para a promoção e defesa dos serviços notariais e registrars.

Para utilização de seu nome, Dr. Albergaria concedeu ao IDEAL expressa autorização escrita.

Em sintonia com os ideais do seu patrono, o IDEAL tem por objetivos:

- a)** Promover o estudo de temas relacionados ao direito notarial e registral;
- b)** Manter uma biblioteca com ênfase em temas do direito notarial e registral;
- c)** Difundir para a sociedade, sobretudo para profissionais do direito, a relevância e a segurança jurídica dos serviços notariais e registrars;
- d)** Integrar os delegatários e seus prepostos.

Consoante os objetivos do Instituto, publica-se *IDEAL Direito Notarial e Registral*, de periodicidade anual, em parceria com a *Quinta Editorial*, para divulgação de textos que, embora especialmente voltados à atividade notarial e registral, se pretende atendam à comunidade jurídica em geral, e não apenas a tabeliães e registradores. As publicações trarão os trabalhos apresentados nos eventos promovidos pelo IDEAL, textos de doutrina nacional e internacional, e decisões judiciais e administrativas de interesse dos profissionais do direito que militam na esfera do direito notarial e registral.

O primeiro volume traz os trabalhos apresentados no I Encontro de Notários e Registradores na Região dos Lagos, que teve como tema a segurança jurídica, realizado nos dias 3 e 4 de outubro de 2008; textos sobre temas atuais, como os relacionados à Lei 11.977/09 e ao meio ambiente; abalizada doutrina internacional da Espanha e de Portugal; e duas importantes decisões administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sobre a aplicação do art. 237-A da Lei 6.015/73 e a cobrança do ISSQN de notários e registradores.

O IDEAL agradece aos colaboradores que permitiram a publicação deste primeiro volume, cedendo gratuitamente seus textos, e enaltece o espírito acadêmico de todos, irmanados no mesmo e exclusivo propósito de divulgar o estudo do direito notarial e registral.

Cabo Frio, dezembro de 2009.

Valestan Milhomem da Costa – Presidente

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Coordenador Editorial ■



# Sobre os autores

## Ângelo Volpi Neto

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; titular do 7º Tabelionato de Curitiba; diretor para Novas Tecnologias do Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil; conselheiro honorário e membro da Comissão de Informática e Seguridade Jurídica da União Internacional do Notariado – Roma, Itália; vice-Presidente da ANOREG – BR (Associação de Notários e Registradores do Brasil); autor dos livros: *Comércio Eletrônico Direito e Segurança*, Ed. Juruá, e *A Vida em Bits*, Editora Aduaneiras, SP; colunista da Revista Document Management e do Jornal do Estado; professor convidado de Pós-Graduação em Direito da Informática da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, do Instituto Brasileiro de Estudos – IBEST, e da UNISINOS, Rio Grande do Sul

## Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza

Tabelião e registrador do 2º Ofício de Teresópolis, Rio de Janeiro; especialista em direito registral imobiliário pela PUC Minas e pela Faculdade de Direito da Universidade de Córdoba, Espanha; Diretor de Relações Internacionais do IRIB

## Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho

Tabelião e registrador do 1º Ofício de Volta Redonda, Rio de Janeiro

#### Fernando de la Puente Alfaro

Registrador na Espanha e ex-diretor de Relações Internacionais do Colégio de Registradores da Espanha

#### João Pedro Lamana Paiva

Registrador e tabelião do Tabelionato de Protesto de Títulos da Comarca de Sapucaia do Sul, RS; especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC Minas Gerais; graduado em Direito Registral pela Faculdade de Direito da Universidade Ramón Llull ESADE – Barcelona, Espanha; professor da disciplina de Direito Registral e Notarial; vice-Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB; membro do Comitê Latinoamericano de Consulta Registral

#### João Teodoro da Silva

Tabelião do 6º Ofício de Notas de Belo Horizonte, Minas Gerais

#### Luciano Lopes Passarelli

Mestre e doutorando em Direito Civil (PUC-SP); professor de Direito Notarial e Registral Imobiliário; coordenador editorial do IRIB, Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Batatais, SP

#### Marcelo Augusto Santana de Melo

Registrador imobiliário em Araçatuba, São Paulo; especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Córdoba, Espanha e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; diretor de Meio Ambiente da ARISP e do IRIB

#### Melhim Namem Chalhub

Advogado e professor; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; autor dos livros *Direitos Reais*, Editora Forense, *Negócio Fiduciário, Da Incorporação Imobiliária, Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos*, Editora Renovar, entre outros

#### Mónica Jardim

Membro da direção do CENOR (Centro de Estudos Notariais e Registas)

da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); assistente da Faculdade de Direito de Coimbra; regente da disciplina de Direito dos Registos e do Notariado e responsável pelas aulas práticas de Direito das Coisas na mesma faculdade; mestre em Direito Civil; realiza a tese de doutoramento sobre direitos reais e direito de registro

#### Sylvio Capanema de Souza

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado), advogado

#### Valestan Milhomem da Costa

Tabelião e registrador substituto do 1º Ofício de Cabo Frio, Rio de Janeiro; especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC - Minas; autor do livro *A Alienação Fiduciária no Financiamento Imobiliário*, Editora Safe, e de artigos publicados pelo IRIB, pelo Boletim de Direito Imobiliário-BDI, pela Jusnavigandi, pela Revista de Direito Imobiliário - RDI, Editora RT, e professor convidado nos cursos de Pós-Graduação do INOREG, do IBEST e do Instituto Luiz Flávio Gomes - LFG ■

Textos do 1º encontro  
de Cabo Frio

# Ata Notarial

Sua utilidade no cenário atual  
Distinção das Escrituras Declaratórias

---

João Teodoro da Silva (\*)

## 1 - Noções introdutórias

Para se ter boa noção do uso especializado da palavra *ata* na expressão de cunho jurídico *ata notarial*, assim como para situar sua lavratura no conjunto das atribuições do tabelionato de notas no Brasil, algumas aproximações e distinções de significado se fazem necessárias, a começar por *ato*, *auto* e *ata*, passando por *fato jurídico*, *ato jurídico* e *negócio jurídico*, em seguida por *documento*, *instrumento*, *instrumento público* e *instrumentos públicos notariais*, daí se chegando à classificação dos atos notariais e, dentre eles, isolando a *ata notarial* como objeto destes apontamentos.

### 1.1. Ato – Auto – Ata

Ato tem origem na palavra latina *actu(m)*, forma nominal proveniente do supino do verbo *agere* (*ago, agis, egi, actum, agere*), que significa, entre inúmeras outras acepções: agir, atuar, exercer atividade e, por extensão, fazer. Daí o sentido etimológico de ato: aquilo que se fez, feito, e, por extensão, o que se está fazendo, o que se faz ou se pode fazer; ação, procedimento, cerimônia, solenidade, declaração, manifestação da vontade humana; manifestação da vontade do agente para aquisição, alteração ou perda de direitos; documento redigido segundo determinada fórmula e suscetível de produzir consequências jurídicas; decisão, deliberação ou determinação do poder público; documento público em que se exprime decisão de uma autoridade, etc.

*Auto* tem a mesma origem de *ato*, só que se apresenta com variante gráfica de *acto*, popularizada no idioma português antigo, exemplarmente na obra literária do poeta e dramaturgo renascentista GIL VICENTE (*Auto dos reis magos, Auto da sibila Cassandra, Auto da barca do inferno, Auto da barca do purgatório, Auto da barca da glória, Auto da lusitânia*, etc.). Nota-se que, ainda hoje, cada parte de uma peça teatral é chamada de ato. A palavra antiga *auto* (variante de *acto*) adquiriu a acepção jurídica de narrativa escrita, circunstanciada e autenticada de qualquer atividade ou diligência judiciária

---

(\*) O autor é tabelião do 6º Ofício de Notas de Belo Horizonte, especialista em Direito Notarial e Registral.

(auto de penhora, auto de arrematação, etc.), administrativa (auto de infração), ou notarial (auto de aprovação de testamento cerrado). O seu plural, autos, veio a significar o conjunto ordenado das peças de um processo.

*Ata*, por sua vez, é a mesma palavra *actu(m)*, usada no plural neutro (*acta*) com o sentido etimológico de ações, feitos, coisas feitas, daí passando a significar registros ou assentamentos de decisões e depois relato escrito do que se passou numa reunião, sessão, convenção, assembleia, congresso, etc.

Portanto, *ato*, *auto* e *ata* originariamente queriam expressar ideias semelhantes ou afins, com a circunstância de que *ata* trazia uma noção de pluralidade que o tempo afastou e deu ensejo à formação do plural *atas*, de uso bastante comum, como figura na expressão livro de atas. Ao verbete *ata* o dicionário *Novo Aurélio Século XXI* ainda alude com o mesmo sentido técnico-jurídico de autos na expressão: o relator leu as atas do processo.

Do significado primário de indicar nominalmente a ação (*actio*), contida no verbo *agir*, a actuação, o exercício da actividade, o fazer, a palavra *acto*, em seu itinerário semântico, veio a designar o resultado da ação. E, assim, no mundo do Direito, cunhou-se a expressão ato jurídico para dar a ideia de manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos queridos por seu agente ou seus agentes. Apresenta-se então sob dupla face: o ato jurídico no sentido substancial, ou seja, a manifestação das relações jurídicas em seu conteúdo, para perpetuação e segurança das quais se faz mister seja materializado por meio do ato jurídico no sentido formal, que é o continente, ou seja, o instrumento que dá visibilidade ao conteúdo.

## 1.2. Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio jurídico

Fato é todo evento, acontecimento. Quando algo acontecido tem repercussão na esfera do Direito, diz-se que é um fato jurídico, porquanto todo direito se origina de um fato (*ex facto jus oritur*). Consoante a definição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, completando a de SAVIGNY, “fatos jurídicos são acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas” (Instituições, vol. I, tópico 78; 1978,1:396-397).

Eles se apresentam sob duas modalidades:

#### 1.2.1. Fatos jurídicos naturais, que são:

– provocados por fenômenos da natureza, quando estes repercutem na órbita do Direito; – involuntários, isto é, não dependem da vontade humana, ou para os quais ela concorre sem ser a causa determinante.

**Exemplos:** chuva, raio, tempestade e deslocamento de cursos d'água por aluvião; nascimento e morte (o nascimento de uma criança pressupõe a vontade humana e esta pode influir quanto à morte, mas não determina o acontecimento).

#### 1.2.2. Fatos jurídicos humanos, que são:

– provocados pelo ser humano; – voluntários.

**Exemplos:** atos jurídicos, que produzem efeitos lícitos segundo a vontade do agente, e atos ilícitos, que produzem efeitos nocivos por vício de vontade do agente, ou seja, implicam deveres reparatórios e acarretam sanções para ele.

Isolando, no amplo espectro dos fatos jurídicos, os provocados pelo ser humano e, dentre eles, tão somente os atos jurídicos, portanto lícitos, estes também se mostram sob duas facetas:

**a) ATOS JURÍDICOS EM SENTIDO AMPLO**, que alcançam todas as manifestações de vontade conducentes a estabelecer, alterar ou extinguir relações jurídicas, a incluírem eles, pois, os atos que se realizam independentemente de declaração de vontade do agente e que, por isso mesmo, podem, com base no art. 185 do Código Civil em vigor, ser designados ATOS JURÍDICOS NÃO NEGOCIAIS.

**Exemplos, em matéria de direito privado:** o abandono de uma coisa por seu proprietário e o empossamento de um bem com ânimo de se tornar dono.

**Exemplos no âmbito instrumental do tabelionato de notas:**

as atas notariais, as autenticações notariais de documentos avulsos, os traslados e as certidões, que são atos do ofício sem conteúdo negocial.

**b) ATOS JURÍDICOS EM SENTIDO ESTRITO**, que são os ATOS JURÍDICOS NEGOCIAIS, ou melhor, NEGÓCIOS JURÍDICOS, em seus dois polos: b.1 – NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS, resultantes de declarações unilaterais de vontade.

**Exemplos:** renúncia de usufruto e testamento.  
b.2 – NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS, resultantes de declarações de vontade de partes em posições distintas, mas em convergência para o mesmo fim.

**Exemplos:** os contratos em geral.

Na atividade notarial, importa ressaltar, desde já e por questão de princípio, que tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais se formalizam mediante o mais importante ato do ofício, que é a escritura pública.

À cata de precisão terminológica com referência ao significado de ato jurídico, quis defini-lo o art. 81 do Código Civil de 1916, ao dispor que é todo ato lícito com o fito imediato de “adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Dessa definição prescindiu, todavia, o Código Civil vigente. Posto que, no citado artigo 81, se cuidou de dar realce ao ato jurídico em sentido estrito, aquela definição legal, em vista disso, também se aplicava e continua aplicando-se ao negócio jurídico. Assim, com o acréscimo de uma expressão, negócio jurídico pode ser definido como todo ato lícito que contenha declaração de vontade e

tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Porque, na compreensão de respeitáveis civilistas, ato jurídico e negócio jurídico são nuanças de uma só realidade. Mas, considerando a expressão negócio jurídico, portadora de conceito já assente na doutrina e de ser mais técnica do que a expressão ato jurídico, os elaboradores da reforma do Código Civil – chegada a termo mediante a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, – fizeram duas opções: omitir a definição legal e disciplinar a matéria sob a designação de negócio jurídico (livro III, título I, capítulos I a V, arts. 104 a 184), dedicando aos atos jurídicos não negociais apenas o art. 185, para aí consignar “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”, ou seja, as relativas aos negócios jurídicos.

Distingue a doutrina, entretanto, e entende que a conceituação de ato jurídico tem sentido abrangente das esferas do direito público e do direito privado, compreendendo atos de conteúdo legislativo, administrativo e jurisdicional, assim como atos sob o ponto de vista apenas formal, consistentes em atos judiciais, notariais e registrários, de um lado; de outro, atos contratuais, de declaração unilateral de vontade e até mesmo de manifestação volitiva não externada em declaração expressa. Os atos jurídicos, portanto, tomada a expressão em seu significado amplo, contêm sempre manifestações de vontade aptas a produzir seus efeitos, mas nem sempre se trata de exteriorização volitiva tendente a produzir os efeitos jurídicos desejados, pois tanto uma lei como um regulamento administrativo quanto uma sentença – atos de autoridade – trazem consequências jurídicas que independem de ser queridas

ou não por alguém ou por uma coletividade. Num esforço de sintetizar a diferenciação, CAIO MÁRIO (1978,1:412), ensina que a noção do ato jurídico *lato sensu* abrange as ações humanas, tanto aquelas que são meramente obedientes à ordem constituída, determinantes de consequências jurídicas *ex lege*, independentemente de serem ou não queridas, como aquelas outras declarações de vontade, polarizadas no sentido de sua finalidade, hábeis a produzir efeitos jurídicos queridos.

A esta segunda categoria, constituída de uma declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado, é que a doutrina tradicional denominava ato jurídico (*stricto sensu*), e a moderna denomina negócio jurídico.

Leciona ainda CAIO MÁRIO (1978, 1:413) que a expressão ato jurídico “é um valor semântico abrangente de um conceito jurídico mais amplo, compreensivo de qualquer declaração de vontade, individual ou coletiva, do particular ou do Estado, destinada à produção de efeitos”. Tomada, porém, a expressão ato jurídico em sentido estrito, com o significado de declaração de vontade apta a produzir os efeitos jurídicos queridos, tem-se que, nesta acepção, as noções de ato jurídico e negócio jurídico se aproximam. E, então, CAIO MÁRIO considera que “o negócio jurídico deve ser compreendido como uma espécie dentro do gênero ato jurídico”.

Reafirma-se que, no negócio jurídico, o ponto fundamental é a declaração de vontade apta a produzir os efeitos jurídicos queridos. Pois nem sempre ela se faz presente na caracterização do ato jurídico, haja vista que, em certas circunstâncias, configuram-se atos jurídicos decorrentes de um comportamento, os quais, por causa dessa peculiaridade, prescindem da declaração volitiva. Explicou isso com clareza LEIB SOIBELMAN (1973, 2:409-410), no tópico de seu *Dicionário* onde, ao discorrer sobre a expressão negócio jurídico em consonância com a lição de DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, refere que a teoria do negócio jurídico, uma criação dos juristas alemães com grande aceitação pelos italianos, “se originou da observação de que existem atos jurídicos que não se externam sob a forma de uma declaração de vontade, embora produzam modificações no mundo externo, tais como a ocupação, a tradição, a gestão de negócios alheios,

etc., atos lícitos e voluntários, cujos efeitos decorrem da lei, independente de saber se o indivíduo os previu ou desejou”. E, comparando, distingue: “Já os negócios jurídicos decorrem sempre de uma previsão e uma intenção resultantes de uma declaração de vontade”.

No entanto, com subsídio nas lições de ORLANDO GOMES e VICENTE RÁO, prognosticando em sentido contrário à orientação que veio a ser seguida pelos juristas elaboradores da reforma do Código Civil, ressaltou o mesmo LEIB SOIBELMAN, no primeiro volume de seu *Dicionário* (1973, 1:68-69) e, no tópico destinado ao ATO JURÍDICO NEGOCIAL, que “a doutrina do negócio jurídico constitui um labirinto, um quebra-cabeça criado pelos alemães e no qual os italianos estão se envolvendo a fundo. Quando a confusão aumentar os italianos vão acabar abandonando o problema com o velho argumento de que é preciso voltar à clareza latina, como já aconteceu com tantos problemas da ciência do direito”. O prognóstico, aqui no Brasil, não vingou, pois aí está o Código Civil reformado, que pretendeu descartar a expressão ato jurídico e prestigiar a designação de negócio jurídico, mas sem alcançar prescindir nem de uma nem de outra. Como quer que seja, indica a doutrina contemporânea ser no contrato onde se vê com mais clareza a figura do negócio jurídico.

Assim, para que se situe o negócio jurídico com relação à amplitude do conceito e tomando como exemplo o contrato, tem-se que o conceito de fato jurídico é mais amplo que o de ato jurídico, o qual é mais amplo que o de negócio jurídico, o qual é mais amplo que o de contrato.

Visto que os atos jurídicos em acepção estrita consubstanciam negócios jurídicos, dos quais é indissociável a declaração de vontade em busca de um resultado lícito, e, ainda mais, que, sob o aspecto subjetivo, certas atitudes do ser humano configuram atos jurídicos em sentido amplo, embora não resultem de declaração volitiva, mas pressuponham manifestação de vontade por outros meios que não a fala ou o escrito, a exemplo da apropriação de um bem de dono desconhecido (postura ativa) e, em certos casos, do silêncio (postura passiva, como pode ocorrer na aceitação de liberalidade), importa ressaltar que, para o Direito Notarial, interessam, por sua relevância, os atos jurídicos em

estrito sentido, ou seja, os atos jurídicos negociais ou precisamente negócios jurídicos, mas mesmo estes quando resultantes de declaração de vontade expressa por escrito, nos casos em que devem (por exigência legal) ou podem (à livre escolha dos interessados) assumir a forma de atos notariais, mediante escritura pública da autoria de especializado profissional do direito, a saber: o notário com as atribuições, no Brasil, de tabelião de notas.

### 1.3. Documento – Instrumento – Instrumento público – Instrumentos públicos notariais

*Documento* é palavra que, empregada em sentido amplo, significa o meio exterior de perpetuar a existência de um fato ou de uma coisa. Nesta acepção, diz-se documento histórico, por exemplo. Mas a palavra é comumente empregada em sentido jurídico restrito para indicar o meio exterior de perpetuar a existência de um fato jurídico, de um ato jurídico, especificamente de um negócio jurídico, ou, ainda, de coisas que sejam ou possam tornar-se objeto de relação jurídica, a saber: mapas, plantas topográficas, projetos arquitetônicos, desenhos, croquis, fotografias, gravações, etc.

O documento escrito, quanto à sua origem, classifica-se em particular e público. O primeiro formalizado sem a interferência de agente do poder estatal, ao passo que o segundo é aquele expedido por agente estatal. O documento escrito, no âmbito jurídico, é chamado tecnicamente de instrumento. Nesse sentido, diz o art. 653 do Código Civil atual (correspondente ao art. 1.288 CCiv/1916) que a “procuração é o instrumento do mandato”.

À palavra documento, oriunda do latim *documentu(m)*, cuja raiz está no verbo *docere* (*doceo, doces, docui, doctum*), com o significado de ensinar, atribui-se sentido mais amplo que à palavra *instrumento*. Esta, por sua vez, proveniente do latim *instrumentu(m)*, cuja raiz é a mesma do verbo *instruere* (*instruo, instruis, instruxi, instructum*), com a acepção de instruir, está tão próxima do sentido daquela (ensinar-instruir) que, na linguagem jurídica corrente, são ambas usadas em sinonímia.

O instrumento, à feição do documento, classifica-se em particular e

público. Por instrumento particular se entende o documento escrito que é feito e assinado ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens (art. 221 CCiv/2002, correspondente ao art. 135 CCiv/1916), enquanto por instrumento público se deve conceber o documento escrito cuja autoria é de agente do poder estatal.

O instrumento público, tomado como gênero, se subdivide em instrumento público judicial e instrumento público extrajudicial (administrativo, notarial e registrário), compreendendo várias espécies. A título de exemplo, são apontadas as mais tradicionalmente conhecidas a seguir: a) o conjunto dos atos processuais e cada um deles considerados de *per si*, especialmente carta de sentença, de arrematação ou de adjudicação, formal de partilha e certidão extraída dos autos judiciais ou expedida em decorrência deles pelo escrivão; b) a escritura lavrada pelo tabelião de notas em livro próprio; c) o auto da lavra de tabelião para aprovar testamento cerrado e a anotação dessa ocorrência em seu livro de notas; d) o traslado extraído e a certidão expedida pelo tabelião de notas; e) o reconhecimento de firma feito e a pública forma expedida pelo tabelião de notas (ou seja, a vulgarizada autenticação de cópia de documento avulso); f) o instrumento de protesto de título, o seu registro em livro do tabelião de protesto e a certidão por ele expedida; g) os registros públicos a que se referem as legislações civil e mercantil; h) as certidões expedidas pelas serventias registrárias e por outras repartições de registro público; i) as certidões, os certificados e os demais documentos expedidos por repartições públicas.

Revendo, sob a óptica da ordem de importância, o elenco exemplificativo das espécies do gênero instrumento público, pode-se afirmar com segurança que a escritura pública é a sua principal modalidade. Tanto é que a expressão instrumento público foi e continua sendo constantemente empregada em vez de escritura pública.

No rol dos instrumentos públicos, para o interesse desta exposição, sobressaem os instrumentos públicos notariais, em cuja referência, nas alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, não se acha incluída a ata notarial, porque a listagem agrupou espécies tradicionalmente conhecidas no direito brasileiro, o que não é o caso da ata notarial, modalidade nova entre nós

que urge difundir e valorizar, pois ela está prevista na Lei dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994), entre os atos atribuídos aos tabeliães de notas, no art. 7º, III. Antes, porém, era praticada como algo inerente às praxes do notariado de tipo latino e, a seu respeito, já havia um precedente implícito de ata notarial no Código de Processo Civil de 1973, cujo art. 364 preceituou: “O documento público faz prova não só de sua formação, mas também dos **fatos** que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que **ocorreram em sua presença**”. Logo, o que está faltando é conscientizarem-se de sua importância os notários, os magistrados, os juristas e os demais operadores do direito.

#### 1.4. Classificação dos atos notariais – Instrumentos públicos notariais

Os atos notariais ou atos do ofício de tabelião, segundo o linguajar tradicional brasileiro, se materializam mediante instrumentos públicos notariais. E, numa visão esquemática, podem ser eles classificados assim:

##### 1.4.1. Atos notariais principais – Instrumentos públicos notariais principais:

- escritura pública, incluindo a de testamento e a de procuração;
- ata notarial, incluindo o auto de aprovação de testamento cerrado (arts. 1.868 e 1.869 CCiv/2002, correspondente ao art. 1.638, IV a XI, CCiv/1916) e a consequente anotação sucinta dessa ocorrência em livro de notas (art. 1.874 CCiv/2002, correspondente ao art. 1.643 CCiv/1916).

##### 1.4.2. Atos notariais derivados – Instrumentos públicos notariais derivados, que reúnem a autenticação de documento avulso mediante:

- reconhecimento de firma;
- pública-forma (atualmente conhecida como autenticação de cópia).

##### 1.4.3. Atos ou instrumentos públicos notariais complementares:

- traslado;
- certidão.

Essa classificação se coaduna com o disposto na primeira parte do art. 144 do Regulamento Notarial Espanhol, a saber: “Artículo 144. El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio.”

## 2 - Ata notarial e sua importância – Diferenciação da escritura pública

Todos estes apontamentos até agora feitos servem de prolegômenos para discorrer sobre a ata notarial; e a classificação aqui apresentada tem em mira situá-la no conjunto dos instrumentos públicos notariais. Ressalva-se, entretanto, que, ao incluí-la entre os instrumentos chamados principais, não há a intenção de nivelá-la em importância, no mundo jurídico, à escritura pública, mas simplesmente salientar-lhe os méritos enquanto ata, sem deixar de reconhecer a superioridade da escritura, à consideração de ser ela que qualifica o notariado de tipo latino, por sua multissecular excelência já sedimentada.

Pode-se mesmo asseverar que o prestígio dele se acha indissolavelmente ligado à respeitabilidade dela e vice-versa. Aliás, em matéria de escritura pública, as suas diversas modalidades também não se apresentam em mesmo patamar de valoração hierárquica, pois a de testamento se sobressai das demais, quer pela repercussão *post mortem* quer pelo inerente rigorismo formal, enquanto a de procuração tem menor relevo, dado o seu caráter de acessoriedade.

Pela escritura pública, em geral, são formalizados os negócios jurídicos, inclusive os de declaração unilateral de vontade. Ou, noutras palavras, assim refere a segunda parte do art. 144 do Regulamento Notarial Espanhol: “Artículo 144. [...]. Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestaciones de consentimiento y los contratos de todas clases.”

Trata-se, pois, a escritura pública de documento que vale por si mesmo. Ao passo que a ata notarial, em regra, se restringe à narrativa que materializa a existência de um fato jurídico. Seu conteúdo, a terceira parte do art. 144 do Regulamento Notarial Espanhol o delimita nestes termos: “Artículo 144. [...]. La órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no puedan calificarse de actos o contratos a parte de otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.”

A ata notarial serve – é verdade – como qualificado meio de prova, mas suscetível de ser sopesado pelo magistrado, no conjunto probatório de ação judicial, se for o caso. Respeitada, entretanto, uma hierarquia valorativa que decorre da natureza das coisas, a ata se reveste de toda a seriedade ínsita aos atos notariais, de qualquer natureza que sejam, uma vez que o tabelião, ao narrar nela um fato jurídico a fim de perpetuar sua ocorrência, a redige, tal como faz com a escritura pública, de *visu et auditu suis propriis sensibus*, sob o pálio da personalizada e inconfundível fé pública notarial.

Todavia, assim considerando, a sua noção alcança amplitude demasiada, pois, na realidade, todo instrumento público notarial é – ou deve ser – a

materialização de algo em forma narrativa e adstrita ao que o tabelião presencia ou presenciou, vendo e ouvindo por seus próprios sentidos. Aliás, nesse contexto, poder-se-ia especular que a ata notarial seria o gênero do qual os demais instrumentos públicos notariais se tornariam espécies, até mesmo as simples autenticações de documentos avulsos, formalizadas mediante atas em sua mais radical simplificação. Talvez haja acontecido que, vindo a afirmar-se o notariado como uma instituição social, segundo a ordem natural das coisas, antes de ser reconhecido como instituição jurídica, a sua atividade se haja desenvolvido em vista das exigências e conveniências humanas. Então, o notário se tornara redator qualificado de documentos que, por sua influência no meio social, eram chamados genericamente de instrumentos públicos. Dentre eles, viera a sobressair, como espécie, a escritura pública.

Assim, teria sido somente depois do delineamento do seu alcance na órbita das relações jurídicas que a ideia de ata notarial e sua difusão na prática, como distinta espécie de instrumento público, haveriam de corporificar por necessidade de atendimento à narrativa documental adstrita ao âmbito dos fatos. Primeiro, ela teria fincado raízes, sem a designação hoje assente, ao longo de quase um milênio da evolução do notariado, na trajetória que o fez transformar-se em relevante e especializada atividade jurídico profissional.

ARGENTINO I. NERI (1970, 3:1106) anotou, com base no *Diccionario enciclopédico Salvat*, que, no ano de 1581, se criou, na Espanha, o costume de fazer-se ata perante notário (*escribano público*), informação essa à qual aditou, citando MONLAU (*Diccionario etimológico de la lengua castellana*), que, àquela época, já era prática notarial, em fim de documento não caracterizado como escritura, apor a palavra *actum* (antecedente etimológico de *acta*), antes da indicação de lugar e data.

A realidade mostra que, já na segunda metade do século XIX, a partir da Espanha, as atas notariais adquiriram feição própria, ao merecerem acolhida legislativa e disciplina regulamentar que lhes deram *status* como espécie de instrumento público. Antes, elas provinham de praxes, usos e costumes cuja utilidade e importância o tempo sedimentou, conforme demonstram os três exemplos de sua longevidade que seguem.

O primeiro exemplo, espanhol, apresenta uma típica ata de notificação, referida por ENRIQUE GIMENEZARNAU (1976:748), ao anotar que, quando, no início do século XVI, HERNÁN CORTÉS conquistava o México em nome da coroa castelhana, don DIEGO DE GODOY, Escribano del Rey que o acompanhava, teve a incumbência de, no exercício de seu mister notarial, lavrar a ata em que, a requerimento do conquistador, dava conhecimento da sua façanha aos índios mexicanos com a admoestação a eles para que se reconhecessem súditos dos Reis de Castela. Segundo o senso crítico de hoje, tal ata poderia parecer algo jocoso, se, ao lado de evidenciar a importância do instrumento notarial, mesmo a serviço de um formalismo jurídico vazio e exacerbado, não houvesse também tido o condão de documentar um dos aspectos trágicos da conquista do solo americano pelos invasores europeus.

O segundo exemplo, português, afigura-se uma ata de declaração testemunhal e se refere a um valioso documento histórico do tempo da conquista do território brasileiro pelos lusitanos. A ele se reporta o jornalista, escritor e historiador EDUARDO BUENO em sua coleção *Terra Brasilis*, vols. I e II, nos seguintes termos: “Vinte meses após seu comovente choro na praia, Afonso Ribeiro e seu companheiro foram resgatados pela expedição que D. Manoel mandara para reconhecer a nova terra – e na qual ia, como piloto, o florentino Américo Vespúcio. Levados de volta para o reino, os dois condenados tiveram que comparecer perante o tabelião Valentim Fernandes para dar um depoimento minucioso sobre sua permanência de quase dois anos na Bahia.” [Vol. I, pág. 113].

[...] “Ao retornar a Portugal, a bordo de um dos navios da expedição de Gonçalo Coelho, Afonso Ribeiro e o outro degredado (cujo nome se desconhece) prestaram um depoimento juramentado perante o tabelião Valentim Fernandes. O documento, conhecido como Ato Notarial de Valentim Fernandes, datado de 20 de maio de 1503, guarda várias semelhanças com a carta *Mundus Novus*, que Vespúcio redigiria mais tarde, [...]. Valentim Fernandes, alemão da Morávia, era autor, editor, impressor, tradutor e tabelião público que vivia em Lisboa e fora escudeiro da rainha D. Leonor, mulher do rei D. João II e irmã do rei D. Manoel.” [Vol. II, pág. 47].

O terceiro exemplo é uma prática ancestral, de todos conhecida: a ata de aprovação de testamento cerrado, tradicionalmente designada no Brasil como auto de aprovação e com esse nome regulada minuciosamente nos arts. 1.868 e 1.869 do Código Civil. O referido auto difere das atas comuns em ao menos três peculiaridades: a) é lavrado na própria cédula testamentária; b) nele o tabelião de notas não só presencia e relata o fato, mas vai além, pois, verificando a autoria do testamento, o aprova (embora, geralmente, sem lhe conhecer o conteúdo) e ainda atua na adoção das providências indispensáveis à garantia de seu sigilo; c) em seguida a ele, lava-se necessariamente outra ata, esta sim no livro de notas, por exigência do art. 1.864 do Código Civil, com a finalidade de constar o fato da aprovação, a data certa de sua ocorrência, o lugar exato da prática do ato notarial e a entrega do testamento ao disponente.

### 3 - Subsídios à conceituação da ata notarial

O sentido de ata, na linguagem comum, é o de relato escrito que contém a narrativa de fatos ocorridos e de decisões tomadas em reuniões, sessões, convenções, assembleias ou congressos. Na linguagem jurídica, ensina WALTER CENEVIVA, em comentário ao art. 7º da Lei dos Notários e Registradores (LF nº 8.935, de 18-11-1994), que esse relato se destina à satisfação de objetivos de direito público e privado. Já em sentido mais estrito, na linguagem notarial, trata-se – acrescenta WALTER CENEVIVA (pág. 49) do mesmo relato genérico, porém, garantido pela fidelidade na narrativa dos eventos. A neutralidade e a rigorosa vinculação à verdade são essenciais, convindo que o delegado reproduza fielmente as declarações pronunciadas pelas partes, embora possa orientá-las, na área de sua competência estrita, a respeito do que pretendem fazer constar da ata.

É ainda WALTER CENEVIVA (1996:43) que, em anterior comentário ao art. 6º da Lei nº 8.935/94, referindo-se à competência notarial de autenticar fatos, salienta: “O verbo autenticar é aqui vinculado ao termo fatos. Significa a confirmação, pela autoridade da qual o notário é investido, da existência e das circunstâncias que caracterizam o fato, enquanto acontecimento juridicamente relevante. Quando certa ocorrência possa dar origem a direitos, passa a ser considerada fato jurídico, capaz de provocar efeitos em atos ou negócios jurídicos. Assim é, por exemplo, com a escritura de comparecimento, em que a parte afirma, sem contraditório, apresentar-se ao serviço notarial, dizendo estar cumprindo tal ou qual atividade, para preservar direito próprio ou de terceiro”.

Interessante é verificar que o notável jurista CENEVIVA, no mencionado comentário, alude a uma escritura pública de comparecimento com a finalidade de servir de meio de prova de fato jurídico relevante para quem se faz presente em uma serventia notarial, visando à formalização de certo negócio jurídico com outrem que não se apresenta em dia e hora preestabelecidos. É algo que costuma acontecer e para cuja comprovação, antes da Lei nº 8.935/94, era cogitável redigir-se mesmo uma escritura pública, à falta de outro instrumento adequado à circunstância. Entretanto,

com o advento daquela lei, introdutora, no ordenamento jurídico brasileiro, da ata notarial, esta se tornou o instrumento a ser redigido em tal situação.

O venerando notarialista ANTÔNIO ALBERGARIA PEREIRA (1995:31-32/35), em seus pioneiros comentários aos mesmos artigos 6º e 7º da lei em referência, assevera, em dois tópicos, um completando o outro: “Pode, pois, o notário autenticar fatos jurídicos, sejam eles naturais ou voluntários. Exemplo. O notário pode ser chamado para registrar em suas notas que um raio, atingindo um prédio, tornou imprestável seu uso pelo locatário, e, com base nesse registro notarial, irá ele postular em juízo a rescisão do contrato de locação. Aí está um fato jurídico natural que acarreta consequências jurídicas. Um notário pode ser solicitado para comparecer a uma assembleia condominial em que assuntos nela a serem decididos podem comprometer os direitos do condômino que solicitou o comparecimento do notário, para que este registre em suas notas a ocorrência desses fatos. Esses fatos são fatos jurídicos voluntários. Essa competência os notários atuais a possuem por força de expresso texto de lei. Isso talvez venha causar espécie a muitos notários, afeitos mais a lavrar em suas notas escrituras de venda e compra de imóveis. A gama de fatos jurídicos, sejam naturais ou voluntários, que podem ocorrer, é imensa. O importante é que os notários atuais tenham consciência dessa importante competência que a lei lhes dá para autenticar fatos jurídicos. [...]. Aí está uma inovação estabelecida na apreciada lei. Essa competência notarial leva-nos a conceituar ata notarial como sendo o registro pelo notário em seu livro de notas da ocorrência de um “fato jurídico”, fato esse que pode ser natural ou voluntário. É uma distinção que ora fazemos entre escritura notarial e ata notarial, para, clareando nosso entendimento sobre a distinção feita, deixar expresso que, para nós, a escritura deve ser destinada ao registro de *atos jurídicos* e a *ata notarial* deve registrar fatos *jurídicos* em qualquer de suas modalidades.”

Também os notários JULENILDO NUNES VASCONCELOS e ANTÔNIO AUGUSTO RODRIGUES CRUZ, em obra atualizada pelo Desembargador WALTER CRUZ SWENSON e pelo advogado RENATO SWENSON NETO (2000:81), trouxeram esta contribuição: “Eis aqui o mais novo instrumento notarial, aprovado pela Legislação Federal. Refere-se de um

instrumento muito pouco desenvolvido no sistema notarial brasileiro. Trata-se do instrumento cujo participante é apenas o tabelião ou quem seja determinado para tal fim. Não existe outorgamento. O tabelião relata aquilo que vê, ouve, verifica e conclui com seus próprios sentidos sua própria opinião, não devendo haver interferências de quem quer que seja. Temos conhecimento de que tal instrumento notarial, no Estado do Rio Grande do Sul, já foi utilizado com bastante eficiência, diante do provimento baixado pela Corregedoria Geral daquele Estado.

Noção: Ata notarial é o testemunho oficial de fatos narrados pelos notários no exercício de sua competência em razão de seu ofício. Diante dessa noção, incluídas estariam nesse tema todas as escrituras, mas a diferença está em que as escrituras, via de regra, estabelecem uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas, e a declaração não é feita a juízo exclusivo do notário, mas sim diante dos elementos negociais que foram ajustados. A constituição da ata notarial se dá por diversos elementos, que são realizados livremente pelo notário, diante de sua sensibilidade, segundo o seu parecer, independentemente de posições contrárias, ou seja, é o testemunho segundo o qual o notário relata fatos que vê e sente, diante de elementos por ele escolhidos.

Características: Ata notarial é ato unilateral declaratório do notário. Este deve relatar com segurança, procurando sempre narrar fatos com riqueza de minúcias, que possam caracterizar o fato ocorrido, através de simples leitura. Deve, a princípio, haver requerimento para que o ato seja procedido, uma vez que o notário, via de regra, não age de ofício. Este requerimento poderá ser feito na própria ata, ou em apartado. Quando formulado na própria ata, não terá o requerente o direito de aceitar ou não o relatado, ele deve apenas se preocupar com o requerimento, e não com o conteúdo da ata. Deve ser assinada pelo notário e por este lavrada. Poderá, entretanto, o notário designar funcionário para a prática do ato.”

Em 1999, a SERJUS, entidade que congrega os notários e registradores de Minas Gerais, publicou singela monografia deste expositor, sob o título *Serventias judiciais e extrajudiciais*, na qual, ao serem tecidas ligeiras considerações sobre a competência dos tabeliães de notas, foi feito sucinto comentário sobre a ata

notarial nos seguintes termos: b) Ata notarial é novidade no direito positivo pátrio, embora o tabelião de notas brasileiro já a lavre, sem esse nome, fora do livro, quando faz o auto de aprovação de testamento cerrado (art. 1.638, VI, CCiv [de 1916]) e também quando lança em livro a anotação de lugar, dia, mês e ano em que o testamento cerrado é aprovado e entregue (art. 1.643, 2ª parte, CCiv [de 1916]). Outra modalidade de ata notarial praticada no Brasil é o conhecido instrumento de protesto de título cambial, que o tabelião de protesto lavra e registra em livro. Tal experiência já permite uma ideia de ata notarial como relato de fato ou fatos que o tabelião “vê, ouve ou percebe com seus próprios sentidos” e, portanto, leva à noção de documento qualificado pela fé pública, via de regra feito em livro de notas, com a finalidade de autenticar fatos jurídicos (art. 6º, III, da LF nº 8.935/94); mas ela se desdobra nos mais diversos proveitos que só o conhecimento das ricas experiências de outros países permite vislumbrar, a exemplo de atas de presença, referência, protocolização, depósito, requerimento, notificação, notoriedade, etc. Muito do que tabeliões de notas brasileiros fazem sob o título despropositado de “escritura declaratória” (como se existisse escritura que não fosse declaratória!), caberia, com aprimoramento técnico-jurídico, numa das modalidades de ata notarial.

É de se considerar também que, em Minas Gerais, o §4º do art. 30 do Provimento nº 54, de 24 de novembro de 1978, emanado do antigo Conselho Superior da Magistratura do Estado com a finalidade de estabelecer normas relativas à função notarial, à prática dos atos notariais e à escrituração do livro de notas, autoriza, há mais de vinte anos, o tabelião de notas a redigir algo semelhante a uma ata notarial, com o nome de aditamento, para o efeito de suprir omissões e corrigir

os considerados erros materiais evidentes, à maneira daquela que, no Direito Notarial Espanhol, o notário redige, de ofício, para sanar defeitos de forma em documentos com eficácia *inter vivos*, por ele expedidos.

Eis o conteúdo do §4º do art. 30 do citado Provimento 54/78: “Mediante aditamento lavrado em livro de notas e subscrito pelo Tabelião, poderá ele suprir omissões e corrigir enganos ou erros de grafia cometidos em escritura pública, anotando à margem desta a circunstância, se em nada for alterada a vontade das partes”.

Convém esclarecer que havia pelo menos duas referências precedentes a fundamentar a inserção do citado preceito normativo constante do §4º do art. 30 do Provimento nº 54/78/CSM-MG, na atividade notarial de Minas Gerais: um deles era a praxe existente no Rio de Janeiro, onde, segundo SEGADAS VIANNA e AGUIAR GORINI (1972), se lavrava um termo em livro de notas, com o nome de ADITAMENTO, subscrito pelo tabelião, em que se fazia constar ter deixado de ser mencionada, numa escritura do mesmo tabelionato, a apresentação de certo documento, ali então em seguida caracterizado e que assim passava a fazer parte da escritura; o outro precedente era a proposta constante de anteprojeto de lei nascido da inspiração do emblemático notário CARLOS LUIZ POISL e patrocinado pelo Colégio Notarial do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, com elaboração final no ano de 1978, em cujo §4º do art. 61 se propugnava pelo citado aditamento com a designação preconizada de “ato aditivo”.

Trazidos à baila os apontados subsídios, a noção de ata notarial, ao que tudo indica, ainda continua insuficiente,

o que parece ser – por causa da inesgotável gama de sua utilidade – a sina desse mais novo instrumento cuja elaboração veio a ser expressamente atribuída ao tabelião brasileiro na lei notarial e registrária de 1994.

O conceito de ata notarial que se pode extrair das considerações expendidas é de que se trata de uma das espécies do gênero instrumento público notarial, por cujo meio o tabelião de notas acolhe e relata, na forma legal adequada, fato ou fatos jurídicos que ele vê e ouve com seus próprios sentidos, quer sejam fatos naturais quer sejam fatos humanos, esses últimos desde que não constituam negócios jurídicos.

Há uma ideia simples de ata notarial, de interesse prático e fácil de captar, pois fundada no método da exclusão, embora, e por isso mesmo, carecedora de substrato próprio na ciência jurídica. Ei-la: tem-se por ata notarial o instrumento público que o tabelião redige, na forma legal, para acolher tudo que não tenha por conteúdo um negócio jurídico, ou, noutras palavras, tudo que não configure escritura pública. Em síntese, é assim que a distingue o já transcrito art. 144 do Regulamento Notarial Espanhol. O cerne da questão conceitual está em delimitar, de um lado, a abrangência do que seja o ato jurídico negocial a que se deva ou queira dar a forma de escritura pública, algo que a doutrina, a legislação e a prática diuturna já permitem discernir com razoável segurança; e, de outro lado, o que seja fato jurídico a ser documentado mediante ata notarial, algo a descortinar amplo horizonte, que o método da exclusão apenas entremostra, ainda sem nítidos contornos, por causa de algumas distorções, mais adiante a serem apontadas.

Ora, consoante já ficou exposto, o fato jurídico é visto como gênero que abrange o fato natural e o humano, ao passo que o ato jurídico se enquadra na espécie de fato jurídico humano. Logo, os significados de fato jurídico e de ato jurídico não se contrapõem, pois este é desdobramento, é especialização daquele, conduzindo ao preciosismo de estabelecer a distinção entre os atos jurídicos em sentido amplo, como aqueles abrangentes das manifestações de vontade em geral, e os atos jurídicos em sentido estrito, como acolhimento a expressas declarações de vontade aptas a produzir os efeitos jurídicos queridos por quem age em vista de sua realização.

Relembra-se, para fechar o raciocínio: um fato jurídico da natureza e, por sua vez, um fato jurídico humano que não configure ato jurídico em sentido estrito (ato jurídico negocial ou negócio jurídico) podem ser objeto de ata notarial destinada a documentar sua ocorrência e servir de meio de prova para as possíveis repercussões daquele acontecimento no mundo jurídico. Então, dado que a escritura se destina a formalizar ato jurídico de cunho negocial (ou, precisamente, negócio jurídico), abrangente de contratos, convenções e declarações unilaterais de vontade, essencialmente contendo prestação, contraprestação e consentimento, tudo o mais se pode considerar ata notarial, até mesmo o reconhecimento de firma e a pública-forma (pela qual se autentica a cópia de documento avulso), ao se apresentarem esses dois instrumentos como modalidades de ata em sua extrema simplificação.

À falta de mais nitidez quanto ao significado da ata tabelioa, como acontece com outras questões de Direito Notarial no Brasil, por causa do manifesto desinteresse que, a seu respeito, ainda nutrem os juristas nacionais, resta procurar, no direito comparado, mais subsídios nessa matéria que, também lá fora, por suas inesgotáveis variantes, ainda não está suficientemente sedimentada.

#### **4 - Auxílio do direito legislado e da doutrina estrangeira quanto ao alcance da ata notarial no Brasil**

Recorre-se à vasta doutrina do Direito Notarial Espanhol, argentino e uruguaio, para captar a finalidade da ata notarial, já delineada – ainda que fragmentariamente – em tópicos antecedentes, e para nortear sua inserção na prática notarial brasileira. Percebe-se, nas pesquisas, enorme diversidade de classificações, um tanto ou quanto fluidas e arbitrárias, com designações às vezes incoerentes ou ambíguas, dadas as aproximações, as variantes, as interpenetrações e o hibridismo das diversas modalidades de ata notarial. Por isso, afigura-se de prudente alvitre fazer duas distinções apenas, necessárias para orientar o raciocínio ora desenvolvido.

A primeira, de amplo espectro, é entre atas a requerimento de pessoa interessada, que é a regra, decorrente do princípio da rogação, ou princípio da instância, norteador da atividade notarial, e, excepcionalmente, atas de ofício, ou seja, as

que, por desbordo da regra geral, o notário espanhol e o hispano-americano lavram para fazer constar a ocorrência de um fato concreto que esteja impedindo ou dificultando o exercício de suas funções e ainda as que lavram, com a designação de atas de *subsanción* (art. 153 do Regulamento Notarial Espanhol) para suprir omissões ou corrigir defeitos de forma ocorridos em escritura pública, aos quais possam eles mesmos ter dado causa, desde que não sejam afetadas as declarações de vontade das partes nem haja risco de prejuízo a terceiros, segundo o prudente arbítrio do notário e com a devida cautela, a exemplo do que, no Brasil, permite a regra constante do art. 213 da Lei dos Registros Públicos, no concernente ao serviço imobiliário, o qual preceito, por analogia, pode e deve ser aplicado à modalidade excepcional de ata em questão, como eficaz e prático meio, desde que não haja abuso, nas escrituras públicas de efeitos *inter vivos*, de sanar simples descuidos imputáveis às partes ou ao tabelião de notas e até mesmo erros oriundos de defeitos em documentação habilitante para escritura pública, só posteriormente a ela verificados. As atas que se lavram para suprimento de omissões ou correção de defeitos de forma em escritura pública podem também resultar da rogação de pessoa interessada.

A outra distinção é entre atas em livro de notas e atas avulsas, aquelas constituindo a regra e estas, as exceções, a exemplo do auto de aprovação de testamento cerrado.

Na prática notarial espanhola, onde, mais que livro de notas, adota-se o protocolo notarial, a distinção é entre atas protocolizadas (atas em sentido estrito) e atas não protocolizadas (atas em sentido amplo), que abrangem também as autenticações de documentos avulsos (estas não como praticadas indiscriminada e descuidadosamente no Brasil).

Já na Argentina, ao que se depreende da lição de ARGENTINO I. NERI, a ata normalmente é reduzida a escrito fora das notas, arquivando-se cópia, mas, quando, por razões especiais, a documentação do fato jurídico é feita no protocolo notarial, aí consta sob a designação de escritura pública, ao fundamento de que o protocolo abriga exclusivamente escritura.

E aqui no Brasil, o Rio Grande do Sul parece seguir orientação influenciada

pelo vizinho país (diferente da recomendada nestes apontamentos e que é também a de ANTÔNIO ALBERGARIA PEREIRA, ou seja, lavratura em livro de notas), uma vez que, segundo o estudioso notário SÉRGIO AFONSO MANICA, de Porto Alegre, em texto publicado no Boletim Cartorário nº 18 (BDI – BOLETIM DO DIREITO IMOBILIÁRIO, 3º decêndio junho/1998, págs. 27-31), lá a ata é lavrada em instrumento avulso e fica registrado em livro o seu teor, a exemplo do que faz, de longa data, o tabelião brasileiro de protesto de títulos.

### **5 - Utilidade da ata notarial no processo civil brasileiro como meio de prova pré-constituída**

Em primeira conceituação do instrumento público notarial, ele era caracterizado como meio de prova pré-constituída, o que é um dos aspectos importantes de sua natureza, mas a relevância por ele adquirida o sobreleva à finalidade meramente probatória, que pressupõe litígio potencial a dar-lhe ou a lhe negar respaldo.

Ora, o instrumento público notarial existe e é eficaz por si mesmo, faz realizar o direito na normalidade da vida social e, acima de tudo, a sua qualificação e a sua respeitabilidade, pela certeza e segurança a ele inerentes, são fatores de prevenção de litígio. Então, mais que meio de prova pré-constituída, o instrumento público notarial vale pelo que é, desde o momento em que se concretiza, e já nasce com o destino de harmonizar as pessoas em suas relações jurídicas no meio social.

Não se pode negar, todavia, que a ata notarial, por sua natureza, como espécie do gênero instrumento público, se reveste de especial importância para obter-se uma produção antecipada de prova de boa qualidade e credibilidade, com presteza, sem ficar na dependência de movimentar o aparato judiciário, que deve ser preservado para a solução de contendas de maior complexidade, não solucionáveis por mecanismos mais simples.

No livro III do CPC, referente ao PROCESSO CAUTELAR, a seção VI de seu capítulo II trata de um conjunto de medidas preconizadas sob a epígrafe de produção antecipada de provas e que se reduzem a três, enumeradas no art. 846, a saber: interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

O interrogatório e a inquirição antes da propositura de uma demanda ou na fase inicial desta são providências previstas para as hipóteses de a parte ou a testemunha ter de ausentar-se do lugar ou ainda de haver justo receio, por motivo de idade ou moléstia grave, de não mais existir ou estar impossibilitada de depor ao tempo em que a prova possa vir a ser produzida. Cautelas pertinentes, razoáveis e louváveis, as quais, entretanto, com o excesso de formalismo e o emperramento do serviço judiciário no Brasil, muitas vezes não atingem o resultado que se propugna alcançar pela falta de agilidade necessária.

Ora, o ideal é que o depoimento pessoal ou testemunhal antecipado, com vistas a um litígio, seja feito mesmo perante o magistrado que vai julgar a lide, por causa das vantagens de sua presença física (princípio da identidade física do juiz) e do contato direto com o depoente (princípio da oralidade processual). Mas, na prática, esse ideal fica muitas vezes inalcançável num país das dimensões territoriais do Brasil, com tremendas desigualdades regionais, econômicas e sociais, carente de uma profunda reforma judiciária, que amplie sobremaneira os mecanismos de consecução da Justiça ao alcance da coletividade.

Em face dessa realidade, pode e deve ser difundida a prática da ata de presença, nas variantes de ata notarial de declaração de interesse pessoal ou de declaração testemunhal, como contribuição efetiva do tabelião de notas a fim de preservar e agilizar a formação da prova no processo judiciário, não apenas sob as premissas de urgência em razão de viagem, de idade avançada ou de moléstia grave, mas também em outros casos de necessidade ou

conveniência, ao prudente arbítrio do notário e sob sua responsabilidade como operador do direito.

Por seu turno, a produção antecipada de prova pericial, ou seja, a tradicionalmente conhecida *vistoria ad perpetuam rei memoriam*, não dependendo da presença física do juiz em diligência, ela sim, pode e deve ser praticada sob a modalidade de ata notarial de presença, mediante a qual o tabelião de notas, deslocando-se dentro da circunscrição de sua competência territorial, verifica *in locu* a existência de um fato e o relata minuciosamente, com o auxílio de quem esteja presente e queira colaborar; mais ainda, se for o caso, com a participação de perito ou peritos que lhe esclareçam as questões técnicas e, se convier, emitam laudo ou laudos a fazer parte integrante da ata.

## **6 - Modalidades de ata**

No correr desta exposição, foram mencionados, de ANTÔNIO ALBERGARIA PEREIRA, dois exemplos típicos de ata de presença, que tem por objetivo fazer constar, sob o pálio da fé pública notarial, a ocorrência de um fato natural ou humano cuja comprovação se pretenda, a ser verificado na própria serventia ou mediante o deslocamento do tabelião de notas em diligência, a fim de se fazer presente onde lhe seja requerido, uma vez respeitados os limites de sua competência territorial. Ela pode prestar-se também a acolher oferta de pagamento e entrega de dinheiro ou recusa de receber (prevenindo ação de consignação em pagamento ou pré-constituindo prova que pode abreviar a instrução da lide), bem como a verificar a existência de uma pessoa determinada ou a narrar a abertura de um cofre, entre incontáveis outras aplicações. Ela pode ainda prestar-se, no Brasil, à produção antecipada de prova em vista de processo judicial.

E de WALTER CENEVIVA foi feita menção a um exemplo que se pode considerar uma variante da ata de presença e designar como ata de comparecimento, destinada a comprovar fato de interesse de quem se apresenta na serventia notarial, em face da ausência de outrem.

Foram lembradas, ainda, como variantes da ata de presença, as atas de declaração de interesse pessoal e de declaração testemunhal, que o antigo direito português chamava de depoimento juramentado e que têm por escopo acolher declarações de pessoas sobre fatos que pretendam perpetuar em escrito acreditado pela fé pública notarial. A tais atas o Regulamento Notarial Espanhol dá a designação de atas de referência. Também no âmbito da ata de presença, inclui-se a ata de exibição de coisas e documentos, com a narrativa ou a descrição deles, segundo a percepção do notário, ainda que auxiliado por outras pessoas presentes ao ato, inclusive peritos, se for o caso, tudo circunstanciado no relato.

A esse rol agora se pode acrescentar, no Brasil, uma ata de encadeamento de titularidade de domínio, pela qual o tabelião de notas diligencia e relata o levantamento da documentação formadora da cadeia de domínio de um imóvel, em determinado período retrospectivo, o que deve superar, com vantagem, a prática de se ajuntar, mais ou menos arbitrariamente, um conjunto de documentos sob designação de prova trintenária ou, com mais frequência, prova vintenária, em se tratando de imóvel ainda não matriculado na serventia registral, e cuja titulação, diversificada, provenha de serventias de anteriores circunscrições imobiliárias.

E o rol se encerra, longe de esgotar as múltiplas modalidades de ata notarial, com a pomposa ata de notoriedade, de características peculiaríssimas, mediante a qual o tabelião de notas, em diligência ou diligências continuadas, obtém a comprovação da notoriedade de um fato e fixa-a em relato circunstanciado, acolhendo como fato notório o que é sabido pelas pessoas comuns de uma localidade, as quais tenham relação de proximidade com o acontecido cujo conhecimento público se busca captar. Essa ata, de inserção menos remota no Regulamento Notarial espanhol, difere das demais principalmente porque implica juízo de valor do notário no concernente a dar fé acerca da notoriedade do fato e não apenas acerca

da sua realidade, como se verifica nas atas em geral, circunscritas ao que ele vê e ouve pelos seus próprios sentidos. A ata de notoriedade se presta, então, entre outros inúmeros exemplos, a comprovar e fixar: a) a identidade de pessoas que, por descuido, engano ou erro, aparecem com nomes diferentes nos registros públicos e nos mais diversos documentos; b) a existência de apelidos que identificam certas pessoas em seu meio social; c) o estado civil de solteiro que, a fim de atender interesses de outrem, uma pessoa se atribui; d) a reconstituição de livros notariais e de registros públicos danificados ou destruídos.

Como variante da ata de notoriedade, pode-se hoje em dia enquadrar a ata de constatação de fato veiculado na rede mundial informática. Fora de cogitação ficam alguns tipos de atas que, a juízo deste expositor, não seriam de aceitação imediata pelos interessados em buscar soluções práticas e eficientes no Brasil.

Todavia, pelo menos três das mais importantes modalidades de ata são incogitáveis na prática notarial brasileira, por causa do sistema de direito positivo em vigor, restritivo em comparação com a Espanha e os países hispano-americanos: a primeira, ata de protesto de títulos de dívida, aqui legalmente atribuída a um notário especializado, o tabelião de protesto; a segunda, ata de protocolização de documentos particulares para a sua conservação e perpetuidade, tarefa aqui legalmente atribuída ao oficial de registro de títulos e documentos; e a terceira, ata de protesto, notificação ou interpelação, atividade que, se não judicial, aqui também é atribuída ao oficial de registro de títulos e documentos, mas com alcance bastante limitado, pois o atual modo de proceder não contribui, conforme se poderia dar com a intervenção notarial, no sentido de pôr fim a possíveis divergências, prevenir o litígio que poderia resultar do protesto, da notificação ou da interpelação, e, mais ainda, em sendo o caso, promover, mediante escritura pública, a transação, como salutar consequência mediadora de uma ou mais diligências bem sucedidas.

Pelos três exemplos citados se percebe que, neste momento, quando se esforça por propagar a ata notarial no Brasil, tardiamente posta em foco pela Lei dos

Notários e Registradores, a sua implementação se esbarra, na prática, ante limitações de competência funcional.

De outro lado, fica fora de cogitação uma ata muito complexa em prática pelo notariado espanhol e hispano-americano, qual seja, a ata de depósito perante notário. Isso porque, no direito brasileiro, o tabelião de notas não tem a atribuição de depositário, dada a notários espanhóis e latino-americanos. Ademais – comenta-se apenas de passagem – a *acta* de depósito ante notario só é ata no aspecto formal, porque depósito de coisas é espécie de contrato, portanto negócio jurídico. Apenas em razão de ser o notário uma das partes em tal contrato e de não poder lavrar escritura pública em que ele próprio esteja figurando como parte é que se adota a forma de ata notarial para materializar o fato, no intuito de superar essa excepcional circunstância. Por isso é que o Regulamento Notarial Espanhol, prudentemente, ao conceituar a ata notarial (art. 144), faz a ressalva de outros casos em que a legislação notarial a estabeleça como manifestação formal adequada.

## **7 - Em conclusão**

A ata notarial, se difundida e praticada com profissionalismo, eficiência e, mais que tudo, sob a égide dos princípios éticos que devem nortear o exercício de um serviço público delegado de tamanha magnitude, pode significar a ascensão do tabelionato de notas brasileiro pelo prestígio que venha angariar em seu mister, quiçá mostrando o caminho pelo qual se obtenham também a valorização da escritura pública e a respeitabilidade da autenticação de documentos avulsos.

A fim de alcançar tão excelentes resultados, porém, se torna indispensável um amplo esforço coletivo de mobilização, interagindo as organizações notariais com os poderes públicos e a sociedade civil, promovendo seminários e encontros com a participação das demais entidades formadoras e representativas dos profissionais da área jurídica (faculdades de direito, Magistratura, Ministério Público, advocacia, procuradorias estatais e defensorias públicas), de modo a fazer acreditar os benefícios que advêm de uma instituição notarial vigorosa em proveito da coletividade e dos cidadãos em particular. ■

## Indicações bibliográficas:

**ÁLVAREZ**, Pedro Ávila. *Estúdios de derecho notarial*. 4ª ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1973, 480 p.

**BUENO**, Eduardo. *A viagem do descobrimento (A verdadeira história da expedição de Cabral)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, 140 p. (Coleção Terra Brasilis, v. 1).

**BUENO**, Eduardo. *Náufragos, trafi cantes e degredados (As primeiras expedições ao Brasil)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, 204 p. (Coleção Terra Brasilis, v. 2).

**CENEVIVA**, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*. São Paulo: Saraiva, 1996, 236 p.

**GIMENEZ-ARNAU**, Enrique. *Introducción al derecho notarial*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, 324 p.

**GIMENEZ-ARNAU**, Enrique. *Derecho notarial*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1976, 886 p.

**GONZÁLEZ**, Carlos Emérito. *Derecho notarial*. Buenos Aires: La Ley, 1971, 792 p.

**LARRAUD**, Rufi no. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1966, 898 p.

**NERI**, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970, v. 3, 1214 p.

**ORTIZ**, José Maria Chico; e **RAMIREZ RAMIREZ**, Catalino. *Temas de derecho notarial*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1972, 334 p.

**PELOSI**, Carlos A. *Estudios jurídicos notariales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, 282 p.

**PEREIRA**, Antônio Albergaria. *Comentários à lei nº 8.935 – Serviços notariais e registraes*. São Paulo: Edipro, 1995, 168 p.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5ª ed./2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, 623 p.

**SOIBELMAN**, Leib. *Dicionário geral de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973, 2 v., 618 p.

**VASCONCELOS**, Julenildo Nunes et al. *Direito Notarial: teoria e prática / Julenildo Nunes Vasconcelos, Antônio Augusto Rodrigues Cruz – atual. pelo Des. Walter Cruz Swensson e pelo adv. Renato Swensson Neto*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, 350 p.

**VIANNA**, Segadas; e **GORINI**, Aguiar. *Manual prático dos tabeliães*. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1972, 340 p.

A certificação digital na  
atividade notarial:  
segurança e utilização

---

Ângelo Volpi Neto (\*)

É fato que vivemos uma era de fantásticas mudanças na migração do documento em papel para o digital. Inexorável, esse tempo chegou rapidamente, tornando-nos passageiros da onda digital, que transcende do analógico para o digital afetando todos os momentos de nosso dia a dia. As diferenças de um e outro devem ser pontuadas. A primeira verdade deste novo suporte é que: “sob o ponto de vista da segurança em arquivamento, não há mais sentido falar-se em papel”. Enquanto o papel é único, é original e o resto cópia, o digital multiplica-se em originais e pode (e deve) estar arquivado em vários locais. Isso nos dá uma segurança que nem de longe tínhamos no papel.

Outras diferenças que valem ser pontuadas, é que o documento eletrônico não está vinculado a nenhum suporte, a nenhuma mídia, ao contrário do papel que fica eternamente escrito sobre o meio cartáceo. O documento eletrônico é um número, visto que os *bits* são representados por zeros e uns. Parafraseando Cernelutti que afirmou: “documento é uma coisa representativa, que seja capaz de representar um feito”, podemos dizer que o documento eletrônico é uma coisa representada por uma sequência de *bits*, que seja capaz de representar um feito.

Também já não cabe mais discutir a validade dos documentos digitais, o próprio Código de Processo Civil em seu art. 332 já admitia qualquer meio de prova. Não bastasse a Medida Provisória 2.200-2 veio a definir claramente a validade do mesmo como prova.

Para notários e registradores as consequências desta mudança são enormes, desde nossos processos de trabalhos internos até os novos serviços e atribuições. O premiado jornalista do New York Times, Thomas L. Friedman, cunhou a expressão *esteróides* para as tecnologias e funcionalidades agregadas ao mundo digital. Como escreveu no livro *O Mundo é Plano* (Editora Objetiva), uma das melhores formas de entender a computação é considerá-la composta por três elementos: a capacidade computacional, a capacidade de armazenamento e a capacidade de entrada e saída.

---

(\*) O autor é tabelião de notas em Curitiba-PR.

Mas a revolução não se encontra estrita somente no surgimento dos computadores, mas e principalmente na velocidade que tem para executar tarefas, na capacidade de armazenar informações e de disponibilizá-las. Sociólogos, filósofos e pensadores de todas as áreas tentam prever os rumos da humanidade e suas consequências. Ao que parece, a mais importante até o momento é justamente disseminação da informação, que se encontra à disposição de qualquer um que esteja conectado à rede mundial de computadores. Esse é um dos fatores que está tornando o mundo plano, no sentido da disseminação do conhecimento, e que só foi possível por causa da capacidade de receber, armazenar e transmitir dados.

No universo do direito já podemos vivenciar alguns avanços e efeitos provocados pelos periféricos informacionais. A possibilidade de bloqueio de contas correntes de devedores, certidões negativas emitidas pela internet, envio de petições, acompanhamento de processos, acesso a decisões jurisprudenciais, entre outras funções, já mudaram o paradigma da justiça.

Espera-se que os esteróides digitais anulem os demorados prazos requeridos pela portabilidade do papel, pelo simples motivo de contar com muitos originais. Muita coisa já é possível. A onipresença do documento eletrônico permite que vários profissionais trabalhem ao mesmo tempo sobre o mesmo documento; as máquinas fotocopadoras são substituídas por *scanners*, que enviam as cópias instantaneamente para os destinatários. O trabalho em equipe de forma remota pode ser bem estruturado, com marcações de cada usuário por meio de uma convergência processual.

Para notários, o fim da competência territorial que estava restrito ao deslocamento ao tabelionato para assinatura, já assume outra dimensão com a possibilidade da assinatura digital feita remotamente de qualquer lugar do planeta onde haja conexão. Compartilhamento de bancos de dados de cartões de assinatura manuscritos podem permitir o reconhecimento de firma em tabelionatos diversos daquele onde o cartão de assinatura se encontra em papel. A remessa de documentos pela *web* permite a autenticação por outro notário em qualquer localidade, batizado de malote virtual notarial.

A disseminação do conhecimento e a troca de informações equipara notários e registradores dos grandes centros àqueles que até então viviam isolados. Surgem serviços gratuitos, clientes e concorrentes hiperinformados, novos conflitos e novos crimes.

Esse tempo de dualidade processual, onde papel cumpre função legal e o digital a funcional, permite-se a conferência de um traslado ou certidão em papel consultando a página do serviço que emitiu. São novos paradigmas na segurança documental, em que não é mais o papel nem o selo de segurança que dão garantia, mas sim o acesso à web.

As mudanças realmente são muitas, por exemplo, o tempo era presente, passado ou futuro. Tempo real era somente o tempo do rei. Nesse tempo a realidade era uma só, do latim *regale*, isto é, do rei, significava a garantia da verdade. A moeda cunhada pelo rei era real, e, portanto, válida e ponto final. Houve um tempo em que dizer *de uma comunidade* significava que as pessoas habitavam em lugar comum, e *comunidade virtual* era aquela que um dia poderia vir a existir.

Eram os tempos pré-digitais, onde expressões como *tempo real* e antíteses e oximoros como *realidade virtual* não faziam nenhum sentido. Atualmente, usados para expressar, respectivamente, a estonteante velocidade da transmissão de voz, imagens e dados e as fantásticas possibilidades de simulação de coisas e ambientes, essas expressões tornaram-se lugar comum.

A comunicação por meio digital assume proporções nunca antes imaginadas. Seu preço, velocidade e praticidade colocaram o papel em segundo plano. O desafio agora está em avançar para o território dos documentos, no qual as barreiras são muitas; a pior delas, a cultural.

Desde a invenção do papel, o homem passou a usá-lo como prova de propriedade e compromissos contratuais. No crescimento de sua importância, chegou à sofisticação de receber valor monetário, substituindo o ouro e outros metais. E por mais incrível que possa parecer, até no aspecto da valorização, o documento eletrônico já substitui o papel.

Comprar um imóvel ou registrar um filho sem ir ao cartório, ou sair deste com um dispositivo de memória com a certidão digital, ir para um aeroporto sem carteira de identidade, ao jogo de futebol sem ingresso em papel são fatos que começam a permear nossa realidade.

Sabemos que acreditar no documento eletrônico é muito mais difícil que no documento de papel, pois neste compreendemos perfeitamente o mecanismo de funcionamento. Entendemos como a tinta da caneta penetra, sabemos como guardá-lo de forma segura e como destruí-lo definitivamente, enquanto os digitais possuem conceitos abstratos e requerem aprofundamento para sua compreensão.

Por isso o papel do notário e registrador é importante, nossa fé pública, conhecimento e prática no preparo e manuseio dos documentos é que poderá fazer a diferença neste novo mundo. Na medida em que o anonimato deixar de ser um problema, com a atuação notarial e registral, aumentará a confiança nos relacionamentos remotos, que tendem a passar cada vez mais dos inocentes bate-papos e vendas *on line* de pequenos produtos à escrituração imobiliária, por exemplo.

Note-se que, com a disseminação das comunicações digitais, voz e imagem automaticamente passam a ser documentos escritos. A linguagem binária é na essência composta de zeros e uns, e uma reunião remota e um interrogatório podem ser assinados pelos interlocutores.

A mudança da mídia analógica para a digital, a par de causar prejuízos históricos em empresas tradicionais como a Kodak, que em 2005 anunciou sua mais longa série de resultados negativos, prenuncia um conceito

totalmente novo sobre os relacionamentos humanos e, conseqüentemente, profissionais. Perde-se pelo contato pessoal, porém se ganha em tempo com deslocamentos e problemas ambientais decorrentes dos meios de transporte.

Ganha-se também em interatividade, o que possibilita trocas entre pessoas que nunca terão contato físico, mas poderão trabalhar em conjunto, somando diferentes culturas e experiências. Mas nada disso é possível sem a identificação de autoria nos documentos e relacionamentos remotos.

Os prejuízos causados pela possibilidade de omissão da identidade crescem em igual volume e proporção que o crescimento da própria rede. Vários estados e municípios já aprovaram legislações obrigando a identificação em *lan houses* e *cybercafés*. Os provedores de internet também começam a ser obrigados a guardar os *logs* das comunicações.

A identificação de pessoas é essencial desde que o homem começou a praticar o comércio. Os sistemas políticos primitivos já imprimiam identificação por autoridades regionais, o que era feito pessoalmente em cadeia hierárquica, sem qualquer documento. Ou seja, funcionários membros da estrutura burocrática eram credenciados por outros superiores e estes, por sua vez, haviam recebido as credenciais de níveis acima, numa verdadeira estrutura de quem é quem dentro do sistema.

Os sistemas políticos e a tecnologia proporcionaram constantes avanços na identificação de seres humanos, começando pela assinatura manuscrita, a primeira forma de vincular uma marca pessoal a um ser humano. Dotado de uma capacidade oculta em seu cerebelo, o homem tem a habilidade única de fazer

um signo sobre o papel, chamado assinatura. Com o tempo e a tecnologia, o conceito de assinatura foi ampliado para qualquer marca, desenho, modelo ou signo pertencente a alguém, como um selo ou chancela (chamados de assinatura mecanizada); assinatura eletrônica (senha, íris, voz, impressão digital) e assinatura digital, baseada numa infra-estrutura de chaves criptográficas.

Todos os sistemas de identificação são hierárquicos. Por exemplo, o funcionário do Instituto de Identificação foi credenciado pelo governo para identificar pessoas e outorgar um documento que é assinado pelo diretor (como se fora o próprio que tivesse identificado, diga-se de passagem). A identificação depende de fé pública, que é a crença da população no poder público, emanada do próprio povo. Ou seja, para realizar seus fins, o superorganismo que é a sociedade política se embasa em órgãos para exercer uma função pública.

Assim como nas assinaturas manuscritas, as assinaturas digitais necessitam de uma terceira parte de confiança para arquivar as assinaturas e reconhecer seu titular, exatamente como se faz num tabelionato de notas. Ao reconhecer a firma, o tabelionato age como um agente público delegado pelo Estado e, portanto, com fé pública. Esse documento poderá circular por qualquer lugar e teoricamente deveria ser aceito como verdadeiro.

Como o ambiente onde circula o documento eletrônico é a *web*, descartou-se a certificação cruzada e optou-se por um sistema único, onde o governo, sendo a autoridade raiz, reconhece todos os órgãos certificadores. Com a Medida Provisória 2.200 que criou a ICP-Brasil, atribuiu-se essa função a empresas privadas, e criou-se uma espécie de agência reguladora de cartórios eletrônicos.

A experiência demonstra que o direito brasileiro tem se adaptado a questões tecnológicas com razoável desembaraço. Doutrina e jurisprudência já reconhecem o *e-mail* como ferramenta de trabalho corporativo, internautas são responsabilizados civil e criminalmente por violação de direitos autorais. A Receita Federal já reconhece o domicílio tributário eletrônico.

E assim, do homem das cavernas, ao que parece, chegamos ao homem dos *bits*... ■

Novas Perspectivas  
de Atos Notariais:  
Usucapião extrajudicial e sua  
viabilidade no ordenamento  
jurídico brasileiro

---

João Pedro Lamana Paiva <sup>(1)</sup>

## **Agradecimento especial:**

Agradeço, sensibilizado, à grande professora Margarida Costa Andrade, pois ela exerceu papel fundamental para elaboração do presente trabalho, seja encaminhando materiais didáticos sobre a usucapião extrajudicial em Portugal (textos sem os quais não seria possível realizar o artigo), seja esclarecendo eventuais dúvidas.

## **Resumo**

O presente artigo objetiva defender a implantação da lavratura de escritura pública de usucapião no direito brasileiro e sua registrabilidade no Registro de Imóveis, tendo em vista as modalidades de usucapiões existentes. Assim, o trabalho inicia apresentando um panorama histórico, no qual é abordada a evolução e as espécies de usucapião no sistema jurídico nacional. Posteriormente, parte para a análise das nuances desse importante mecanismo jurídico no sistema jurídico português, para logo em seguida, discutir a forma mais adequada da implantação da usucapião extrajudicial em nosso País. Para isso, foram revisadas jurisprudências e parte da doutrina, concluindo-se que a posição inovadora acerca da possibilidade da lavratura da escritura pública de usucapião administrativa, coaduna-se com o movimento atual da desjudicialização dos procedimentos em que não haja litígio, oferecendo, ao requerente da propositura, opção de procedimento perante o Tabelionato ou diante do Poder Judiciário.

**Palavras-chaves:** Usucapião Extrajudicial; Usucapião Administrativa; Desjudicialização.

## **Resumem**

El presente artículo tiene como objetivo la implantación del Registro de la Escritura Pública de prescripción adquisitiva en El Derecho Brasileiro y

---

<sup>1</sup> Registrador e tabelião no Tabelionato de Protesto de Títulos, especialista em direito registral imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

su registro en el Registro de Inmuebles, teniendo en vista las modalidades de prescripción adquisitiva existentes. Así, el trabajo se inicia presentando un panorama histórico, en el cual es abordada la evolución y las especies de prescripción adquisitiva en el Sistema Jurídico Nacional. Posteriormente, parte para el análisis de las diferentes formas de este importante mecanismo jurídico en el Sistema Jurídico Portugués, para luego enseguida, discutir la forma más adecuada de la implantación de la Prescripción Adquisitiva Extrajudicial en nuestro País. Para eso, fueron revisadas jurisprudencias y parte de la doctrina, concluyéndose que la posición innovadora acerca de las posibilidades del registro de la Escritura de Prescripción Adquisitiva Administrativo, se asemeja con el movimiento actual de la desjudicialización de los procedimientos en que no hay litigio, dando la opción al Requeriente del propósito del procedimiento delante del Tabelionato o delante del Poder Judiciario.

**Palavras-chaves:** Prescrição Adquisitiva; Usucapião Administrativa; Desjudicialização.

## **1 – A evolução do procedimento da usucapião no Brasil**

### 1.1 Aspectos históricos

A aquisição da propriedade pelo transcurso do tempo é admitida desde o direito romano. Era um direito do cidadão romano e “servia para adquirir a propriedade quirritária transferida sem o ritual de mancipação e para aperfeiçoar a alienação da coisa feita pelo alienante”<sup>2</sup> sem direito sobre a coisa.

Na Lei das XII Tábuas já constava a previsão de dois anos para usucapião dos imóveis e de um ano para os móveis. O exíguo prazo justificava-se pela extensão da própria cidade.

A tradição do instituto jurídico da usucapião, no Brasil, provém do direito português desde quando vigora na Colônia as Ordenações do Reino,

---

<sup>2</sup> CHAMOUNT, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 4ª ed., São Paulo: Forense, 1962, p. 253.

legislação que vigeu após a independência e durante todo o Império, só sendo totalmente afastada quando do advento do Código Civil de 1916, já no período republicano.

A respeito da usucapião entre nós já registrava Lourenço Trigo de Loureiro, em obra de doutrina civilista do período imperial<sup>3</sup>, que ela supõe uma posse jurídica que não basta por si, sendo ainda de mister que essa posse tenha começado de modo justo, com boa-fé da parte do possuidor, e ainda, que a coisa possa ser adquirida por esse modo. No direito romano só se exigia a boa-fé no começo da posse, mas, entre nós, é requerida em todo o curso do tempo da usucapião de acordo com o que então dispunham as Ordenações (Livro 4, título 3, § 1, *in fine*, e título 79).

Assim, inicialmente era exigida a presença de um justo título e da boa-fé, não se admitindo a aquisição da propriedade pelo simples transcurso do tempo.

No entanto, este quadro mudou. O procedimento judicial, regulado pelos artigos 941 a 945 do CPC, hoje é bastante moroso, tendo em vista a necessidade da citação dos confinantes, bem como da intimação dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado (ou do Distrito Federal, ou do Território) e do Município. Além da obrigatoriedade de o autor promover a citação dos confrontantes certos e conhecidos e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados. De tal sorte é possível auferir que, além de demorada, a ação de usucapião também é dispendiosa.

Soma-se a isso que o requerente deve juntar à petição inicial a planta ou o croqui do imóvel. Sobre este ponto é interessante salientar que a jurisprudência vem relevando a ausência da planta, desde que o processo tenha elementos identificadores suficientes do imóvel.

Tese da qual não compartilhamos, em razão do princípio da especialidade objetiva, torna obrigatória a descrição e a individualização do bem imóvel. Ocorre

---

<sup>3</sup> LOUREIRO, Lourenço T. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. Ed. Fac-similar da edição de 1871, v. I. Brasília: Senado, 2004, p. 232.

que, como a perfeita identificação do bem se encontra na planta (localização do terreno: rua/avenida, a distância da esquina mais próxima, o quarteirão, etc.) e tais dados são indispensáveis para a abertura da matrícula e do indicador real, entendemos como prejudicial a ausência da apresentação da planta.

Dessa forma, o presente artigo visa a dar uma ideia acerca da possibilidade de realização de usucapião através de procedimento administrativo desde que, não havendo fato que torne a coisa litigiosa, possa o caso concreto ser submetido ao prudencial juízo do notário e ao registrador imobiliário, em razão de suas atribuições instituídas pelo art. 3º da Lei 8.935/94 tomando-se, como paradigma desse procedimento, a Lei 10.931/04 (Retificação Administrativa) e a Lei 11.481/07 (Regularização Fundiária para Zonas Especiais de Interesse Social).

## 1.2 Modalidades de usucapião no Brasil

A usucapião pode ser compreendida como instituto pelo qual a pessoa adquire o domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso de tempo. O Judiciário declara o direito que a parte detém, transformando uma situação fática em jurídica, sempre que for provocado e desde que preenchidos os requisitos legais.

No Brasil existem cinco espécies de usucapião, sendo elas: a) Usucapião Extraordinária; b) Usucapião Ordinária; c) Usucapião Especial Rural ou *Pro Labore*; d) Usucapião Especial Urbana; e) Usucapião Coletiva.

Passamos, então, a nos ocuparmos dessas espécies a fim de evidenciarmos que os notários e os registradores brasileiros estão aptos a realizar este trabalho.

### 1.2.1 Usucapião extraordinária (possui dois prazos distintos)

A usucapião extraordinária é aquisição da propriedade pelo prolongado exercício da posse. Isto é, independe de justo título e da boa-fé, não necessitando que o requerente faça prova. O único requisito que o autor da ação deve comprovar é a posse; a posse qualificada: com ânimo de dono, mansa, pacífica, ininterrupta e contínua, nos termos do artigo 1.238 do Código Civil.

Esse dispositivo legal também traz dois prazos distintos de usucapião. Não em razão da proximidade espacial do proprietário e do possuidor, mas em razão da finalidade da posse.

Dessa forma, em regra, o prazo da usucapião extraordinária é de quinze anos. Contudo, esse prazo é reduzido para dez anos, se a posse concretizar o direito à moradia, ou se no imóvel o possuidor realizou obras ou serviços de caráter produtivo (posse-trabalho), consoante o parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil.

### 1.2.2 Usucapião ordinária (possui dois prazos distintos)

A usucapião ordinária diferencia-se da usucapião extraordinária em razão da obrigatoriedade da comprovação do justo título e, conseqüentemente, da boa-fé. Além do mais, os prazos são menores: dez anos (CC, artigo 1.242), reduzindo-se para cinco anos, se a aquisição foi onerosa e se o imóvel foi utilizado para moradia ou ocorreu investimento de caráter socioeconômico (CC, parágrafo primeiro do artigo 1.242).

Dessa forma, sem querer aqui dedilhar-se sobre o que seja justo título, é bom recordar tão somente que o justo título é ato translativo ou constitutivo da propriedade ou da posse, o qual, por conter um vício ou irregularidade, não pode ser registrado.

### 1.2.3 Usucapião rural especial ou *pro labore*

A usucapião rural especial ou *pro labore* foi criada pela Constituição Federal de 1934, sendo mantida pelas Constituições Federais de 1937 e de 1946. A espécie foi – finalmente – disciplinada pelo Estatuto da Terra, Lei 4.504/64, no artigo 98, que permanece até hoje, embora a Lei 6.969/81 tenha regulamentado a usucapião especial de imóveis rurais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 191, e o Código Civil de 2002, no artigo 1.239, regularam a possibilidade de usucapir área rural não superior a cinquenta hectares. Observe-se que a usucapião

extraordinária não possui limite de área; já na usucapião rural especial ou *pro labore*, o usucapiente deve atender às condições de prazo (cinco anos), dimensões do imóvel (até cinquenta hectares), subjetiva (não ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano) e, ainda, que a área seja produtiva pelo trabalho do interessado e/ou de sua família, servindo de moradia.

Como se vê, foi um avanço para quem vivia da terra. Porém, o Estatuto da Terra não afastou a possibilidade de usucapir bens públicos, o que só foi abolido pela Lei 6.969/81, sendo essa orientação reafirmada pelo art. 191 da Constituição Federal de 1988, de forma que os bens públicos não são passíveis de ser usucapidos.

#### 1.2.4 Usucapião especial urbana

A usucapião especial de imóvel urbano é regulada pelo artigo 183 da Constituição Federal de 1988, artigo 1.240, parágrafos primeiro e segundo do Código Civil e art. 9º da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade. Esse instrumento trata da possibilidade de aquisição da propriedade, sem justo título ou boa-fé, de área urbana ou construção de até 250 m<sub>2</sub> desde que o possuidor tenha como seu, sem oposição e ininterruptamente, terreno ou edificação pelo prazo de cinco anos e utilize o bem para sua própria moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Aqui, a dispensa do justo título e da boa-fé ocorre para privilegiar o direito à moradia. Veja que a aplicação desse dispositivo exige uma coerência e

proporcionalidade por parte do intérprete. Com a existência da discussão em torno de qual o objeto que deve ter até 250 m<sub>2</sub> – alguns estudiosos estão a defender que se restringe apenas ao terreno e outros que se refere apenas à construção – muito se tem debatido se tal dispositivo pode servir para usucapir uma mansão, um edifício... Neste ponto, entendemos que se a edificação ultrapassar 250 m<sub>2</sub> não é possível a aplicação da usucapião especial, mesmo que o terreno tenha área inferior à descrita no dispositivo legal.

#### 1.2.5 Usucapião coletiva de imóvel urbano

A usucapião coletiva, aplicável a imóveis urbanos, foi criada como remédio para a regularização das favelas e constitui instrumento cabível quando a área urbana com mais de 250 m<sub>2</sub> for ocupada pelo prazo de cinco anos, por população de baixa renda, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados pelos respectivos possuidores, com a finalidade de habitação ou trabalho, desde que esses possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural, consoante o artigo 10 do Estatuto da Cidade.

A peculiaridade dessa modalidade de usucapião não está somente em razão de serem plúrimos os sujeitos ativos, mas também porque os contemplados por esse instrumento devem constituir um condomínio especial, indivisível. Assim, uma vez matriculada a área usucapta em nome dos possuidores, para individualização das áreas com matrículas autônomas, usar-se-á a regulamentação do condomínio edilício (Lei 4.591/64 e artigos 1.331 e seguintes do Código Civil).

## **2 – A evolução da regularização imobiliária extrajudicial**

No Brasil pode-se verificar uma tendência à desjudicialização na composição de interesses, principalmente daqueles que tramitam na jurisdição voluntária. Uma demonstração clara dessa assertiva são as disposições da Lei 10.931/04, que versa sobre a retificação administrativa (a referida lei alterou os artigos 212 e 213 da Lei 6.015/73). Outros exemplos são: a Lei 11.441/07, que disciplinou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais, por via administrativa/extrajudicial e a Lei 11.481/07, que dispôs sobre a regularização fundiária para zonas especiais de interesse social.

Assim – excluindo-se a lei de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais, por via administrativa – os demais diplomas legais citados podem ser considerados como os responsáveis pela abertura do caminho da regularização fundiária extrajudicial no Brasil, levando em conta que, fora o conteúdo abrangido por tais leis, todas as demais hipóteses de regularização da propriedade imóvel deverão ser procedidas via ação judicial.

Nessa esteira, repensando a necessidade de atuação do Poder Judiciário nos processos de jurisdição voluntária e naqueles em que não há litígios, defendemos o acolhimento da usucapião na esfera administrativa, com a atuação de notários e registradores na operacionalização do ordenamento jurídico. Para fornecer mais suporte fático à tese aqui sustentada, começaremos destacando o procedimento na usucapião por escritura pública de justificação da posse, já implantado em Portugal. Em seguida, debateremos a legalidade e a adequação de tal procedimento em vista da legislação brasileira e, por último, mencionaremos o reconhecimento e aplicação desse instituto no Brasil, ainda que timidamente, em decorrência da Lei 11.977/2009.

### **2.1 O exemplo de Portugal**

Portugal passa por um fenômeno de desjudicialização. O Código de Registro Predial daquele país trouxe modernidade e simplificação de alguns procedimentos, assegurando um acesso mais fácil ao Registro Predial

(Registro de Imóveis). Embora em Portugal o registro de um bem no álbum imobiliário não seja obrigatório – diferentemente do Brasil, onde o sistema registral é misto – quase todos os direitos de propriedade adquiridos por usucapião são procedidos por ESCRITURA PÚBLICA DE JUSTIFICAÇÃO NOTARIAL. A via judicial é procurada apenas em raríssimas situações, justamente em razão da existência de conflitos.

Em Portugal, o primeiro passo à aquisição do direito de propriedade por usucapião ocorre com a justificação, na qual a parte interessada declara e prova perante o notário a sua posse sobre o imóvel. Esse ato é chamado de Justificação da Posse. Essa Justificação da Posse é a fase inicial na qual o tabelião irá verificar se os pressupostos legais para a lavratura da justificação foram atendidos, podendo ser conceituada como a verificação da plausibilidade do direito alegado.

No Brasil, até o advento da Lei 8.951/94 que reformou o Código de Processo Civil, existia a necessidade da justificação da posse na ação de usucapião. A justificação era destinada à constituição da prova da posse, previamente, não vinculando o juiz e possibilitando ao autor, caso fosse inadmitida a posse, repetir o pedido em novo processo, sem ofensa à coisa julgada.

Assim, o notário português, à semelhança do que fazia o juiz inicialmente mediante procedimento de justificação de posse no Brasil, examina rigorosamente os documentos trazidos à justificação. Se de algum modo o alegado pelo justificante e confirmado pelas testemunhas condiz com a realidade documental, é lavrado o documento, relatando a existência de contratos, recibos de pagamentos, insuficientes para transferir a propriedade, mas úteis como meio probatório<sup>4</sup>.

Portanto, o requerente, no momento da propositura da justificação deve apresentar: testemunhas, no máximo cinco; documentos como certidão do teor da inscrição; documentos das transmissões anteriores e subseqüentes ao fato justificado. E, dirigindo-se ao conservador (registrador), deve

---

<sup>4</sup> Código do Registro Predial Português, Lei nº 6/2006, de 27.02.2006, título VI, que dispõe sobre suprimento, retificação e a reconstituição do registro de um bem imóvel.

pedir o reconhecimento do direito pleiteado, descrevendo o imóvel a ser justificado, indicando a causa do pleito que poderá ser: a) restabelecimento do trato sucessivo; b) suprimento de documentos faltantes para comprovar a propriedade ou falta do registro do imóvel.

Com a apresentação do requerimento na serventia imobiliária, instruído com os documentos comprobatórios e o pagamento dos respectivos emolumentos, considera-se instaurado o processo junto ao Registro Imobiliário da situação do bem. Abre-se matrícula provisória com a descrição do imóvel. Todas as averbações e registros terão caráter provisório até o final do procedimento. Isto é, há o registro inicial, mas não há o da aquisição pelo requerente, nem mesmo da mera posse.

A falta dos documentos probatórios e apresentação de pedido manifestamente improcedente conferem ao registrador o dever de indeferir liminarmente o pedido por despacho fundamentado e notificação do justificante, que poderá recorrer da decisão de indeferimento e fazer as adaptações necessárias. Poderá, então, o registrador reconsiderar ou não sua decisão, do que será notificado o requerente.

Havendo litígio/oposição, com relação ao imóvel objeto do procedimento, ou caso o registrador não reconsidere seu despacho inicial, ele encerrará o procedimento e o remeterá ao Judiciário, que julgará o recurso. Essa fase do procedimento se assemelha à nossa suscitação de dúvida. Não tendo certeza sobre proceder ou não o ato, ou inconformada a parte com a decisão, envia-se ao Judiciário, que dará a chancela ou não. Observe-se que não se trata de LITÍGIO entre as partes, mas de dúvida, um questionamento pessoal do registrador.

Nesse procedimento serão citados: o Ministério Público; os incertos e não sabidos; o titular que figura como proprietário no Registro de Imóveis, se houver; seus herdeiros e/ou sucessores. A citação é feita por edital fixado por trinta dias no Registro de Imóveis competente. As partes poderão manifestar-se em dez dias. Existindo oposição, o registrador declara o procedimento findo com os interessados remetidos ao Judiciário.

Não havendo oposição, procede-se à inquirição das testemunhas apresentadas pela parte justificante, sendo os depoimentos reduzidos a termo.

A decisão final é proferida dez dias depois de concluída a instrução. O Ministério Público e os interessados são notificados da decisão em cinco dias. Tornando-se definitiva, o registrador procede aos registros finais.

Nota-se, pelo exposto, que o notário se faz presente à LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA DE JUSTIFICAÇÃO NOTARIAL. Contudo, o procedimento como um todo é gerido na SERVENTIA IMOBILIÁRIA, sob o comando do REGISTRADOR (como ocorre no Brasil em virtude das Leis 11.441/07 e 11.481/07), sendo o título acolhido no álbum imobiliário nas seguintes hipóteses: a) para resolver a questão do adquirente que não possui prova do seu direito (título); e b) para garantir o direito daquele que detém a inscrição prévia no Registro Imobiliário, se o titular do domínio não é encontrado.

Assim, no primeiro caso, o escopo é fazer prevalecer o princípio da continuidade, restabelecendo o trato sucessivo (art. 116 e seguintes). Ao requerente será oportunizada a lavratura de Escritura Pública de Justificação Notarial, para a obtenção da primeira inscrição no Registro de Imóveis. A partir de então, com a prova da posse, dar-se-á início ao procedimento da usucapião. É importante ressaltar, desde logo, que a usucapião é aquisição originária da propriedade, implicando o estabelecimento de um novo trato sucessivo, sempre que ausente o litígio.

Poderá ainda inscrever-se no Registro de Imóveis o pretense adquirente do domínio que detém apenas a posse, quando o titular do domínio não é encontrado. A solução é a lavratura de Escritura Pública de Justificação Notarial ou decisão em âmbito de Processo de Justificação.

### **3 - Proposta para o procedimento extrajudicial no Brasil**

No Brasil, ressalvadas as peculiaridades jurídicas e sociais, poderia ser implantado sistema semelhante ao português.

Nessa hipótese, ventilam-se duas possibilidades. A primeira consiste na instauração do processo de usucapião ocorrer perante o notário (justificação da posse) e perante o registrador imobiliário (as intimações e acolhimento das assinaturas). A segunda ocorreria totalmente perante o tabelião, restringindo-se a participação do Ofício Imobiliário ao registro do título aquisitivo. Em ambos os casos, a assistência do advogado seria obrigatória, desde as primeiras declarações perante o notário.

No primeiro caso, como já salientado, o processo de justificação de posse ocorreria perante o notário. Logo, após providenciar planta da área objeto da usucapião – com a identificação das confrontações, quadra, lote, quarteirão, acompanhada do memorial descritivo e ART assinada por engenheiro e/ou arquiteto responsável pela medição e pelo memorial; certidão atualizada, expedida pelo RI da localidade do imóvel, para fins de usucapião (positiva ou negativa) – toda a documentação seria reunida e a parte interessada em usucapir apresentar-se-ia perante o notário para a lavratura da Escritura Pública de Justificação da Posse.

Na peça notarial, far-se-ão constar os dados do imóvel, os confinantes, o nome do proprietário que figura no RI, se for o caso, bem como o testemunho de duas pessoas maiores e capazes que confirmem o alegado pelo usucapiente. Lavrada a escritura, haverá sua remessa com os documentos ao Registro Imobiliário.

O registrador fará a notificação dos confinantes, dos eventuais interessados, da União, do Estado (do

Distrito Federal) e do Município, dos titulares do domínio constantes no álbum imobiliário, se houver, via postal, por carta com aviso de recebimento (para os certos e sabidos) e por edital (para os incertos e não sabidos). Feitas as notificações pelo registrador, dar-se-á prazo de quinze dias para eventuais manifestações, contestações e impugnações a respeito do pedido de usucapião apresentado. Vencido o prazo sem manifestação dos interessados, o oficial certificará o ocorrido e procederá ao registro.

Caso inexistir transcrição/matrícula, o registrador abrirá matrícula em nome do adquirente a título de usucapião. Havendo matrícula, apenas procederá ao registro se a descrição do imóvel for idêntica à matrícula existente. Na hipótese de manifestação/impugnação dos confinantes, ou dos titulares do domínio, que não possa ser sanada na serventia imobiliária – se houver questões controvertidas onde seja necessária decisão e não apenas declaração do direito existente – o registrador finalizará o procedimento deixando de proceder ao registro e o encaminhará para o Judiciário para solução do impasse.

Julgada improcedente a impugnação, por parte do Judiciário, o procedimento volta ao Registro de Imóveis para a abertura de matrícula ou registro na matrícula já existente<sup>5</sup>.

Já no segundo caso ventilado – hipótese na qual todo o procedimento seria desenvolvido sob a

---

<sup>5</sup> Estrutura de procedimento concebida pela advogada Matilde Garcia da Silva, como parte integrante de seu Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Imobiliário no Centro Universitário Uniritter, sob a orientação de João Pedro Lamana Paiva, Canoas - RS, 2008.

responsabilidade do tabelião – o processo de justificação de posse ocorreria perante o notário com a autuação do pedido de usucapião no Tabelionato de Notas e, tomadas por termo as primeiras declarações, o tabelião, no prazo de trinta dias, diligencia para identificar as matrículas ou transcrições correspondentes à área a ser usucapta examinando os documentos apresentados e comunicando ao requerente, de uma única vez, a existência de eventuais exigências a serem satisfeitas visando à regularidade do pedido.

O tabelião de notas, ou preposto de seu serviço, poderá realizar vistorias no imóvel usucapiendo, a fim de esclarecer dúvidas relativamente ao pedido formulado e sua legalidade, certificando sua realização nos autos do procedimento.

Havendo dúvidas a respeito do registro ou da transcrição imobiliária, o tabelião de notas oficiará ao competente Registro de Imóveis solicitando esclarecimentos, o que será certificado nos autos do procedimento, juntadas as certidões expedidas e as cópias dos documentos enviados e recebidos.

A lavratura da escritura declaratória da usucapião será necessariamente precedida de justificação de posse realizada perante o tabelião de notas, mediante ato notarial que deverá contar com a presença dos confrontantes e de, no mínimo, duas testemunhas que atestem inequivocamente a posse do requerente, devendo constar no texto do ato os requisitos referidos no caput do art. 414 e no art. 415 e parágrafo único do Código de Processo Civil, no tocante à formalização da ouvida de testemunhas.

Caso haja dúvida quanto à localização do imóvel, suas medidas e área real, fazendo-se necessária perícia destinada a esclarecê-la, nosso entendimento é de que a melhor solução para tal situação seria suspender a tramitação do procedimento, por ato do tabelião, declarando tratar-se de questão complexa a ser dirimida em juízo ou, reconhecida a presença de questão de menor complexidade, apontando o tabelião a prova necessária e suficiente a ser produzida nos autos do procedimento para o deslinde da questão.

Para a lavratura do ato notarial relativo à justificação da posse, o

tabelião de notas: a) deverá observar, em relação aos confrontantes, o disposto no § 10 do art. 213 da Lei 6.015/73; b) poderá realizar as notificações que se fizerem necessárias, usando dos serviços do Ofício de Registro de Títulos e Documentos, cujas despesas correrão por conta dos requerentes; c) poderá exigir dos requerentes a apresentação de documentos que corroborem suas alegações; d) deverá exigir a presença do advogado assistente dos requerentes, o qual necessariamente subscreverá o documento.

O tabelião de notas oficiará acerca do pedido apresentado previamente à lavratura da escritura declaratória da usucapião aos representantes: das Fazendas Públicas da União, do Estado, Distrito Federal ou Território e do Município, assim como ao representante do Ministério Público para que manifestem interesse no prazo: improrrogável de até quarenta e cinco dias, contado do recebimento da notificação, importando seu silêncio a inexistência de oposição ao reconhecimento da usucapião. Essa notificação aos representantes poderá ser feita por via postal, mediante carta registrada, com aviso de recebimento.

Verifica-se aqui que há uma presunção de anuência. Pondera-se, entretanto, que os entes públicos, nas ações de usucapião, não necessitam informar que estão de acordo com o pedido, mas que nada têm a opor a ele. Poderão também, quando nada tiverem a opor, simplesmente silenciar a respeito da notificação que lhes foi dirigida.

Inexistindo matrícula ou transcrição anterior no Registro de Imóveis e estando a documentação em ordem, ou atendidas as exigências feitas pelo tabelião após o exame preliminar dos documentos apresentados e não havendo manifestação de oposição por parte dos representantes das Fazendas Públicas e do Ministério Público, o tabelião de notas deverá lavrar a escritura declaratória, em nome dos requerentes da usucapião, com base nos documentos que especificam a demarcação.

Havendo registro anterior, o tabelião de notas deverá notificar pessoalmente o titular de domínio, no imóvel, no endereço que constar do

registro imobiliário, bem como no endereço indicado pelo requerente, podendo valer-se, para tanto, dos serviços do Registro de Títulos e Documentos.

Não sendo encontrados o titular de domínio ou os confrontantes, tal fato será certificado pelo tabelião de notas, que deverá providenciar, mediante custeio por parte dos requerentes, a notificação destes e de eventuais terceiros interessados, através de edital.

O edital conterá resumo do pedido de usucapião, com a descrição que permita a identificação da área usucapienda, devendo ter uma cópia afixada no Tabelionato e ser publicado, em jornal de regular circulação local, por duas vezes, no prazo de trinta dias e com intervalo mínimo de sete dias entre a primeira e a segunda publicação.

No prazo de até quinze dias, contados da última publicação, poderá ser apresentada impugnação ao pedido de usucapião perante o Tabelionato de Notas, presumindo-se a anuência dos notificados que deixarem de apresentar impugnação no referido prazo.

A publicação dos editais de que trata este artigo, em caso de pedido de usucapião por pessoa de baixa renda, será providenciada pela respectiva Administração Municipal, com plena gratuidade, através de seu órgão oficial.

A Administração Municipal encaminhará ao Tabelionato de Notas os exemplares dos jornais que tenham publicado os editais. Decorrido o prazo previsto, sem que ocorra impugnação, o tabelião de notas deverá lavrar a escritura pública declaratória em nome dos requerentes da usucapião, **NECESSITANDO DA OUTORGA UXÓRIA, SE CASADOS FOREM** (art. 10 do CPC).

Existindo impugnação ao pedido de usucapião, o tabelião de notas dará ciência de seus termos ao usucapiente e promoverá a audiência de conciliação entre os interessados, que deverão comparecer assistidos por seus advogados.

Havendo acordo entre impugnante e usucapiente, o tabelião de notas lavrará a escritura pública declaratória em nome dos requerentes da usucapião. Não havendo acordo entre impugnante e usucapiente, a questão deve ser encaminhada à apreciação do juízo competente.

Julgada improcedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao tabelião de notas para a lavratura da escritura pública declaratória em nome dos requerentes da usucapião. No entanto, sendo julgada procedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao tabelião de notas, para que seja dada ciência aos requerentes.

Dada ciência aos requerentes, serão desentranhados e restituídos os documentos por eles solicitados, certificando-se essa providência no auto do procedimento extrajudicial, o qual permanecerá arquivado no Tabelionato de Notas. Tratando-se de declaração de usucapião de imóvel rural, o tabelião de notas oficiará ao Incra a respeito do teor da escritura lavrada, para fins de cadastramento do imóvel.

É bom lembrar que os Registros de Imóveis já são obrigados a comunicar ao Incra todas as alterações envolvendo imóveis rurais, motivo pelo qual pode restar desnecessária essa comunicação prévia ao Incra pelo tabelionato de notas.

Além disso, o tabelião deverá estar atento ao exame da capacidade dos agentes. A exemplo do que estabelece a Lei 11.441/07, as ações envolvendo interesses de menores e incapazes ou litígio não poderão usufruir do procedimento extrajudicial de usucapião. Somente as partes concordes e plenamente eficazes poderão optar por esse procedimento.

Outro requisito indispensável à lavratura do ato é a presença obrigatória, pela complexidade dos documentos a serem reunidos, do advogado em todo o procedimento (da mesma forma como ocorre em relação aos atos autorizados pela Lei 11.441/07, a qual, alterando o art. 982 do CPC, possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa), até porque o procedimento da usucapião extrajudicial, embora iniciando na esfera administrativa, poderá encerrar-se no Judiciário, caso haja litígio.

Por derradeiro, nenhuma parte envolvida, direta ou indiretamente, poderá ficar à margem do procedimento sem ser notificada, sendo indispensável a notificação dos confrontantes e do titular, seja real ou ficta.

### 3.1 Do registro da escritura

O oficial de Registro de Imóveis com atribuições sobre o local de situação do imóvel usucapto, de posse da respectiva escritura pública, deverá abrir matrícula do imóvel e registrar a respectiva demarcação, procedendo às averbações necessárias nas matrículas ou transcrições anteriores, quando for o caso.

Havendo registro de direito real sobre a área demarcada ou parte dela, o oficial deverá proceder ao cancelamento de seu registro em decorrência da abertura da nova matrícula em nome dos usucapientes.

Para efeito de aplicação do exposto, deverá ser observado o que dispõe a legislação específica sobre as áreas indispensáveis à segurança nacional, insuscetíveis de usucapião.

### 3.2 Vantagens do procedimento extrajudicial

A adoção do procedimento extrajudicial traria grandes benefícios ao direito pátrio: agilidade, simplicidade, celeridade e segurança jurídica. Mesmo havendo impasse, o procedimento já seria enviado ao Judiciário com provas robustas e em etapa avançada. Ao juiz do caso, então, seria facultado, antes de proferir decisão, a oitiva das partes e a produção de mais provas, se assim entendesse necessário.

A população, em especial a de baixa renda, seria contemplada com a redução do custo da peça notarial. A gratuidade do serviço seria concedida para os considerados pobres, devendo constar o pedido na própria escritura pública declaratória da usucapião (à semelhança do disposto no § 3º do art. 1124-A, introduzido no CPC pela Lei 11.441/07).

## **4 – Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas (Lei 11.977/09)**

Recentemente, no Brasil, foi transformada em lei a Medida Provisória 459 de 2009. A Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, consagrou o Programa Minha Casa, Minha Vida, destinado à aquisição de casa própria pela população brasileira de baixa renda.

O interessante nessa lei é que no artigo 60 existe previsão de usucapião extrajudicial:

**Art. 60.** Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

**§ 1º** Para requerer a conversão prevista no *caput*, o adquirente deverá apresentar:

I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência

de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel;

**II** – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural;

**III** – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e

**IV** – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

**§ 2º** As certidões previstas no inciso I do § 1º serão relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público.

Trata-se de uma medida ainda muito tímida que alcança apenas a regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda. No entanto, essa iniciativa, por decorrer de incessante luta dos registradores do estado gaúcho e apresentação do anteprojeto de lei no Ministério da Justiça brasileiro, não deve ser menosprezada.

A importância da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, está em introduzir pela primeira vez na legislação brasileira a expressão “legitimação da posse”, a qual nada mais é do que uma justificação semelhante ao projeto em tramitação nos ministérios e na admissão de que a usucapião possa ocorrer perante o oficial de Registro de Imóveis, mediante comprovação dos requisitos legais necessários para a conversão.

Fora do âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, a usucapião somente pode ser reconhecida no Brasil por meio de ação judicial. Para evitar a ação judicial é que defendemos a usucapião na esfera administrativa, com a atuação de notários e registradores no procedimento, independentemente de suas medidas lineares e do poder aquisitivo de seu proprietário.

## **Considerações finais**

Com este artigo objetivou-se dar o impulso inicial para se repensar as formas pelas quais o procedimento do instituto da usucapião pode vir a

ser materializado entre nós. Além disso, buscaram-se novos meios para a concretização desses procedimentos, sob o manto da maior simplicidade e celeridade, conforme nos demonstra a legislação alienígena.

Uma das formas destacadas foi o procedimento da usucapião extrajudicial adotado em Portugal. Nesse caso, a declaração da usucapião cabe ao notário, através de uma Escritura Pública de Justificação de Posse, título este que, depois, é acolhido pelo registrador imobiliário.

A adoção dessa sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, além de ser viável, é compatível com o princípio da função social da propriedade, da duração razoável do processo e da segurança jurídica.

Os serviços notariais e de registro, no Brasil, estão capacitados para absorver essa premente demanda. Assim, o acolhimento da usucapião extrajudicial/administrativa no direito pátrio requer apenas algumas reformas legislativas e pequenas mudanças comportamentais na sociedade.

Portanto, da sociedade em geral seria exigida a reformulação de conceitos, deixando de lado o apego excessivo ao processo judicial, à reclamação judicial, ao litígio, prestigiando o trabalho de outro profissional que, ao lado do juiz, do promotor, do defensor público, do advogado, também é responsável por proporcionar segurança jurídica: o notário.

Diante do exposto, permitimo-nos apresentar a fórmula segundo a qual foi idealizada a instauração da usucapião extrajudicial no Brasil, submetendo à análise e apreciação de todos o anteprojeto de lei desenvolvido a pedido do secretário-geral do Ministério da Justiça, Dr. Rogério Favreto, com a finalidade de ajudar a desonerar a imensa carga de trabalho atribuída, na atualidade, ao Poder Judiciário. Esse anteprojeto foi elaborado sob nossa coordenação, pelo grupo de trabalho também composto por: Pércio Brasil Álvares (advogado); Ricardo Guimarães Kollet (tabelião de notas) e Tiago Machado Burtet (registrador/tabelião de protesto).

## Exposição de motivos ao anteprojeto de lei

São muitos os fundamentos pelos quais podemos argumentar sobre a conveniência de realizar a usucapião através de procedimento extrajudicial. Entretanto, no âmbito desta exposição de motivos, ficaremos limitados aos aspectos mais relevantes acerca do referido tema.

Inicialmente podemos referir que os requisitos legais exigíveis à realização do processo judicial da usucapião, urbana ou rural, são passíveis, invariavelmente, de demonstração pela via documental, o que torna a prova a ser produzida predominantemente *objetiva*.

Aliando-se a isso, também é extremamente *objetiva* a possibilidade de verificação e demonstração das circunstâncias fáticas nas quais se evidencia a existência das situações consolidadas quanto à posse legítima dos imóveis *ad usucapionem*.

Dessa forma, apesar de a ação de usucapião de terras particulares ser, nos termos de nosso estatuto processual civil, um instituto que integra os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, a ampla possibilidade de *objetivação* com relação à *prova* a ser nele produzida conferem ao feito uma significativa tranquilidade na apreciação da situação possessória que representa o fundamento básico dessa ação, qual seja, a de existência ou inexistência de *posse ad usucapionem* a ser declarada, na forma da lei, aos interessados na aquisição da propriedade imobiliária pela usucapião.

Em outros termos, vale dizer que não se trata, a usucapião, de uma questão jurídica de alta indagação que esteja a reclamar, necessariamente, a apreciação por parte do magistrado, o qual se verá desonerado dessa tarefa singela para dar prioridade a questões jurídicas bastante mais relevantes quanto à complexidade, otimizando, assim, a prestação jurisdicional (justiça reparadora).

A atividade notarial que, nos termos do projeto, passará a desenvolver o procedimento extrajudicial para a realização da usucapião não deixa de estar sob controle, orientação e fiscalização do Poder Judiciário, nos termos da Constituição, de modo a garantir que o preconizado em lei chegue, da melhor forma, a seu desiderato. Isso já vem ocorrendo com segurança e atendendo aos anseios da sociedade nos atos extrajudicializados decorrentes da Lei nº 11.441/2007, que, ao alterar o Código de Processo Civil, passou a possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa.

A reforma do Poder Judiciário, instalada a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, prevê, entre outras providências para desafogar o Poder Judiciário, a descentralização da atividade jurisdicional. A capilaridade dos serviços notariais, cuja abrangência territorial alcança os diversos rincões do país, contribui para este desiderato.

Em tal sentido, vem crescendo a necessidade de serem disponibilizados à população mecanismos que oportunizem a realização do direito através de instrumentos céleres, ágeis, acessíveis e de menores custos econômicos. Não tem outro objetivo, portanto, a criação da possibilidade de a usucapião vir a ser realizada, também, através de um procedimento

extrajudicial que oportunize, com igual eficácia, o mesmo objetivo, ajudando a desonerar a assoberbada carga de trabalho entregue à jurisdição brasileira. Com isso, pretendemos alcançar um moderno instrumento de incremento dos meios alternativos de solução de conflitos.

Concebe, assim, este projeto a usucapião extrajudicial como instrumento legal dotado do melhor e mais adequado nível de informações acerca da regularização imobiliária local, com o qual se pode contar nos mais diversos recantos do país, seja através da organização técnico-jurídica dos Tabelionatos de Notas, seja através dos Registros Imobiliários.

Na elaboração do projeto, procuramos realizar a mais ampla adequação com a legislação vigente, buscando a harmonização do instituto da usucapião extrajudicial às disposições da Constituição, do Código Civil, do Código de Processo Civil, da Lei dos Registros Públicos e da legislação extravagante correlata ao tema, ao mesmo tempo em que buscamos inspiração no paradigma legal recentemente instituído para a regularização fundiária de imóveis de domínio da União, nos termos da Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007.

Optamos por regular a matéria através de diploma legal *autônomo* ao invés de introduzir-se essa regulação através de emenda ao texto do Código de Processo Civil tendo em vista que o diploma processual civil brasileiro destina-se a regular o *processo judicial* e não procedimentos de índole extrajudicial, acrescentando-lhe tão somente dois parágrafos a seu art. 941 para possibilitar a opção pela via extrajudicial.

Em termos de direito comparado, procuramos indagar acerca da aplicação do instituto em países que têm ligação histórica e institucional com a evolução do Estado brasileiro, sendo possível constatar que, em Portugal, instituto semelhante está em prática desde 1956, quando foi criada a *escritura pública de justificação*. Essa medida foi amplamente aplaudida pelos tribunais portugueses porque passou a possibilitar ao notário a lavratura de uma escritura pública para aqueles que invocassem a usucapião, passando, desde então, a constituir o procedimento mais aplicável no país, sendo raros, hoje, os casos nos quais a usucapião está fundada em sentença judicial. A justificação surgiu, assim, como meio rápido e acessível

através do qual o interessado possuidor do direito pode obter o *título* legal e formal que o habilita ao *registro* da propriedade.

Buscou-se com o texto do projeto, obter-se uma visão adequada relativamente à organização notarial e registral brasileira, bem como conciliar a conveniência de um procedimento extrajudicial ágil e célere e a segurança exigível à realização de regularizações fundiárias baseadas no instituto legal da usucapião, enquanto instrumento destinado à promoção da dignidade social à população do país, notadamente àquelas pessoas mais carentes de recursos econômicos.

## **PROJETO DE LEI Nº \_\_\_ DE \_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE 200**

Regula o procedimento extrajudicial para a realização de usucapião, altera o Código de Processo Civil, a Lei dos Registros Públicos e dá outras providências.

### **Das Disposições Preliminares**

**Art. 1º.** Esta lei regula o procedimento extrajudicial para a realização de usucapião de bem imóvel particular, nas modalidades previstas pela legislação brasileira.

**§ 1º.** O procedimento extrajudicial a que se refere esta lei visa à obtenção de declaração de domínio sobre o imóvel pela caracterização da usucapião, mediante escritura pública lavrada por Tabelião de Notas, a qual constituirá título hábil perante o Registro Imobiliário, independentemente de homologação judicial.

**§ 2º.** A lavratura da escritura referida no parágrafo anterior caberá a Tabelionato de Notas da circunscrição territorial na qual estiver situado o imóvel usucapiendo, desde que os requerentes estejam assistidos por advogado.

**§ 3º.** Estará inviabilizada a utilização do procedimento a que se refere o *caput* quando a questão possessória envolver interesse de incapaz ou de ausente.

**§ 4º.** O procedimento referido no *caput* poderá ser utilizado opcionalmente pelos usucapiantes, que se podem valer das ações judiciais de usucapião, de

acordo com as respectivas previsões legais, visando a que lhes seja declarado o domínio sobre o imóvel de que são possuidores, podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão do processo judicial pelo prazo de 90 (noventa) dias, ou a desistência da via judicial, visando à promoção do procedimento na via extrajudicial.

**Art. 2º.** Poderá ingressar com pedido extrajudicial de usucapião, nos termos desta lei, aquele que possuir, como sua, área urbana ou rural em conformidade com os prazos possessórios e condições estabelecidos em lei, visando a adquirir-lhe o domínio.

**§ 1º.** Sendo o pedido apresentado por um só dos cônjuges, necessário será o expreso consentimento do outro.

**§ 2º.** O título de domínio poderá ser conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, se assim for requerido.

### **Da Demarcação de Imóveis Para Fins de Usucapião Extrajudicial**

**Art. 3º.** A demarcação de imóveis para fins de usucapião urbana ou rural de que trata esta lei, será realizada com base no levantamento da situação da área a ser usucapida.

**§ 1º.** O pedido de usucapião a ser apresentado perante o Tabelionato de Notas com atribuições para justificar a posse deverá contar com levantamento destinado à demarcação do imóvel *ad usucapionem*, o qual será instruído com:

**I** - planta e memorial descritivo da área a ser usucapida, dos quais constem a sua descrição, com suas medidas perimetrais, área total, localização, confrontantes, coordenadas georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição, assim como de

indicação da pessoa em cujo nome esteja matriculado ou transcrito o imóvel, quando for o caso;

**II** - planta de sobreposição da área demarcada com a sua situação constante do Registro de Imóveis;

**III** - certidão da matrícula ou transcrição relativa à área a ser usucapida, emitida pelo Registro de Imóveis competente e das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes, quando houver;

**IV** - certidão negativa de propriedade urbana ou rural em nome dos usucapiantes, emitida pelo Registro de Imóveis competente e das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes, quando for o caso.

**§ 2º.** As plantas e memoriais mencionados nos incisos I e II do § 1º deste artigo devem ser assinados por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica (ART) no competente Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA).

**§ 3º.** Quando se tratar de procedimento de usucapião promovido por pessoa de baixa renda, as plantas e memoriais mencionados nos incisos I e II do § 1º deste artigo poderão ser assinados por profissionais legalmente habilitados pertencentes aos órgãos ligados ao parcelamento do solo e à regularização fundiária das respectivas Administrações Municipais, com caráter de plena gratuidade.

**§ 4º.** No caso de terras devolutas, a usucapião poderá ser reconhecida com base em levantamento realizado através de plantas e memoriais elaborados pelo órgão fundiário competente da União ou do Estado, visando ao reconhecimento administrativo perante os referidos órgãos e expedição do título de domínio, desde que juntados os documentos aos autos do procedimento por cópia autenticada pelo respectivo órgão fundiário e deles constem as respectivas coordenadas georreferenciadas homologadas perante o cadastro fundiário da União.

**§ 5º.** A certidão referida no inciso IV do *caput* deste artigo será substituída pela de âmbito estadual ou nacional, quando o acesso aos respectivos cadastros de imóveis estiver disponível.

**§ 6º.** Considera-se pessoa de baixa renda, para os efeitos desta lei, aquela cuja renda familiar mensal não seja superior a cinco salários mínimos.

## **Do Procedimento Extrajudicial de Usucapião**

**Art. 4º.** Atuado o pedido de usucapião no Tabelionato de Notas e tomadas, por termo, as primeiras declarações, o tabelião, no prazo de 30 (trinta) dias, diligenciará no sentido de identificar as matrículas ou transcrições correspondentes à área a ser usucapta, examinando os documentos apresentados e comunicando ao requerente, de uma única vez, a existência de eventuais exigências a serem satisfeitas visando à regularidade do pedido.

**§ 1º.** Ao tomar as primeiras declarações deverá o tabelião de Notas consignar a manifestação dos requerentes, sob as penas da lei, de que sabem não haver litígio possessório ajuizado, relativamente ao imóvel *ad usucapionem*, ficando cientes de que devem solicitar a suspensão ou a desistência processual a que se refere o § 4º do art. 1º desta lei, quando por eles ajuizada ação de usucapião.

**§ 2º.** O tabelião de Notas, ou preposto, poderá realizar vistorias junto ao imóvel usucapiendo a fim de esclarecer dúvidas relativamente ao pedido formulado e sua legalidade, certificando sua realização nos autos do procedimento.

**§ 3º.** Havendo dúvidas a respeito do registro ou da transcrição imobiliária, o tabelião de Notas oficiará ao competente Registro de Imóveis solicitando esclarecimentos, o que será certificado nos autos do procedimento, juntadas as certidões expedidas e as cópias dos documentos enviados e recebidos.

**§ 4º.** A lavratura da escritura declaratória da usucapião será necessariamente precedida de justificação de posse, realizada perante o tabelião de Notas, mediante ato notarial que deverá contar com a presença dos confrontantes e de, no mínimo, duas testemunhas que atestem inequivocamente a posse do requerente, devendo constar no texto do ato os requisitos referidos no *caput* do art. 414 e no art. 415 e parágrafo único do Código de Processo Civil, no tocante à formalização da ouvida de testemunhas.

**§ 5º.** Para a lavratura do ato notarial a que se refere o § 4º o tabelião de Notas:

- I** – deverá observar, em relação aos confrontantes, o disposto no § 10 do art. 213 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973;
- II** – realizará as notificações que se fizerem necessárias, podendo, para tanto, usar dos serviços do Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-las, ou, ainda, pelo correio, mediante carta registrada com aviso de recebimento, correndo, as despesas, por conta dos requerentes;
- III** – poderá exigir dos requerentes a apresentação de documentos que corroborem suas alegações;
- IV** – deverá exigir a presença do advogado assistente dos requerentes, o qual, necessariamente, subscreverá o documento.

**Art. 5º.** O tabelião de Notas oficiará, acerca do pedido apresentado, previamente à lavratura da escritura declaratória da usucapião, aos representantes das Fazendas Públicas da União, do Estado, Distrito Federal ou Território e do Município, assim como ao representante do Ministério Público para que manifestem interesse, em prazo improrrogável de até 45 (quarenta e cinco) dias, contado do recebimento do ofício, importando, o silêncio, a inexistência de oposição ao reconhecimento da usucapião.

Parágrafo único. Para a entrega dos ofícios a que se refere o parágrafo anterior, o tabelião de Notas poderá utilizar-se de serviço postal, mediante carta registrada com aviso de recebimento.

**Art. 6º.** O tabelião de Notas, também previamente à lavratura da escritura declaratória da usucapião, fará publicar edital, para conhecimento de interessados e de terceiros, a expensas dos requerentes.

**§ 1º.** O edital conterá resumo do pedido de usucapião, descrição que permita a identificação da área usucapienda e assinalação do prazo para apresentação de impugnação ao pedido apresentado, o qual, além de ter uma cópia afixada em local visível ao público na sede do Tabelionato, deverá ser publicado, em jornal de regular circulação local, por 2 (duas) vezes, dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias e com intervalo mínimo de 7 (sete) dias entre a primeira e a segunda publicação.

**§ 2º.** Havendo registro anterior relativo à área usucapienda, deverão constar do edital a que se refere o parágrafo anterior, os nomes do titular de domínio e dos confrontantes constantes do registro, na condição de interessados específicos.

**§ 3º.** No prazo de até 15 (quinze) dias, contados da última publicação, poderá ser apresentada impugnação ao pedido de usucapião perante o Tabelionato de Notas.

**§ 4º.** Presumir-se-á a anuência dos notificados que deixarem de apresentar impugnação no prazo previsto no § 3º deste artigo.

**§ 5º.** A publicação dos editais de que trata este artigo, no caso de pedido de usucapião promovido por pessoa de baixa renda, será providenciada pela respectiva Administração Municipal, com caráter de plena gratuidade, através de seu órgão oficial.

**§ 6º.** A Administração Municipal encaminhará, ao Tabelionato de Notas, os exemplares dos jornais que tenham publicado os editais relativos à hipótese a que se refere o parágrafo anterior.

**Art. 7º.** Inexistindo matrícula ou transcrição anterior no Registro de Imóveis e estando a documentação em ordem, ou atendidas às exigências feitas após o exame preliminar referido no *caput* do art. 4º desta Lei e não havendo manifestação de oposição por parte dos representantes referidos no art. 5º, bem como não havendo apresentação de impugnação ao pedido por parte de interessados ou de terceiros, o tabelião de Notas lavrará a escritura declaratória, em nome dos requerentes da usucapião, com base nos documentos que especificam a demarcação.

**1º.** Havendo impugnação, observado o prazo a que se refere o § 3º do art. 6º, o tabelião de Notas passará a proceder de acordo com o que dispõe o art. 9º desta Lei.

**2º.** Havendo manifestação de oposição à concessão da usucapião por parte de quaisquer representantes referidos no art. 5º, o tabelião de Notas encerrará o procedimento procedendo na forma do que dispõe o art. 10 desta lei.

**Art. 8º.** Havendo registro anterior, além de observar as cautelas a que alude o art. 7º desta lei, o tabelião de Notas deverá notificar pessoalmente

os confrontantes e o titular de domínio, no endereço dos respectivos imóveis, em outro endereço que conste do registro existente, bem como, se assim requerido, no endereço indicado pelos requerentes, podendo valer-se, para tanto, do disposto no inciso II do § 5º do art. 4º desta Lei.

**§ 1º.** Não sendo encontrados o titular de domínio ou os confrontantes, tal fato será certificado junto aos autos do procedimento, pelo tabelião de Notas, juntando-se os documentos comprobatórios, sendo suprida, a necessária publicidade demandada para os atos, pelo edital a que se refere o art. 6º, observado o que dispõem seus parágrafos 1º e 2º.

**§ 2º.** Decorrido o prazo previsto no § 3º do art. 6º desta Lei, sem que ocorra impugnação ou oposição à concessão da usucapião por parte de quaisquer dos representantes referidos no art. 5º desta lei, o tabelião de Notas lavrará a escritura pública declaratória em nome dos requerentes da usucapião.

**Art. 9º.** Havendo impugnação ao pedido de usucapião, o tabelião de Notas dará ciência de seus termos ao usucapiente e promoverá audiência de conciliação entre os interessados, que deverão comparecer assistidos por seus advogados.

**§ 1º.** Havendo acordo entre impugnante e usucapiente, o tabelião de Notas lavrará a escritura pública declaratória em nome dos requerentes da usucapião.

**§ 2º.** Não havendo acordo entre impugnante e usucapiente, a questão deve ser encaminhada à apreciação do juiz da Vara dos Registros Públicos ou àquele investido de tais atribuições, na forma da legislação de organização judiciária da respectiva Unidade da Federação.

**§ 3º.** Julgada improcedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao tabelião de Notas para a lavratura da escritura pública declaratória em nome dos requerentes da usucapião.

**§ 4º.** Sendo julgada procedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao tabelião de Notas, para que seja dada ciência aos requerentes.

**§ 5º.** O julgamento de procedência da impugnação não impede o ajuizamento de ação de usucapião de terras particulares, perante o juízo competente, de acordo com o rito estabelecido em lei.

**Art. 10.** Apresentada oposição por parte de quaisquer dos representantes

referidos no art. 5º desta lei, o tabelião de Notas dará ciência do fato aos requerentes.

Parágrafo único. A apresentação da oposição a que se refere o *caput* deste artigo não impede o ajuizamento de ação de usucapião de terras particulares, perante o juízo competente, de acordo com o rito estabelecido em lei.

**Art. 11.** Dada ciência aos requerentes, serão desentranhados e restituídos os documentos por eles solicitados, os quais serão substituídos por cópias que permanecerão retidas, certificando-se essa providência no auto do procedimento extrajudicial, que permanecerá arquivado no Tabelionato de Notas.

**Art. 12.** Tratando-se de declaração de usucapião de imóvel rural, o tabelião de Notas oficiará ao INCRA acerca do teor da escritura lavrada, para fins de cadastramento do imóvel.

## Das Disposições Finais

**Art. 13.** O oficial do Registro de Imóveis com atribuições sobre o local de situação do imóvel usucapto, de posse da respectiva escritura pública, deverá abrir matrícula do imóvel e registrar a respectiva demarcação, procedendo às averbações necessárias nas matrículas ou transcrições anteriores, quando for o caso.

Parágrafo único. Havendo registro de direito real sobre a área demarcada ou parte dela, o oficial deverá proceder ao cancelamento de seu registro em decorrência da abertura da nova matrícula em nome dos usucapientes.

**Art. 14.** Para efeito de aplicação do previsto nesta

Lei deverá ser observado o que dispõe a legislação específica sobre as áreas indispensáveis à segurança nacional, insuscetíveis de usucapião.

**Art. 15.** Não constituirão objeto do procedimento de usucapião de que trata esta Lei, as terras tradicionalmente habitadas por silvícolas ou demarcadas como reservas indígenas, as terras de interesse ecológico, consideradas como tais aquelas declaradas reservas biológicas ou florestais e os parques ou unidades de conservação nacionais, estaduais e municipais, assim como aquelas terras particulares possuidoras de tal destinação perante o Poder Público.

**Art. 16.** É vedada a indicação, pelo Tabelionato de Notas, de advogado aos interessados, que deverão contratar o profissional de sua confiança.

**§ 1º.** É nula a escritura pública lavrada por tabelião de Notas, ou pelo substituto, que possuam, em relação ao advogado constituído pelos requerentes, parentesco consanguíneo ou afim em qualquer grau na linha reta ou, na linha colateral, até o segundo grau, inclusive, ou dele seja cônjuge ou companheiro, sem prejuízo da responsabilidade funcional na forma estabelecida em lei.

**§ 2º.** Não dispendo os interessados de condições econômicas para contratação de advogado, ser-lhes-ão recomendados os serviços da Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, os da respectiva Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

**Art. 17.** O valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo

único do art. 1º da Lei nº 10.169, de 20 de dezembro de 2000, observando-se, quanto à sua fixação, as regras previstas no art. 2º da referida Lei.

**Art. 18.** O art. 941 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), fica acrescido dos parágrafos 1º e 2º com a seguinte redação:

“Art. 941...

“§ 1º. O possuidor poderá valer-se de procedimento extrajudicial, na forma regulada em lei, para a obtenção da declaração a que se refere o *caput* deste artigo, mediante escritura pública, lavrada por tabelião de Notas da comarca na qual estiver situado o imóvel usucapiendo, cujos efeitos independarão de homologação judicial.”

“§ 2º. Ajuizada a ação a que se refere o *caput* deste artigo, poderá ser solicitada, pelo autor, a qualquer momento, a suspensão do processo judicial pelo prazo de 90 (noventa) dias ou a desistência da via judicial, para a promoção do procedimento na via extrajudicial.”

**Art. 19.** O item nº 28 do inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 167. ....

I - .....

“28) das sentenças e escrituras públicas declaratórias de usucapião.”

**Art. 20.** O art. 8º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, fica acrescido de um parágrafo único, com a seguinte redação:

“Art. 8º. ....

“Parágrafo único. Não se aplica a regra instituída no *caput* deste artigo quando se tratar da lavratura dos atos notariais relativos à usucapião extrajudicial, cuja competência será determinada com base na localização do imóvel, na forma regulada em lei.”

**Art. 21.** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. ■

## Referências Bibliográficas:

**CHAMOUNT**, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1962.

**LOUREIRO**, Lourenço T. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. Ed. Fac-similar da edição de 1871, v. I. Brasília: Senado, 2004.

**PAIVA**, João Pedro Lamana. *A usucapião extrajudicial*. Acessado em <1. 02.2009>; Disponível em <http://www.lamanapaiva.com.br>.

### **PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**

(Atualizado até a Lei 59/99, de 30/06). *DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966*. Disponível em <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>>. Acesso em: 4 de janeiro de 2008.

**SILVA**, Matilde Garcia. *Usucapião Extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*. CENTRO UNIVERSITÁRIO RITTER DOS REIS- UNIRITTER, Canoas, 2008.

A promessa de compra e venda  
e os reflexos das inovações  
do Código Civil de 2002 nas  
atividades notarial e registral

---

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (\*)

## 1 - Introdução

A vigência do Código Civil de 2002 trouxe inovações relativas aos compromissos de compra e venda<sup>1</sup>, contidas nos artigos 1.225, VII, 1.417, e 1.418, ensejando reflexões no confronto com o art. 108 e com dispositivos de leis especiais não expressamente revogadas pelo novel diploma. Exige abordagem, também, a aplicação dos artigos 467 a 471, que cuidam do contrato com pessoa a declarar, às promessas de compra e venda.

A promessa de compra e venda é espécie de contrato por meio do qual uma pessoa, física ou jurídica, denominada promitente ou compromitente vendedora, se obriga a vender a outra, denominada promissária ou compromissária (ou promitente) compradora, bem imóvel por preço, condições e modos pactuados.

A forma do contrato em foco, seus efeitos e sua execução têm sido alvo de diversas discussões doutrinárias, dando origem a diferentes correntes jurisprudenciais e merecendo, outrossim, atenção do legislador, com sucessivas alterações nas normas referentes aos contratos de promessa de compra e venda, culminando com a introdução, no Código Civil de 2002, dos artigos 1.417 e 1.418, que tratam do direito do promitente comprador.

As novas regras afetam, de forma indubitosa, algumas posições da jurisprudência (conduzem à ineficácia, por exemplo, o verbete 239 da Súmula do STJ), que dispensava o registro imobiliário para exercício do direito à adjudicação compulsória), e exigem nova análise dos doutrinadores quanto a lições embasadas na legislação anterior (relativas, por exemplo, à forma do contrato).

Este estudo abordará, de forma sucinta, as questões quanto à forma do

---

(\*) O autor é tabelião e registrador do 2º Ofício de Teresópolis – RJ e vice-presidente do IRIB-RJ

<sup>1</sup> Neste estudo as expressões “compromisso de compra e venda” e “promessa de compra e venda” são utilizadas como sinônimas, ou seja, referem-se a um mesmo instituto. Há autores que fazem distinção entre as expressões, tema que é abordado por Leonardo Brandelli no artigo “Compromisso de Compra e Venda no Código Civil de 2.002”, publicado na coletânea *Novo Direito Imobiliário e Registral*, São Paulo, Quartier Latin, 2.008.

contrato de promessa de compra e venda e os efeitos de seu registro, que atinem às atividades notarial e registral, bem como o cabimento da cláusula *pro amico eligendo* (art. 467 do C.C.) nos contratos em foco.

## **2 - O direito real do promitente comprador e a adjudicação compulsória**

O art. 1.088 do Código Civil de 1.916, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira<sup>2</sup>, é o “ponto de partida” da série de fases em nosso direito envolvendo a promessa de compra e venda. Nos termos do artigo citado, podia o promitente, antes de celebrado o contrato definitivo, arrepender-se.

Maria Helena Diniz<sup>3</sup> sintetiza as fases referidas pelo ilustre civilista mineiro, referindo-se à falta de escrúpulo dos promitentes vendedores que “preferiam, valendo-se do direito de arrependimento, sujeitar-se ao pagamento das indenizações, que quase sempre consistiam na devolução do preço em dobro, a terem de passar a escritura definitiva, o que seria desvantajoso, sob o prisma econômico”. A prática foi coibida pelo Decreto-lei 58/37, que, visando à segurança das relações jurídicas e ao bem-estar coletivo, conferiu ao promissário comprador direito real sobre o *lote* compromissado. Prossegue a doutrinadora lecionando que o Decreto 3.079/38 estendeu às escrituras de promessa de compra e venda de imóveis *não-loteados* os efeitos do Decreto-lei 58/37, sendo efetivamente criado o direito real de promessa de venda com a alteração do art. 22 do Decreto-lei 58/37 pela Lei 649/49, que dispôs no art. 1º que “os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis *não-loteados*, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real, oponível a terceiros, e lhes confere o direito de adjudicação compulsória” (com redação da Lei 6.014/73). O art. 25 da Lei 6.766/79 atribui direito real a compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, estando

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Volume IV. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.987.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas*, 4º vol.. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2.002.

registrados, atribuindo o art. 69 da Lei 4.380/64 eficácia de direito real ao contrato de promessa de cessão de compromisso registrado.

Divergem os doutrinadores quanto à classificação do direito real decorrente do registro da promessa de compra e venda.

Não obstante alguns o entendam como direito real de gozo ou fruição, e outros como direito real de garantia, antes mesmo da edição do novo Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira<sup>4</sup> invocou Serpa Lopes para asseverar que a promessa de compra e venda mais se aproximava de “uma categoria de direito real de aquisição”. Maria Helena Diniz o enquadra como “direito real sobre coisa alheia de aquisição”. Ocupa, pois, lugar à parte na classificação dos direitos reais, “formando uma nova categoria”, segundo Arnaldo Wald<sup>5</sup>.

Decorrência do direito real é o exercício do direito à adjudicação compulsória, execução coativa do contrato, com registro da carta de adjudicação transferindo a propriedade do bem imóvel para o promissário comprador adimplente.

A ausência do direito real de aquisição no rol dos direitos reais do Código Civil de 1.916, sendo previsto apenas em dispositivos esparsos da legislação extravagante posterior, levou a jurisprudência a vacilar sobre a necessidade do registro da promessa de compra e venda como requisito para a adjudicação compulsória.

O verbete mais recente da súmula dos tribunais superiores sobre o tema, anterior à Lei 10.406/02, é o de nº 239, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Em boa hora o novo Código Civil, ao inserir o direito do promitente comprador do imóvel no elenco dos direitos reais (art. 1.225, VII), e ao discipliná-lo nos

---

<sup>4</sup> Obra citada, pág. 310.

<sup>5</sup> WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.980.

artigos 1.417 e 1.418, resolveu várias discussões sobre o instituto. O legislador, ciente da evolução legislativa na proteção do promitente comprador, cômico também das divergências doutrinárias e jurisprudenciais atinentes à promessa de compra e venda, andou bem ao trazer para o rol dos direitos reais o direito do promitente comprador do imóvel, espandando, com as regras domiciliadas nos artigos 1.417 e 1.418, as controvérsias sobre a classificação do direito real em questão e sobre a adjudicação compulsória.

Com efeito, deve o direito do promitente comprador ser classificado como direito real à aquisição do imóvel (art. 1.417, *in fine*). É nos termos da lei direito real sobre coisa alheia, limitado, mas que assegura a execução coativa do contrato, que se aperfeiçoará com a transmissão da propriedade. Distingue-se dos direitos reais de garantia, pois estes são acessórios, ao passo que aquele diz respeito ao objeto do contrato, à substância do negócio jurídico. Quanto aos de gozo e fruição, encerram-se em si mesmos.

Regulamentou, outrossim, a nova lei, a adjudicação compulsória, estabelecendo no art. 1.418 que “o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel”. Ao cessionário do promitente comprador, que o substitui na relação contratual, à evidência também cabe o direito à adjudicação, desde que com título registrado.

Titular de direito real à aquisição é aquele que, nos exatos termos do art. 1.417, registrou na serventia de Registro de Imóveis o instrumento de promessa de compra e venda em que não se pactuou arrependimento. Assim, é requisito indispensável para a adjudicação compulsória, dentre outros (que aqui não serão analisados, por escapar ao objetivo), o registro do instrumento de promessa. A Súmula 239 do STJ perdeu, portanto, eficácia para os negócios celebrados na vigência do novo Código. Joel Dias Figueira Jr.<sup>6</sup>, ressalta a perda de eficácia da súmula em mira, assinalando que o registro “se trata de condição necessária definida no próprio art. 1.417 do CC, ou seja, requisito que se opera *ex lege* para a configuração do próprio direito real, não podendo ser rechaçado por orientação pretoriana, ainda que sumulada, nada obstante perfeitamente adequada, antes do advento no novo CC”.

Ao exigir o registro da promessa sem cláusula de arrependimento para a adjudicação, os artigos 1.417 e 1.418 nada mais fazem do que ser fiéis ao sistema que integram, posto que sendo o direito do promitente comprador direito real (art. 1.225, VII), e adquirindo-se os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos pelo registro (princípio da inscrição – art. 1.227), é inafastável a necessidade do registro da promessa para que se torne o promitente comprador titular de direito real e, então, possa exercê-lo *erga omnes*. A segurança das relações jurídicas envolvendo promitente vendedor e promitente comprador, bem como terceiros de boa-fé, só se faz presente com o registro da promessa, pois eventual adjudicação compulsória embasada em título à parte

---

<sup>6</sup> JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2.003

do fôlio real poderia não ser eficaz se, durante o trâmite do processo, o bem fosse adquirido por terceiro de boa-fé, protegido pela prioridade decorrente da prenotação de seu título. O contrato teria que ser resolvido em perdas e danos, não se atingindo o fim colimado pela adjudicação. O novo Código, neste ponto, com acerto prestigia o registro e a segurança dele decorrente.

### **3 - A instrumentalização da promessa**

Na vigência do Código Civil de 1.916 prevaleceu o entendimento de que a promessa de compra e venda de bem imóvel poderia ser celebrada, em qualquer hipótese, por instrumento particular.

Não incluído no rol dos direitos reais na legislação então vigente o direito do promitente comprador acabou por predominar a corrente que defendia não ser o instrumento público da substância do ato. Não obstante tal predominância, a doutrina apresentava fortes argumentos em prol da escritura pública. Trago à baila, a seguir, algumas manifestações sobre o tema, externadas durante a vigência do Código Civil de 1.916.

Bruno Mattos e Silva<sup>7</sup> afirmava que o compromisso de compra e venda “pode ser feito por simples instrumento particular”.

Afrânio de Carvalho, colacionando decisões do Supremo Tribunal Federal, admitindo o instrumento particular na hipótese, concluiu que “a promessa de venda com cláusula de irretratabilidade, seja o seu instrumento público ou particular, arma-se, com a inscrição no Registro de Imóveis, para a execução forçada, podendo versar sobre imóvel loteado, incorporado ou livre de loteamento ou incorporação.” O renomado autor, ao historiar o efeito compulsório da promessa de venda em face do vendedor, cita a alteração do art. 22 do Decreto-lei 58/37 pela Lei 649/49, que alongou o direito de adjudicação compulsória aos imóveis não loteados, e utilizou o

---

<sup>7</sup> SILVA, Bruno Mattos e. *Compra de Imóveis, aspectos jurídicos, cautelas devidas e análise de risco*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2.001. O autor manteve sua posição na 4ª edição, de 2.003, atualizada de acordo com o novo Código Civil.

<sup>8</sup> CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.998.

termo “contrato”, enquanto que na redação anterior constava “escritura”, o que permitiu conclusão de que a troca foi intencional, para o fim da dispensa da escritura pública.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>9</sup> mencionou a controvérsia, a tendência da doutrina e da jurisprudência na aceitação do instrumento particular, mas lecionou que “plantado no terreno do direito real de promessa de venda, não se poderia em tese deixar de exigir a forma pública para a sua integração, uma vez que ela é da substância do ato, em todos os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior à taxa legal, excetuado o penhor agrícola” (art. 134, II, do CC de 1.916), ressaltando a exceção por lei especial quanto aos terrenos loteados.

Wilson de Souza Campos Batalha<sup>10</sup> enfrentou a questão, aprofundadamente, à luz da legislação anterior à Lei 10.406/02. A tese da inexigibilidade do instrumento público nas promessas de venda de imóveis, loteados ou não, e independentemente do valor, vingou no dizer do autor por predominar em nosso direito “a opinião de que o contrato preliminar ou pré-contrato origina essencialmente uma obrigação de fazer – a de contrair o contrato definitivo. Quem promete vender não pratica um contrato translativo de domínio, consistindo a obrigação fundamental do promitente num *faciendi*, não num *dandi*, aplicando-se à sua formação, por conseguinte, a regra geral da liberdade de forma consagrada no art. 129 do Cód. Civ. – (de 1.916). Ora, se a promessa de venda não é contrato translativo de domínio, não há porque exigir, para a sua perfeição, a escritura pública”. Invocando Orlando Gomes, o autor diferenciou a executividade específica e a natureza real do direito do promitente comprador, para rematar que o registro da promessa não era a causa da admissibilidade da execução *in specie*, resultando do princípio geral que toda obrigação deve ser cumprida como se pactuou, e da irretratabilidade do compromisso. Assim, a adjudicação compulsória derivava da irretratabilidade, e não do registro da promessa, o que acabou consagrado pelo STJ (Súmula 239).

---

<sup>9</sup> Obra citada, pág. 3148. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.998.

<sup>10</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.979.

Darcy Bessone de Oliveira Andrade<sup>11</sup>, após analisar de forma minudente o contrato preliminar, lecionou que “as razões aduzidas em favor da identificação da forma da promessa à do contrato definitivo se tornam mais persuasivas admitindo-se a execução compulsória e específica da obrigação assumida pelo promitente. Neste caso, **o embrião da relação definitiva se localiza no contrato preliminar**, cuja energia desencadeia, com ou sem novo ato de vontade do devedor, todos os direitos ulteriores, desde os imediatamente derivados da promessa até os últimos, peculiares ao contrato principal” (grifo nosso). Continuou o respeitado autor para afirmar que “para ser inscrita e se tornar oponível às alienações e onerações posteriores, a promessa de valor superior a mil cruzeiros deve fazer-se por escritura pública”.

O advento do novo Código impôs a análise da instrumentalização da promessa sob outros prismas, pois há dispositivos que infirmam argumentos utilizados para sustentar que o instrumento particular é forma admissível para contratar a promessa de compra e venda de bem imóvel em qualquer hipótese.

Desde então várias manifestações surgiram sobre a forma a ser observada nas promessas de compra e venda, sem alcance de consenso.

Logo após a entrada em vigor do Código Civil publiquei, em 26 de fevereiro de 2003, uma primeira versão deste estudo, defendendo a indispensabilidade da escritura pública na celebração de promessas de compra e venda (respeitadas as exceções de lei extravagante)<sup>12</sup>. Havia pouco da entrada em vigor do novo diploma, e a publicação do texto envolvia os riscos inerentes à manifestação sobre tema ainda parcamente explorado. Não obstante respeitáveis manifestações posteriores pela admissibilidade indiscriminada do instrumento particular para a promessa de compra e venda, entendo que os argumentos apresentados no

---

<sup>11</sup> ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Promessa de Compra e Venda de Imóveis*. Belo Horizonte: Santa Maria. 1.952.

<sup>12</sup> SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *A Promessa de Compra e Venda no Novo Código Civil, Lei 10.406/02, e os reflexos das inovações nas atividades notarial e registral*. São Paulo: Boletim Eletrônico do IRIB nº 640, 26/02/2.003, disponível em <http://www.irib.org.br/biblio/boletimel640b.asp>, acesso em 16/09/2.008. Posteriormente o texto foi também publicado no Informativo do Colégio Notarial do Brasil, seção São Paulo, ano V, nº 70, março/abril de 2.003.

trabalho em questão permanecem hígidos. A tese da indispensabilidade da escritura pública na hipótese foi também objeto de manifestações doutrinárias.

Vejamos alguns posicionamentos.

A obra do professor Caio Mario, atualizada por Regis Fichtner<sup>13</sup>, foi comercializada pela editora a partir de 24 de junho de 2.003, e a questão da forma foi dada como “sepultada... pelo disposto no art. 462 do Código Civil de 2.002, que expressamente admitiu o princípio da forma livre para o contrato preliminar. Diante disso, o Código espancou a dúvida sobre ser necessária a forma pública para o contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel, optando pela sua desnecessidade”.

Maria Helena Diniz<sup>14</sup>, em edição atualizada de acordo com o novo Código Civil, cita a exigência da escritura pública pelo art. 108 do C.C. de 2002, mas assevera que “razões de ordem prática têm levado nossos juízes e tribunais a aceitar sua constituição por instrumento particular, pois a sua insegurança estaria contrabalançada pela exigência do registro no Ofício de Imóveis, para que o compromissário – comprador adquirisse o direito real”. Melhim Namem Chalhub<sup>15</sup>, em obra comercializada a partir de 12 de setembro de 2003, sustenta que “o contrato de promessa de compra e venda deve ser sempre escrito, podendo ser formalizado por instrumento público ou particular”.

Por seu turno, Luiz Guilherme Loureiro<sup>16</sup> posiciona-se em sentido contrário, ao afirmar que “a única conclusão possível é a de que a lei exige que nos contratos de promessa de venda de imóvel com valor superior a trinta salários mínimos, a escritura pública seja da substância do negócio jurídico. Visa o Código Civil garantir a efetiva segurança dos contratos relativos a bens imóveis de valor superior à taxa legal”.

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Volume III. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2.003.

<sup>14</sup> Obra citada, págs. 540 e 541.

<sup>15</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2.003.

<sup>16</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral*. São Paulo: Método, 2.004.

Roberto Senise Lisboa<sup>17</sup> define a promessa de compra e venda como o “contrato por meio do qual se estabelece a obrigação futura de se transferir a propriedade do bem imóvel ao compromissário comprador, desde que ele proceda ao pagamento integral do valor da coisa”, e leciona que “o negócio jurídico é feito por instrumento público”.

Valestan Milhomem da Costa se posiciona pela exigência do instrumento público na hipótese<sup>18</sup>.

Passemos à análise dos dispositivos legais pertinentes.

O art. 108 da lei vigente é de teor seguinte:

“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 maior salário mínimo vigente no País”.

O direito do promitente comprador é direito real (art. 1.225, VII), que se adquire com o registro (art. 1.227).

À evidência, a promessa de compra e venda visa à constituição de direito real sobre imóvel, portanto é da substância do ato a escritura pública. A promessa somente terá eficácia, que é a aptidão para produzir efeitos (e dentre eles o de constituir direito real pelo registro), se for lavrada por instrumento público, ressalvadas as exceções, que se verão à frente.

O robusto argumento de que a execução da promessa se fincava na irretratabilidade e não no registro, portanto útil seria o instrumento particular, caiu por terra ante à conjugação dos artigos 1.417 e 1.418, pois a adjudicação compulsória só pode ser agitada por titular de direito real, que se adquire mediante registro na serventia registral imobiliária. As normas mencionadas levaram à ineficácia a Súmula 239 do STJ<sup>19</sup>, e garantem efetiva segurança às relações jurídicas, pelos motivos expostos anteriormente.

Decorrendo da promessa direito real de aquisição, assegurado estará o *contrahere* futuro em sendo adimplente o comprador, o que deixa claro que não se trata de obrigação meramente pessoal, posto que há ingresso no campo do direito real, exercitável

---

<sup>17</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil, volume 3, Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

<sup>18</sup> COSTA, Valestan Milhomem. *A indispensabilidade da escritura pública na essência do art. 108 do C.C.*, Revista de Direito Imobiliário nº60, ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006

<sup>19</sup> Por ocasião das Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizadas de 11 a 13/09/2.002, foi aprovado o Enunciado 95, que dispõe: “O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório do registro imobiliário (Súmula 239 do STJ).” A prevalecer tal entendimento, o promitente comprador terá que se valer de outra medida junto ao álbum imobiliário (registro de citação de ação, averbação de indisponibilidade, ou outra que assegure a preferência de seu direito), sob pena de ver ineficaz com relação a terceiros a decisão final do processo judicial. Mais adequado, e em sintonia com a lei, promover o registro da promessa de compra e venda. Não se pode olvidar que da publicidade proporcionada pelo registro imobiliário decorre a segurança jurídica estática e dinâmica relativa aos direitos reais sobre imóveis, sendo de todo inconveniente desprestigiar a instituição quando o legislador do novo Código Civil agiu exatamente de forma contrária, ou seja, exigindo o registro por ser o meio legal para a publicidade que o tráfico imobiliário exige.

*erga omnes*. O contrato preliminar de compra e venda, considerando o direito real que visa constituir, e a execução coativa mediante adjudicação, apresenta caracteres diversos dos demais contratos preliminares, pois traz em seu bojo a possibilidade de sua execução com alcance do exato fim do contrato definitivo, que é a transferência da propriedade plena. Não se resolve simplesmente em perdas e danos. Em razão da peculiar situação, o legislador editou normas especiais exigindo para sua celebração o instrumento público (art. 108), e dispendo sobre sua execução (artigos 1.417 e 1.418), não se aplicando a regra geral do art. 462. Neste particular vale transcrever uma vez mais o ensinamento de Darcy Bessone de Oliveira Andrade: “Neste caso, **o embrião da relação definitiva se localiza no contrato preliminar**, cuja energia desencadeia, com ou sem novo ato de vontade do devedor, todos os direitos ulteriores, desde os imediatamente derivados da promessa até os últimos, peculiares ao contrato principal<sup>20</sup> (grifo nosso)”.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>21</sup> refere-se ao compromisso de compra e venda como um contrato preliminar, afirmando a seguir que “embora pacto preliminar, na maioria das vezes esse negócio possui características de verdadeiro contrato. (...) O negócio tem todos os requisitos de contrato perfeito e acabado, não se confundindo com negociações preliminares. Como característica principal, traz em seu bojo a obrigação de contratar definitivamente, sob certo prazo ou condição. No compromisso de compra e venda imobiliário, o objetivo claro das partes não é precipuamente a conclusão de outro contrato, mas a compra definitiva de um imóvel. Desse modo, o compromisso de compra e venda imobiliário enquadra-se verdadeiramente como modalidade de compra e venda”.

Quanto à aplicação do art. 462 do Código Civil, estaria o contrato preliminar reservado às promessas em que se pactua arrendimento, quando não se pretenda constituir direito real. Roberto Senise Lisboa<sup>22</sup>, ao cuidar do contrato preliminar relativo a bens imóveis, o define como o “compromisso de compra e venda de bem imóvel, *sem* cláusula de irrevogabilidade e registro”, sendo na

---

<sup>20</sup> Obra citada, pág. 111.

<sup>21</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Contratos em Espécie*. 5ª. São Paulo: Atlas, 2.005.

<sup>22</sup> Obra citada, págs. 166 e 167.

hipótese, ainda segundo o autor, “contrato preparatório do contrato definitivo de compra e venda que *não possui eficácia traslativa*, ou seja, não se demonstra hábil a transmitir a propriedade imóvel ao compromissário comprador”. Nesse caso, admissível o instrumento particular.

A civilista Maria Helena Diniz<sup>23</sup> reconhece em sua obra, outrossim, que o instrumento particular gera insegurança. Por seu turno, Eduardo José Martínez García, registrador espanhol, aduz que “al analizar el fraude inmobiliario se señala como una de las causas el contrato privado...” Não há porque prestigiar o instrumento particular contra literal disposição da lei, não sendo demais salientar que o instrumento particular favorece a clandestinidade e a evasão fiscal.

A intervenção do tabelião, profissional do direito que deve atuar com imparcialidade, garantindo publicidade, autenticidade, e especialmente eficácia e segurança aos atos que pratica, deve ser estimulada, reservando-se o instrumento particular para situações especialíssimas.

E situações há em que o instrumento particular é admitido.

O art. 1.417, que cuida do direito do promitente comprador, refere-se à promessa de compra e venda celebrada por instrumento público *ou particular*, devendo o intérprete se socorrer do dispositivo que trata da forma dos negócios jurídicos para verificar quando se utiliza o instrumento público ou o particular.

Há quem invoque isoladamente o dispositivo em comento para defender a possibilidade da contratação da promessa de compra e venda por instrumento público ou particular a critério exclusivo das partes. Com a devida vênia, não pode ser regra interpretada isoladamente. Se assim o fosse, também a doação poderia se fazer por instrumento público ou particular a critério dos interessados, nos termos do *caput* do art. 541 do Código Civil, mas não discrepa a doutrina quanto à aplicação do art. 108

---

<sup>23</sup> Obra citada, pág. 540.

<sup>24</sup> GARCÍA, Eduardo José Martínez. *Relaciones catastro-registro*. *Revista de Direito Imobiliário*, n° 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000.

do mesmo diploma, ou seja, em regra é essencial à validade do ato a escritura pública. Quanto à doação, a questão foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>25</sup>, que decidiu pela necessidade de escritura pública em razão do valor do imóvel:

“Doação. Exigência de escritura pública em razão do valor. Anulação de partilha improcedente. A sentença julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que a transferência de domínio dos imóveis ocorreu por instrumento particular, o que não é válido. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. No entanto, quando o valor do bem for superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, a escritura pública é da essência do ato. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e desprovido. Precedente Citado: TJRJ AC 2007.001.01442, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos, julgado em 25/04/2007 e AC 2006.001.69817, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 06/03/2007”.

Em regra, o instrumento público, como já dito, é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 108). A *contrario sensu*, os negócios que dizem respeito a imóveis de valor igual ou inferior ao limite fixado, podem ser celebrados por

instrumento particular. Contudo, a cautela recomenda a utilização do instrumento público, com a assistência de profissional do direito e observância de todas as normas para sua lavratura, gozando de presunções que não alcançam os documentos particulares.

O art. 108 admite, outrossim, outras exceções, ao estabelecer a regra do instrumento público “não dispondo a lei em contrário”. Não contém a lei palavras inúteis. Neste ponto, não é demais salientar que as regras excepcionais devem ter interpretação restritiva.

Encontramos, na legislação extravagante anterior ao novo Código, exceções que estão, s.m.j., em vigor.

Quanto à vigência da legislação extravagante ante o advento do novo Código Civil, permanece íntegra naquilo que com ele não for incompatível.

As disposições especiais referentes aos instrumentos particulares constantes do Decreto-lei 58/37, das Leis 4.380/64, 6.766/79 e 9.514/97 permanecem em vigor, no que não houver confronto com a nova legislação. Seus dispositivos se baseiam em razões diversas das que conduziram o legislador de 2002 a exigir o instrumento público como regra. São outros o objeto, o espírito e fim das disposições especiais.

Joel Dias Figueira Jr.<sup>26</sup> assinala que “continua em vigor toda a legislação extravagante correlata ao tema referente ao compromisso de compra e venda”.

---

<sup>25</sup> Apelação cível 2007.001.24236, Capital, Décima Nona Câmara Cível, unânime, Des. Ferdinando do Nascimento, julgamento em 06/11/2.007, decisão publicada no Ementário de Jurisprudência Cível 7/2.008, à pág. 304 do Diário Oficial de 21/02/2.008, Poder Judiciário, Seção I, Estadual.

<sup>26</sup> JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Novo Código Civil Comentado, coordenação de Ricardo Fiúza*. São Paulo: Saraiva, 2.003.

Assim, em vigor o art. 11 do Decreto-lei 58/37, o art. 26 da Lei 6.766/79, o § 5º do art. 61 da Lei 4.380/64 e o art. 38 da Lei 9.514/97, exceções a admitir o instrumento particular.

Sucedem que as situações são excepcionais.

A legislação relativa aos parcelamentos do solo (Decreto-lei 58/37 e Lei 6.766/79) exige o depósito de um memorial no Registro de Imóveis, do qual consta o contrato-tipo (Dec.-lei 58/37) ou o exemplar do contrato-padrão de promessa de venda (Lei 6.766), tendo esta enumerado no art. 26 indicações obrigatórias do contrato, visando à proteção do comprador. Qualquer pessoa pode examinar o processo de loteamento e os contratos depositados, livre de emolumentos (art. 24). O contrato-padrão rege as relações entre as partes quando o devedor não cumpre a obrigação (art. 27). Como se vê, há uma proteção à parte teoricamente mais fraca na relação, que se sujeita a um contrato-padrão que passou pela qualificação do registrador, consta de acervo público e que, como contrato de adesão que é, merece interpretação mais favorável ao aderente, nos termos da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor) e dos artigos 423 e 424 do Código Civil. Registre-se, ainda, que a utilização do instrumento particular, na hipótese, se restringe aos contratos celebrados pelo empreendedor. Consolidado o loteamento, e cumpridos os compromissos de compra e venda, os adquirentes estarão sujeitos à regra do art. 108 do Código Civil.

A Lei 4.380/64 está impregnada pelo interesse social, visando estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento de aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda (art. 1º). As entidades autorizadas a contratar nos termos da lei operam sob fiscalização do Poder Público e aplicam-se, assim como nos parcelamentos, as normas que protegem o consumidor nos contratos de adesão. Ressalte-se, contudo, que na hipótese não se têm atingidos os fins de economia de tempo e despesas para o adquirente (previstos no texto legal), em razão dos procedimentos adotados e dos valores cobrados pelas entidades do SFH.

Quanto à Lei 9.514/97, que tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, aplica-se o que foi dito sobre a Lei 4.380/64.

As exceções contempladas são, portanto e como afirmado, especialíssimas.

A legislação oferece, outrossim, alternativas várias para a alienação de bens imóveis com pagamento diferido ou em prestações. Assim, quem sustenta que a exigência de escritura pública para a promessa de compra e venda eleva os custos das transações imobiliárias (o que nem sempre corresponde à realidade<sup>27</sup>) e exige nova manifestação de vontade, pode se valer de outros institutos que representam custos mais baixos. Para além da promessa de compra e venda, podem as partes utilizar a compra e venda com cláusula resolutive expressa<sup>28</sup>, a compra e venda com alienação fiduciária (para a qual a Lei 9.514/97 admite expressamente o instrumento particular) ou a compra e venda com hipoteca, institutos que conferem garantia tanto ao alienante quanto ao adquirente, com a vantagem de não exigirem nova manifestação de vontade das partes em caso de adimplemento, mas simplesmente a apresentação ao registro imobiliário da prova de quitação, que será objeto tão somente de averbação. Não se pode é acolher argumento que busca amparo em questões econômicas para afastar a aplicação da lei. Ademais, o instrumento particular exige a orientação de um profissional do direito, o que representa custos, muitas vezes mais elevados que os custos do instrumento público, lavrado por profissional do direito com fé pública. A escolha da modalidade mais adequada, menos onerosa e mais segura para as partes deve se dar sob orientação de um tabelião, profissional do direito habilitado a tal orientação.

---

<sup>27</sup> No Estado de São Paulo há condições especiais de emolumentos para as promessas de compra e venda no tabelionato de notas. A nota 2 da Tabela I, relativa ao Tabelionato de Notas, contém as seguintes regras: 2.1 - Nas escrituras de compromisso de venda e compra, os emolumentos serão de 50% (cinquenta por cento) do valor das escrituras com valor declarado; 2.5 - Loteamentos regularizados ou registrados - Os emolumentos corresponderão a 50% (cinquenta por cento) do valor previsto no item 1 da tabela, respeitado o mínimo ali previsto, pelos atos relativos a: a - Cumprimento de contratos particulares de compromisso de venda e compra oriundos de loteamentos regularizados pelas Prefeituras Municipais, de conformidade com o artigo 40 e seguintes da Lei Federal n. 6.766, de 19 de dezembro de 1.979; b - Cumprimento de contratos de compromisso de venda e compra, não quitados, de lotes isolados de loteamentos registrados, desde que o seu valor não seja superior a 500 (quinhentas) UFESP's e sua área não ultrapasse 300 (trezentos) metros quadrados. Disponível em <https://www.extrajudicial.tj.sp.gov.br/pexPtl/jsp/pcorTabela1.html>, acesso em 18/09/2.008.

<sup>28</sup> Remeto o leitor à leitura do Título VI deste Livro V, onde se analisa a compra e venda com cláusula resolutive expressa.

Assim, em se tratando de promessa de compra e venda, admite-se o instrumento particular apenas incidindo hipótese de lei extravagante, ocorrendo a exceção do art. 108 do Código Civil, ou quando as partes não visem à constituição de direito real (estipulando o direito de arrependimento). Nos demais casos, é essencial à validade do negócio jurídico a escritura pública.

Recebendo o registrador o instrumento particular de promessa de compra e venda que não se enquadre nas exceções legais, deve qualificá-lo negativamente, por não ser admitido a registro nos termos do art. 221 da Lei 6.015/73.

#### **4 - O §6º do art. 26 da Lei 6.766**

Tema que não respeita a inovação do Código Civil de 2002, mas merece ser analisado é o alcance da regra do §6º do art. 26 da Lei 6.766/79.

A Lei 9.785, de 29/01/1999, alterou o Decreto-lei no 3.365, de 21/06/1941 (desapropriação por utilidade pública), e as Leis nos 6.015, de 31/12/1973 (registros públicos) e 6.766, de 19/12/1979 (parcelamento do solo urbano).

Ao criar a desapropriação para implantação de parcelamentos populares, destinados às classes de menor renda, a lei estabeleceu regras pertinentes a tal modalidade, e dentre as alterações da Lei 6.766/79 incluiu quatro parágrafos no art. 26 (§§3º ao 6º<sup>29</sup>).

---

<sup>29</sup> § 3o Admite-se, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular, ao qual se atribui, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando a disposição do inciso II do art. 134 do Código Civil; § 4o A cessão da posse referida no § 3o, cumpridas as obrigações do cessionário, constitui crédito contra o expropriante, de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais; § 5o Com o registro da sentença que, em processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse referida no § 3o converter-se-á em propriedade e a sua cessão, em compromisso de compra e venda ou venda e compra, conforme haja obrigações a cumprir ou estejam elas cumpridas, circunstância que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas na matrícula relativa ao lote; § 6o Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.

Cuidam os dispositivos acrescidos, portanto, de parcelamentos populares, e somente a eles devem ser aplicados.

Não obstante, há importantes manifestações no sentido do §6º aplicar-se a todo e qualquer loteamento, admitindo-se os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão como títulos para o registro da propriedade do lote, se acompanhados da prova de quitação<sup>30</sup>. A prevalecer tal entendimento, deveria ser exigido, mesmo na hipótese de loteamento, o instrumento público para a promessa de compra e venda, em face da possibilidade de transferência do direito real de propriedade com a prova da quitação, sob pena de violação do art. 108 do Código Civil. A lei do parcelamento do solo admitiu excepcionalmente o instrumento particular para a promessa de compra e venda, mas não dispensou a escritura pública para a compra e venda definitiva, em razão do sistema que a exige como essencial para a validade dos negócios jurídicos de transferência de direitos reais sobre imóveis.

Resultando de alteração legislativa voltada para a desapropriação com o fito de implantação de loteamentos populares, entendo que somente nesses casos deve ser aplicado o §6º do art. 26 da Lei 6.766/79.

Assim tem decidido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Como ficou consignado, recentemente, em acórdão prolatado quando do julgamento da Apelação 92.208.0/8-00, da Comarca de Mogi Mirim, o texto do § 6º do artigo 26 da Lei 6.766/79, acrescido pela Lei 9.785/99, necessita ser interpretado restritivamente, ante a regra geral de que a instituição ou a transmissão de direito real incidente sobre imóvel requer instrumentalização pública. O legislador construiu um sistema destinado a dotar de absoluta praticidade a realização de empreendimentos habitacionais e de salvaguardar a posição dos adquirentes de lotes em ‘parcelamentos populares’. Foram introduzidos, numa única oportunidade, os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do aludido artigo 26, os

---

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.008.

quais merecem apreciação conjunta e sempre observada a consonância entre cada uma das novas normas positivadas estatuídas. Assim, ‘os compromissos de compra e venda, as cessões e promessas de cessão’, referidas no texto legal, para que sejam admitidos como ‘título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação’, devem se referir a imóveis provenientes de parcelamentos populares e não, a qualquer unidade imobiliária, proveniente de qualquer parcelamento. Nesse sentido, não se poderia cogitar da transferência do domínio, sob pena do registro desejado violar, também, o disposto nos artigos 108 do vigente Código Civil e 221, inciso II da Lei 6.015/73<sup>31</sup>”.

A essencialidade da escritura pública para a validade dos negócios jurídicos que visem à transferência dos direitos reais sobre imóveis é regra geral, impondo-se às exceções interpretação restritiva. *Exceptiones sunt strictissima interpretationis* (“interpretam-se as exceções estritissimamente”)<sup>32</sup>.

## 5 - A aplicação dos artigos 467 a 471 aos compromissos de compra e venda

Inovação no direito pátrio, o contrato com pessoa a declarar é instituto já regulado no direito civil português e italiano. O negócio jurídico é celebrado

com a inclusão da cláusula *pro amico eligendo*, que permite a um dos contratantes indicar outra pessoa que o substitua na relação contratual, adquirindo os direitos e assumindo as obrigações dele decorrentes. Em verdade, trata-se de cláusula a ser inserida em um contrato.

O desembargador e professor paulista Carlos Roberto Gonçalves<sup>33</sup>, ao comentar o instituto, diz que “trata-se de avença comum nos compromissos de compra e venda de imóveis, nos quais o compromissário comprador reserva a si a opção de receber a escritura definitiva ou de indicar terceiro para nela figurar como adquirente”. Prossegue o desembargador para afirmar que a cláusula “tem sido utilizada para evitar despesas com nova alienação, nos casos de bens adquiridos com o propósito de revenda, com a simples intermediação do que figura como adquirente”.

Grassa na doutrina pátria e estrangeira enorme discussão a respeito da natureza jurídica da cláusula enfocada, o que leva a incertezas quanto às repercussões registrares e tributárias da indicação do terceiro.

Com efeito, a cláusula é plenamente aplicável aos compromissos de compra e venda de imóvel. Não há óbice à sua adoção. Equivale em tal espécie de contrato à verdadeira cessão dos direitos do promitente comprador, à qual anui o promitente vendedor no momento da celebração do pacto. Efetivamente, ao

<sup>31</sup> Conselho Superior da Magistratura, Apelação Cível nº 98.984-0/1, da Comarca da Capital, relator Des. Luiz Tâmbara. Disponível em <http://www.irib.org.br/asp/Jurisprudencia.asp?id=4448>, acesso em 17/09/2.008. Outra decisão no mesmo sentido pode ser consultada em <http://www.irib.org.br/asp/Jurisprudencia.asp?id=12518>.

<sup>32</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.998.

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais Inovações no Código Civil de 2.002*. São Paulo: Saraiva, 2.002.

constituir a promessa de compra e venda direito real sobre coisa alheia com o registro (deve ser consignada no registro a inclusão da cláusula), tal direito passa a integrar o patrimônio do credor, e a substituição deste na relação contratual, com a conseqüente alteração do titular do direito real (oponível *erga omnes*), consuma cessão de direitos. Neste ponto cabe assinalar que, se não houver indicação, se o nomeado se recusar a aceitá-la ou era insolvente (art. 470 do C.C.), o contrato será eficaz entre os contratantes originários, ou seja, nem sempre ocorre a substituição. A nomeação é uma faculdade, sem qualquer compromisso, no dizer de Antunes Varela<sup>34</sup>.

Maria Helena Diniz<sup>35</sup>, ao discorrer sobre os efeitos jurídicos da promessa de compra e venda, inclui a cessibilidade da promessa pelo promitente comprador, “valendo a cessão independentemente do consentimento do promitente-vendedor, ficando, contudo, solidário com o cessionário perante aquele; entretanto, se houver a anuência do promitente vendedor, não há tal solidariedade passiva”. A solidariedade mencionada pela civilista é também referida por Arnaldo Wald<sup>36</sup>.

A relevância da inclusão da cláusula *pro amico eligendo* está em afastar a solidariedade passiva do promitente comprador/cedente independentemente da anuência do promitente vendedor no ato da cessão, pois antecipadamente a admitiu ao contratar nos termos do art. 467 e seguintes da lei civil.

Jones Figueirêdo Alves<sup>37</sup> afirma que “aceita a nomeação, retroagem os efeitos do vínculo sobre o nomeado, ficando o contratante que exercita a faculdade da cláusula *pro amico eligendo*, liberado de obrigação. A lei não trata do momento da liberação, embora possa se concluir que o contratante originário retira-se do contrato, quando a aceitação operar-se como declaração de vontade e pela forma vinculada, ocorrendo a substituição”.

---

<sup>34</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, I. Coimbra: Almedina, 1.973.

<sup>35</sup> Obra citada, pág. 542.

<sup>36</sup> Obra citada, pág. 210.

<sup>37</sup> Obra citada, pág. 416.

Em se tratando de promessa de compra e venda, a inclusão da cláusula em questão, a meu ver, não evita qualquer despesa. Configurando cessão dos direitos do promitente comprador, estando o título registrado, importará em prática de atos no registro imobiliário e pagamento de tributos.

A aceitação da pessoa nomeada somente será eficaz se revestida da mesma forma que as partes usaram para o contrato (parágrafo único do art. 468). Vale dizer, exigido o instrumento público para o contrato, deve a aceitação se revestir da mesma forma. Contudo, nos casos em que se admite o instrumento particular, não há qualquer óbice que a aceitação se dê por escritura pública, forma mais solene.

Sendo incapaz ou insolvente a pessoa nomeada, a substituição será ineficaz com relação ao promitente vendedor, produzindo o contrato seus efeitos entre os contratantes originários (artigos 470, II, e 471 do C.C).

A substituição do promitente comprador e a ineficácia da nomeação devem ser objeto da prática de atos no registro imobiliário, que veremos a seguir.

Sendo cessão de direitos, a indicação, devidamente aceita pela pessoa nomeada, celebrada pelo instrumento adequado com observância de todas as normas legais aplicáveis, e estando a promessa de compra e venda registrada (princípio da continuidade), deve ser objeto de registro, nos termos do art. 167, I, 9, 18 e 20, da Lei 6.015/73.

O registrador deverá, na qualificação do título, verificar o respeito aos princípios da especialidade e continuidade, e se estão preenchidos todos os demais requisitos para uma qualificação positiva, inclusive quanto ao recolhimento do imposto de transmissão (art. 289 da Lei 6.015/73) e à apresentação dos documentos exigidos pela Lei 7.433/85, seja o instrumento público ou particular, posto que *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

O art. 155, I, da Carta Magna, estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre a doação, de quaisquer bens ou direitos, e o art. 158, II, dispõe que aos Municípios cabe instituir impostos sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de

direitos reais sobre imóveis, exceto de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição. Constituindo o direito do promitente comprador direito real, que se adquire com o registro, a sua transmissão, a título gratuito ou oneroso, importa em fato gerador do tributo, devendo o oficial do Registro de Imóveis verificar a legislação estadual, sendo gratuita a transmissão, ou a municipal, sendo onerosa, fiscalizando assim o pagamento dos impostos devidos por força dos atos que pratica em razão do ofício. A cláusula “com pessoa a declarar”, na hipótese de utilização nas promessas de compra e venda, poderia servir de burla ao fisco caso não se entendesse a indicação como cessão de direitos. Seria de incluí-la sempre, ainda que o promitente comprador não tivesse interesse em indicar outra pessoa para adquirir os direitos e assumir as obrigações decorrentes do contrato, já que a indicação é facultativa. Surgindo interesse posterior em ceder seus direitos, o promitente comprador usaria da faculdade sem repercussão na esfera tributária.

Registrada a cessão e verificada a ineficácia da nomeação, produzindo o contrato seus efeitos entre os contratantes originários, deve o registro da cessão ser cancelado por averbação (art. 248 da Lei 6.015/73).

Sendo insolvente o nomeado, o registro poderá ser cancelado por requerimento unânime do promitente vendedor, promitente comprador e do cessionário, se capazes, com as firmas reconhecidas, com esteio no inciso II do art. 250 da Lei 6.015/73. A intervenção tanto do promitente vendedor quanto do promitente comprador se impõe vez que as relações entre os mesmos voltarão a ser regidas pelo contrato original, sendo indispensável a do insolvente reconhecendo seu estado e a ineficácia da cessão. Embora inexigível que o promitente vendedor tenha participado da cessão que deu origem ao ato registrado, não o fez diretamente, mas com o mesmo anuiu ao celebrar o compromisso com a cláusula *pro amico eligendo*.

Absolutamente incapaz o cessionário, entendendo viável o cancelamento a requerimento do interessado, desde que a incapacidade possa ser provada de maneira incontestável, como na hipótese da menoridade (art. 3º, I, do C.C), ou da interdição (art. 3º, II, do CC), provadas por certidão do Registro

Civil de Pessoas Naturais, aplicando-se o inciso III do art. 250 da Lei 6.015/73.

Havendo litígio entre os interessados, ou sendo a incapacidade relativa, o cancelamento deverá decorrer de decisão judicial trânsita (art. 250, I, da Lei 6.015/73).

Promovido o cancelamento, que é jurídico, o ato não mais produzirá efeitos.

## **6 - Conclusões**

6.1- É requisito indispensável para a adjudicação compulsória o registro da promessa de compra e venda, perdendo eficácia a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça;

6.2- O instrumento público, em regra, é essencial à validade da promessa de compra e venda irretroatável. O instrumento particular só é admissível em se tratando de imóveis de valor igual ou inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, ou havendo previsão em lei extravagante (Ex.: Dec.-lei 58/37, Lei 6.766/79);

6.3- As normas relativas ao contrato com pessoa a declarar, inseridas no Título V, Dos Contratos em Geral, aplicam-se ao contrato de promessa de compra e venda, por não haver qualquer incompatibilidade;

6.4- A indicação da pessoa nos termos da cláusula *pro amico eligendo* importa em cessão dos direitos do promitente comprador; estando registrada a promessa, há transferência de direito real sobre imóvel;

6.5- A cessão nos termos do item anterior importa em pagamento de tributos e na prática de ato de registro no Registro de Imóveis;

6.6- A ineficácia da nomeação terá como consequência o cancelamento do registro da cessão, por averbação, que se dará a requerimento dos interessados ou por determinação judicial, dependendo de sua causa. ■

# Cessão de direitos hereditários.

Casos para sua lavratura  
em consonância com o  
art. 1.793 do CCB

---

Sylvio Capanema de Souza (\*)

Muitas das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 ainda desafiam a argúcia de doutrinadores e intérpretes.

Nada mais compreensível e esperado, uma vez que a nova ordem jurídica implantada após o advento da Constituição Federal de 1988 provocou um redirecionamento do eixo filosófico do sistema do direito brasileiro.

Do positivismo estrito, menina dos olhos do liberalismo clássico, passamos a um direito principiológico oxigenado por valores fundamentais que devem pairar, soberanamente, sobre o texto da lei, para que se possa alcançar e realizar a justiça concreta.

A compensar os defeitos do Código Civil, inevitáveis em qualquer obra humana, sua verdadeira grandeza está por trás do seu texto, constituída por esses paradigmas com forte apoio nos preceitos constitucionais.

A função social do direito, a boa-fé objetiva e a efetividade nos levam a reler os modelos do passado para implementar um direito novo, segundo os ideais que o criaram.

Daí se conclui que não é mais possível interpretar, isoladamente, um dispositivo legal sem que o façamos segundo a ótica constitucional, em homenagem aos princípios acima enumerados.

A exegese literal perde ainda mais terreno, cedendo espaço para a teleológica, que tem sempre em mira os preceitos emanados da Carta Magna e do Código Civil.

No controvertido terreno do direito sucessório foram profundas, e nem

---

(\*) O autor é jurista, autor de diversas obras, professor e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

[Palestra apresentada no I Encontro de Notários e Registradores na Região dos Lagos, Estado do Rio de Janeiro, "A Segurança Jurídica em foco", promovido pelo Instituto de Estudos Notariais e Registrais – IDEAL e pelo Colégio Notarial do Brasil, Seção Rio de Janeiro].

sempre felizes, as inovações, gerando controvérsias acirradas, muitas delas desaguando em ameaçadoras perplexidades.

Uma delas se prende à redação do art. 1793 e seus parágrafos 2º e 3º, que versam sobre a cessão dos direitos hereditários.

Mantidos, como não poderia deixar de ser, os princípios da indivisibilidade da herança e de sua natureza de bem imóvel, vislumbra-se exagerada preocupação de dificultar a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança, considerado singularmente, sob pena de ineficácia desse negócio jurídico de costumeira prática no mercado imobiliário.

O tema é novo, como é óbvio, e ainda não foi enfrentado com a necessária profundidade pelos doutrinadores clássicos, que, ao que pudemos pesquisar, passam por ele de maneira apressada ou superficial.

A primeira preocupação do intérprete diz respeito à exata compreensão da ineficácia do negócio jurídico.

É de elemental sabença, desde os bancos acadêmicos, que não se confundem **os planos da existência, da validade e da eficácia** do negócio jurídico.

O primeiro deles diz respeito à presença dos elementos essenciais de sua estrutura interna, sem os quais não chegaria a se constituir, deixando de ingressar no mundo das relações jurídicas.

O plano da validade diz respeito a vícios ou defeitos, que estejam a macular um ou alguns desses elementos essenciais.

Finalmente, a eficácia ou ineficácia do negócio jurídico decorre de sua aptidão para produzir os efeitos perseguidos pelo agente, constituindo conceito bem mais amplo que o de invalidade.

Na sempre lembrada lição de Pontes de Miranda, um negócio jurídico pode existir, ser válido e ineficaz, como, por exemplo, uma doação submetida

a condição suspensiva que não se implementou. Pode ainda existir, ser inválido e eficaz, tal como acontece em relação a um contrato contaminado por erro, dolo ou qualquer outro vício de vontade ou social, e que continue a produzir seus efeitos, já que decaído o prazo de que dispunha a parte inocente para pleitear sua anulação.

O que não se pode conceber é que um negócio seja válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, sem ser, ou seja, sem existir.

A famosa “escada Ponteana” nos ensina que no **plano da existência** encontramos apenas “substantivos” (partes, objeto, vontade, forma), que são adjetivados, quando se ingressa no **campo da validade** (partes capazes, vontade livre, forma prescrita ou não defesa em lei).

Na **perspectiva da eficácia** é que se vislumbra a condição, o termo, consequências do inadimplemento e outros elementos que se ligam à produção dos efeitos do negócio.

Não será difícil perceber que o parágrafo 2º do art. 1.793 ora em comento, alude, e não por acaso, à ineficácia da cessão, e não à sua validade.

Ressalte-se, por oportuno, que a cessão de bem hereditário, singularmente considerado, em nada colide com a ideia de universalidade ou indivisibilidade da herança, uma vez que seus efeitos somente se produzirão se, efetivada a partilha, o bem couber ao cedente.

Trata-se de mais um, entre tantos negócios condicionais, cuja eficácia está subsumida ao implemento de evento futuro e incerto, que, no caso, é a inclusão do bem objeto do negócio no quinhão hereditário do cedente.

**O que se veda aos tabeliães é a lavratura de negócios ou atos inválidos, contaminados, na sua gênese, por um vício, e não apenas temporariamente ineficazes.**

A simples circunstância de se apor uma condição a um negócio jurídico

não afeta a segurança ou estabilidade das instituições, até porque já se considera adquirido o direito submetido à condição, desde que inalterável ao arbítrio de outrem, a teor do parágrafo 2º do art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil.

A vingar a visão estreita de estarem os notários impedidos de lavrar negócios ineficazes no momento de seu nascedouro, não lhes seria permitido realizar testamentos, inclusive com instituição de legado a concepturo, doações a nascituro, pacto antenupcial, e tantos outros, cujos efeitos se protraem no futuro.

O que se exigirá é que o cessionário seja suficientemente informado pelo notário que os efeitos do negócio só se produzirão após a partilha, se couber ao cedente o bem objeto da cessão.

O dever de informação, consectário direto da boa-fé objetiva, sempre recaiu sobre os ombros dos notários. Celebrada a cessão de bem singularmente considerado será de nenhum efeito em relação aos demais herdeiros, se com ela não anuíram, ou se o objeto não se incluir no quinhão do cedente.

Mas em relação ao cessionário, sendo válido o negócio, poderá ele regredir contra o cedente, para recobrar o que pagou, se onerosa a cessão, e em decorrência da evicção.

**Não vislumbramos, à luz dos novos paradigmas, qualquer óbice à referida cessão, até porque não se justifica tão exagerada intromissão estatal em interesses privados.**

Outro exemplo de negócio jurídico projetado quanto aos seus efeitos no tempo futuro é a *emptio spei*, que jamais alguém taxou de inválida, apesar de a coisa vendida ainda não existir quando da celebração do contrato.

Flávio Tartuce, in *Direito Civil*, Ed. Método, pág. 32, consegue elogiável síntese, ao dizer que “se o herdeiro resolver transferir apenas o seu direito sobre um bem determinado, a cessão será ineficaz até a partilha, produzindo efeitos se o bem tocar ao herdeiro que fez a disposição”.

Tal circunstância em nada invalida o negócio, não inibindo o notário, a nosso aviso, de celebrá-lo, e nem o envolve na névoa da insegurança.

Na maioria das vezes, a cessão de bem determinado é do imediato e inadiável interesse de um herdeiro, e não prejudica os demais, protegidos pela cominada ineficácia do negócio.

Vedá-la em caráter absoluto, como pretendem alguns, trará turbulências ao mercado imobiliário, acostumado, como já se disse, a essa prática.

Um de nossos melhores civilistas atuais, o paraense Zeno Veloso, coautor do projeto do Código de Defesa do Consumidor, com seu conhecido poder de síntese, enfrentou o tema em artigo publicado no jornal *O Liberal*, de 4 de junho de 2005, sustentando, para nossa tranquilidade, a mesma tese, nada encontrando que justifique vedar a lavratura de escritura de cessão de direitos hereditários de bem singular.

E conclui: “Mas a cláusula da escritura que estabeleceu

que o determinado bem caberia ao cessionário não é nula, mas ineficaz, e alguns juristas ainda muito confundem esses planos do mundo jurídico, o da validade e o da eficácia, e isso acaba determinando grandes equívocos. Explicando melhor: a dita cláusula fica na dependência de o apartamento, na partilha, caber na quota do herdeiro que cedeu os direitos. Portanto, a cláusula não é nula e de nenhum efeito, ficando na dependência de o bem, afinal, ser conferido, ou não, na partilha, ao cessionário. Se não couber, a cláusula não surte efeito, aplicando-se o artigo 1.793, parágrafo 2º, do Código Civil; se couber, a cláusula é eficaz. Simples e fácil; como fáceis e simples, de modo geral, são as soluções jurídicas”.

Simplesmente ocorrerá que a cessão não produzirá efeitos imediatos, mas nem de longe se poderá falar em nulidade absoluta ou relativa, mas tão somente que a lei lhe retirará os efeitos até a partilha.

Homologada esta, e tocando ao cedente o objeto do negócio, a cessão produzirá integralmente os seus efeitos, uma vez implementada a condição.

Nem se diga que teria restado violado o direito de preferência dos demais herdeiros, já que ineficaz o negócio em relação a eles, enquanto não se opera a partilha.

Por outro lado, se todos os herdeiros anuírem com a cessão do bem, singularmente considerado, nenhum prejuízo sofrerão, presumindo-se que ele será incluído no quinhão do cedente.

Bastará, nesse caso, que as partes declarem, sob sua responsabilidade, que ali comparecem todos os herdeiros, bastando ao notário a manifestação da vontade, sendo de seu dever consagrá-la em seus livros.

Quanto à regra do parágrafo 3º do art. 1.793, parece-nos tratar de hipótese diversa, embora também a ela se aplique a consequência da ineficácia.

Ali se cogita da alienação, por um dos herdeiros, de bem componente do acervo, já em caráter definitivo, e não de simples cessão, cujos efeitos ficam condicionados à partilha.

Nesse caso, como é de elementar raciocínio, será indispensável a autorização judicial, depois de ouvidos todos os herdeiros, para que não se rompa a indivisibilidade e o direito de preferência.

Ainda na hipótese de haver um único herdeiro, não nos parece lógico inibir a celebração da cessão hereditária de bem singularmente considerado, já que não haveria prejuízo de terceiros e nem mesmo interesse legítimo.

O que o direito novo exige é informação e transparência como decorrência natural da boa-fé objetiva, e isto eficazmente se alcançará com a advertência suficiente feita pelo tabelião ao cessionário, quanto aos efeitos do negócio.

Para encerrar, **vale ainda ressaltar que o novo Código espancou, de vez, a dúvida quanto à forma do contrato de cessão de direitos hereditários, ainda que de bem singular.**

**O instrumento público é da substância do negócio** e, se não for obedecida a forma solene, a sanção será a nulidade absoluta. Tal exigência decorre da natureza imobiliária da herança, independentemente dos bens que a integram.

**O que ocorrerá, entretanto, se o bem cedido tiver valor inferior a 30 salários mínimos**, o que dispensa a forma pública, a teor do art. 108 do Código Civil?

**Nesse caso, pela simples adoção do princípio da especialidade, parece-nos evidente que, independentemente do valor do bem componente do acervo hereditário, a escritura pública será obrigatória sob pena de nulidade.**

De tudo examinado, ficam-nos as seguintes conclusões:

**a)** é válida e eficaz a cessão onerosa ou gratuita, feita por um dos herdeiros, de seu quinhão hereditário, ou fração ideal, o que independe de autorização judicial, sendo obrigatória a forma pública;

- b)** a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente, é ineficaz em relação aos demais herdeiros, salvo se todos com ela anuírem até que se homologue a partilha, passando a produzir todos os seus efeitos se o bem cedido vier a integrar o quinhão hereditário do cedente;
- c)** é dever do tabelião, neste caso, informar o cessionário quanto à natureza condicional da cessão e seus efeitos futuros;
- d)** a disposição por qualquer herdeiro de bem do acervo hereditário, pendendo a indivisibilidade, depende de autorização judicial.

Adotando-se tais conclusões estaremos preservando interesses privados e a autonomia da vontade, como restaurando antiga prática capaz de agilizar o encerramento do inventário e atender aos interesses dos herdeiros e interessados. ■

# Carta de Cabo Frio – Reserva Legal

---

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (\*)

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através do 6º Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Tutela Coletiva, por sua Coordenação de Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural, editou a Portaria 004/2.008 e instaurou procedimento “a fim de viabilizar o aparelhamento, discussão e informação às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e demais instituições e Poderes envolvidos, para a efetividade das disposições constantes do Art. 16 do Código Florestal”.

A partir da instauração do procedimento passaram a se realizar nas dependências do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro reuniões periódicas, presididas pela ilustre Promotora de Justiça Dr<sup>a</sup> Anaíza Helena Malhardes Miranda, as quais contam com a presença de representantes do INCRA, do IEF-RJ, do IBAMA, da Receita Federal e de Notários e Registradores. Os Notários e Registradores têm participado ativamente das reuniões através de representantes do IRIB (Instituto de Registro Imobiliário do Brasil), CNB-RJ (Colégio Notarial do Brasil, seção Rio de Janeiro), ANOREG-RJ (Associação dos Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro) e do IDEAL (Instituto de Estudos Notariais e Registrais Tabelião Antonio Albergaria Pereira).

É sabido que os serviços notariais e registrais exercem relevantes funções preventivas, indispensáveis para a salvaguarda da segurança jurídica no que concerne aos direitos reais sobre imóveis, atuando o registro como instrumento dinamizador do tráfico jurídico, outorgando a máxima proteção aos titulares registrais e aos terceiros; e que os tabeliães e registradores exercem importante papel para o efetivo cumprimento dos dispositivos legais relativos à reserva legal, razões pelas quais não poderiam furtar-se a colaborar com o Ministério Público na adoção de medidas para o cumprimento do mandamento contido no art. 16 da Lei 4.771/65.

---

(\*) O autor é tabelião e registrador do 2º Ofício de Teresópolis – RJ e vice-presidente do IRIB-RJ.

Colhendo o ensejo da realização em Cabo Frio, RJ, do I Encontro de Notários e Registradores na Região dos Lagos (em 3 e 4/10/08), denominado “A Segurança Jurídica em Foco”, os presidentes das entidades realizadoras, IDEAL e CNB-RJ, Dr. Valestan Milhomem da Costa e Dr. Renaldo Andrade Bussièrre, respectivamente, convidaram a Dr<sup>a</sup> Anaiza Miranda para proferir palestra sob o título “A Reserva Legal e o papel de Notários e Registradores na sua efetividade”. Diante do convite, o signatário, que tem comparecido às reuniões como representante do IRIB, sugeriu a elaboração de uma Carta de Cabo Frio, contendo orientação para atuação dos notários e registradores no exercício de sua função preventiva, coadjuvando na proteção ao meio ambiente e no cumprimento pela propriedade de sua função social, no que concerne à reserva legal florestal. A sugestão foi acolhida e iniciou-se o processo de discussão dos termos da Carta de Cabo Frio.

Foram colhidas sugestões do Dr. Francisco José Rezende dos Santos, registrador imobiliário e estudioso do tema. Após, a minuta foi submetida ao crivo do diretor de meio ambiente do IRIB, Dr. Marcelo Augusto Santana de Melo, especialista em direito ambiental, cuja opinião era indispensável à elaboração do documento. A seguir, discutiu-se na reunião de 15 de setembro, no Ministério Público, o teor da Carta. Submetida ao plenário após a palestra da Dr<sup>a</sup> Anaiza Miranda, foi aprovada por unanimidade.

Qual a relevância da Carta de Cabo Frio? O documento, aprovado em evento realizado pelo IDEAL e pelo CNB-RJ, que contou ainda com o apoio do IRIB, da SERJUS-ANOREG-MG e da ANOREG-RJ, e a participação do Ministério Público, foi referendado, como se percebe, por importantíssimas entidades que congregam notários e registradores de todo o país, e representa o primeiro passo para que possamos dar nossa indispensável contribuição para solução de problema atual e de mais alta importância, relacionado ao meio ambiente. Dentro do contexto que se apresenta, e das dificuldades enfrentadas para a averbação da reserva legal, surgiu o consenso de que, inicialmente, devem os notários advertir os adquirentes de imóveis rurais de que a reserva legal não foi especializada e averbada no álbum imobiliário, dando-lhes ciência expressa das sanções administrativas em caso de descumprimento, tudo consignado na escritura. Quanto aos registradores imobiliários, conta a Carta

também com recomendação a eles dirigida. Não podemos nos furtar ao fortalecimento da publicidade ambiental.

Para ampla divulgação de todo o processo, estão disponíveis o teor da Portaria 004/2.008, da Carta de Cabo Frio e do modelo de cláusula recomendado para as escrituras. Conclamamos todos os registradores e notários brasileiros a seguir as recomendações da Carta de Cabo Frio.

Cabo Frio, 3 de outubro de 2008.

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA  
Vice-presidente do IRIB-RJ

## **CARTA DE CABO FRIO**

Especialistas em direito ambiental, notarial e registral, reunidos na cidade de Cabo Frio, Estado do Rio de Janeiro, por ocasião do I ENCONTRO DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES NA REGIÃO DOS LAGOS – “A SEGURANÇA JURÍDICA EM FOCO” – promovido pelo Colégio Notarial do Brasil, seção Rio de Janeiro, e por IDEAL, Instituto de Estudos Notariais e Registrais Tabelião Antonio Albergaria Pereira; com apoio do IRIB, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, da SERJUS-ANOREG-MG, Associação dos Serventuários de Justiça do Estado de Minas Gerais, e da ANOREG-RJ, Associação dos Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro; e a participação do Ministério Público Estadual, Centro de Apoio Operacional – Sub Coordenação de Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural,

**CONSIDERANDO** a exigência constitucional de garantia ao meio ambiente saudável, bem comum do povo, e do meio ambiente sustentável, direito de todos e, das futuras gerações;

**CONSIDERANDO** os termos do Código Florestal, Lei Federal nº 4.771/65, com a redação dada ao seu artigo 16 pela medida provisória 2.166-67, de 24/08/2001, que trata da averbação de área de RESERVA LEGAL, nas propriedades rurais;

**CONSIDERANDO** o disposto no Decreto Federal 6.514, de 23 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração dessas infrações, e dá outras providências;

**CONSIDERANDO** que os serviços notariais e registrais exercem relevantes funções preventivas, sendo informados pelos princípios da publicidade, autenticidade, eficácia e segurança, sendo indispensáveis para a salvaguarda da segurança jurídica no que concerne aos direitos reais sobre imóveis, atuando o registro como instrumento dinamizador do tráfico jurídico, outorgando a máxima proteção aos titulares registrais e aos terceiros; e

**CONSIDERANDO** que os tabeliães e registradores exercem importante papel para o efetivo cumprimento dos dispositivos legais relativos à RESERVA LEGAL;

FORMULAM, após o painel “A reserva legal e o papel de Notários e Registradores na sua efetividade”, a seguinte DECLARAÇÃO, por unanimidade:

- 1-** A propriedade deve atender à sua função social, devendo o tabelionato de notas e o registro imobiliário brasileiros coadjuvarem a proteção do meio ambiente, e utilizar sua estrutura para tal finalidade;
- 2-** Dentre os espaços territoriais especialmente protegidos se destaca a reserva legal, que pode ser definida como a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas, como previsto no art. 16 do Código Florestal com a redação dada pela Medida Provisória 2.166-67/2001, art. 1º, § 2º, III;
- 3-** A área de reserva legal deve ser averbada na matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a modificação de sua localização e a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas no Código Florestal (§ 8º do art. 16);
- 4-** Não obstante exista a obrigação legal de todo proprietário averbar a área da reserva legal no Registro de Imóveis, o fato é que

pequena porcentagem dos proprietários procedem sua especialização, o que exige a tomada de medidas para efetivo cumprimento das regras relativas à reserva legal florestal;

**5-** O Registro de Imóveis pode desempenhar papel importante agindo em parceria com o Ministério Público (art. 7.º da Lei 7.347, de 24.07.1985 – LACP) e Administração Pública, fortalecendo a publicidade ambiental, assim como o podem os tabeliães;

**6-** Nesse sentido, RECOMENDA-SE aos tabeliães, como primeira e preventiva providência visando à efetividade das regras, consignarem nas escrituras lavradas a partir desta data, que o adquirente tem ciência de que a reserva legal não foi especializada e averbada no álbum imobiliário, dando-lhe ciência expressa das sanções administrativas em caso de descumprimento, sem prejuízo de medidas que possam ser adotadas pelo Ministério Público e pelos órgãos com atribuição ambiental;

**7 –** RECOMENDA-SE aos registradores imobiliários, no ato da qualificação registral, a análise da existência da declaração nas escrituras, exigindo em caso negativo, referida declaração do adquirente, em documento apartado. Cabo Frio, 3 de outubro de 2008.

Foi sugerido o seguinte teor para as cláusulas das escrituras lavradas a partir da data da aprovação da Carta: “O adquirente tem ciência de que no imóvel objeto da presente não foi especializada a reserva legal florestal, restando descumprida a regra do art. 16 da Lei 4.771/65, que determina a averbação da reserva legal florestal, sendo advertido das sanções do art. 55 do Decreto Federal 6.514/08 e de que a especialização e averbação da reserva legal florestal constituem obrigação *propter rem*, assumindo o passivo ambiental”. ■

# Doutrina Nacional

# Protocolo eletrônico – primeiras reflexões

---

Luciano Lopes Passarelli (\*)

## 1 - Protocolo e recebimento de títulos por via eletrônica

**O artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 11.977/09 dispõe que** “os serviços de registros públicos disponibilizarão serviços de recepção de títulos e de fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico”.

Ressalvada a necessidade de a lei ser regulamentada e de fluírem os lapsos temporais nela previstos, as partes poderão, então, fazer a remessa de seus títulos por via eletrônica, o que começa a reclamar algumas considerações. No caso deste trabalho, trata-se das primeiras reflexões que faço com o intuito de desenvolver melhor o tema. Vejamos alguns aspectos.

Para fazer tais remessas há plataformas que se baseiam em critério que podemos chamar de *interpessoal*. Nessa modalidade, é preciso que o destinatário remeta de volta sua anuência, para que se considere o ato jurídico perfeito e acabado.

Em outra hipótese, que podemos chamar de *interativa*, a conclusão do ato jurídico resulta da comunicação do utente diretamente com um aplicativo previamente programado, sem necessidade de intervenção do destinatário do documento.

O usuário acessa um *portal* na Internet no qual terá acesso às informações necessárias, preencherá os campos solicitados, anexará os arquivos – os títulos assinados digitalmente e eventuais outros documentos –, e fará a remessa ao registrador imobiliário.

Aqui o clique do *mouse* configura sua manifestação de vontade de protocolar o documento, ensejando de imediato a incidência das custas da prenotação do título, salvo se ele requerer que o título seja recepcionado apenas para exame e cálculo, opção que deverá estar disponível no portal.

A utilização de um sistema desse jaez incorporaria de imediato o controle

---

(\*) O autor é oficial de Registro de Imóveis de Batatais-SP, mestre e doutorando em direito civil (PUC-SP).

do contraditório dos títulos que acessem ao protocolo, porque já indicaria a ordem de entrada dos títulos.

Seria de todo conveniente, então, que trouxesse, nos campos a serem preenchidos pelos usuários, espaços para constar o nome dos transmitentes dos direitos e os dados básicos do imóvel, como número da matrícula e endereço.

Tal sistema operaria com inegável vantagem, segundo penso, sobre disponibilização de recepção de títulos por *correio eletrônico*.

Nada obstante, penso ser possível também que o registrador disponibilize um correio eletrônico para recepção de títulos, o que pode ser útil notadamente para os momentos em que o sistema principal estiver inoperante.

Explica Patricia Peck que

[...] O correio eletrônico, apesar de muito semelhante à correspondência, é um meio de comunicação com características próprias, como número de receptores da mensagem variável e do uso para o qual está sendo submetido, se pessoal, comercial ou publicitário. Seu conteúdo é disponibilizado na rede para que seus dados sejam enviados no sistema de pacotes aleatórios, utilizando vários caminhos.

Tratando genericamente de mensagem eletrônica, a Lei Modelo da Uncitral prevê em seu artigo 5º que *“não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia a informações apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”*. Entre nós, o Projeto de Lei 4.906/02 traz em seu artigo 28 que *“a expedição do documento eletrônico equivale: I – à remessa por via postal registrada, se assinado de acordo com os requisitos desta lei, por meio que assegure sua efetiva recepção; II – à remessa por via postal registrada e com aviso de recebimento, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente e por este recebida”*.

Embora pudesse ser operado pelos registradores imobiliários, as vantagens do sistema primeiramente referido superam nitidamente a recepção de títulos via e-mail.

Além de eficaz controle de contraditório, o sistema poderia disponibilizar a impressão do boleto das custas de prenotação, o que não ocorreria por *e-mail*, ou mesmo das custas integrais do registro, facilitando o trâmite da documentação tanto para o registrador quanto para o usuário.

No âmbito do processo eletrônico, J. E. Carreira Alvim e Silvério Luiz Nery Cabral Junior aduzem que

[...] O *protocolo eletrônico* é o conjunto de regras, padrões e especificações técnicas que regulam a transmissão de dados entre computadores por meio de programas específicos, permitindo a detecção e correção de erros, conhecido também como protocolo de transmissão de dados. O protocolo eletrônico é visto também como o documento que garante que a remessa foi recebida com sucesso, possibilitando ao remetente que imprima o protocolo e guarde como seu comprovante de envio. Ao final da operação é enviado um *e-mail* para o endereço indicado no envio da remessa, com uma cópia do protocolo e outros dados relativos à remessa.

Lembremos o teor do artigo 3º da Lei 11.419/06:

**Art. 3º** *Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico. Parágrafo único. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia.*

Embora falando sobre contrato eletrônico, Leonardo Netto Parentoni lembra que há quatro teorias acerca da declaração de vontade entre ausentes: a da cognição, na qual se tem por concluído o contrato no momento em que o proponente recebe e lê a aceitação; a da declaração, que considera o momento em que o aceitante exterioriza a resposta, independentemente do envio ao proponente; a da expedição, que prestigia o momento em que a aceitação é enviada ao proponente, independentemente do efetivo recebimento; e a da recepção, que postula que deve prevalecer o momento

em que o proponente recebe a aceitação, ainda que esse recebimento seja potencial, caracterizado pelo simples ingresso na sua esfera de domínio.

E, aplicando essas teorias à Lei 11.419/06, aduz que

[...] em relação à prática de atos processuais em meio eletrônico, a Lei 11.419, de 19.12.2006, adotou a *Teoria da Recepção*. Apesar de conter a expressão “envio ao sistema”, o que denotaria a aplicação da Teoria da Expedição, a citada lei exige do órgão judiciário o fornecimento, ao peticionante, de um “protocolo eletrônico” de confirmação do ato, o que indica não bastar o envio ao Poder Judiciário, sendo necessário também que o arquivo seja *recebido* por este.

A ideia é aplicável integralmente ao Registro de Imóveis, sendo necessário que o título seja efetivamente recepcionado. Em eventual conflito entre títulos contraditórios, segundo penso, de nada adiantará ao interessado demonstrar que *enviou primeiro seu título*, se este não logrou ser recepcionado regularmente.

Será irrelevante, pelo mesmo motivo, que o usuário pretenda fazer prevalecer o horário em que acessou a Internet, o momento de acesso à página da serventia, ou, enfim, qualquer outra referência dessa natureza

Além disso, é de inteira responsabilidade do usuário certificar-se de que o título e demais documentos enviados chegaram íntegros, não sendo de responsabilidade dos registradores falhas técnicas no envio, que corrompam total ou parcialmente os arquivos.

Mesmo comprovado o efetivo recebimento, porém, há mais. No Registro de Imóveis, segundo penso, não basta um sistema de protocolo eletrônico que comprove a *remessa* e o *recebimento* do título por via eletrônica, uma vez que o *protocolo* de que cuida a Lei de Registros Públicos, instrumentalizado pelo Livro 1, é ato distinto da mera recepção pela Internet. Não se esqueça, inclusive, de que para a protocolização de títulos no Registro de Imóveis o interessado deve proceder ao depósito prévio das custas e emolumentos respectivos, conforme se vê da dicção do artigo 14 da Lei de Registros Públicos.

Há, nesse passo, clara diferença com a regra acerca do processo eletrônico, constante do art. 10, *caput*, da Lei 11.419/06:

**Art. 10.** *A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.*

Perceba-se que, no processo, a distribuição da ação e juntada de petições, em geral, são feitas sem *necessidade de intervenção do cartório*, sendo que a autuação é *automática*.

O protocolo no Registro de Imóveis não se realiza *sem intervenção do cartório*, e não há *prenotação automática*.

Ademais, quem optar pelo envio digital de seus títulos deverá fazê-lo por sua conta e risco, caso ocorra indisponibilidade técnica do sistema, ainda que para manutenção.

Isso porque no Registro Imobiliário não faz sentido a regra que informa o processo eletrônico, constante do parágrafo 2º do art. 10 da Lei Federal 11.419/06:

*§ 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.*

Se houver problema técnico, e outro título contraditório adentrar primeiro no Livro 1 de Protocolo Oficial, de nada adiantará ao interessado insurgir-se contra isso, alegando que enviou primeiro seu título, mas que ocorreu indisponibilidade técnica, solicitando então que se considere o seu título prenotado em primeiro lugar por ter ocorrido, como no texto prescritivo acima, uma *prorrogação* no lançamento do seu título no protocolo (ressalvado, claro, entendimento jurisdicional diverso no caso concreto).

Como subsídio doutrinário, tenho como útil verificar como o Supremo Tribunal Federal regulamentou o recebimento de petições eletrônicas com certificado digital, no âmbito daquela Corte.

A Resolução 350, de 29 de novembro de 2007, traz em seu artigo 2º que o sistema é *facultativo*, o que qualquer disciplina acerca do Registro Imobiliário também deverá deixar bem claro. Além disso, é bom frisar que é irrelevante que o usuário opte pelo envio e processamento do título de modo *totalmente eletrônico* ou o faça de forma mista. Assim, por exemplo, poderá inicialmente remeter o título pela via eletrônica, e depois encaminhar eventuais documentos necessários para atender exigências pela via convencional, ou vice-versa.

O mesmo artigo estabelece o lapso temporal das 6 às 24 horas para o recebimento das petições eletrônicas, ressalvados os períodos de manutenção do sistema.

No âmbito do Registro de Imóveis, enquanto não houver alteração dos artigos 9º e 10 da Lei de Registros Públicos, penso que o sistema deverá

disponibilizar a recepção de títulos por via eletrônica exclusivamente durante o horário de expediente.

Isso porque, malgrado o artigo 9º refira que os “registros” praticados fora do horário do expediente são nulos, o corolário do registro é a protocolização do título, sendo desarrazoado interpretar que o título pode ser prenotado fora do horário regulamentar. Ademais, o artigo 10 robustece essa ideia, já que alude aos títulos “apresentados no horário regulamentar”.

Outro argumento acerca da impossibilidade de prenotação de títulos recepcionados eletronicamente fora do horário do expediente é que isso criaria uma patente desigualdade entre os usuários com acesso às mídias eletrônicas e aqueles sem acesso, por hipossuficiência, que poderiam por isso restar prejudicados no concurso do contraditório.

No parágrafo único do artigo sob comento há previsão segundo a qual se o sistema se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à solução do problema.

Tenho dúvidas se tal solução seria viável no registro imobiliário, notadamente quanto ao prazo para cumprimento de exigências, sob pena de cancelamento da prenotação, se houver título contraditório aguardando para ser qualificado. No atual quadro legislativo não vejo como acolher essa solução, mas como a Lei 11.977/09 remeteu o regramento do registro eletrônico a futuro decreto regulamentador, creio que esse aspecto deveria ser objeto de previsão expressa, para espancar qualquer dúvida.

No artigo 3º há exigência de que os usuários façam cadastro prévio para utilização do sistema, medida que me parece extremamente salutar, até para permitir a identificação dos apresentantes.

O artigo 5º traz especificações técnicas acerca dos formatos dos arquivos a serem enviados. Tal preocupação, tenho por certo, deverá ser objeto do aguardado regramento, que deveria explicitar que *arquivos em desacordo com os formatos estabelecidos não serão prenotados*.

Com relação à integridade dos documentos, o artigo 6º traz regra interessante, pertinente à operacionalização do sistema, que permite que o próprio usuário consulte a base de dados dos documentos recebidos e ateste, ele mesmo, que estão em ordem, aspecto que considero mais que salutar.

O regramento deveria prever, quanto a isso, que *arquivos que estejam total ou parcialmente danificados não serão prenotados*, o que vale tanto para o título em si quanto para os documentos que o acompanham. A correta instrução do título com os documentos necessários para a qualificação positiva é ônus do usuário.

E mais: não deveria ser admitido o fracionamento da transmissão, já que isso inviabiliza o controle do contraditório. Ou o título foi recepcionado e está apto para ser prenotado ou não está. Caso o usuário tenha enviado o título de forma fracionada, somente se deverá considerar a recepção após o recebimento do título na íntegra.

O artigo 8º atribui a responsabilidade pelo envio dos documentos ao usuário, em termos que considero muito úteis para a futura disciplina da recepção desses títulos no registro imobiliário:

**Art. 8º** *São de exclusiva responsabilidade dos signatários de petições eletrônicas com certificação digital:*

**I** – *o sigilo da chave privada da sua identidade digital, não sendo oponível, em qualquer hipótese, alegação de seu uso indevido;*

**II** – *a conformidade entre os dados informados no formulário eletrônico de envio e os demais constantes da petição remetida;*

**III** – *a confecção da petição e anexos por meio digital em conformidade com os requisitos dispostos nesta Resolução.*

Com os cuidados apontados aqui, a recepção, protocolização e acompanhamento da qualificação pela via eletrônica sem dúvida será muito útil e prática.

Espera-se que os sistemas desenvolvidos para tanto permitam, por exemplo,

o acompanhamento da qualificação do título, com disponibilização de eventual nota de devolução para consulta eletrônica, como o sistema de *penhora online* em São Paulo já possibilita.

Mas os registradores deverão estar atentos para não cometerem erros na disponibilização de informações. Se isso não é admissível pela via convencional, ganha contornos mais graves na via eletrônica, dado o poder de imediata disseminação da informação pela rede. Não é preciso muito esforço para vislumbrar o risco de informações equivocadas transmitidas pelo registrador, como uma certidão errada ou uma nota de devolução igualmente falha, que induza o usuário a erro.

Nesse sentido, por exemplo, uma certidão errada, que consigne elementos equivocados sobre o imóvel, os titulares de direitos sobre eles e os próprios direitos, é gravíssima em qualquer situação, mas ainda pior no ambiente da Internet.

Sobre esse tema, Patricia Peck Pinheiro lembra que  
[...] Como sabemos, o efeito de um conteúdo mentiroso ou calunioso na Internet pode ser muito mais devastador do que em qualquer outro veículo. Mesmo que uma notícia falsa possa ser rapidamente apagada de um site, por exemplo, ela já pode ter sido copiada inúmeras vezes e disponibilizada em muitas outras páginas.

## 2 - Obrigações dos usuários

Colocadas as premissas acima, é bom enfatizar que os utentes dos registros imobiliários têm o dever de estar atentos à legislação de regência, notadamente no que

diz respeito ao processo de registro, que se inicia com a prenotação, percorre o *iter* da qualificação e culmina no registro ou na qualificação negativa do título. Não podem, como é cediço, alegar desconhecimento da lei, uma vez que a relação do utente com o registrador imobiliário *não é contratual, mas institucional*, em atividade informada por leis imperativas, cogentes.

Destarte, não se aplicam aqui conceitos relacionados aos contratos eletrônicos, que dão azo à irresignação de consumidores, como no caso dos contratos conhecidos como *shrinkwrap*, caracterizados pela circunstância de que o consumidor somente toma conhecimento das cláusulas contratuais *após adquirir o produto*. É o que ocorre quando alguém compra um *software*, e só toma conhecimento das condições impostas pelo criador do programa *após abrir a embalagem e instalar o programa*, porque referidas condições são apresentadas na tela do computador, quando da instalação.

Sendo o relacionamento do utente com o registrador imobiliário *institucional*, como se afirmou, informado pelo direito público, descabe qualquer afirmação de desconhecimento *a priori* sobre os procedimentos registraes.

Uma variação dessa modalidade contratual são as cláusulas *online agreements*, bastante conhecidas dos usuários de computador, que ao procederem à instalação de um programa se veem em face da necessidade de clicar em opções como *"I agree"* ou *"I accept"*, sem o que a instalação não é finalizada.

## 3 - O tempo

A lei 11.419/06 estabelece importante regra acerca da

questão temporal relativa à prática de atos por via eletrônica, prescrevendo no seu art. 3º o seguinte:

**Art. 3º** *Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico. Parágrafo único. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia.*

No que diz respeito ao processo, entendem J. E. Carreira Alvim e Silvério Luiz Nery Cabral Junior que essa regra derogou o art. 172 do Código de Processo Civil, relativo ao tempo dos atos processuais, os quais deixam de ter o horário-limite de sua realização às 20 horas, passando a ser às 24 horas.

A fixação do momento temporal em que confeccionado o documento eletrônico é de crucial importância para sua confiabilidade. Nesse sentido afirma Antonio Terêncio G. L. Marques que “outro requisito ou outro aspecto intrínseco, relativo ao documento informático, diz respeito à tempestividade. Isto é, a data, quando, efetivamente, o documento foi produzido”.

Não é preciso muito esforço para imaginar que, sem um método eficiente de controle do momento temporal em que um documento é feito eletronicamente, e assinado digitalmente, o campo para fraudes de todo tipo estaria escancarado.

Em princípio, bastaria a singela modificação da data do sistema para, em consequência, mudar a data do documento eletrônico.

Para solucionar essa questão, atualmente utiliza-se o conceito de *carimbo de tempo*, que é uma certidão digital com referência temporal que permite atestar a existência de um documento eletrônico em determinado instante do tempo, além de aferir se uma assinatura digital foi aplicada antes da revogação ou expiração do certificado digital correspondente.

No âmbito da ICP-Brasil, conforme consta no DOC-ICP-11 versão 1.0, preconiza-se que

[...] um carimbo de tempo aplicado a uma assinatura digital ou a um documento prova que ele já existia na data incluída no carimbo de tempo. Os carimbos de tempo são emitidos por terceiras partes confiáveis, as Autoridades de Carimbo de Tempo (ACTs), cujas operações devem ser devidamente documentadas e periodicamente auditadas pela própria AC-Raiz da ICP-Brasil. Os relógios dos SCTs devem ser auditados e sincronizados por Sistemas de Auditoria e Sincronismo (SASs).

A sincronização do tempo é feita da seguinte forma:

[...] A disseminação da hora UTC para as entidades que compõem a estrutura de carimbo do tempo da ICP-Brasil é realizada pela AC-Raiz, que utiliza mecanismos para garantir o sincronismo dos relógios dos equipamentos e a rastreabilidade do tempo informado até a fonte confiável do tempo [...]. Os recursos usados para manter o sincronismo dos relógios dos equipamentos que compõem a Rede de Carimbo do tempo da ICP-Brasil são os seguintes: a) o Relógio Atômico, ou Fonte Confiável do Tempo (FCT), fornece a hora UTC para o relógio atômico da AC-Raiz; b) o relógio atômico da AC-Raiz fornece a hora UTC para o equipamento chamado de Sistema de Auditoria e Sincronismo (SAS) da AC-Raiz; c) o SAS da AC-Raiz, por sua vez, dissemina a hora para os equipamentos *Visão Geral do Sistema de Carimbos do Tempo na ICP-Brasil DOC-ICP-11 – versão 1.0* instalados na ACT e autoriza seu funcionamento por período de tempo pré-estipulado, emitindo-lhe um alvará, cujo período de validade é aquele em que irá ocorrer a próxima verificação de sincronismo e os principais atributos são: ano, mês, dia, hora, minuto, segundo, compensação e retardo.

O DOC-ICP-11 versão 1.0 da ICP-Brasil traz regras sobre como se faz a verificação de um carimbo do tempo e de segurança relativas a tais procedimentos, bem como um glossário muito útil para a compreensão da

matéria, de sorte que remeto os interessados à leitura desse documento. A adoção do sistema de carimbo do tempo no âmbito da ICP-Brasil é facultativa, sendo que sua ausência não afeta a validade de um documento eletrônico com assinatura digital. No entanto, é de todo recomendável que os títulos enviados por via digital ao Registro Imobiliário levem tal carimbo, em ordem a evitar os potenciais problemas de conflito de títulos, se os mesmos não contiverem uma forma segura de aferir a data de seu envio e recepção.

#### **4 - O Provimento CG 29/07**

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Provimento nº 29/2007, de 4 de outubro de 2007, disciplinou em caráter provisório o recebimento de documentos eletrônicos oriundos do Poder Judiciário.

Como consta do provimento, essa regulamentação foi feita considerando as alterações na legislação processual, com vistas à informatização do processo judicial, que têm reflexos nos serviços notariais e de registro, notadamente no que pertine à comunicação oficial dos atos processuais formados em meio digital.

Como o Poder Judiciário do Estado de São Paulo já está implantando o processo judicial eletrônico, surgiu a necessidade de disciplinar as cautelas de cumprimento e de qualificação dos documentos eletrônicos destinados às unidades de notas e registro, como ofícios, mandados de registro e de averbação, etc.

No entanto, no provimento, como acima se disse, ficou explicitada a natureza provisória da regulamentação, até para permitir que sejam decantadas as hipóteses dessa nova via, para, ao depois, estar o órgão censório melhor instrumentado para construir uma regulamentação completa e definitiva da matéria.

De todo modo, o art. 1º do provimento deixa claro que é perfeitamente possível a recepção de documentos eletrônicos oriundos do Poder Judiciário, nos seguintes termos:

**Art. 1º** – São suscetíveis de recepção em tabelionatos e escritórios de registro, para os fins necessários, os documentos eletrônicos oriundos do Poder Judiciário, com assinatura digital, vinculada a uma autoridade certificadora, no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Para esse desiderato, dispõe o artigo 2º que a recepção dos documentos eletrônicos, pelos serviços notariais e de registro, deve ser feita em meio digital, ou em cópia fiel do respectivo original, assinado digitalmente.

No mesmo art. 2º consta que, recebido o documento eletrônico, deve-se dar a ele o trâmite normal, ou realizar as providências necessárias que o mesmo ensejar, também sem nenhuma diferença, nesse passo, do que se faz com os documentos recebidos pelos modos convencionais.

O parágrafo 1º desse dispositivo autoriza que as unidades de serviço notarial e de registro que estiverem informatizadas possam manter os documentos eletrônicos assim recebidos em arquivo exclusivamente digital, desde que o sistema possua os necessários requisitos de eficiência e segurança para tanto.

Quanto a esse aspecto, não é demais lembrar a disposição contida no item 26 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, em especial a prescrição do subitem 26.1, lançada nos seguintes termos:

**26.** Os delegados do serviço notarial e de registro deverão manter em segurança, em local adequado, ou em casa-forte, devidamente ordenados, os livros e documentos necessários à prestação do serviço notarial e de registro e mantidos sob sua guarda, respondendo por sua segurança, ordem e conservação.

**26.1.** Quando adotado o arquivamento de documentos sob a forma de microfilme ou em meio digital, o delegado manterá cópia de segurança em local diverso da sede da unidade do serviço, observado o já disposto neste item.

O Oficial pode – aliás, deve – valer-se do maior número possível das modalidades de *backups* disponíveis atualmente. Aqui, como na indústria aeronáutica, quanto mais redundâncias melhor. Ao menos um deles, nos termos do dispositivo normativo acima citado, deve ser guardado em local diverso da sede da unidade do serviço.

Além da questão da segurança, há também o aspecto da eficiência. Assim, o sistema de arquivamento deve permitir fácil busca, recuperação de dados e leitura, de modo a preservar as informações. Deve ser também suscetível de atualização, substituição de mídia e – aspecto muito importante – deve ser capaz de pronta entrega, em condições de uso imediato, em caso de transferência do acervo da serventia.

O parágrafo 2º do art. 2º do provimento sob comento acrescenta que se as unidades de serviço notarial e registral não estiverem em condições de promover o arquivo do documento eletrônico em meio digital, deverá manter suas cópias fiéis, com certificação de conferência e anotações remissivas necessárias, arquivadas na serventia em meio físico (*rectius*: deverá imprimir os arquivos eletrônicos em papel), ou então por processo de gravação de imagem, ou por microfilme.

Nessas cópias, conforme reforça o parágrafo 3º, deverão ser lançadas certidões da conferência, com data e assinatura do escrevente que a efetivar, para a prática dos atos de cumprimento ou qualificação, antes do arquivamento.

O art. 3º disciplina que o *download* dos documentos eletrônicos, bem como a conferência

de suas cópias fiéis com os originais eletrônicos, devem ser feitos exclusivamente no *site* oficial indicado. No caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, os documentos eletrônicos devem ser baixados ou conferidos no site <[www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)>.

Nesse portal há uma opção no menu para conferência de documentos digitais emanados do TJ-SP.

O parágrafo 2º do art. 3º do Provimento CG 29/2007 explicita que se não for confirmada a validade do documento eletrônico, ou se não houver correspondência entre a cópia apresentada e o original assinado digitalmente, o tabelião e o oficial registrador deverão abster-se do cumprimento ou da qualificação positiva, devolvendo-a com a respectiva motivação, sem prejuízo de comunicação ao juiz do processo.

Aqui me parece necessário interpretar com um pouco mais de vagar a disposição, no que diz respeito ao Registro Imobiliário.

É que o dispositivo faz referência apenas à “qualificação positiva”, ou, noutro dizer, determina que a qualificação seja negativa. Ocorre que, nos termos do artigo 221, “somente” são admitidos a registro os títulos ali elencados. O uso do advérbio “somente” deixa entrever que o rol dos títulos que podem aceder ao registro estão indicados nesse preceito legal em *numerus clausus*. Trata-se de rol taxativo, como, aliás, decorre de longa jurisprudência dos órgãos censórios paulistas.

É certo que documentos eletrônicos assinados digitalmente têm o mesmo valor dos originais, como decorre do artigo

10 da Medida Provisória 2.200-2/01, e do artigo 11 da Lei 11.419/06.

Mas, e se não for confirmada a validade do documento eletrônico, ou se não houver correspondência entre a cópia apresentada e o original assinado digitalmente? A conclusão lógica é que não se trata de documento eletrônico, forjado na forma da legislação acima referida. São documentos apócrifos. Portanto, não são títulos, no sentido que lhes empresta o artigo 221 da Lei de Registros Públicos.

Assim, em princípio, parece-me que o correto seria sequer prenotá-los, porque a prenotação lhe conferiria um efeito contraditório a outros títulos, obstando-lhes a qualificação, o que me parece não se justificar dado o caráter apócrifo desses documentos.

Mas a dicção do provimento, ao vedar apenas a “qualificação positiva”, parece indicar que esses documentos, mesmo nessas circunstâncias, devem ser prenotados. No caso, apenas deverão ser devolvidos ao menos em razão da não confirmação de sua validade, ou da não correspondência entre a cópia apresentada e o original assinado digitalmente.

O art. 4º traz regra atinente a documentos eletrônicos que estejam sob o manto do segredo de justiça. Nessa hipótese, não sendo possível a baixa nem a visualização do documento eletrônico para conferência será indispensável certidão lançada e assinada pelo diretor de serviço da unidade judicial correspondente, na cópia do documento judicial eletrônico, que ateste sua autenticidade. Com essa certidão poderão ser praticados os atos de cumprimento ou qualificação.

Por fim, traz o art. 5º disposição autorizando os tabeliães e oficiais de registro a, em resposta aos documentos recebidos, oficial, informar e encaminhar certidões e documentos em geral, para os juízos que atuem em processos eletrônicos, por igual meio digital, desde que igualmente assinados digitalmente, com certificação digital, no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), devendo também seguir os padrões próprios de envio e protocolização eletrônicos do processo judicial. ■

## Referências Bibliográficas:

**ALVIM**, J.E. Carreira; **CABRAL** Junior, Silvério Luiz Nery. *Processo Judicial Eletrônico: Comentários à Lei 11.419/06*. Curitiba: Juruá, 2008.

**ICP-Brasil**. *Visão geral do sistema de carimbos de tempo na ICP-Brasil. DOC-ICP-11, versão 1.0* Disponível em [http://www.itl.gov.br/twiki/pub/Certificacao/DocIcp/DOCICP-11\\_-\\_v.\\_1.0.pdf](http://www.itl.gov.br/twiki/pub/Certificacao/DocIcp/DOCICP-11_-_v._1.0.pdf) (acesso em 2/9/2009).

**MARQUES**, Antonio Terêncio G. L. *A prova documental na internet. Validade e eficácia do documento eletrônico*, 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

**PARENTONI**, Leonardo Netto. *Documento eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009.

**PINHEIRO**, Patricia Peck. *Direito Digital*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Protocolo eletrônico no  
registro imobiliário  
Algumas considerações

---

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (\*)

## **1 - A Lei 11.977/09 e o registro eletrônico**

A Lei 11.977, de 7 de julho de 2.009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, determinam ainda outras providências e dentre elas a instituição do registro eletrônico pelos serviços de registros públicos de que trata a Lei 6.015/73<sup>1</sup>.

A adoção de meios informáticos em todas as áreas de atuação profissional é questão de tempo. Informatização passou a ser uma necessidade, e sua utilização nos serviços registrais e notariais antecedeu a qualquer determinação legal. Os sistemas informatizados já estão presentes em muitos registros públicos brasileiros há diversos anos, por iniciativa dos delegatários, que desenvolveram às suas expensas, programas que atendem com segurança às necessidades dos serviços que prestam.

Também nos tabelionatos, a utilização dos programas de computador é corriqueira. Restava tão somente a determinação legal para que os livros e as fichas físicas que os substituem pudessem ser definitivamente aposentados, com o reconhecimento expresso da validade do registro eletrônico.

O que hoje acontece é uma duplicação de esforços: os registros têm os arquivos eletrônicos, mas, por imposição legal, também os têm em suporte de papel.

No que concerne aos serviços de protesto de títulos e outros documentos de dívida e na esteira do reconhecimento do inexorável caminho que leva à substituição dos meios físicos pelos meios eletrônicos, o legislador já se havia rendido definitivamente aos sistemas informatizados na Lei 9.492/97, que regulamenta os serviços em foco.

---

(\*) O autor é tabelião e registrador do 2º Ofício de Teresópolis – RJ e vice-presidente do IRIB-RJ.

<sup>1</sup> Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.

O art. 32 da Lei 9.492/97 permite a escrituração do Livro de Protocolo por processo manual, mecânico, **eletrônico ou informatizado**. O § 2º do art. 34 admite que os índices de buscas sejam elaborados por sistema de fichas, microfichas ou **banco eletrônico de dados**. Por fim, o § 2º do art. 35 dispensa a conservação de livros e documentos microfilmados ou **gravados por processo eletrônico de imagens**.

Em síntese, os serviços de protesto estão integralmente informatizados, do início ao fim do procedimento, que tem partida com a recepção das duplicatas por indicação por **meio magnético ou de gravação eletrônica** (parágrafo único do art. 8º), tudo feito dentro dos padrões de segurança jurídica.

Na informatização dos serviços de registro imobiliário, inclusive quanto à sua interconexão com outros órgãos, a ARISP, Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo, é pioneira em diversas iniciativas e já disponibiliza diversos serviços que somente agora têm sua expressa previsão em lei. Em síntese, a ARISP se adiantou à própria lei e já pratica atos que serão ainda regulamentados (a nova lei carece de regulamentação<sup>2</sup>).

O parágrafo único do art. 38 da Lei 11.977/09 dispõe que os serviços de registros públicos disponibilizarão o **fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico**.

As certidões digitais são uma realidade em São Paulo. Segundo a ARISP, a certidão digital “é a modalidade de certidão de matrícula do imóvel ou do registro de pacto antenupcial expedida no formato eletrônico, por meio de software aplicativo e ferramentas desenvolvidas especialmente para essa finalidade. A Certidão Digital tem a mesma validade jurídica de uma certidão tradicional em papel e faz prova em juízo ou fora dele, podendo ser

---

<sup>2</sup> Art. 45. Regulamento disporá sobre as condições e as etapas mínimas, bem como sobre os prazos máximos, a serem cumpridos pelos serviços de registros públicos, com vistas à efetiva implementação do sistema de registro eletrônico de que trata o art. 37.

<sup>3</sup> Informações disponíveis em <http://www.arisp.com.br/conteudo.aspx?idsecao=2&idsubsecao=1>, acesso em 18/09/09.

utilizada para lavratura de escrituras públicas, de contratos de financiamento imobiliário, documentos públicos e particulares em geral<sup>3</sup>”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem acolhido as iniciativas dos registradores e, ciente dos avanços tecnológicos, alterou as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça através do Provimento CG nº 32, de 11/12/07, publicado em 13/12/07, para incluir novos artigos, dentre eles o seguinte: “**146-G.** Os serviços de registro imobiliário poderão emitir e os tabelionatos de notas, receber e arquivar, na Comarca da Capital, certidões em formato eletrônico, com assinatura digital vinculada a uma autoridade certificadora, no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), a serem transmitidas por Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados, administradas pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP) e pelo Colégio Notarial do Brasil – Seção de São Paulo (CNB-SP), que arcarão com custos e responsabilidades referentes às contratações, ao desenvolvimento, implantação e operação do respectivo sistema”. O Provimento Conjunto nº 01, de 02/06/08, das 1ª e 2ª Varas de Registros Públicos de São Paulo, disciplina a implantação, operação, orientação e supervisão do sistema de recepção de pedidos, emissão, transmissão e arquivamento, em meio digital, de certidões imobiliárias em formato eletrônico, no âmbito da Comarca Capital, de acordo com o determinado no Provimento CG nº 32/2007.

Quanto às informações em meio eletrônico também a ARISP é pioneira. O instrumento foi denominado “ofício eletrônico”, e decorreu de uma parceria com o IRIB, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Segundo notícia no Boletim Eletrônico do IRIB<sup>4</sup>, “a ARISP já opera uma central de informações e transações eletrônicas intermediando as demandas da administração pública e os cartórios de registro da Capital de São Paulo. Através do ofício eletrônico (<https://www.oficioeletronico.com.br/>) as requisições de informações sobre a situação jurídica de executados em processos de execução fiscal e outras informações rogadas pela Receita Federal, Justiça

---

<sup>4</sup> Boletim Eletrônico 2.511, de 29/06/06, disponível em <http://www.irib.org.br/pdf/BE2511.pdf>, acesso em 18/09/09.

do Trabalho dentre outras entidades, são processadas em tempo real e somente as ocorrências positivas são processadas para expedição de certidões”. Segundo o presidente da ARISP, Flauzilino Araújo dos Santos, “esse sistema possibilita que a autoridade pública tenha acesso on line ao banco de dados light, composto pelos CPFs e CNPJs de proprietários e titulares de direitos sobre imóveis registrados a partir de 1976<sup>5</sup>”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a expedição de certidões digitais tendo em conta que as mesmas encontram apoio na Medida Provisória nº 2.200-2/2001, e utiliza o serviço do ofício eletrônico. Como se vê, a Lei 11.977/09 vem prever **expressamente** a expedição de certidões em meio eletrônico pelos serviços de registros públicos, sem que isso queira representar uma novidade quanto à possibilidade de expedição. As certidões digitais já são uma realidade no país, antes mesmo da edição e regulamentação da lei em mira. Louve-se a atuação do Judiciário paulista, com seu entendimento de vanguarda, dando os primeiros passos na direção do registro eletrônico, precedendo a Lei 11.977/09.

Ainda no âmbito do registro eletrônico, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo expediu provimento regulamentando a penhora *online*<sup>6</sup> (Provimento 6/2.009). Dispõe o art. 1º do Provimento:

“fica implantado, com funcionamento a partir de 1º de junho de 2009, sistema eletrônico para averbações de penhoras no Registro de Imóveis, denominado Penhora *Online*, destinado a utilização facultativa pelos Juízos”. O sistema permite a remessa das determinações judiciais de penhora aos registros imobiliários por meio eletrônico. Anote-se, para fim de esclarecimento, que embora a lei e o provimento paulista se refiram a averbação da penhora, há entendimento de que o ato a ser praticado é de registro em sentido estrito como, por exemplo, resta determinado na Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na verdade, a Medida Provisória 2.200-2/2001, o art. 41<sup>7</sup> da Lei 8.935/94, e o art. 168 da Lei 11.419/06, já permitiam o registro eletrônico. Contudo, o espírito conservador dos órgãos de fiscalização acabava por tolher sua implantação integral, impondo aos fiscalizados a obrigatoriedade de manutenção de todos os arquivos em suporte papel.

## 2 - O protocolo no registro imobiliário

*Prior in tempori, potior in jure.* Anterior no tempo, mais forte no direito.

A anterioridade no registro imobiliário se verifica pelo lançamento do título no Livro 1, Protocolo (prenotação).

<sup>5</sup> Boletim Eletrônico 2.902 de 11/04/07, disponível em [http://www.irib.org.br/notas\\_noti/boletimel2902.asp](http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel2902.asp), acesso em 18/09/09.

<sup>6</sup> Art. 659, § 6º, do Código de Processo Civil: “obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

<sup>7</sup> Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços, podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução.

<sup>8</sup> Art. 16. Os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico.

O processo do registro tem início pelo ingresso no Livro 1, seguindo-se: a qualificação do título; o ato de registro, se a qualificação for positiva; ou a apresentação de exigências, em caso de qualificação negativa. Produz o registro seus efeitos desde a data da prenotação, pois “o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo” (art. 1.246 do Código Civil).

Evidencia-se a relevância do protocolo em diversos dispositivos da Lei 6.015/73, em especial os artigos 182, 183, 184 e 186. O número de ordem do título deve observar a “sequência rigorosa de sua apresentação” (art. 182), e “o número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais” (art. 186).

Depreende-se, portanto, que a segurança do sistema registral imobiliário tem como pilar básico o protocolo. O estabelecimento da preferência dos direitos reais, elemento indispensável para o tráfico imobiliário, decorre do correto lançamento dos atos no protocolo.

Serpa Lopes<sup>9</sup>, inquestionável autoridade no campo do direito registral, afirma:

“Força é notar que o protocolo desempenha, no Registro Imobiliário, função de suma relevância. Representa, por assim dizer, a chave do direito de preferência, da gradação do vínculo hipotecário e o elemento indicativo da preeminência entre dois direitos opostos e transcritos. Pode-se dizer: é a data do protocolo e não a do registro a determinadora da prioridade de um direito, pois a primeira domina a segunda”.

Diante de tamanha relevância para o funcionamento do sistema, há de se observar com rigor e atenção a escrituração do Livro 1, assegurando aos usuários do serviço o ingresso de seus títulos com estrita observância da ordem de apresentação. Anote-se que, em face das consequências geradas pela ordem de apresentação, não se aplicam aos usuários que acedem ao registro imobiliário com o intuito de apresentação de títulos para registro, as

---

<sup>9</sup> LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*, vol.I. Brasília Jurídica: Brasília, 1.997.

prioridades relativas às filas que a lei confere a idosos, gestantes, deficientes, ou a quem quer que seja. O rigor na entrada dos títulos não pode ser desrespeitado por motivo algum, sob pena de ruir todo o sistema.

### **3 - A apresentação telemática no direito comparado - Espanha e Portugal**

Devemos considerar, para a regulamentação do registro eletrônico no Brasil, a experiência internacional. Vamos abordar os exemplos espanhol e português, atendo-nos ao protocolo eletrônico.

Em Portugal, a Portaria 1.535/08, de 30/12/08, expedida pelo Ministério da Justiça em decorrência do Decreto-lei 116/2008, de 4/07/08, que aprovou diversas medidas de simplificação, desmaterialização e desformalização de atos e processos na área do registro predial, regulamenta, no Capítulo III, a promoção de atos do registro predial *on line*.

Os títulos podem ser apresentados 24 horas por dia, sete dias por semana, através do portal [www.predialonline.mj.pt](http://www.predialonline.mj.pt) e o ingresso no Livro-Diário (equivalente ao nosso Livro 1, Protocolo) está regulamentado no art. 23<sup>o</sup><sup>10</sup>.

A prevalência do direito assegura-se pela ordem de ingresso no protocolo, nos termos do art. 6<sup>o</sup> do Código do Registo Predial<sup>11</sup>. O Livro Diário, destinado à anotação cronológica dos pedidos de registro, é escriturado em suporte informático (art. 22<sup>o</sup>, a, do C.R.P.).

---

<sup>10</sup> Artigo 23<sup>o</sup> - Ordem de anotação dos pedidos. 1 — Os pedidos de actos de registo predial recebidos através do sítio referido no artigo 2<sup>o</sup> são anotados no livro-diário pela ordem da respectiva recepção. 2 — A apresentação do pedido de registo no livro-diário ocorre com a confirmação do pagamento das quantias devidas pelo mesmo. 3 — Para efeitos do disposto no n<sup>o</sup> 1, o livro-diário permite anotar imediatamente os pedidos de registo online efectuados a qualquer hora e em qualquer dia da semana, incluindo sábados, domingos e feriados. 4 — A hora da recepção dos pedidos de registo apresentados online tem por referência a hora do meridiano de Greenwich, assinalada nas certidões de registo pela aposição do acrónimo UTC (*universal time, coordinated*).

<sup>11</sup> Artigo 6<sup>o</sup> Prioridade do registo. 1— O direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que se lhe seguirem relativamente aos mesmos bens, por ordem da data dos registos e, dentro da mesma data, pela ordem temporal das apresentações correspondentes.

São anotados no Diário não só os pedidos de registo *on line*, posto que subsistem outras formas de apresentar os títulos a registo, como previsto no art. 41º- B do Código do Registo Predial: “Modalidades do pedido. O pedido de registo pode ser efectuado pessoalmente, por via electrónica, pelo correio, por telecópia e por via imediata”. Diante da diversidade de bases em que podem ser elaborados os títulos sujeitos a registo, e das várias formas de apresentação ao registo imobiliário, o art. 60º do Código do Registo Predial regula a anotação da apresentação no Diário.

Verifica-se, desta maneira, que em Portugal temos títulos que podem ingressar no Livro Diário a qualquer dia, útil ou não, e a qualquer hora, ao passo que outros somente durante o horário de expediente. Há, portanto, tratamento diferenciado para os interessados no registo, na dependência do suporte em que se baseiam seus títulos.

Anote-se que, mesmo na apresentação do título *on line*, através do portal do Instituto dos Registos e do Notariado, há diferença de tratamento para os interessados. Como a apresentação no Diário ocorre com a confirmação do pagamento, o utente terá a prioridade de seu título assegurada se tiver disponível a forma de pagamento preconizada como ideal pelo sistema<sup>12</sup>.

A questão da prioridade em Portugal torna-se ainda mais complexa se considerarmos que a competência territorial das conservatórias foi eliminada, ou seja, é possível apresentar os títulos em qualquer dos serviços de registo, independentemente da localização do imóvel.

Decorrência lógica da eliminação da competência territorial das

---

<sup>12</sup> “Após a submissão do pedido de registo e a confirmação do pagamento pelo sistema informático, o pedido de registo dá entrada na conservatória. Aconselha-se o pagamento do registo por *Visa* para permitir a confirmação imediata do pagamento. A confirmação do pagamento por *Multibanco* ou *e-banking* ocorre informaticamente 3 vezes por dia, cerca da 01:00h, das 10:00h e das 18:00h. Após a confirmação do pagamento, recebo uma mensagem de correio electrónico avisando-me de que o pedido de registo deu entrada, a identificação da conservatória à qual foi distribuído e respectivo número de apresentação”. Informação obtida em [http://www.predialonline.pt/PredialOnline/faq\\_input.action](http://www.predialonline.pt/PredialOnline/faq_input.action), acesso em 19/09/09, no serviço “perguntas frequentes”.

conservatórias foi a criação de um Livro Diário nacional, comum a todas as conservatórias, que é gerido através da plataforma informática, nos seguintes termos, segundo informações da Dr<sup>a</sup> Madalena Teixeira, conservadora naquele país:

- a)** Os registos apresentados ao balcão são lançados no livro diário, em suporte informático, pelo funcionário, que recolhe do pedido os elementos indicados no art. 61º do CRP, à excepção do número de ordem, data e hora da apresentação em UTC, que são automaticamente fixados pelo sistema informático – é logo dado número de apresentação, que é automaticamente indicado no talão/requisição entregue ao usuário no momento do atendimento;
- b)** os registos apresentados pelo correio, por via imediata e por telecópia são anotados no final do dia, nos termos definidos no art. 60º do CRP, sendo gerado, pelo sistema informático, um talão/requisição com todos os elementos previstos no art. 64º do CRP;
- c)** os registos apresentados por via electrónica têm regime especial porque a entrada no diário é toda ela gerida pela plataforma electrónica, e o número de apresentação e a data estão dependentes do pagamento das quantias. Só após a confirmação do pagamento são gerados, no sistema informático, estes elementos”.

Na Espanha, a Lei 24/2001, de 27 de dezembro, dispôs, no Capítulo XI, sobre ações administrativas em matéria de segurança preventiva, e, na Seção VIII, sobre a incorporação de técnicas eletrônicas, informáticas e telemáticas à segurança jurídica preventiva. O art. 112 trata especificamente da apresentação de títulos por via telemática nos registros de imóveis, mercantis e de bens móveis.

Assim como em Portugal, coexistem na Espanha os títulos em suporte eletrônico e os títulos em suporte papel. O item 4 do art. 112 da Lei 24/2001 dispõe: “los asientos de presentación realizados por esta vía, se practicarán por el orden que correspondan a su hora de recepción. Reglamentariamente

se establecerán los criterios y el procedimiento para que los asientos de presentación que traigan causa de títulos presentados por vía telemática, dentro o fuera de las horas de oficina, se practiquen de modo correlativo a la hora de su recepción teniendo en cuenta a su vez la hora de presentación de los demás títulos que tengan acceso al Registro, tanto los presentados en papel como los presentados por vía telemática". Como se verifica, os títulos eletrônicos podem ser apresentados mesmo fora do horário de expediente, determinando a lei que regulamento estabeleça critérios para a definição da prática dos atos registraes de acordo com a hora de recepção.

A Lei 24/2005, de 18 de novembro, na Seção II do Capítulo II, Título II, denominada de impulso à utilização de meios telemáticos por parte dos usuários de serviços registraes e notariaes, modificou parte da Lei 24/2001, assim como dispositivos da lei hipotecária.

A preocupação com a prioridade fez com que o legislador estabelecesse regras sobre o carimbo do tempo, através da modificação do art. 108 da Lei 24/2001.

Gonzalo Aguilera Anegón<sup>13</sup>, ao comentar as principais modificações da Lei 24/2005, afirma que:

“Para el cumplimiento del principio de prioridad registral, cada Registro tendrá

una sola fuente de sellado de tiempo sincronizada para todos los títulos que pueden causar inscripción. Dicha fuente única de sellado de tiempo deberá garantizar que los títulos presentados telemáticamente, con independencia de su origen, se asientan correlativamente con expresión de la unidad de tiempo precisa a tal fin”.

O art. 248 da Lei Hipotecária permite a apresentação de títulos fisicamente, por correio, por telefax ou por via telemática. À exceção dos títulos apresentados fisicamente, nas demais formas de apresentação admite a lei espanhola o ingresso fora do horário de expediente, estabelecendo critérios para lançamento no Livro de Entrada (há no sistema espanhol o Livro de Entrada, que fixa o horário do pedido de registro, e o Livro Diário, no qual são feitos os assentos de apresentação<sup>14</sup>). Os títulos apresentados telematicamente fora do horário de expediente são lançados no Livro de Entrada automaticamente. O Livro de Entrada fixa a hora do requerimento e, portanto, a ordem em que devem ser feitos os lançamentos no Livro Diário.

Gonzalo Aguilera Anegón<sup>15</sup> diz que a Lei 24/2001, apesar de suas modificações, segue fazendo referências à expedição de normas posteriores, que não foram editadas,

<sup>13</sup> ANEGÓN, Gonzalo Aguilera. *Aspectos registraes y fiscales de la presentación telemática*. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Thomson/Aranzadi, Espanha: 2.008.

<sup>14</sup> Fernando Canals Brage (*El Registro de la propiedad telemático*. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Thomson/Aranzadi, Espanha: 2.008) diz: “Lo que resulta de todo punto obvio, aunque sea por el silencio legal, es que la constancia de un documento en el Libro de Entrada, como elemento básico de la solicitud, no implica ni prioridad, ni reserva de prioridad alguna. Es en el Libro Diario donde comienza en puridad la eficacia registral del documento”.

dificultando sua aplicação. Ressalta alguns pontos, dentre eles o seguinte, de nosso interesse neste estudo:

“falta de determinación de los criterios y procedimientos para la práctica de los asientos de presentación de modo correlativo y por su orden de los diferentes documentos presentados en los Registros Públicos según sus diferentes vías o modos de acceso. En este sentido establece el artículo 112.4 de la Ley 24/2001, no modificado por la Ley 24/2005, que: ‘los asientos de presentación realizados por esta vía, se practicarán por el orden que correspondan a su hora de recepción. Reglamentariamente se establecerán los criterios y el procedimiento para que los asientos de presentación que traigan causa de títulos presentados por vía telemática, dentro o fuera de las horas de oficina, se practiquen de modo correlativo a la hora de su recepción teniendo en cuenta a su vez la hora de presentación de los demás títulos que tengan acceso al Registro, tanto los presentados en papel como los presentados por vía telemática’. Si bien este extremo puede entenderse solucionado, en parte, a través de la nueva redacción que la Ley 24/2005 da al artículo 248 de la Ley Hipotecaria, **lo cierto es que la aplicación de este artículo en lo que se refiere a la coordinación de las diferentes fuentes de acceso documental al Registro de la Propiedad, no deja de plantear múltiples problemas**”. (grifo nosso).

Como se vê, também na Espanha, assim como em Portugal, temos títulos que podem ingressar a qualquer dia, útil ou não, e a qualquer hora, ao passo que outros somente durante o horário de expediente. Há o mesmo tratamento diferenciado para os interessados no registro, na dependência do suporte em que se baseiam seus títulos.

#### **4 - Questões a serem consideradas na regulamentação do protocolo eletrônico no Brasil**

A Lei 11.977/09, como já mencionado no tópico 1, determinou no parágrafo único do art. 38, que os registros públicos disponibilizarão serviços de

---

<sup>15</sup> Obra citada, págs. 51 e 52.

recepção de títulos em meio eletrônico. Este o ponto de nosso interesse, notadamente a questão da igualdade.

Em um país continental como o Brasil, com tantas diversidades políticas, econômicas e sociais, quais cautelas devem ser tomadas para que a recepção de títulos em meio eletrônico não seja um fator a gerar desigualdade no acesso ao registro imobiliário? A desigualdade no acesso ao registro fragiliza o sistema, que tem espeque na prioridade. Criada a desigualdade na entrada do título, todo o processo de registro estará comprometido.

A recepção de títulos em meio eletrônico é realidade inafastável, mas não podemos desconsiderar que os títulos produzidos eletronicamente conviverão por muitos anos com os títulos em outros suportes no Brasil. A Lei 6.015/73, em vigor desde 1º/01/76, instituiu o fôlio real e determinou a matrícula dos imóveis por ocasião do primeiro registro na vigência da nova lei (art. 228). Decorridos mais de 30 anos da Lei 6.015/73, ainda há inúmeros registros no sistema anterior, lançados no antigo Livro 3, Transcrição das Transmissões. Certamente o acesso aos meios informáticos e às novas tecnologias não será alcançado como num passe de mágica em todo o país, permitindo o acesso ao protocolo eletrônico em condição de igualdade para todos os cidadãos. Seguramente teremos o ingresso, durante muito tempo, de maior número de títulos em suporte papel que títulos eletrônicos, especialmente no interior.

As diversidades brasileiras podem ser constatadas pela reportagem disponível no endereço <http://www.youtube.com/watch?v=7Mvd-GCxb4o>. A reportagem foi realizada durante a inspeção do Conselho Nacional de Justiça na Comarca de Senador José Porfírio, no Estado do Pará. O acesso à Comarca se deu por barco, em condições precárias, e constata-se que o registro imobiliário ainda utiliza livros previamente encadernados, que sequer os substituiu por fichas, como autoriza o parágrafo único do art. 173 da Lei 6.015/73. Motivaram a inspeção, segundo a Portaria 151/09 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, as “graves deficiências nos serviços notariais e de registro”, a grande extensão territorial do Estado do Pará e o “preocupante histórico de conflitos fundiários”. Indubitável que a

informatização chegará aos mais distantes municípios brasileiros, como Senador José Porfírio, mas o processo se desenvolverá em condições totalmente diversas dos municípios próximos das regiões mais desenvolvidas social, política e economicamente.

O tema do protocolo eletrônico foi abordado com muita qualidade pelo registrador Luciano Lopes Passarelli no artigo “Protocolo eletrônico – primeiras reflexões” (Vide p. p.121-122), no qual o autor trata das questões tecnológicas, altamente relevantes para que se preserve a segurança do sistema, fazendo ainda menção ao ponto de interesse deste trabalho, nos seguintes termos:

“No âmbito do Registro de Imóveis, enquanto não houver alteração dos artigos 9º e 10 da Lei de Registros Públicos, penso que o sistema deverá disponibilizar a recepção de títulos por via eletrônica exclusivamente durante o horário de expediente. Isso porque, malgrado o artigo 9º refira que os ‘registros’ praticados fora do horário do expediente são nulos, o corolário do registro é a protocolização do título, sendo desarrazoado interpretar que o título pode ser prenotado fora do horário regulamentar. Ademais, o artigo 10 robustece essa ideia, já que alude aos títulos ‘apresentados no horário regulamentar’. Outro argumento acerca da impossibilidade de prenotação de títulos recepcionados eletronicamente fora do horário do expediente é que isso criaria uma patente desigualdade entre os usuários com acesso às

mídias eletrônicas e aqueles sem acesso, por hipossuficiência, que poderiam por isso restar prejudicados no concurso do contraditório”.

Entendo assistir razão ao autor mencionado. A regulamentação do protocolo eletrônico deve restringir sua utilização ao horário de expediente do registro imobiliário, estabelecendo condição de igualdade para os títulos em suportes diversos, que conviverão no sistema registral por muito tempo. Anote-se que há vários títulos que acedem ao registro imobiliário, previstos de forma enunciativa no art. 221 da Lei 6.015/73, de natureza pública ou particular, não podendo o interessado, muitas vezes, optar pelo suporte em que será produzido seu título (por exemplo, um título judicial ou um termo administrativo). Não estando sequer ao alcance do interessado a escolha entre a produção de um título eletrônico ou em suporte papel, não se pode permitir que, durante a noite ou em feriado, ingresse um título por via eletrônica com prioridade sobre o título em suporte papel já em mãos do interessado, mas impossibilitado de apresentá-lo por não ser horário de expediente. Não podemos afirmar, apesar de toda a evolução, que em dado momento todos os títulos serão eletrônicos e que todos terão acesso às mais modernas mídias, o que exige cautela na regulamentação do protocolo eletrônico.

Socorrendo-me uma vez mais dos conhecimentos da Dr<sup>a</sup> Madalena Teixeira, indaguei sobre a questão da preservação da igualdade em Portugal, em face da possibilidade de apresentação dos títulos em

diversos suportes, por variadas formas e em horários distintos, ao que me respondeu nos termos a seguir:

“Quanto à questão da «(des)igualdade no acesso ao registo», que a utilização da via electrónica instala, colocou-se o mesmo problema quando da discussão em Portugal, e que tinha a ver com o facto de as vias – balcão, correio e telecópia – só poderem ser utilizadas até à hora de encerramento do atendimento ao público e a via electrónica poder ser utilizada 24 horas, acrescentando, assim, à «incontornável» discriminação dos usuários em função da sua capacidade económica – aquisição de computador – e do grau de educação conhecimento – manuseamento das tecnologias –, que, na verdade, está antes do Registo, a questão do horário, que introduz mais um factor de discriminação. Creio, no entanto, que os argumentos decisivos passam por considerar que, em abstracto, a todos os cidadãos é garantido o acesso às tecnologias; que um regime mais favorável na opção por esta via permite «aliviar» o balcão da conservatória, tornando o serviço mais célere e eficaz, ao mesmo tempo que se contribui para o desenvolvimento através da «globalização» das vias de relacionamento com o serviço; e reforça o estímulo à utilização das novas tecnologias e à optimização dos recursos do Cartão do Cidadão, que tem associado um certificado digital”.

O problema foi, como se vê, objeto de debates em Portugal. Os válidos argumentos da Dr<sup>a</sup> Madalena Teixeira são inquestionáveis. Com efeito, abstratamente todos têm acesso à tecnologia, os balcões são favorecidos pela apresentação eletrônica, e o estímulo à utilização das novas tecnologias é imperativo. Contudo, temos que levar em conta que as condições em Portugal são extremamente diversas das do Brasil. O país é muito menor; na mesma proporção as desigualdades sociais e econômicas são menores; e a realidade portuguesa, em face da Comunidade Européia, é bastante distinta da nossa. Assim que, s.m.j., a experiência portuguesa deve ser utilizada por nós para a regulamentação da Lei 11.977/09, considerando também as discussões envolvendo a questão da igualdade, ainda que para adotar solução diversa da acolhida naquele país.

No Estado de São Paulo a preocupação com a recepção de documentos eletrônicos pelo registro imobiliário data de 2007, quando foi editado pela Corregedoria Geral da Justiça o Provimento 29/2007 que não tratou, no entanto, do detalhamento de seu acesso ao protocolo. O mérito do ato normativo está na admissão, já em 2007, da recepção de documentos eletrônicos pelos serviços de notas e registros (“Art. 1º - São suscetíveis de recepção em tabelionatos e escritórios de registro, para os fins necessários, os documentos eletrônicos oriundos do Poder Judiciário, com assinatura digital, vinculada a uma autoridade certificadora, no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”).

Quanto ao sistema da penhora *online*, regulamentada em São Paulo pelo Provimento 6/2009, como mencionado no tópico 1, há na regulamentação dois dispositivos que se referem ao ingresso dos títulos no protocolo: “Artigo 8º - A partir da data de início de funcionamento do sistema, os Oficiais de Registro de Imóveis verificarão, obrigatoriamente, na abertura e no encerramento do expediente, bem como, pelo menos, a cada intervalo máximo de 02 (duas) horas, se existe comunicação de penhora, para averbação, ou pedido de pesquisa e certidão, respondendo com a maior celeridade possível (Artigo 9º - Realizar-se-á regular protocolo, observando-se a ordem de prenotação, para os efeitos legais”).

Nota-se que os títulos podem ingressar no sistema informatizado fora do horário de expediente do registro imobiliário, posto que na abertura do expediente devem os registradores verificar se há comunicação de penhora, bem como a cada intervalo de duas horas. Verificada a existência de títulos, os mesmos são prenotados. O sistema, portanto, não prevê protocolo eletrônico, mas remessa dos títulos por via eletrônica. O ingresso no protocolo dá-se no momento em que o registrador constata a remessa, o que efetivamente não assegura a prioridade, pois entre a remessa e a verificação podem ter ingressado no balcão títulos contraditórios. A prioridade estaria efetivamente garantida se, no momento da remessa, o sistema encaminhasse o título para o protocolo, fazendo coincidir sua remessa com seu lançamento no protocolo.

O princípio da igualdade não deve ser considerado como uma abstrata igualdade de oportunidades ou igualdade formal. A isonomia deve ser material, ou seja, o legislador deve atentar para as diferenças entre as pessoas.

José Afonso da Silva<sup>16</sup>, ao tratar do sentido da expressão “igualdade perante a lei”, afirma:

“Esses fundamentos é que permitem, à legislação, tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio de igualização, como salienta Pontes de Miranda, *in verbis*: ‘A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdade de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu’”.

Na Espanha, a Lei 11/2007, de 22 de junho, “Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos”, consagra a relação com a administração pública por meios eletrônicos como um direito dos cidadãos. Ao estabelecer os princípios que devem informar a utilização das tecnologias de informação, inclui o princípio da igualdade nos termos seguintes:

“Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos” (Art. 4º, b)“.

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29ª edição. Malheiros, São Paulo: 2.007.

Verifica-se que, embora deva ser incentivada a utilização dos meios eletrônicos, deve ser respeitado o princípio da igualdade, sendo inaceitáveis restrições ou discriminações de cidadãos que se relacionam com a administração por meios não eletrônicos.

Esta a contribuição para a discussão inicial do tema. ■

Algumas facetas do  
condomínio edilício  
e da incorporação na  
atividade notarial e  
no registro de imóveis

---

Valestan Milhomem da Costa (\*)

O condomínio é um dos mais vetustos institutos do direito. CAIO MÁRIO<sup>1</sup> dele faz referência como existente ao tempo de Roma, e mesmo antes, ao dizer que “não era, todavia, desconhecida em Roma, a superposição habitacional: ao contrário, conhecida e praticada. Não era indiferente ao direito: ao revés, observada e disciplinada. E não falta mesmo quem vá remontar à civilização pré-romana dos caldeus, no segundo milênio antes de Cristo, a divisão de prédio em planos horizontais.”

Talvez o mais antigo registro conhecido de um condomínio é o de Gênesis 11:1-5, referente à construção da Torre de Babel na planície de Sinear. Visto que os construtores da Torre pretendiam nela habitar, dúvida não há de que todos os construtores se consideravam proprietários comuns daquela habitação inusitada.

Evidentemente, mesmo ao tempo de Roma, nenhum daqueles condôminos tinha a compreensão da possibilidade da individuação do direito condominial em planos horizontais como se tem hodiernamente. CAIO MÁRIO<sup>2</sup> ensina que “não tolerava o direito romano a divisão da casa por planos horizontais, por lhe parecer contrária aos princípios dominantes. Se a propriedade do solo projeta-se para o alto e vai *ad astra*, e se aprofunda chão adentro até o inferno – *ad ínferos* –, faltava justificativa ali para a separação e autonomização dos direitos de quem acaso vivesse acima do proprietário do solo”.

Vê-se, desde logo, uma separação entre condomínio e condomínio edilício.

### **1 - Condomínio voluntário e Condomínio edilício**

Condomínio voluntário é a propriedade compartilhada entre duas ou mais pessoas sobre uma mesma coisa. Assim, sempre que duas ou mais pessoas

---

(\*) Tabelião e oficial substituto no Estado do Rio de Janeiro e presidente do Instituto de Estudos Notariais e Registrais – Antonio Albergaria Pereira – IDEAL.

<sup>1</sup> PEREIRA, *op. cit.* p. 60.

<sup>2</sup> PEREIRA, *op. cit.* p. 61.

se tornam coproprietárias de uma mesma coisa, *pro divisa* ou *pro indivisa*, constitui-se um condomínio voluntário (art. 1.314 a 1.322 do Código Civil). O condomínio voluntário nasce sempre de um ato transmissivo e/ou aquisitivo da propriedade. O condomínio voluntário não se constitui por ato próprio. Ele se constitui sempre como efeito de um título aquisitivo da propriedade, *inter vivos* ou *mortis causa*. O condomínio voluntário, portanto, é efeito do ato aquisitivo ou transmissivo da propriedade; é, também, um qualificativo da propriedade.

Mesmo o “condomínio necessário”, identificado como sendo o “condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas” (art. 1.327 CC), nasce do direito de propriedade e dispensa qualquer outro ato formal para sua constituição, tendo o pagamento que um condômino (veja-se que já é *condômino*) faz ao outro para utilização da parede, cerca, muro ou vala construídos, tão somente natureza indenizatória das despesas que o outro realizou, evitando-se o “enriquecimento sem causa”, e não aquisitiva da comunhão. Tanto que aquele que realizou as despesas não poderá negar-se ao recebimento da indenização com o fito de impedir a utilização comum da benfeitoria pelo vizinho comunheiro, pois o direito deste de indenizar é assegurado pela sua qualidade de proprietário.

O condomínio edilício, a seu turno, nada tem a ver com a existência de uma copropriedade. Ele diz respeito à existência *individualizada* de diversas unidades construídas sobre um mesmo terreno. As diversas unidades podem pertencer a um só dono, ou a vários. O condomínio edilício, portanto, prescinde de copropriedade, mas exige sempre a existência de mais de uma unidade construída sobre o mesmo solo. O condomínio edilício nasce mediante a instituição do condomínio, ato autônomo, de natureza contratual, cujo efeito é a individualização e discriminação das unidades, tornando-as emancipadas do solo e das demais unidades entre si, de sorte a ter cada unidade tratamento independente no mundo jurídico, mantendo as unidades, porém, com o solo e com as demais áreas não individualizadas do solo, chamadas “comuns”, uma ligação ideal, e respondendo, na proporção dessa idealidade, pelas obrigações comuns, com a adição daquelas que lhe são afetas em regime individual.

Entre nós, a instituição de condomínio teve lugar incipiente no Decreto nº 5.481, de 1928. Mas foi com a Lei nº 4.591/64 que a matéria referente ao condomínio edilício, ou seja, condomínio de unidades autônomas, teve sua regulamentação final. Atualmente, a matéria se encontra regulada nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil sem prejuízo das disposições da Lei 4.591/64, como se pode ver da ressalva do art. 1.332, *caput, in fine*, do Código Civil.

## **2 - Edificação e Condomínio edilício**

O Código Civil (art. 1.331) diz que “pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.”

A princípio, parece haver confusão entre edificação e condomínio, ou, até mesmo, uma falha técnica na redação do mencionado artigo, o que pode levar até os mais atentos juristas a erro interpretativo, como vem ocorrendo.

CHALHUB<sup>3</sup> registra crítica à locução verbal “pode haver” constante do artigo 1.331 do Código Civil. Questiona o consagrado jurista: “Por que ‘pode haver’ e não haverá? Ora, o condomínio por unidades autônomas em edifícios se forma, necessariamente, pela conjunção dessas duas propriedades, a exclusiva e a comum, e necessariamente há, em todo condomínio dessa natureza, partes que são de propriedade comum e partes que são de propriedade exclusiva; sem a conjunção dessas duas modalidades de propriedade jamais poderia existir edifício composto por unidades autônomas dispostas em dois ou mais pavimentos. A coexistência de partes privativas + partes comuns é da natureza desse tipo de edifício; logo, em edificações coletivas *haverá* partes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum.”

É bem verdade que o eminente professor tem inteira razão na identificação dos elementos indispensáveis à caracterização de um *condomínio por unidades autônomas*, qual seja, necessariamente, áreas exclusivas e comuns.

---

<sup>3</sup> CHALHUB, *op. cit.* p. 25.

Porém, não se pode esquecer que uma coisa é a edificação; outra, o condomínio. A simples construção de um edifício não o torna um condomínio, composto de áreas exclusivas e comuns. Ou seja: não o torna um condomínio por unidades autônomas. A discriminação dessas áreas nasce da instituição do condomínio (art. 1.332 CC), ato autônomo – prévio, concomitante ou posterior à edificação (v.g., testamento – art. 1.332, *caput*, CC) –, e que, via de regra, se presta a dar utilização individuada às unidades e a partilhar, entre os usuários das áreas privativas, a qualquer título, os ônus e ônus das áreas comuns.

Como exemplo de edificações constituídas fisicamente de áreas identificáveis como exclusivas e comuns, sem terem, contudo, essa qualificação técnico-jurídica, por falta da instituição do condomínio e da utilização das diversas partes do prédio por pessoas distintas, temos os prédios dos Ministérios, do Banco Central do Brasil, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil, todos em Brasília. Nesses casos, embora diversas pessoas transitem por todo o prédio e muitas delas permaneçam a trabalho em áreas delimitadas do prédio, a utilização do prédio é de uma única pessoa – de direito público ou de direito privado, e não se têm, necessariamente, áreas privativas e comuns, mas, apenas, áreas restritas.

Além de prédios públicos, temos os edifícios de grandes sociedades, destinados ao exclusivo desempenho de suas atividades. Nesses casos, via de regra não ocorre a instituição do condomínio. Sem a instituição do condomínio, haveria áreas privativas e

comuns, no sentido técnico-jurídico, ou apenas áreas restritas, ou de uso restrito, a determinados fins?

Aliás, esse já era o entendimento de CAIO MÁRIO<sup>4</sup> ao dizer que “um prédio dividido em apartamentos autônomos, onde todos pertencem a um só dono, não constitui propriedade horizontal. Um prédio recebido em comum por diversos herdeiros, não obstante formar-se de apartamentos independentes, é propriedade (individual ou coletiva) regida pelo Código Civil. Propriedade horizontal haverá no momento em que, por *destinação do proprietário* ou por *convenção* entre coproprietários, se institua, com subordinação às exigências da lei especial [...]”. (Grifos do original).

Assim, vislumbrando hipóteses como as supra mencionadas, nas quais o proprietário não institui o condomínio, apesar de haver várias unidades fisicamente autônomas, é que cabe lugar a locução verbal do artigo 1.331 do Código Civil.

### **3 - Maneiras de Instituição do Condomínio Edifício**

A ementa da Lei nº 4.591/64 anuncia o conteúdo do diploma legal dizendo que “dispõe sobre o *condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*”. Ou seja: a lei trata dos condomínios edilícios (matéria parcialmente regulada pelo Código Civil, nos artigos 1.331 a 1.358) e das incorporações imobiliárias.

A respeito do condomínio edilício, já se esclareceu que o mesmo não nasce da simples construção. Pode-se ter

---

<sup>4</sup> PEREIRA, *op. cit.* p. 118.

um edifício sem necessariamente se ter um condomínio edilício. Somente o ato de instituição do condomínio torna a construção um condomínio edilício.

A instituição do condomínio, porém, pode ocorrer de diferentes maneiras e em diferentes momentos, dependendo do objetivo dos respectivos proprietários. Vejamos alguns exemplos:

**A** - Um proprietário resolve construir sobre o seu terreno um empreendimento com diversas unidades, seja um prédio de apartamentos, salas e lojas, sejam várias casas térreas ou assobradadas. Com isso em mente, apresenta projeto na prefeitura respectiva e obtém a aprovação do projeto, licença de obra, faz a matrícula da obra no INSS para o recolhimento dos encargos previdenciários devidos, contrata pessoal, etc.; enfim, constrói o empreendimento. Feito isso, requer o habite-se e a CND do INSS para fins de averbação da obra no Registro de Imóveis. Tempos depois, resolve vender uma das unidades do seu empreendimento. Para isso, obrigatoriamente, deverá fazer a instituição do condomínio, pois sem ela as unidades construídas não existem como unidades autônomas, e, assim, não podem ser negociadas individualmente. A instituição de condomínio, nesse caso, ocorrerá nos termos do art. 7º da Lei 4.591/64 (art. 1.332 do Código Civil).

**B** - Outro proprietário de um terreno resolve fazer o mesmo que o proprietário mencionado no exemplo A, tomando as mesmas providências preliminares à construção. Porém, antes de iniciar as obras, quer individualizar as unidades, instituindo o condomínio. Nesse caso, além do projeto aprovado, o proprietário deverá providenciar o instrumento de instituição do condomínio, identificando o empreendimento com os elementos constantes das alíneas “a”, caso se trate de casas térreas ou assobradadas, ou “b”, caso se trate de edifícios de dois ou mais pavimentos, “c” e “d” do art. 8º da Lei 4.591/64 (hipótese açambarcada genericamente no art. 1.332, *caput*, *in fine*, do Código Civil). Feito isso, o instrumento de instituição de condomínio deverá ser registrado na matrícula do imóvel. Após a conclusão das obras, o proprietário providenciará o “habite-se” e a CND do INSS e promoverá a averbação da construção, em número

seguinte ao do registro da instituição. Nessa hipótese, ou seja, instituição de condomínio de unidades em construção por proprietário único, deve-se aguardar a averbação do “habite-se” para proceder à abertura das matrículas das unidades autônomas, visando-se não onerar desnecessariamente a averbação da construção do empreendimento.

**C** – Vários proprietários de um mesmo terreno resolvem construir sobre este um empreendimento com várias unidades, de sorte que a cada um deles fique pertencendo uma unidade autônoma. Assim como os proprietários dos exemplos A e B, tomam todas as medidas preliminares à construção. A seguir, e, antes mesmo de iniciarem as obras, resolvem definir que unidade caberá a cada um deles. Para esse fim, fazem a instituição do condomínio - medida indispensável à individualização das unidades, observando-se os passos mencionados no exemplo B, e, no mesmo instrumento, se quiserem, fazem a divisão amigável do imóvel, atribuindo-se a cada um dos condôminos, em pagamento do seu quinhão no terreno e na construção, uma unidade específica, e onde os condôminos darão uns aos outros quitação recíproca de seus anteriores direitos sobre o terreno como um todo. O fundamento jurídico da instituição de condomínio, nesse caso, é o mesmo art. 8º da Lei 4.591/64, e, o da divisão amigável, o art. 1.320 do Código Civil. Havendo a divisão amigável, dúvida não há de que a abertura das matrículas deve ocorrer concomitantemente ao registro da instituição do condomínio para viabilizar o registro da **divisão amigável** em cada uma das matrículas. Nesse caso, após a conclusão das obras, a averbação da construção será feita em cada uma das matrículas das unidades.

É relevante destacar que, se a divisão amigável for feita no mesmo instrumento de instituição de condomínio, **via de regra** deverá ser adotada a escritura pública, tendo em vista que a divisão amigável é negócio jurídico de modificação de direito real sobre imóvel, senão de transmissão recíproca de direito real sobre imóvel, sujeitando-se, portanto, ao disposto no art. 108 do Código Civil.

Releva esclarecer que a Escritura de Divisão Amigável, mencionada na letra C, muitas vezes é denominada “Escritura de Discriminação de Unidades em Condomínio”; ou “Escritura de Discriminação Amigável”; ou “Escritura

Declaratória de Discriminação de Unidades”, o que é um equívoco, pois a discriminação das unidades é feita na Instituição do Condomínio, e não na partilha da propriedade entre os condôminos, quando, naturalmente, já deve ter havido a individualização das unidades pela instituição do condomínio.

Contudo, as dificuldades acerca da matéria são percebidas mesmo em normas infralegais, a exemplo do art. 674 da Consolidação Normativa da Corregedoria do Estado do Rio de Janeiro, em vigor a partir de 14 de agosto de 2009. Aquele dispositivo, tratando do “condomínio geral”, estabelece que “deverá o Oficial exigir a apresentação de instrumento público de Extinção de Condomínio e a *subseqüente* Instituição de Condomínio Edilício, com atribuição de propriedade sobre as unidades autônomas”. Contudo, é sabido que a extinção do condomínio mediante a atribuição de propriedade sobre unidades autônomas somente poderá ocorrer após a especialização das unidades autônomas, mediante a instituição do condomínio. Ou seja: esta é requisito daquela, e não o contrário.

Ademais, não se olvide que a extinção do condomínio (voluntário) mediante atribuição das unidades aos respectivos condôminos é mero efeito da “divisão da coisa comum”, nos termos do art. 1.320 do Código Civil; e, ocorrendo essa divisão por consenso dos condôminos, manifesta-se mais apropriado denominá-la “Divisão Amigável”.

Nas hipóteses das letras B e C, cabe ressaltar, ainda, que durante a construção nenhuma unidade poderá ser negociada, sob pena dos condôminos instituidores responderem também como *incorporadores*, conforme

estabelecem os artigos 29 e 30 da Lei 4.591/64, sub-rogando-se os condôminos, nesse caso, nas obrigações do incorporador, conforme definidas no Título II, Capítulo II, da Lei 4.591/64.

Aliás, na hipótese da letra C, a anterior Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGJ-RJ), art. 482, § 1º, estabelecia: “Havendo condomínio previsto no Código Civil e pretendendo os proprietários, promitentes compradores, promitentes cessionários ou cessionários erigir edificação composta por mais de uma unidade, deverá o oficial exigir a discriminação prévia das frações do terreno [*instituição de condomínio*] e que estabeleçam a quem pertencerão as unidades depois de construídas [*divisão amigável*], obedecida a proporção da fração de que cada um é detentor, *com a obrigação de que só transferirão o imóvel ou direitos a ele relativos após a concessão do “habite-se”, por se tratar de condomínio fechado.*” (Grifos e colchetes acrescentados).

Pelo disposto na norma da CGJ-RJ, acima transcrita, vê-se que, sendo feita a instituição do condomínio antes da construção, e havendo o condomínio previsto no Código Civil, ou seja, mais de um proprietário do terreno, a instituição deverá ser feita juntamente com a divisão amigável das unidades – orientação melhor que a da atual Consolidação –, obedecendo-se à fração que cada condômino tenha no terreno, sendo, contudo, defesa a realização de negócios das unidades enquanto não concluída a construção, nos termos do art. 674, § 2º da atual Consolidação Normativa do Rio de Janeiro, em virtude da instituição, nesse caso, não autorizar a negociação das unidades durante a construção, o que

somente poderá ser feito com o registro do memorial de incorporação, na forma do art. 32 da Lei 4.591/64.

**D** – Um proprietário (ou promissário, ou cessionário) de um terreno resolve *incorporar* a construção de um empreendimento com diversas unidades autônomas para venda antes ou durante a construção, obedecendo-se aos termos do art. 32 da Lei 4.591/64. Nesse caso, o memorial de incorporação, devidamente registrado, produz, dentre outros efeitos, a instituição do condomínio, pois implica, necessariamente, na individualização das unidades para venda a terceiros, e a individualização das unidades nada mais é do que instituição de condomínio. Vejamos:

O art. 1.332 do Código Civil diz: “Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: I – a *discriminação e individualização das unidades* de propriedade exclusiva, estremada uma das outras e das partes comuns: II – a *determinação da fração ideal atribuída a cada unidade*, relativamente ao terreno e partes comuns; III – o fim a que as unidades se destinam”.

O art. 32 da Lei 4.591/64 diz: “O incorporador somente poderá negociar sobre **unidades autônomas** após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: [...] d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; e) *cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem de área construída*; [...] i) *discriminação das frações ideais de terreno, com as unidades autônomas que a elas corresponderão*; [...]”.

Do cotejo dos artigos acima, fica claro que a incorporação imobiliária atende às exigências legais impostas à instituição do condomínio, tanto que o caput do art. 32 da Lei 4.591, bem como a letra “i” do referido artigo, ao falar das unidades integrantes da incorporação as menciona como **unidades autônomas**, o que implica a discriminação e a individualização das unidades, caracterizando-se um condomínio edilício.

Porém, há quem entenda que o registro do Memorial de incorporação não supre a instituição do condomínio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 4.591/64. Nesse sentido é o parecer do Exmo. Dr. CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, de 12 de agosto de 1994, no **Processo CG 1.403/94 – Campinas – Interessada: Construtora Samuel Rubinsky Neto Ltda. x Oficial do 1.º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca.**

Segundo o eminente magistrado, “o registro da incorporação serve antes de tudo a viabilizar o início da negociação das unidades autônomas a serem erigidas, com garantia e segurança dos adquirentes”, e que, “evidentemente, tal registro em nada se relaciona com o nascimento jurídico destas unidades do condomínio, ainda não instituído”, posto que, “na linguagem de CAIO MÁRIO, o contrato de incorporação extingue-se com a conclusão da edificação ou do conjunto de edificações e sua entrega aos adquirentes em condição de habitabilidade, considerada esta expressão no sentido de sua utilização” (*Incorporação Imobiliária*, Revista do IRIB, vol. 4/17)”, acrescentando, “por fim, também acerca da indispensabilidade do registro de que aqui se cuida, que o previu o art. 167, I, 17, da Lei 6.015/73, realce-se, para as hipóteses de incorporação e igualmente para os casos de edificações sem incorporação, desde que se trate de condomínio horizontal, como bem ressalvado por Valmir Pontes, in *Registro de Imóveis*, Saraiva, 1982, p. 24”, e mais, ainda, que, “segundo disposição expressa do art. 44 da Lei 4.591/64, “após a concessão do ‘habite-se’ pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento desta obrigação. Ou seja: a averbação da construção, de que trata o art. 44 da Lei 4.591/64, além de seu objetivo comum de levar ao Registro edificação que se faça sobre terreno, no caso serve ainda a individualizar e discriminar as unidades autônomas do prédio”.

Em apoio a esse entendimento, invoca, ainda, o insigne magistrado, a título de exemplo, “o ac. 1.846-0, quando assenta que “no condomínio em edifícios, enquanto incoerrem o registro da especificação, que

representa ‘um autêntico procedimento divisório entre os comunheiros’ (cf. J. NASCIMENTO FRANCO e N. GONDO, *Condomínio em Edifícios*, RT, 2.<sup>a</sup> ed., 1978, p. 51) e a averbação da construção do prédio, para efeito da jurídica individualização e discriminação das unidades autônomas, não há que se cogitar da realidade física dos apartamentos, que, destarte, como unidades geodésicas futuras, dependentes de providências ulteriores, não podem ser objeto de negócios e nem assim matriculados” (g.n.)”, bem como que “de idêntico jaez há decisão segundo a qual “os instrumentos apresentados, na medida em que transpiram negócios jurídicos sobre os próprios apartamentos, têm seu registro condicionado ao registro prévio da instituição, especificação e convenção do condomínio e averbação da construção (art. 167, I, 17 e 18, e II, 4, da Lei de Registros Públicos)” (ap.286.693, g.n.)”.

No mesmo sentido, CHALHUB, debaixo da rubrica “**1.3. A dinâmica da incorporação**”, ao ‘identificar alguns aspectos básicos da estruturação e do desenvolvimento da incorporação’<sup>5</sup> termina por dizer que “uma vez concluída e averbada a construção no Registro de Imóveis, com a conseqüente individualização das unidades autônomas, deverá ser instituído o condomínio especial, cujas características encontram-se estabelecidas nos artigos 1º ao 4º da Lei nº 4.591/64”<sup>6</sup>.

Data maxima venia, uma análise mais abrangente dos efeitos da incorporação imobiliária, nos termos do art. 32 da Lei nº 4.591/64, demonstra ser **desnecessária a exigência de ato autônomo de instituição do condomínio**, e seu conseqüente registro, **depois de já se ter registrado o memorial de incorporação**.

É bem verdade que a incorporação imobiliária, em sentido estrito, vigora tão somente até a conclusão das obras, encerrando-se algumas obrigações do incorporador com a averbação do “habite-se” no Registro de Imóveis, como a de custear “a construção das unidades que não tenham tido a

---

<sup>5</sup> CHALHUB, *op. cit.* p. 20.

<sup>6</sup> CHALHUB, *op. cit.* p. 23.

responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que o tenham” (art. 35, § 6º, Lei 4591/64). Mas não se pode negar que, desde o seu registro no Ofício Imobiliário, a incorporação produz efeitos que ultrapassam as obrigações do incorporador durante a construção, pois, como bem esclarece CHALHUB<sup>7</sup>, “é o registro [da incorporação] que legitima o incorporador a empreender sua atividade empresarial de oferta pública das frações ideais do terreno e das acessões que corresponderão às futuras unidades imobiliárias”. (Colchetes acrescentados).

Evidentemente, essa “atividade empresarial” (*estamos aqui tomando o termo com a acepção do Código Civil*) não cessa com a averbação da construção do empreendimento, pois, além da obrigação de construir as unidades, o incorporador tem outras responsabilidades decorrentes da incorporação, envolvendo aspectos fiscais relativos aos valores recebidos em razão dos negócios de compra e venda das unidades, antes e após as obras: a obrigação de outorgar os contratos definitivos em cumprimento das promessas de venda; o direito de rescindir qualquer daqueles contratos e de revender a unidade retomada, dentre outras.

Especificamente em relação às vendas das unidades autônomas, às quais correspondem frações ideais do terreno e demais áreas comuns, cabe ressaltar que tais vendas não seriam possíveis se a incorporação não tivesse o condão de instituir o condomínio em construção, individualizando e especificando as unidades objeto dos contratos de promessa de compra e venda e/ou de compra e venda, pois até que a instituição do condomínio seja feita nenhuma unidade poderá ser vendida isoladamente em razão da ausência de sua individualidade.

Na realidade, se a incorporação imobiliária não produzisse a instituição do condomínio, não se poderia falar em promessa de compra e venda ou em compra e venda de fração ideal do terreno e da respectiva unidade autônoma, devidamente identificada e localizada dentro do empreendimento, sejam casas térreas ou assobradas, sejam unidades em

---

<sup>7</sup> CHALHUB, *op. cit.* p. 21.

edifícios de dois ou mais pavimentos. Não se teriam promissários ou compradores de unidades autônomas, mas meros adquirentes de uma fração ideal indistinta, constituindo-se, na realidade, o condomínio voluntário do Código Civil (art. 1.314 a 1.322), e estariam os condôminos sujeitos àquelas regras, como o direito à preempção do art. 1.322.

De fato, a incorporação imobiliária descaracteriza o condomínio voluntário. O que se tem é um condomínio edilício, com unidades autônomas, o que significa dizer: independentes entre si; e demonstra que o registro da incorporação tem como efeito a instituição do condomínio.

Basta pensar na hipótese do incorporador vender todas as unidades à vista no lançamento do empreendimento. Que tipo de escritura será feita aos adquirentes? Considerando-se que o incorporador seja o proprietário do terreno, e não um promissário, por exemplo, serão feitas **escrituras de compra e venda das frações ideais e das futuras unidades autônomas** que a elas corresponderão (art. 1º, *caput*; art. 9º, *caput*; § 2º do art. 10; § 2º do art. 32, Lei 4.591/64; art. 483, Código Civil). E onde serão registradas as escrituras de compra e venda das unidades autônomas? Cada uma delas será registrada em matrícula própria, correspondente à unidade em construção e respectiva fração ideal do terreno negociada.

Nesse sentido, a anterior Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro, art. 482, *caput*, estabelecia: “A matrícula de unidade autônoma condominial em construção ou a construir, decorrente de incorporação imobiliária, será aberta quando do primeiro registro a ela referente”. A nova

Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro, em vigor desde 14 de agosto de 2009, manteve esse entendimento nos artigos 464, parágrafo único, e 661, mesmo na hipótese de instituição de condomínio antes da construção e sem incorporação imobiliária, nos termos de seu art. 674, *caput*, e § 1º.

Tal disposição normativa, a toda evidência, não tem o propósito de estabelecer que a instituição do condomínio ocorra por ocasião do primeiro registro da negociação da unidade autônoma objeto da incorporação, até por que não pode haver instituição de condomínio para individualizar uma única unidade do seu conjunto; mas, na realidade, **visa determinar a obrigatoriedade da abertura da matrícula em razão da individualização da unidade como efeito da incorporação**. Sendo cada unidade autônoma, ou seja, distinta das demais, não poderá ter seus registros lançados em matrícula coletiva, ou seja, aquela do terreno, onde foi registrada a incorporação imobiliária, pois “cada imóvel terá matrícula própria” (art. 176, § 1º, I, Lei 6.015/73), e sendo cada unidade autônoma um imóvel, cada uma delas precisa ter sua própria matrícula.

Essa individualização, à parte do registro da primeira negociação da unidade autônoma objeto da incorporação, está assente, ainda, no § 3º do art. 482 da mencionada Consolidação Normativa, que diz: “A matrícula de cada unidade poderá ser aberta de ofício, sem despesa para os interessados, logo após o *registro dos memoriais* de loteamento e de incorporação e da averbação de desmembramento”. (Original sem grifo).

Assim, como abrir todas as matrículas, tratar cada unidade individualmente, registrar cada um dos negócios

com essas unidades em matrículas próprias sem conceber que a incorporação tem o condão de instituir o condomínio? Há cabimento exigir, nesse caso, a instituição de um condomínio? Para que propósito serviria essa instituição de condomínio? Para dizer que cada unidade, *doravante*, será tratada como unidade autônoma? Mas já não o era? Então, qual o fundamento – jurídico ou não – da instituição de condomínio quando se tem a incorporação?

CAIO MÁRIO, um dos autores do projeto de lei que resultou na Lei nº 4.591/64, ao enumerar diversos exemplos de instituição de condomínio, registra que “H – a *incorporação* de um prédio, por pessoa física ou jurídica, que adquire o terreno e realiza a edificação, vendendo a vários condôminos as unidades autônomas, com as quotas ideais respectivas, é *outra maneira*. Esta, aliás, é a modalidade mais corrente, que propositadamente deixamos para mencionar em último lugar”<sup>8</sup>, (sem grifo na última parte), e, mais, “a lei do *Condomínio e Incorporações* não deixa alternativa: somente poderá negociar unidades o incorporador após ter arquivado a documentação referida (art. 32). E, dentro desta, ressalta a discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a ela corresponderão (alínea i).”<sup>9</sup> (Sublinhamos).

Acerca da previsão do art. 167, I, 17, da Lei nº 6.015/73, de que na matrícula do imóvel será feito o registro “das incorporações, instituições e convenções de condomínio”, que o insigne parecerista aponta como indicativa da obrigatoriedade da instituição “para as hipóteses de incorporação e igualmente para os casos de edificações sem incorporação, desde que se trate de condomínio horizontal”, cabe destacar: não há nada no mencionado dispositivo que indique haver obrigatoriedade de instituição de condomínio quando houver a incorporação imobiliária. O que há é a previsão do registro de uma e de outra situação. Tanto a incorporação como a instituição do condomínio são registráveis, sem que a segunda tenha que ocorrer mesmo com o registro da primeira. Apenas no que se refere ao registro da Convenção de Condomínio, pode-se falar de sua

---

<sup>8</sup> PEREIRA, *op. cit.* p. 108/109.

<sup>9</sup> PEREIRA, *op. cit.* p. 105.

pertinência em ambos os casos, posto que, tanto na incorporação como na instituição de condomínio, à parte da incorporação, haverá necessidade de uma convenção de condomínio, que deverá ser registrada para operar efeitos contra terceiros (art. 1.333, parágrafo único). A obrigatoriedade da convenção se justifica, ainda, em razão de servir a propósito distinto da instituição do condomínio, seja esta integrante da incorporação seja constituída em ato apartado da incorporação.

Basta imaginar que, se fosse possível impingir a obrigatoriedade do registro da instituição do condomínio, quando houver a incorporação imobiliária, pela simples menção da incorporação e da instituição de condomínio no nº 17, I, art. 167, da Lei 6.015/73, estaríamos diante de um sério problema, uma vez que haveríamos de concluir que a mesma interpretação se estenderia para os nº 24, 26 e 29, por exemplo, do mesmo inciso I, art. 167 da Lei Registrária, exigindo-se a prática de todos os atos mencionados nesses números para que o ato de transmissão se aperfeiçoasse, por uma questão lógico-interpretativa.

Por último, a doutrina invocada pelo ilustre magistrado de que “no condomínio em edifícios, enquanto incoerrem o registro da especificação [...] e a averbação da construção do prédio, *para efeito da jurídica individualização e discriminação das unidades autônomas*, não há que se cogitar da realidade física dos apartamentos, que, destarte, como unidades geodésicas futuras, dependentes de providências ulteriores, *não podem ser objeto de negócios e nem assim matriculados*” (g.n.)”, **não parece aplicar-se à incorporação imobiliária, posto que, como visto, a incorporação produz a individualização das unidades antes mesmo do “habite-se” e ocorre exatamente para a negociação individualizada de cada unidade antes mesmo do início da sua construção (art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/64)**, não sendo cabível, igualmente, aplicar-se à hipótese da incorporação, “[...] decisão segundo a qual “os instrumentos apresentados, na medida em que transpiram negócios jurídicos sobre os próprios apartamentos, *têm seu registro condicionado ao registro prévio da instituição, especificação e convenção do condomínio e averbação da construção*”, **posto que a própria Lei nº 6.015/73, art. 167, I, 18,**

**autoriza o registro** “dos contratos de promessa de venda, cessão ou promessa de *unidades autônomas condominiais* a que alude a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, quando a *incorporação* ou a *instituição* de condomínio se formalizar na vigência desta Lei”, estando a disposição da lei registrária **em perfeita sintonia com o disposto no art. 32, § 2º da Lei 4.591/64.** (Itálicos acrescentados).

Portanto, incorporação imobiliária e instituição de condomínio são institutos que atendem finalidades distintas, mas que se prestam, dentro de suas finalidades, a promover a individualização das unidades pelos próprios atos que as constituem: o memorial de incorporação **ou** o instrumento de instituição de condomínio, não podendo haver a exigência desta quando aquela já ocorreu. No máximo, pode-se atribuir a qualidade de incorporador àquele que instituiu o condomínio e negociou unidades autônomas sem atender o disposto no art. 32 da Lei 4.591/64, conforme estabelecem os artigos 29, caput e parágrafo único, e 30 da Lei das Incorporações.

#### **4 - O art. 44 da Lei 4.591/64 torna obrigatória a instituição do condomínio se houver incorporação imobiliária?**

Diz o mencionado dispositivo: “Após a concessão do “habite-se” pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, *para efeito* de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação”.

Dúvida não há de que o incorporador deverá providenciar a averbação do “habite-se” concedido pela autoridade administrativa competente, sendo essa uma das suas obrigações.

Dúvida também não há de que, enquanto não realizada a averbação do “habite-se”, as unidades não nascem para o mundo jurídico, ainda que já existam no plano material e esteja instituído o condomínio, pois a incorporação imobiliária ou a instituição de condomínio em si seriam, no caso, o que se poderia chamar de uma “ecografia predial”, ao passo que o “habite-se” representa a “certidão do nascimento” das unidades “geradas”.

Do mesmo modo, não resta dúvida de que a instituição do condomínio, mesmo aquela decorrente da incorporação, não se aperfeiçoa antes da averbação do “habite-se”, pois não se pode conceber que um condomínio projetado cujas unidades não foram construídas seja efetivamente um condomínio. O condomínio especial somente tem existência jurídica com a existência – *de fato* - da construção das unidades autônomas, o que se comprova com a averbação do “habite-se”, e não com o projeto aprovado da construção das unidades. Ou seja: o simples registro da incorporação ou da instituição do condomínio, esta, à parte da incorporação, de unidades a serem construídas, não encerra a existência jurídica do condomínio edilício. É preciso que seja averbado o “habite-se” para que as unidades deixem de ser coisas idealizadas e se tornem coisas concretas.

Assim, ao estabelecer que após a expedição do “habite-se” “o incorporador deverá requerer a averbação da

construção das edificações, *para efeito* de individualização e discriminação das unidades”, não se pode achar que o art. 44 da Lei 4.591/64 esteja estabelecendo a obrigatoriedade de se fazer uma instituição de condomínio para as unidades incorporadas, até porque, se a instituição visa à individualização das unidades, e isso é feito com o registro do memorial de incorporação, tal instituição cairia no vazio. O que o referido artigo está determinando é a obrigatoriedade da averbação da construção *para efeito* de instituição e discriminação das unidades, ou seja, para que a instituição e discriminação das unidades, previamente realizadas, se consolidem, se tornem definitivas, uma vez que, repita-se, a instituição do condomínio edilício somente se aperfeiçoa com a construção efetiva das unidades, qualquer que seja a modalidade da instituição do condomínio.

Estas são algumas das maneiras de instituição de condomínio edilício. Porém, ainda que outras maneiras possam ser citadas, todas girarão em torno das três modalidades aqui apresentadas: (tipo A) condomínio edilício de unidades construídas e averbadas (art. 7º da Lei 4.591/64 e art. 1.322, CC); (tipos B e C) condomínio edilício de unidades a serem construídas, ou em construção, sem incorporação imobiliária (art. 8º da Lei 4.591/64); (tipo D) condomínio edilício de unidades a serem construídas, ou em construção, com incorporação imobiliária (art. 28, caput e parágrafo único, e art. 32 da Lei 4.591/64).

Quanto à instituição de condomínio mediante a incorporação, porém, é relevante mencionar aquela na qual o incorporador adquire o terreno e se compromete a pagar o preço mediante dação em pagamento de unidades a serem construídas, em razão dos tipos de contratos que se costumam realizar, alguns dos quais produzindo efeitos diversos dos pretendidos pelos contratantes.

## **5 - Incorporação com pagamento do terreno por meio de unidades a serem construídas**

O art. 39 da Lei 4.591/64 diz: “Nas incorporações em que a *aquisição do terreno* se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste:

I – a parcela que, se houver, será paga em dinheiro; II – a quota-parte

da área das unidades a serem entregues em pagamento do *terreno* que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados. Parágrafo único. Deverá constar, também, de todos os documentos de ajuste, se o *alienante do terreno* ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo”. (Grifos acrescentados).

O dispositivo transcrito contempla a aquisição de um terreno cujo pagamento se dará em unidades a serem construídas pelo incorporador.

A questão é: deve o alienante reservar para si um percentual do terreno correspondente às frações ideais das unidades a serem construídas e dadas em pagamento, ou deve vender todo o terreno? Qual a diferença entre um e outro modo de contratar?

A primeira hipótese significa o seguinte: ao invés de o incorporador adquirir o terreno e atribuir em ‘todos os documentos de ajuste a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno, mencionando-se a área das unidades em metros quadrados’, e, evidentemente, a fração ideal a elas correspondente, ele faz escritura tão somente do percentual do terreno que corresponderá ao empreendimento, deduzindo-se a parte que será dada em pagamento. Ou seja: se as unidades que serão dadas em pagamento corresponderem a 15% do empreendimento, faz-se escritura apenas de 85% do terreno para o incorporador.

Entendemos que esse não é o melhor caminho para quem vende o terreno com o fito de receber o pagamento em unidades autônomas a serem construídas – aliás, verdadeira permuta –, nem para quem compra o terreno com o propósito de fazer a incorporação. Além disso, não é a solução apontada na lei, evidentemente por ser inadequada às regras da incorporação imobiliária, pelo que segue.

Diz o art. 31 da lei em comento: “A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que **somente poderá ser: a) o proprietário do terreno** (e não apenas de parte dele), **o promitente-comprador, o cessionário deste ou promitente**

**cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;** b) o construtor [...] ou corretor de imóveis [...]. **§ 1º No caso da alínea b** (ou seja, se não for o proprietário do terreno), **o incorporador será investido, pelo proprietário do terreno**, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador”.

O art. 32 assevera: **O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado**, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: **a) título de propriedade do terreno**, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta, do qual conste cláusula de **imissão na posse do imóvel**, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado.

O que se pode perceber dos mencionados artigos é que a incorporação deve ser feita por aquele que seja proprietário ou titular de um direito real aquisitivo sobre **todo o terreno**. Somente nessa condição poderá ser incorporador, seja diretamente, seja através de procurador, nas hipóteses da letra “b” do art. 31. Isso ocorre porque a incorporação é UNA: todas as unidades integrantes da edificação estão idealmente ligadas a uma fração ideal do terreno como um todo. As unidades que pertencerão ao alienante do terreno não têm sua fração calculada sobre apenas 15% do terreno, nem as unidades que serão negociadas pelo incorporador terão sua fração ideal calculada apenas sobre 85% do terreno. O cálculo das frações ideais correspondentes às unidades autônomas é feito em relação a 100% do terreno, salvo, evidentemente, nas hipóteses em que há várias edificações (prédios) sobre uma mesma projeção, casos em que a fração ideal é calculada apenas em relação à área ocupada pela edificação mais as áreas comuns (*playground*, piscina, quadras de esporte, etc.), de

utilização exclusiva dos condôminos daquele edifício. Ainda assim, os incorporadores serão os proprietários de todo o terreno.

Assim, visto que a cada unidade autônoma corresponderá uma fração ideal sobre todo o terreno, não se pode admitir que alguém sendo proprietário apenas de 85% do terreno negocie frações ideais sobre 100% , ainda que tais negociações digam respeito exclusivamente às unidades teoricamente pertencentes ao incorporador.

Desta feita, no exemplo acima, em que o incorporador adquire apenas 85% do terreno, ele não poderá, sem autorização do outro condômino, incorporar sozinho sobre todo o terreno. Ao contrário: a incorporação haverá de ser feita também pelo proprietário dos outros 15%, uma vez que, com a venda dos 85% do terreno, forma-se um condomínio voluntário, nos termos do Código Civil.

Nesse caso, para amainar o problema, serão necessárias duas providências básicas: 1) tão logo seja registrado o memorial de incorporação – em que os incorporadores serão o alienante e o adquirente, salvo se este conferir poderes àquele –, deve-se fazer uma escritura de divisão amigável das frações ideais de sorte que se possa identificar quais unidades ficarão pertencendo ao proprietário de 15% do terreno e quais unidades ficarão pertencendo ao proprietário de 85% do terreno. Essa providência é especialmente importante para que o incorporador – propriamente dito – possa negociar livremente as unidades que lhe forem atribuídas, o que é indispensável para que possa realizar a construção do empreendimento; 2) realização, entre os condôminos, de contrato de construção das unidades que ficarão pertencendo ao proprietário dos 15% do terreno, esclarecendo-se que o preço da construção já foi pago mediante a venda dos 85% do terreno. Ademais, no memorial de incorporação deverá ser esclarecido que a obrigação da construção de todo o empreendimento será do proprietário dos 85% do terreno.

Porém, na hipótese em comento, fica evidente que o proprietário dos 15% das frações ideais do terreno é incorporador, até pelo fato de que pode livremente negociar as unidades autônomas que corresponderão

às suas frações mesmo antes do proprietário dos 85% negociar qualquer das suas frações e unidades, sem que precise tomar qualquer outra providência, nos termos da Lei 4.591/64, o que não poderia fazer se não fosse incorporador, sob pena de violação ao disposto no art. 32, sujeitando-se às cominações do art. 66, I, da Lei 4.591/64.

Por último, esse modelo fica mais complicado na hipótese em que, em vez de se fazer uma escritura de compra e venda de parte do terreno, faz-se uma escritura de promessa de compra e venda. Nesse caso, em vez da divisão amigável, seria feita uma promessa de divisão amigável. Somente depois do promitente outorgar a escritura definitiva das frações correspondentes a 85% do lote é que seria possível falar-se em divisão amigável. Essa complexidade se estenderia por todos os demais contratos firmados com os adquirentes das unidades em construção. Fica evidente que esse não é o melhor caminho!

O negócio contemplado no art. 39 da Lei 4.591/64 é de compra e venda do terreno com pagamento do preço mediante a dação de unidades autônomas. Portanto, **o contrato a ser firmado é de venda e compra de todo o terreno**, mediante escritura de compra e venda, em que se estabeleça que o preço do terreno será pago com as unidades autônomas tais e tais, a serem construídas, mencionado-se as características das unidades, constantes da minuta do memorial de incorporação, e a obrigatoriedade do ajuste constar do Memorial de Incorporação que será levado a registro no ofício competente, bem como o prazo para início e término das obras, tudo de acordo com o supracitado dispositivo legal.

Na mesma escritura, menciona-se a confissão de dívida do comprador, no valor correspondente ao preço de aquisição do terreno, podendo o vendedor exigir do comprador garantia real e/ou fidejussória, tudo de sorte a garantir o pagamento do preço do terreno.

Por último, pode ser convencionado na escritura que, se as obras não se iniciarem dentro do prazo assinalado para desistência da incorporação (art. 34 da Lei 4.591/64), o negócio ficará desfeito, devendo o comprador devolver ao vendedor o imóvel, pagando as despesas de praxe mais multa correspondente ao valor do aluguel do terreno no período decorrido desde a data da escritura até sua rescisão, num valor previamente ajustado entre vendedor e comprador, sob pena de execução das garantias contratadas.

Ultimando-se a construção do empreendimento incorporado, comprovada com a averbação do “habite-se” no Registro de Imóveis, o incorporador e proprietário fará a dação em pagamento das unidades autônomas em favor do alienante do terreno, mediante escritura pública, na qual se dará quitação do preço do terreno para fins de averbação na matrícula onde consta o registro da incorporação.

Vê-se, assim, que a transferência da propriedade de todo o terreno para o incorporador, além de satisfazer a exigência legal, viabiliza a realização da incorporação sem qualquer embaraço, seja para o incorporador, seja para o alienante do terreno, seja para os adquirentes finais das unidades incorporadas.

## 6 - Conclusão

A exposição aqui feita não encerra as diversas facetas do condomínio edilício e da incorporação no Registro de Imóveis. Sendo institutos que visam atender à dinâmica social da habitação, existem outras situações, como aquela em que o condomínio edilício tem apenas o solo como única área comum<sup>10</sup>, e novas aparecerão.

Contudo, é necessário que cada situação seja enfrentada com a máxima lucidez pelos profissionais do Direito, notários e registradores, sempre cômicos de seu relevante papel social de prevenir conflitos e dar segurança jurídica aos atos por eles praticados. ■

---

<sup>10</sup> Para essa hipótese, é lapidar o trabalho intitulado “Condomínio Edilício tendo o solo como única Área Comum”, de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (in: IRIB, nº 951).

## **Referências:**

**CHALHUB**, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*.

Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, 2ª ed. 2005.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. *Condomínio e*

*Incorporações*. Forense: Rio de Janeiro, 10ª ed. 1999.

**TRADUÇÃO** do *Novo Mundo das Escrituras Sagradas*.

A propriedade  
imobiliária no Brasil:  
conciliação entre desenvolvimento  
agropecuário e preservação  
ambiental. Proteção registral para  
a atividade agropecuária e espaços  
protegidos ambientalmente

---

Marcelo Augusto Santana de Melo <sup>(1)</sup>

Os arvoredos são muitos e grandes, e de infinitas espécies... entre esse arvoredo que é tanto e tamanho e tão basto e de tanta qualidade de folhagem que não se pode calcular (Carta de Pero Vaz de Caminha encaminhada ao Rei de Portugal D. Manuel em 1.500).

**Resumo:** breve análise do direito de propriedade no decorrer dos séculos. A propriedade saiu de uma utilização praticamente exclusiva para uma ideia funcional no início do século XX. Agora se discute um conceito pós-moderno de propriedade onde desenvolvimento econômico e função social caminham juntos, harmonizando a fruição da propriedade. A reserva florestal legal, espaço especialmente protegido que possui publicidade registral, espelha com fidelidade a evolução do direito de propriedade. O Registro de Imóveis, guardião da propriedade e agora também de sua função socioambiental, desempenha importante papel na medida em que garante a segurança jurídica da propriedade e exploração agropecuária, resguardando a livre circulação de créditos rurais hipotecários.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direito de propriedade. Função socioambiental da propriedade. Função econômica da propriedade. Reserva Legal Florestal. Registro de Imóveis. Publicidade ambiental e registral. Proteção registral para o produtor rural.

**Resumen:** breve análisis del derecho de propiedad en los siglos. La propiedad salió de una utilización prácticamente exclusiva para una idea funcional en el inicio del siglo XX. Ahora se discute un concepto pos-moderno de propiedad donde desarrollo económico y función social caminan juntos, armonizando la frucción de la propiedad. La reserva forestal legal, espacio especialmente protegido en el mundo que posee publicidad registral, espeja con fidelidad la evolución

---

(<sup>1</sup>) Registrador da propriedade em Araçatuba, São Paulo, especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Córdoba, Espanha e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-PUCMINAS, diretor de Meio Ambiente da ARISP, mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

del derecho de propiedad. El Registro de la Propiedad, guardián de la propiedad y ahora también de su función socio y ambiental, desempeña importante papel en la medida en la que garantiza la seguridad jurídica de la propiedad y exploración agropecuaria, resguardando la libre circulación de créditos rurales hipotecarios.

**Palabras claves:** Derecho Civil. Derecho de propiedad. Función socio y ambiental de la propiedad. Función económica de la propiedad. Reserva Legal Forestal. Registro de la Propiedad. Publicidad ambiental y registral. Protección registral para el productor rural.

## 1 - Breve histórico da propriedade imobiliária

*"What's property?"*. Esta é a primeira questão posta por JOSEPH SINGER, Professor da Faculdade de Direito de Harvard, ao iniciar sua obra *"Property Law – Rules, Policies, and Practices"*<sup>2</sup>.

A resposta não é tão simples<sup>3</sup>, "a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã"<sup>4</sup>, tem sido estudada, ao longo dos anos de forma mais intensa em relação a seu aspecto estrutural (usar, gozar e dispor), olvidando-se seu aspecto funcional, assim são os estatutos civis do Brasil de 1916 (art. 524), Portugal (art. 1.305) e Espanha (art. 348). Nessa perspectiva, a propriedade também poderia ser estudada por outro aspecto, que não integraria sua estrutura, mas representaria sua ideologia. É preciso ressaltar, outrossim, que o caráter individual ou egoístico da propriedade não se restringia a referidos atributos, mas também à não

---

<sup>2</sup> SINGER, Joseph William. *Introduction to Property*. 2nd ed., New York: Aspen Publishers, 2005, p. 2.

<sup>3</sup> Duas teorias fundamentais analisam a essência do direito de propriedade: teoria da pertença de cunho qualitativo e a teoria do senhorio ou do domínio que apresenta feição quantitativa. A primeira consubstancia uma situação de pertença de certa coisa a uma pessoa, criando-se assim uma relação de subordinação da coisa ao titular do direito; já a teoria do senhorio ou do domínio, diz-se quantitativa porque identifica o direito de propriedade como o mais vasto direito sobre uma coisa, que assim fica sujeita inteiramente ao titular do direito.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Companhia Editora Forense, 1970, p. 76

utilização deles, ou seja, o proprietário possuía o direito de *não usar, não usufruir e não alienar* a propriedade.

O português A. SANTOS JUSTO salienta, e com toda justeza, que a propriedade não reúne sempre todos os atributos a ela conferidos, o “gozo não é específico da propriedade; e, por outro, que pode haver proprietários sem o uso e a fruição e também sem o direito de disposição”<sup>5</sup>.

A clássica definição do direito de propriedade – *ius utendi, fruendi et abutendi* – não é encontrada nas fontes do Direito Romano, derivando ela, na verdade, dos intérpretes da Idade Média<sup>6</sup>.

Leciona THOMAS MARKY que a jurisprudência clássica do Direito Romano conceitua o direito de propriedade como um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea<sup>7</sup>. No entanto, não existia um conceito de propriedade imobiliária unitária, o que existia era uma extensão do pátrio poder sobre pessoas e bens, assim, era a *patria potestas* que justificava o poder sobre coisa<sup>8</sup>.

O civilista português CARVALHO FERNANDES define o direito de propriedade como “o direito real máximo, mediante o qual é assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certa coisa”.

PINTO DUARTE, outro renomado civilista português, também prefere não entrar na problemática da conceituação do direito de propriedade, segundo ele “é muito difícil definir direito de propriedade. (...) Também nós prescindiremos de uma definição, preferindo,

---

<sup>5</sup> *Direitos Reais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 215-216.

<sup>6</sup> CORRÊA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 124.

<sup>7</sup> *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1971, p. 85.

<sup>8</sup> CARVALHO FERNANDES, Luís A. *Lições de direitos reais*. 6ª edição. Lisboa: *Quide Juris*, 2009, p. 334.

como ângulo de abordagem, a apresentação das suas características”<sup>9</sup>.

Na verdade a evolução da propriedade foi intensa no decorrer dos últimos dois séculos. Saiu de uma noção e perspectiva individualista, tal como estabelecida no *Code Civil*, enraizada no *laissez faire*, para ganhar nos dias atuais um contorno novo, evidenciando a necessidade da propriedade atender mais às necessidades da coletividade e impor a seu titular uma gama de restrições ou limites, chegando a uma conceituação de *poder restringido*.

Na *Suma Teológica*, São Tomás de Aquino (1225- São 1274 *apud* ANTONCICH; CLASEN; MUNARRIZ, 1986) aceitou a existência da propriedade, mas não a considerava um direito natural, não admitindo expressamente a existência de uma função social; no entanto, é possível extrair alguns elementos que poderiam levar à admissão do princípio:

Usar uma coisa alheia subtraída ocultamente em caso de extrema necessidade não é um furto propriamente dito, pois tal necessidade torna nosso o que tomamos para sustentar nossa própria vida. No caso de uma necessidade semelhante pode-se também tomar clandestinamente a coisa alheia para socorrer o próximo indigente (2,2,66,7)<sup>10</sup>.

Dentre os filósofos que buscam a sustentação do instituto da propriedade como um direito natural, JOHN LOCKE é indubitavelmente o mais importante. Sua teoria jusnaturalista cria uma solução criativa para o dilema da origem comum da propriedade, para ele a propriedade surge a partir do acréscimo trazido pelo trabalho e beneficia outras pessoas.<sup>11</sup> Essa teoria ajudará no conceito de função social criado por Augusto Comte e desenvolvido por Leon Duguit.

Nos séculos XIX e XX, surge a ideia de *função social da propriedade* com a problemática conhecida hodiernamente. LEON DUGUIT, jurista francês, em sua obra *Las transformaciones del derecho público y privado*, depois de tratar de questões como o desaparecimento do sistema de direito público criado com base no conceito de poder público, foi um dos primeiros que concluiu que nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma certa função a cumprir em sociedade; uma determinada tarefa a executar.<sup>12</sup>

FIGUEIREDO leciona que o conceito de *função social* oferecido por DUGUIT inspira-se na doutrina de AUGUSTO COMTE<sup>13</sup>. Em seu “Discurso sobre o Espírito Positivo”, COMTE sustenta ser irrelevante a existência individual do homem, já que nosso desenvolvimento provém da sociedade e não dos indivíduos isoladamente considerados. Segundo o filósofo, “a ligação de cada um a todos, sob uma multidão de aspectos diferentes, de maneira a tornar

<sup>9</sup> PINTO DUARTE, Rui. *Curso de Direitos Reais*. 2ª edição. Lisboa: Princípiã, 2002, p. 47.

<sup>10</sup> ANTONCICH, Ricardo; CLASEN, Jaime; MUNARRIZ SANS, José Miguel. *Ensino social da Igreja*. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 142-143.

<sup>11</sup> *Segundo Tratado sobre o Governo*. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.45.

<sup>12</sup> DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 171.

involuntariamente familiar o íntimo sentimento de solidariedade social, convenientemente desdobrado para todos os tempos e todos os lugares”.<sup>14</sup> O modo mais eficaz de assegurar a felicidade privada é pela procura ativa do bem público, a qual exige, necessariamente, a repressão permanente dos impulsos pessoais que possam suscitar conflitos contínuos.

Não podemos esquecer, outrossim, que entre os romanos, quando já se pronunciava a criação de um conceito de propriedade, vários institutos denotavam preocupação social, como o *omni agro deserto*, instituto que permitia a aquisição da propriedade pela utilização das terras longínquas e fronteiriças, pelos agricultores que as tornassem produtivas.

Ocorre que, malgrado o conceito de propriedade continue o mesmo, é inegável que o legislador brasileiro, como muitos de outros países, acabou por entender que a propriedade deve desempenhar outro papel no direito, atribuindo-lhe, assim, uma qualidade especial.

O Código Napoleônico de 1806 é expressão sinônima do caráter individual da propriedade. Em seu art. 544, definiu “la propriété”, como “le droit de jouir et disposer des choses de la manière de plus absolue”. O Código Civil italiano de 1865 seguindo a mesma tendência, dizia que “la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta” (art. 436). O Código Civil Espanhol de 1889 nada inovou também, constando do art. 148 que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa”.

O Código Civil de 1916 não fugiu muito da influência do velho mundo no art. 524 dizendo que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Na segunda década do século XX, a Constituição Socialista do México de

---

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A Propriedade no Direito Ambiental*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 70.

<sup>14</sup> COMTE, Augusto. *Discurso sobre o Espírito Positivo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 266.

1917 foi a primeira a trazer em seu texto referências à função social da propriedade, o que foi seguido por outros países.

É preciso ressaltar que a Constituição Alemã (Weimar) de 1919 é considerada por muitos como o primeiro texto constitucional a consagrar expressamente o princípio da função social da propriedade, o que foi repetido pela Constituição Alemã de 1949.

No Brasil, foi com a CF de 1988 que se incorporou o conceito de função social da propriedade na forma em que concebemos hodiernamente. O art. 5º, inciso XXIII, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, declara que “a propriedade atenderá a sua função social”. No artigo 170, inciso III, capítulo destinado à ordem econômica brasileira, indica a função social da propriedade com um princípio fundamental da economia.

O art. 186 no capítulo destinado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, preceitua que “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I** – aproveitamento racional e adequado;
- II** – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III** – observância das disposições que regulam as *relações de trabalho*;
- IV** – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Finalmente, o artigo 225 declara que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O artigo 1.228 do Código Civil de 2002 manteve em seu *caput* a redação do estatuto civil anterior, afirmando que “o proprietário tem a faculdade

de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Porém, em seu parágrafo primeiro, sob forte influência da Carta Maior, introduziu na legislação civil infraconstitucional regra inovadora e moderna:

**§ 1º** O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas

O direito de propriedade está, assim, sofrendo influências outrora jamais observadas em nosso direito, refletindo movimentos do mundo fenomênico. E referidos reflexos não se restringem tão somente ao aspecto social, mas também ao econômico, estando nesse aspecto, no nosso entendimento, ou conceito ou caráter pós-moderno da propriedade imobiliária.

VIEGAS DE LIMA esclarece que “a *função econômica* da propriedade passa a ter novos contornos, não mais se admitindo a noção multissecular que desempenhou, sendo bem mais uma maneira ou modalidade de sujeição do bem a uma finalidade que transcenda as fronteiras de seu próprio titular e tenha um sentido coerente para a coletividade”<sup>15</sup>.

A propriedade imobiliária, depois de séculos tida como de caráter absoluto, sofreu verdadeiro choque no início do século XX com a necessidade de adoção de sua função social, o que pode ter gerado certo desequilíbrio conceitual em seu tratamento prático. No entanto, esse ponto de equilíbrio começa a se configurar no século XXI e temos que a Constituição Federal do Brasil começou a despertar essa ideia, principalmente por incorporar – como outras constituições – a constitucionalização do direito civil.

---

<sup>15</sup> VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. *O Meio Ambiente e o Registro de Imóveis*. Coord. Marcelo Augusto Santana de Melo. São Paulo: Saraiva, 2009, no prelo.

A posição da função social da propriedade nos capítulos dos direitos e garantias fundamentais, ordem econômica e política agrária e fundiária é o indicativo mais contundente de que o desenvolvimento econômico e a função socioambiental da propriedade devem sempre ser interpretados conjuntamente, tratando-se do mesmo fenômeno e sendo impossível a dissociação dos conceitos.

PERLINGIERI esclarece que, “na realidade, a função social não é autônoma, mas sim parte essencial da garantia e do reconhecimento da propriedade privada, a razão da própria tutela da apropriação privada dos bens”<sup>16</sup>, a preocupação do civilista italiano é que a função social esvazie o conteúdo mínimo da propriedade, ou seja, a propriedade privada não pode ser esvaziada de todo conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, não se pode esgotar a fruição da propriedade em razão de conceitos funcionais comunitários, “a função social não pode em caso algum contrastar com o conteúdo mínimo: função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificadores da propriedade”<sup>17</sup>.

Parece-nos que a solução não poderia ser diferente. É impossível não lembrar dos ensinamentos de ARISTÓTELES. Segundo o filósofo grego, o caminho a ser traçado para a busca do equilíbrio é o da *mediania*, o ponto de harmonia necessário para se fugir dos extremos:

Ora, de tudo que é contínuo e divisível é possível tomar a parte maior ou a menor, ou uma parte igual e essas partes podem ser maiores, menores e iguais seja relativamente à própria coisa ou relativamente a nós, a parte igual sendo uma mediania entre o excesso e a deficiência. Por mediania da coisa quero dizer um ponto equidistante dos dois extremos, o que é exatamente o mesmo para todos os seres humanos; pela mediania relativa a

---

<sup>16</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Edição Brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2008, p. 942.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 953.

nós entendo aquela quantidade que não é nem excessivamente o mesmo para todos os seres humanos<sup>18</sup>.

É o que chamamos de meio ambiente sustentável. A função social da propriedade deve ser aplicada e interpretada tendo por fundamento o desenvolvimento econômico, deve existir uma compatibilização dos conceitos e se estabelecer uma harmonia entre crescimento econômico e agrícola e meio ambiente.

## 2 - A Reserva Legal Florestal como exemplo de exploração agrícola econômica e sustentável

Conceito. Evolução histórica. Base legal

A Constituição Federal do Brasil declara que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (artigo 225). Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, **espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos** (§ 1º, inciso III).

Dentre os espaços territoriais especialmente protegidos se destaca a Reserva Legal Florestal, que é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente (outro espaço protegido mais restrito), necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas (MP 2.166-67/2001, art. 1º, § 2º, III).

Está prevista no art. 16 do Código Florestal e trata-se de limitação ao direito de propriedade, da mesma forma que as florestas e demais formas de vegetação permanente, previstas também no Código Florestal. A RLF é espaço territorialmente protegido, consoante art. 225, § 1º, III, da CF; sua existência decorre da própria lei. Trata-se de instituto de direito ambiental genuinamente brasileiro, não existe espaço ambientalmente protegido nesses moldes em outros países e configura, sem dúvida, no espaço territorial especial protegido mais importante do Brasil. Sua origem remonta às ordenações e decretos do reino de Portugal, preocupado com a possibilidade de esgotamento das reservas de madeira de sua colônia.

Interessantes no estudo do histórico da RLF são as instruções redigidas por José Bonifácio de Andrada e Silva em 1821, como proposta de nova legislação sobre terras do Patriarca da Independência no exercício da vice-presidência da Junta Governativa de São Paulo, demonstrando sensível preocupação ambiental rara à época:

**V** – Em todas as vendas que se fizerem e sesmarias que se derem, porá a condição que os donos e sesmeiros deixem, para matos e arvoredos, a sexta parte do terreno, que nunca poderá ser derrubada e queimada sem que se faça nova plantação de bosques, para que nunca falem as lenhas e madeiras necessárias.

Posteriormente, em 1934, com a publicação de nosso

<sup>18</sup> *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 2ª ed., Bauru, Edipro, 384-322 a.C., 2007, p. 76.

primeiro Código Florestal (Dec. 23.793, de 23 de janeiro de 1934), foi determinado que todas as propriedades imobiliárias do País devessem reservar 25% das florestas. A RLF foi repetida no Código Florestal de 1965 (Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965) e atualmente é regulada pela MP 2.166-67/2001, lembrando que a EC 32, de 11 de setembro de 2001, no art. 2º, estabeleceu que

[...] as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

O que levou parte da doutrina a chamá-las de “super” medidas provisórias. A área necessária para a configuração da RLF de cada imóvel depende da região do Brasil que se encontra situada, variando entre 20 (sudeste, sul) e 80% (região amazônica).

### Publicidade

Interessante que o legislador conferiu duas formas de publicidade para esse espaço protegido, a legal, que é a presunção de que a reserva existe na porcentagem estabelecida, e a registral, que configura a sua exata localização.

Como ressaltamos, a Constituição Federal brasileira ao instituir em cláusula pétrea a função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e, ao declarar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), atribuiu ao Registro de Imóveis características que outrora não possuía. Dentre elas, está a necessidade de incorporação do conceito de função social da propriedade e do meio ambiente, percepção claramente observada pelo legislador no Estatuto da Cidade e na legislação ambiental.

A área de RLF deve ser averbada na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código (§ 8º do art. 16 do Código Florestal, redação dada pela MP 2.166-67/2001).

Observa-se que não somente a área da RLF constituída pode ser averbada no Registro de Imóveis, mas também a área em recomposição ou formação. Nesse sentido, interessante a Lei 12.927 do Estado de São Paulo, de 23 de abril de 2008, que em seu § 1º dispõe que “[...] a área de Reserva Legal recomposta na forma prevista nesta lei deverá ser averbada à margem da matrícula do imóvel, nos termos definidos na legislação federal e estadual pertinente”.

Não obstante, malgrado exista a obrigação legal de todo proprietário averbar a área da RLF no Registro de Imóveis, o fato é que pequena porcentagem dos proprietários procedeu à sua especialização. A razão é simples: trata-se de norma incompleta, foi criada a obrigação, mas, propositalmente, a sanção foi esquecida.

O saudoso WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, lembrando lição de Ihering, escreveu que “regra jurídica sem coação é uma contradição em si, um fogo que não queima, uma luz que não alumia.”<sup>19</sup>

LEMES MACHADO esclarece que

[...] para a efetividade da averbação seria oportuno criar-se expressamente o dever legal do proprietário de informar o órgão ambiental competente, enviando-lhe cópia do ato do Cartório do Registro de Imóveis. A não-informação deveria ser criminalizada, apoiando-se, assim, o cumprimento da medida<sup>20</sup>.

Parece-nos, como poderemos observar, que a publicação do decreto federal 6.514/2008, busca resolver o problema da exigibilidade da averbação da RLF, permitindo a autoridade ambiental impor multa para o não-cumprimento.

### Exigibilidade da especialização

Pela atual redação do art. 44 do Código Florestal (redação dada pela MP 2.166-67/2001), o órgão de controle ambiental pode exigir dos

---

<sup>19</sup> MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 15.

<sup>20</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, cit., p. 723.

proprietários, que vêm fazendo uso ou realizando o aproveitamento integral do solo, a recuperação ou compensação da área de RLF faltante. Assim, a averbação da RLF dos proprietários deve ser exigida pelas autoridades ambientais, Ministério Público ou associações de defesa do meio ambiente.

O Registro de Imóveis, por falta de previsão legal, não pode exigir sua averbação, mas pode desempenhar papel importante agindo em parceria com o Ministério Público (art. 7º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – LACP) e Administração Pública.

A jurisprudência administrativa da CG do Estado de São Paulo já se posicionou com relação ao fato de o Registro de Imóveis exigir a averbação da reserva:

Atos de registro. Condição. Impossibilidade. Decisão administrativa CG 421, de 16 de junho de 2000 – Jaboticabal.  
Registro de Imóveis. Reserva Florestal legal. Indeferimento de requerimento formulado pelo Ministério Público visando à edição de portaria condicionando o ingresso de ato translativo da propriedade imobiliária rural e de desmembramento de tais imóveis no registro imobiliário à averbação da Reserva Florestal Legal. Indeferimento. Recurso não provido.

O Superior Tribunal da Justiça brasileiro entendeu obrigatória a averbação da reserva, mas sem vinculação ao registro:

Não há nenhum sentido em desobrigá-lo das respectivas averbações, porquanto a Reserva

Legal Florestal é regra restritiva do direito de propriedade, tratando-se de situação jurídica estabelecida desde 1965. Nesse sentido, resalto que a *mencionada restrição completará 40 anos em setembro próximo, tempo suficiente à incorporação cultural, não se justificando que, atualmente, haja proprietários resistentes à mencionada reserva* (RMS 18301/MG, 24.08.2005) [grifo nosso].

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua Câmara Especial do Meio Ambiente, consagrou o entendimento daquele órgão especializado de que a Reserva Florestal Legal tem a natureza jurídica de obrigação *propter rem* e adere ao domínio, possuindo, inclusive, proteção da CF. Assim, a obrigação da delimitação, demarcação e averbação da RLF é do atual proprietário do imóvel e não do Estado.

*Reserva Legal. Obrigação propter rem, vinculada ao domínio imobiliário. Irrelevante a destinação econômica a ser conferida ao imóvel. Função ecológica de índole constitucional. Inafastabilidade da averbação como ônus imposto ao titular do domínio. Apelo do Ministério Público. A delimitação, demarcação e averbação da Reserva Legal prevista pelo Código Florestal não é de natureza pessoal, mas é obrigação propter rem e, desde 05 de outubro de 1988, constitui pressuposto intrínseco do direito de propriedade, de origem constitucional, como atributo de sua função ecológica, à luz dos arts. 186, II, e 170, VI, da Constituição da República<sup>21</sup>.*

Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Reparação de danos, indenização e averbação de 20% do imóvel para Reserva Legal. Processo extinto em relação à obrigação de fazer e sentença improcedente no tocante a averbação. Obrigação do proprietário prevista no Código Florestal. Fato de ter havido desmatamento, mesmo que por antecessores, não afasta a obrigação de instituir a reserva. Pedido amparado na legislação vigente. Prazo fixado em 180 dias para demarcação e providências administrativas necessárias para averbação da Reserva Legal, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Recurso provido<sup>22</sup>.

Em 23 de julho de 2008 foi publicado o Decreto Federal 6.514, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração dessas infrações e dá outras providências.

No aspecto registrário, chamou-nos a atenção o art. 55:

Deixar de averbar a Reserva Legal:

Multa de R\$500,00 (quinhentos reais) a R\$100.000,00 (cem mil reais).

§ 1º No ato da lavratura do auto de infração, o agente autuante assinará prazo de sessenta a noventa dias para o autuado promover o protocolo da solicitação administrativa visando à efetiva averbação da Reserva Legal junto ao órgão ambiental competente, sob pena de multa diária de R\$50,00 (cinquenta reais) a R\$500,00 (quinhentos reais) por hectare ou fração da área da reserva.

§ 2º Haverá a suspensão da aplicação da multa diária no interregno entre a data do protocolo da solicitação administrativa perante o órgão ambiental competente e trinta dias após seu deferimento, quando será reiniciado o cômputo da multa diária.

---

<sup>21</sup> ApCív 402 646 5/7-00-São Carlos, de 29 jun. 2006.

<sup>22</sup> ApCív 424 542 5/3, de 22 mar. 2007.

Com a publicação do decreto, espera-se que esse dilema que há anos paira sobre o direito ambiental (e registral) brasileiro se resolva, uma vez que as autoridades ambientais possuem agora claro mecanismo para compelir os proprietários a especializar e averbar a RLF.

### Especialização

A Reserva Legal Florestal – como outras áreas especialmente protegidas – precisam utilizar o princípio da especialidade para localização geodésica da área no imóvel. Narciso Orlandi Neto leciona que “[...] o grande problema da averbação é a especialização da reserva, assim entendida a identificação da área instituída como unidade inconfundível, localizada e localizável dentro do imóvel de que faz parte”<sup>23</sup>.

Com efeito, várias são as formas como os imóveis foram descritos desde a criação do Registro de Imóveis e, na grande maioria das vezes, nem mesmo a descrição existe ou, ainda, com divisas imprecisas e frágeis, tornando-se impossível localizar ou especializar a reserva. É claro que o advento da Lei 10.267/2001, que criou o georreferenciamento, resolverá paulatinamente o problema das descrições dos imóveis rurais. No entanto, nessa transição deverá a reserva ser especializada da forma que consta a descrição da matrícula ou transcrição, seja rumo magnético, azimute ou georreferenciamento com coordenadas UTM.

O registrador imobiliário deve então esforçar-se para estabelecer um ponto de amarração entre reserva e descrição registrária, mesmo porque, ao contrário da servidão, não se trata de direito real e, sim, de limitações administrativas, não sendo a averbação constitutiva<sup>24</sup>. Em suma, em virtude da averbação não ser constitutiva e existir independentemente do ingresso no fólio real, não deve o registrador imobiliário aplicar com rigor o princípio da especialidade.

---

<sup>23</sup> ORLANDI NETO, Narciso. *Reservas florestais*. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo, jul.- dez. 1997. v. 42.

### 3 - O financiamento agrícola e a preservação ambiental

As instituições financeiras também começaram a exigir Estudo de Impacto Ambiental (EIA), Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), e averbação de Reserva Legal e outros estudos e documentos ambientais, para aprovação de créditos. Referidas exigências estão baseadas em acordos internacionais de aplicação no Brasil, sobretudo o Protocolo de Kyoto, Agenda 21, Convenção sobre a Diversidade Biológica. Contudo, não é somente a consciência socioambiental que está motivando as instituições financeiras, com a evolução da legislação ambiental, mormente nos aspectos penais e na responsabilidade civil que é objetiva. O passivo ambiental das empresas começa a preocupar porque pode ter influência no patrimônio empresarial.

No trabalho denominado *A posição das instituições financeiras frente ao problema das agressões ecológicas*, apresentado na 9ª semana de contabilidade do Banco Central do Brasil (9 e 10 de novembro de 2000), os professores do Departamento de Contabilidade da FEA-USP, Drs. L. Nelson Carvalho e Maisa de Souza Ribeiro, esclarecem que:

Ao incorporar a variável ambiental entre os critérios para a concessão de crédito para a comunidade empresarial como um todo

---

<sup>24</sup> Narciso Orlandi Neto ensina que “se a reserva estiver encostada numa das divisas do imóvel, bastará repetir, na descrição, o que consta da matrícula (ou transcrição), copiando literalmente a parte da descrição relativa àquela divisa. Evite-se substituir critérios antigos de descrição (valas, divisores de águas, touceiras etc.) por termos técnicos (rumos, ângulos etc.). As divisas da reserva internas ao imóvel são descritas livremente e, de preferência, tecnicamente. Se a reserva for toda interna, encravada, o proprietário descreverá as divisas tecnicamente, mas procurará localizá-la no todo, isto é, fará referência aos principais pontos da descrição que consta do Registro. A averbação deve ser feita com cópia de todos os documentos apresentados à autoridade administrativa, inclusive a planta, que mostrará, no imóvel todo, a exata localização da área da reserva. Esses documentos ficarão arquivados na serventia. Pode acontecer de a planta não permitir a identificação do mesmo imóvel da matrícula (ou transcrição), principalmente no caso de descrições antigas e descuidadas. Mas a planta não integra a matrícula. Servirá ela para localizar a reserva dentro do todo e ajudar o oficial a controlar a disponibilidade quantitativa e qualitativa do imóvel” (*Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, jul.-dez. 1997. v. 42).

as instituições financeiras poderão exercer dois papéis fundamentais:

- 1.** proteção do próprio patrimônio, pois diminui o risco de perdas em função de clientes cujas atividades e continuidade possam ser comprometidas por condutas ambientais inadequadas;
- 2.** colabora para a preservação do meio ambiente:
  - a)** ao tomar decisões que viabilizarão a modernização e adequação das tecnologias operacionais, contribuindo para a redução da poluição ambiental; ou
  - b)** por decisões que conduzam a extinção de atividades que sejam verdadeiramente nocivas ao patrimônio ecológico.

Em 2002, foram divulgados os “Princípios do Equador” quando várias corporações bancárias se reuniram e divulgaram diretrizes para lidar com o crédito e meio ambiente. Esse documento utiliza como referência os padrões da própria Companhia Financeira Internacional (IFC) e do Banco Mundial para concessão de crédito, levando em conta critérios socioambientais. Atualmente 39,6% dos bancos participantes levam em consideração os aspectos socioambientais na concessão de crédito e já há bancos que realizam auditorias socioambientais em seus clientes.<sup>25</sup>

Em decorrência do Princípio do Equador, em 29 de fevereiro de 2008, o Conselho Monetário Nacional Brasileiro editou a Resolução 3.545 que estabeleceu exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no bioma Amazônia. Dentre referida comprovação consta a respectiva certidão da matrícula do Registro de Imóveis contendo a averbação da Reserva Legal Florestal.

#### **4 - Proteção Agrícola Registral**

A segurança jurídica gerada pelo registro no  
Direito Brasileiro

---

<sup>25</sup> FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCO (FEBRABAN). *Balanço Social de 2002* [on line]. Disponível em: <[www.febraban.org.br](http://www.febraban.org.br)> Acesso em: 15 set. 2008.

O sistema registrário brasileiro adotou o princípio da legitimação, ou seja, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção *ius tantum* de exatidão e veracidade, que opera enquanto não se comprove o contrário. Ademais, o titular de domínio (título registrado) poderá fazer cessar qualquer transtorno que questione a propriedade somente com a apresentação da certidão do registrador atestando sua vigência.

Nos termos do § 2º do artigo 1.245, “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”.

Em razão da qualidade dos registradores imobiliários e da aplicação do princípio da legalidade pela da qualificação, o número de fraudes ou falsificações no direito registrário brasileiro é insignificante em números gerais. Sem falar que a informatização, assinatura de documentos eletrônicos e interconexão dos sistemas notariais e registrais irá resolver definitivamente o problema, ressaltando-se que se trata de solução a ser adotada rapidamente no Brasil, já que a tecnologia existe e está disponível há algum tempo no mercado.

O Registro de Imóveis brasileiro possui presunção relativa de prova da propriedade e está vinculado umbilicalmente ao título que lhe deu causa, não protegendo futuros adquirentes ou credores desconhecedores da nulidade, o mesmo ocorrendo com relação à insolvência dos proprietários

anteriores. Portanto, se o título que deu base ao registro possui algum vício, declarada a nulidade deste, mesmo após várias alienações, todos os registros serão automaticamente cancelados, o que também pode ser aplicado quando o proprietário possui execuções ou está em estado de insolvência, e os adquirentes supervenientes podem sofrer diretamente os efeitos de eventual fraude à execução ou fraude contra credores.

O Brasil possui um sistema de transmissão da propriedade de registro de direitos, o que significa que não se transcrevem somente títulos, mas são produzidos efeitos jurídicos relativos aos negócios jurídicos instrumentalizados nos respectivos títulos. A inscrição, ou melhor, o registro, recebe efeitos que a lei assim determina.

### Segurança registral para o desenvolvimento agrícola

A principal garantia registral que o Registro de Imóveis no Brasil confere para a área agrícola em geral são os efeitos gerados pelos registros constitutivos do direito de propriedade; são eles: legitimação e fé pública registral<sup>26</sup>. Este último, como prova absoluta do direito de propriedades rurais mediante o **registro torrens** previsto no art. 277 da Lei 6.015/73, que, embora confirme os efeitos do direito registral espanhol não foi muito utilizado no Brasil e praticamente está em desuso. A razão é curiosa: como um instituto que garante maior certeza aos adquirentes e eventuais credores acabou por ser utilizado no direito brasileiro? A resposta reside na força da legitimação registral brasileira do direito registral. Embora

não conferindo os efeitos tidos por ideais, o mercado imobiliário se contentou com a legitimação, que, somada à tradição de confiança dos atos registrais, ajudou a tornar o registro respeitado.

A legitimação registral confere ao proprietário rural a segurança jurídica necessária quer para desempenhar a atividade agropecuária com tranquilidade, quer para a obtenção de financiamentos para o desenvolvimento da atividade. Deles, o principal instrumento nacional são as cédulas de crédito, pela pacificação e homogeneidade do direito de propriedade, representado por certidão contendo fé pública e passível de prova de propriedade em eventual litígio jurídico nos tribunais.

### Cédulas de Crédito Hipotecário

No que se refere à proteção agrícola, não há dúvidas de que uma das principais funções do Registro de Imóveis no Brasil é o registro das cédulas de crédito representativas do crédito destinado à atividade agropecuária. Tal crédito com juros subsidiados ou decorrentes de linhas de financiamento especiais demanda, assim, maior cuidado para a concessão e circulação.

O conceito de cédulas pode ser extraído diretamente da legislação, ocorre que há uma variedade de cédulas relativamente extensa e cada uma com sua especificidade.

Mas podemos resumir as cédulas em quatro leis básicas: o Decreto-lei 167, de 14 de fevereiro de 1967, que trata da Cédula de Crédito Rural; o

---

<sup>26</sup> O princípio da fé-pública registrária, uma das vigas mestras do direito espanhol, está definido no art. 34 da Lei Hipotecária, de 08.02.1946, e determina que o adquirente será mantido no registro, mesmo tendo adquirido o imóvel de quem não é proprietário, mas confiando nas informações constante do registro. Assim, para estar protegido, deve o proprietário preencher os requisitos constantes do referido artigo. O princípio da fé-pública registral pode ser conceituado como aquele princípio conforme o qual a lei presume exato o conteúdo dos livros do Registro de Imóveis, ainda que seus assentos não correspondam com a realidade jurídica extrarregistral, protegendo os terceiros adquirentes por negócio jurídico com boa-fé que, por haver confiado em referido conteúdo registral e sempre que preencham os requisitos exigidos na legislação hipotecária, não se verão prejudicados ainda que depois se anule ou se resolva o título motivador de sua aquisição.

Decreto-lei 413/69, que trata da Cédula de Crédito Industrial, e por tabela, da Cédula de Crédito Comercial e Cédula de Crédito à Exportação; a Lei 8.929/94, que instituiu a Cédula de Produto Rural; e a Lei 10.931/04, que trata da Cédula de Crédito Bancário e que trouxe muitas transformações em matéria de cédulas.

As cédulas rurais são as que mais nos interessam, mas da variedade de cédulas extrai-se o conceito de que a cédula é um título de crédito que configura sempre na promessa de pagamento, com exceção da cédula de produto rural, que é uma promessa de entrega de produtos. No entanto, é um título de crédito impróprio porque não está submetido integralmente às regras do direito cambial, que é subsidiário para a regulamentação das cédulas.

As cédulas, principalmente as rurais, são um poderoso instrumento a favor do credor para constituir garantias dotadas de efeitos especiais, como impenhorabilidade e inalienabilidade. Isso se justifica para proteger determinados setores da economia, como os financiamentos rurais, o crédito rural e, posteriormente, o crédito industrial e o crédito à exportação.

Trata-se de poderoso instrumento do mercado financeiro, das atividades econômicas. No entanto, as atividades econômicas precisam de segurança, o mercado imobiliário necessita de segurança mínima para que o crédito imobiliário seja concedido e circule de forma cristalina e célere, papel esse exercido pelo Registro de Imóveis.

As cédulas possuem garantias diversas – pessoais ou reais. Estas últimas podem ser pignoratícias ou hipotecárias, existindo entendimento de que podem ser objeto de garantia também à alienação fiduciária de bens imóveis, criada recentemente no direito brasileiro pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997.

São basicamente duas características especiais relacionadas às garantias cedulares: a impenhorabilidade dos bens oferecidos em garantia e a necessidade de anuência do credor para alienar o bem. Referidos efeitos

são fortes no direito brasileiro, o próprio Código Civil de 2002 veda a proibição de anuência do credor hipotecário nos casos de alienação (art. 1.475)<sup>27</sup>; bem como é rara a regra de impenhorabilidade de bens, somente encontrada em situações excepcionais como bens de família, bens públicos etc.

## 5 - Considerações finais

Inegável que o direito de propriedade imobiliária de outrora já não é o mesmo; as transformações sociológicas, religiosas e atualmente até climáticas levaram o homem a mudar a forma como interagia com esse bem de raiz. A propriedade saiu de um conceito e utilização eminentemente individualista para transcender para função social. Ocorre que somente agora estamos chegando ao ponto de equilíbrio entre exploração econômica da propriedade com necessidade de respeito à sua função socioambiental, o que alguns gostam de chamar de análise da propriedade na pós-modernidade.

No Brasil, vivemos essa fenomenologia desde a Constituição Federal de 1988 e o instituto jurídico que representa melhor a necessidade de exploração econômico-agrícola com sustentabilidade é a Reserva Legal Florestal, incidente em todas as propriedades rurais do país, espaço protegido ambiental único no direito ambiental internacional.

A atividade agropecuária brasileira é protegida como em quase todos os países, por linhas de crédito hipotecário; no entanto, é forte e crescente

o entendimento para que ocorra restrição de financiamentos em propriedades imobiliárias que não estejam adequadas à legislação ambiental.

O Registro de Imóveis surge nesse cenário não somente como guardião do direito de propriedade conferindo segurança jurídica para a concessão de créditos rurais garantidos por hipotecas cedulares. Soma-se a isso o papel que exerce como guardião da função socioambiental da propriedade na medida em que exerce importante e já consagrada função ambiental, inclusive conferindo publicidade registral para a Reserva Legal Florestal. ■

---

<sup>27</sup> Código Civil Brasileiro, art. 1.475: “É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado”.

## Bibliografia

**ANTONCICH**, Ricardo; **CLASEN**, Jaime; **MUNARRIZ SANS**, José Miguel. *Ensino social da Igreja*. Petrópolis: Vozes, 1986.

**ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*. 2ª edição 2007. Tradução e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 384-322 a.C.

**CARVALHO FERNANDES**, Luís A. *Lições de direitos reais*. 6ª ed. Lisboa: Quide Juris, 2009.

**COMTE**, Augusto. *Discurso sobre o Espírito Positivo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 266.

**CORRÊA**, Alexandre, **SCIASCIA**, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

**DUGUIT**, Leon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

**GARCIA GARCIA**, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo III. Madrid: Civitas, 2002

**LOCKE**, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. 2ª ed, São Paulo: Abril Cultural, 1978.

**MACHADO**, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

**MARKY**, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

**MONTEIRO**, Washington Barros. *Curso de direito civil:*

*parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

**ORLANDI NETO**, Narciso. *Reservas florestais*. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, jul.-dez. 1997. v. 42.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Companhia Editora Forense, 1970.

**PERLINGIERI**, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Edição Brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2008.

**PICAZO**, Luis Diéz. *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7 ed, Madrid: Ed. Tecnos, 2004.

**PINTO DUARTE**, Rui. *Curso de Direitos Reais*. 2ª ed. Lisboa: Princípia, 2002.

**PURVIN DE FIGUEIREDO**, Guilherme José. *A Propriedade no Direito Ambiental*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

**SANTANA DE MELO**, Marcelo Augusto. *O Meio Ambiente e o Registro de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2009, no prelo.

**SANTOS JUSTO**, A. *Direitos Reais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

**SINGER**, Joseph William. *Introduction to Property*, 2nd ed., New York: Aspen Publishers, 2005.

Algumas considerações  
sobre a comunicação de  
bens e suas repercussões  
no registro de imóveis

---

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (\*)

## 1 - Introdução

Examinar-se-ão algumas hipóteses que dizem respeito à comunicabilidade de bens em virtude do casamento nas quais se deve privilegiar a finalidade e o espírito da lei em detrimento de sua literalidade e seu aspecto formal, como vêm fazendo a doutrina e a jurisprudência.

A despeito de não demandarem grande esforço interpretativo, tais questões merecem exame porque, se de um lado são pouco exploradas na doutrina, de outro são muito frequentes na prática judicial e na atividade registral.

## 2 - Bens sub-rogados

O inciso II do artigo 1.659 do Código Civil exclui da comunhão bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação de bens particulares. Trata-se de mecanismo criado para evitar o enriquecimento de um cônjuge à custa do outro, não permitindo que o produto da venda de bem próprio seja incorporado ao patrimônio comum.

Incontroverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que um dos cônjuges pode adquirir imóvel, declarando na escritura que o faz com dinheiro proveniente de imóvel particular, como esteio no mencionado inciso II do artigo 1.659. Para tanto, nunca se exigiu prévio pronunciamento judicial sobre a origem do dinheiro.<sup>1</sup>

Sobre tal circunstância, veja-se a percutiente observação de Débora Brandão<sup>2</sup>:

Assim, se na constância do casamento um dos nubentes  
receber um apartamento em razão de herança, esse imóvel

---

\* Registrador de imóveis no Estado do Rio de Janeiro

<sup>1</sup> VENOSA, Sílvio Sálvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, p. 182, esclarece que “é necessário que o cônjuge ressalve essa sub-rogação no título aquisitivo e prove que de fato um bem substitui o outro”.

<sup>2</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 206.

será bem particular, e, se o cônjuge quiser vendê-lo e com o dinheiro obtido comprar outro, o novo assumirá a incomunicabilidade do antigo. É prudente que se faça menção na escritura pública à sub-rogação, a fim de preservar direitos e facilitar a prova, se o imóvel for arrolado como bem comum em futura ação judicial.

Apesar de concordar que é importante, até mesmo para efeito de realizar uma prova pré-constituída, fazer constar da escritura de compra o fato de estar havendo sub-rogação, considero que não deve tal fato constar da matrícula do imóvel.

É que a simples declaração do adquirente não gera certeza e segurança suficientes para que o registro acolha tal informação, não tendo o oficial como saber se, efetivamente, o dinheiro para aquisição veio mesmo da venda de outro imóvel. Poderá tal declaração, eventualmente, objetivar prejudicar o outro cônjuge, afastando sua participação no bem.

Deve agir o registrador, nessa circunstância, com extrema prudência, evitando dar publicidade a fatos que não podem ser comprovados de plano.<sup>3</sup>

Por vezes, mesmo quando se está, efetivamente, realizando uma compra em sub-rogação, pode haver dificuldade de prová-la. Isto porque não é incomum que a venda do bem particular seja feita por valor inferior ao efetivamente negociado, enquanto o novo imóvel adquirido o seja por valor real de mercado, criando algum estorvo para se comprovar a vinculação dos recursos.

Todavia, caso o cônjuge do adquirente compareça na escritura confirmando a sub-rogação, não vejo inconveniente em se efetuar o registro informando sobre esse fato. Aliás, no direito português (artigo 1723 do Código Civil Português) exige-se a intervenção de ambos os cônjuges na escritura na qual tal declaração é feita.

---

<sup>3</sup> Cf. DIP, Ricardo. *Sobre o Saber Registral* (Da prudência registral). In: Registro de Imóveis (vários estudos). Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, pp.20-23.

A intervenção do outro cônjuge tem sido duramente criticada no direito estrangeiro<sup>4</sup>, na medida em que cria dificuldade na circulação do bem. Como no nosso direito não há norma específica, deve-se considerar dispensável a intervenção do cônjuge, exigindo-se sua concordância somente como condição de inscrição desse fato no registro imobiliário.

Sobre o tema, invoque-se a lição de M. Rita Xavier<sup>5</sup>, em excelente tese de doutorado, que, a despeito de tratar da legislação portuguesa, pode, perfeitamente, ser adotada no direito brasileiro:

“Parece então preferível a interpretação segundo a qual qualquer dos cônjuges pode adquirir bens para o seu patrimônio próprio mesmo sem a intervenção do respectivo consorte. No entanto, o cônjuge do adquirente, que não participou no acto de aquisição, pode contestar o carácter próprio do bem adquirido em qualquer momento. Nesse caso, o cônjuge adquirente terá que provar a existência dos pressupostos que legitimam tal aquisição para o seu património próprio”.

Se estiver havendo conluio entre o casal, poderá, evidentemente, esse aspecto ser objeto de discussão judicial em ação movida pelo credor que se sentir prejudicado. Observe-se que a fraude pode, eventualmente, se dar por meio oposto, qual seja, o adquirente omite na compra que o dinheiro é oriundo

da venda de bem particular, fazendo o bem entrar para a massa comum, de maneira a que o outro cônjuge possa tentar, em caso de constrição judicial, defender sua meação.

Por fim, caso o novo bem adquirido seja de valor superior àquele particular alienado, deve-se considerar que o bem adquirido em sub-rogação seja parte coisa própria e parte coisa comum, respeitando-se a proporção do valor das contribuições dos respectivos patrimônios (particular e comum). Somente a título de ilustração, anote-se que o artigo 1.726 do Código Civil Português, nesse particular, optou por atribuir a mesma natureza para todo o bem, estabelecendo o critério segundo o qual o bem se revestirá da natureza da mais valiosa das prestações.

### **3 - Bem prometido à venda e quitado antes do casamento**

A segunda questão proposta, apesar de sua relativa simplicidade, tem suscitado alguma dificuldade prática, especialmente no que diz respeito ao aspecto registral, merecendo ser esclarecida.

Trata-se de saber se há ou não comunicação de bem adquirido antes do matrimônio, por contrato preliminar de promessa de compra e venda, com quitação do preço, cujo registro, todavia, somente se operou no curso da sociedade conjugal.

---

<sup>4</sup> Cf. Xavier, M. Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 355.

<sup>5</sup> Xavier, M. Rita Aranha da Gama Lobo. *Op. cit.*, p. 357.

Os argumentos e as conclusões que se seguem valem, igualmente, para o caso de contrato de compra e venda, com quitação do preço, celebrado antes do matrimônio, mas somente registrado no curso da união.

Na hipótese de casamento contraído pelo regime da comunhão universal de bens, o imóvel adquirido nas circunstâncias já descritas irá se comunicar, impondo-se sua divisão, na forma do artigo 1.667 do Código Civil.

Se, todavia, o regime escolhido for o da separação absoluta de bens, inexistirá comunicação do imóvel, a teor do artigo 1.687 do Código Civil.

Alguma dificuldade surge na hipótese de casamento celebrado pelo regime legal (artigo 1.640 do Código Civil), que é o da comunhão parcial de bens. Isto porque, diferentemente do que ocorre em outros sistemas, a propriedade, no direito brasileiro,<sup>6</sup> é transferida pelo registro do título aquisitivo, na forma do artigo 1.245 do Código Civil, de sorte que haveria, em princípio, comunicação do bem nas hipóteses formuladas.

Tal solução conflita, entretanto, com a filosofia do regime da comunhão parcial (artigo 1.658 do CC), na medida em que, tendo o preço sido pago antes do matrimônio, não teria havido qualquer comunhão de esforços a justificar a partilha do bem.

Ademais, o artigo 1.661 do Código Civil em vigor, que reproduz a norma do artigo 272 do código revogado, estabelece o seguinte: “são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”.

Destarte, considerando-se que a aquisição teve como causa um título anterior

---

<sup>6</sup> Nesse particular, o registro brasileiro se assemelha ao alemão, transferindo a propriedade com o registro do título aquisitivo, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no sistema francês, no qual o registro tem mera função publicitária, uma vez que a propriedade se adquire pelo próprio contrato de compra e venda.

ao casamento, aplica-se o disposto no mencionado artigo 1.661, de sorte que inexistente a comunicação do bem, como ensina Caio Mário da Silva Pereira<sup>7</sup>:

o que determina a exclusão é o fato de o título aquisitivo ser anterior ao casamento, embora a aquisição se aperfeiçoe na constância do casamento, como no caso de uma promessa de compra e venda celebrada antes e somente executada depois das núpcias.

Comungam desse pensamento Silmara Chinelato<sup>8</sup> e Zeno Veloso,<sup>9</sup> afirmando, ambos, que, na hipótese em comento, incide o disposto no artigo 1.661, não havendo, portanto, comunicação do bem.

Sobre o tema, vejam-se, ainda, as seguintes decisões:

Incomunicabilidade do bem, em virtude da norma do artigo 272 do Código Civil, uma vez que a escritura de venda, feita após o casamento, traduziu o cumprimento da promessa a ele anterior e a parcela paga naquele ato o foi por doação de terceiro e os bens assim havidos não se comunicam:<sup>10</sup>

Direito civil. Família. Imóvel cuja aquisição tem causa anterior ao casamento. Transcrição na constância da sociedade conjugal. Incomunicabilidade.

Imóvel cuja aquisição tenha causa anterior ao casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, com transcrição no registro imobiliário na constância deste, é incomunicável. Inteligência

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Cáo Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V, Direito de Família. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 218.

<sup>8</sup> CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial – Do Direito de Família*, vol. 18, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 331-332.

<sup>9</sup> VELLOSO, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens*. In: *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 180.

<sup>10</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 62 650-MG, 3ª Turma, DJ 03.05.1999, relator ministro Eduardo Ribeiro (transcrição parcial da ementa).

do art. 272 do CC de 1916 (correspondência: art. 1.661 do CC de 2002). A jurisprudência deste Tribunal tem abrandado a cogência da regra jurídica que sobreleva a formalidade em detrimento do direito subjetivo perseguido. Para tal temperamento, contudo, é necessário que a forma imposta esteja sobrepujando a realização da Justiça. Recurso especial não conhecido.<sup>11</sup>

Todavia, do ponto de vista formal, tanto na escritura quanto no seu respectivo registro, constará que o adquirente é casado.

Logo, caso se pretenda a venda do imóvel na constância do casamento, deverão figurar ambos os cônjuges na escritura pública na qualidade de vendedores, pois, do ponto de vista formal do registro, não há como, *a priori*, se decidir acerca da incomunicabilidade, afastando ou fazendo incidir o disposto no artigo 1.661 do Código Civil.

A exclusão do bem do patrimônio comum se busca, normalmente, por ocasião da separação ou do divórcio.

Embora não seja comum, nada obsta ao interessado ver reconhecida, de antemão, a circunstância de que o bem não se comunicou com o seu cônjuge, devendo ajuizar ação declaratória para tal fim, com a consequente averbação desse fato junto à matrícula do imóvel.

Não pode o juiz presumir que a medida possa, eventualmente, pretender fraudar direito de credores, nem

que esteja se buscando a mudança do regime de bens. Simplesmente se quer reconhecer uma situação que pode gerar ambiguidade, de sorte que é salutar sua elucidação, levando-se ao registro imobiliário a informação correta quanto à propriedade, o que pode, até mesmo, causar confusão nas pessoas que venham a contratar com o casal.

Com efeito, poderia haver tal averbação independentemente de ordem judicial?

Penso que sim, pois o oficial registrador, nessa hipótese, tem como saber, pelo simples exame da escritura, se a causa é ou não anterior ao casamento, realizando-se uma subsunção direta da norma ao fato.

Ademais, dificilmente haveria risco de prejuízo para o outro cônjuge, uma vez que, em caso de venda do bem, tratando-se de casamento realizado pelo regime da comunhão parcial, indispensável o consentimento do cônjuge do vendedor, consoante determina o artigo 1.647, I, do Código Civil.

Uma última observação se impõe: caso o preço não tenha sido pago integralmente na promessa, tendo havido pagamento no curso do matrimônio, é justo que o outro cônjuge seja indenizado, pelas razões e nos moldes sugeridos no próximo capítulo, em caso similar.

#### **4 - Imóvel financiado**

O terceiro caso diz respeito à seguinte questão: como fica a partilha de um bem imóvel adquirido por

---

<sup>11</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 707092-DF, 3ª Turma, julgado em 28.06.2005, relatora Ministra Nancy Andriighi.

financiamento, tendo a quitação, contudo, ocorrido no curso do matrimônio?

Registre-se, a título de ilustração, que tais aquisições ocorrem, ordinariamente, por meio de contrato particular com força de escritura pública, nos termos do artigo 61, 5º, da Lei nº 4.380/64, sendo garantido o financiamento pela hipoteca do bem.

Se o regime escolhido tiver sido o da comunhão universal, o bem se comunicará, independentemente da circunstância de ter sido adquirido ainda em solteiro, na forma do artigo 1.667 do Código Civil.

Caso o regime adotado seja o da separação absoluta, não haverá comunicação do patrimônio, na forma do artigo 1.687 do Código Civil. Alguma dificuldade se apresenta, entretanto, na hipótese em que o regime eleito pelos nubentes é o da comunhão parcial de bens.

Tendo o registro do título aquisitivo da propriedade sido feito antes do casamento, não haveria, em princípio, qualquer direito assegurado ao cônjuge do comprador, uma vez que pelo regime da comunhão parcial, os bens adquiridos antes do casamento não se comunicam, na forma do artigo 1.659, I, do Código Civil.

Ocorre que, a despeito de ter sido adquirido, formal e juridicamente, antes do matrimônio, os pagamentos das parcelas do financiamento se deram no curso da união, sendo injusto negar participação ao outro cônjuge em relação ao bem financiado, como explica Maria Helena Diniz:<sup>12</sup>

Se o regime for de comunhão parcial e houver um imóvel financiado adquirido antes do casamento pelo nubente, mas o pagamento das prestações se deu na constância do casamento, por presumir-se o concurso do outro cônjuge, tal imóvel, com a separação judicial, deverá ser partilhado.

---

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. Apud BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Op. cit.*, p.205.

Destarte, suprimir a participação do cônjuge nesse bem representa inegável afronta ao espírito do regime da comunhão parcial. É que a intenção do legislador é atribuir participação nos bens adquiridos onerosamente no curso da união, considerando-os comuns por serem resultado da estreita colaboração que se forma entre marido e mulher.

Sobre tal questão, traz-se à colação acórdão lapidar, cuja ementa abaixo se transcreve:

Dando-se o casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, sem que tenha havido pacto antenupcial, incluem-se no patrimônio comum os bens adquiridos posteriormente (artigo 266 do Código Civil). III – Embora adquirido, pelo homem, antes do casamento, imóvel com hipoteca, consideram-se patrimônio comum as prestações quitadas na constância do vínculo conjugal, pois que se presume o concurso da mulher na formação do mesmo, não se tratando, portanto, de bem reservado. IV – Para que se configure a colaboração da mulher na formação do patrimônio amealhado durante a vida em comum, é irrelevante que ela tenha exercido atividade laboral regular remunerada, pois os serviços prestados no lar, no labor doméstico e como mãe, são de valor inestimável. Por não poderem ser auferidos monetariamente, não podem ser desvalorados, sob pena de enriquecimento ilícito do homem. V – Recurso Improvido (TJDF, AC 46. 501/97, Relatora Des. Nancy Andrichi, 16.02.1998).

Viu-se da decisão supracitada que a participação há de ser garantida mesmo que o outro cônjuge não aufera renda, presumindo-se que tenha havido contribuição nos casos de aquisição a título oneroso,<sup>13</sup> como também anota Arnaldo Rizzardo:<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Evidentemente que os bens adquiridos a título gratuito, no regime da comunhão, não se comunicam, por força do artigo 1.659, I, do Código Civil.

<sup>14</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 639.

Presume a lei que a aquisição se faz com o fruto do trabalho do marido e da mulher. Por isso a referencia à aquisição por título oneroso (...) O simples convívio, e mesmo que um dos cônjuges não preste a menor colaboração na obtenção de rendimentos ou trabalhos no lar, o patrimônio é comum, o que gera, seguidamente, profundas injustiças.

Em que medida estaria reconhecida a participação na hipótese formulada?

Deve, a nosso juízo, limitar-se ao valor correspondente às prestações pagas na constância do casamento. Assim, se pago somente o equivalente a 30% das prestações no curso da união, caberá ao outro cônjuge valor que corresponda à metade disto, ou seja, 15%.

Na hipótese formulada, o cônjuge adquirente ficaria com todo o imóvel – que continuaria registrado em seu nome –, mas teria de indenizar o seu exconsorte em valor correspondente a 15% do valor de mercado do imóvel, o que se afigura mais justo do que simplesmente corrigir monetariamente cada uma das prestações pagas no curso da união.<sup>15</sup>

Não havendo dinheiro disponível para a indenização, nada obsta que o juiz<sup>16</sup> determine a averbação do fato de que a fração ideal de 15% passa a pertencer ao cônjuge, cabendo os outros 85% para aquele que adquiriu o imóvel.

Não vejo impossibilidade de se proceder à averbação do fato, com base no artigo 167, II, 5, da Lei nº 6.015/76, mesmo que não tenha havido o término da relação conjugal, desde que, evidentemente, já tenha acontecido o pagamento integral do financiamento, sendo possível, portanto, fixar qual a efetiva participação do outro cônjuge na aquisição do bem.

---

<sup>15</sup> Mesmo porque poderá tal critério apresentar distorções, não só em função de problemas ligados a um cenário de grande inflação, mas também porque podem as parcelas pagas se referir a um período de maior ou de menor inclusão de juros, não tendo relação direta com o preço final do imóvel.

<sup>16</sup> Hoje também os interessados podem acordar sobre a partilha de bens, independentemente da intervenção judicial, desde que presentes os requisitos previstos na Lei 11.411/07.

A inscrição não poderá, obviamente, ser feita de modo unilateral, pois o oficial registrador não deve trazer para o registro questões que possam demandar investigação quanto aos fatos, não estando demonstradas de plano. Como aceitar, por exemplo, o valor de mercado do bem se não houver acordo entre os cônjuges acerca desse fato?

O reconhecimento da participação do cônjuge, na presente hipótese, não enseja o pagamento de imposto de transmissão, pois decorre do casamento,<sup>17</sup> que não é fato gerador do tributo.

A mesma solução também é válida para os casos de união estável, pois o regime jurídico, se não houver pacto em sentido contrário, é o mesmo atribuído ao regime da comunhão parcial de bens, na forma do artigo 1.725 do Código Civil.

Por fim, tratando-se de hipótese de casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens, na forma do artigo 1.641 do Código Civil, a aplicação da solução sugerida dependerá de se estabelecer como premissa a subsistência ou não da Súmula 377 do STF em face do Código Civil de 2000, matéria que escapa ao estrito âmbito deste trabalho.<sup>18</sup>

## **5 - Bens adquiridos durante a separação de fato**

Examina-se agora outra hipótese recorrente que diz respeito à comunicabilidade ou não de bens adquiridos por um dos cônjuges, tendo havido ruptura da vida comum, embora não se tenha obtido a separação formal, seja judicialmente, seja por escritura pública.

---

<sup>17</sup> No casamento não há necessidade de existir um título específico transmitindo a propriedade, bastando para tanto a simples celebração do matrimônio, apenas realizando-se a inscrição do ato no registro de imóveis para fins de publicidade.

<sup>18</sup> A matéria é controvertida. VENOSA, Silvio Sálvio. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 176 - 177, vaticina que a tendência é ser mantida a vigência da Súmula 377. Registre-se que há forte corrente doutrinária considerando que o novo Código Civil não reproduziu norma similar à do artigo 259 do Código de 1916, devendo ser aplicado o regramento próprio de cada regime disciplinado, não cabendo mais interpretações analógicas. Nesse último sentido, veja-se RODRIGUES, SILVIO. *Direito de Família*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

No regime da separação total não se controverte quanto à incomunicabilidade de bens adquiridos durante o rompimento de fato da relação conjugal por força do artigo 1.687 do Código Civil.

Quanto à hipótese de aquisição patrimonial, tendo o casamento sido celebrado pelos regimes da comunhão universal de bens ou da comunhão parcial, surge incerteza quanto à comunicação desses bens.

É que, formalmente, o casamento ainda não foi desfeito, inexistindo o estado civil de separado de fato. Assim, caso um dos cônjuges venha a adquirir patrimônio imobiliário, ainda que tenha havido ruptura da vida em comum, constará na escritura como casado, sendo o registro igualmente efetuado nessa condição.

Destarte, haveria comunicação desse bem tanto no regime da comunhão universal quanto no da comunhão parcial de bens, especialmente diante do que preceitua o artigo 1.576 do Código Civil.<sup>19</sup>

No entanto, por criar na maior parte dos casos uma situação absolutamente injusta, essa interpretação literal não tem sido acolhida na doutrina como ensina Giovanni Nanni,<sup>20</sup> para quem a comunicação representaria enriquecimento sem causa:

Configurada essa hipótese, em que cada cônjuge segue adiante a condução da sua vida de forma independente, sem nenhum

contato com o outro, não há que se partilhar os bens adquiridos após a separação de fato, porque isso implicaria a violação do princípio que veda o enriquecimento sem causa, tendo em vista a inexistência de qualquer relação jurídica entre eles e a total ausência de contribuição ou assistência material ou moral.

No mesmo sentido, veja-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Não se comunicam os bens havidos pela mulher após longa separação de fato do casal (aproximadamente 20 anos) Recurso Especial 86.302-RS, de 17.06.1999, DJ de 6.09.1999, acórdão publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça 126, p. 290.

Um cuidado se impõe ao juiz: deve procurar observar se no caso concreto a aquisição se deu, efetivamente, com recursos havidos após a ruptura da vida em comum, portanto, sem a colaboração do outro cônjuge.

É que, se a separação de fato aconteceu e logo em seguida houve a compra, esta provavelmente ocorreu com recursos amealhados no curso da união, presumidamente auferidos com esforço comum.

Anote-se, ainda, que o fato de não haver comunicação deve constar da respectiva carta de sentença ou da

---

<sup>19</sup> "Artigo 1.576 - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens." Destarte, a contrário senso, enquanto não formalizada a separação vigoraria o regime de bens.

<sup>20</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.390.

escritura de separação ou de divórcio (Lei 11.411/2007) para que se faça a averbação na matrícula do imóvel.

Contudo, se pretenderem vender o bem antes de formalizado o término da sociedade conjugal, ambos os cônjuges deverão assinar a escritura de venda.

Esclareça-se, por fim, que não haverá pagamento de imposto de reposição, pois não estará havendo recebimento a maior, mas reconhecimento de que não houve comunicação do imóvel adquirido após a ruptura da vida em comum, não entrando, assim, para o acervo de bens comuns do casal.

## **6 - Benfeitorias e acessões construídas em imóvel pertencente a um dos cônjuges**

Considera-se benfeitoria um simples melhoramento numa coisa preexistente, como, por exemplo, a construção de uma piscina ou uma churrasqueira em uma casa, diferentemente da acessão, que é uma obra que se incorpora a um terreno, criando uma nova coisa, como, por exemplo, a construção de um prédio.

As benfeitorias não ingressam no registro imobiliário, ao passo que as acessões são averbadas na matrícula do imóvel para fins de publicidade, visando adequar o registro às mutações fáticas havidas no bem.<sup>21</sup>

Em ambas as figuras revela-se o princípio tradicional de que o acessório segue o principal, de maneira que as modificações introduzidas no terreno se incorporam ao domínio da pessoa em nome de quem está registrado o imóvel.

A finalidade da norma é evitar um condomínio indesejável, como assinala Luiz Guilherme Loureiro:<sup>22</sup>

O instituto da acessão responde a uma convivência prática de

---

<sup>21</sup> Cf. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.175-176.

<sup>22</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos Reais*. São Paulo: Método, 2004, p. 131.

unificar a propriedade sob um único dono, evitando o condomínio, que é fonte perene de discordância e de litígios. Tanto do ponto de vista econômico como jurídico, é melhor atribuir-se a propriedade do todo ao dono da coisa principal do que estabelecer um condomínio entre este e o responsável pela acessão.

O novo Código Civil, apesar de manter preceito idêntico no artigo 1.253, introduziu, em respeito ao princípio da função social da propriedade, no parágrafo único do artigo 1.255, uma exceção perturbadora no sistema tradicionalmente acolhido no direito brasileiro.

O mencionado dispositivo legal prevê que aquele que, de boa-fé, constrói em coisa alheia, passará a ter a propriedade do acréscimo e também a do solo, caso o valor da construção exceda consideravelmente o valor do terreno.

Note-se que a novidade circunscreve-se à figura da acessão, não se aplicando ao instituto da benfeitoria, que continua a ser, em qualquer hipótese, acessória em relação à coisa à qual se incorpora.

No que concerne ao registro de imóveis, a mudança de propriedade prevista no mencionado parágrafo único do artigo 1.255 dependerá de pronunciamento judicial, caso não haja acordo entre os interessados, no qual se estabeleça o valor da indenização a ser paga pelo terreno.

Haverá incidência do pagamento de imposto de transmissão, caso a respectiva lei municipal contenha essa previsão, devendo-se tomar como base de cálculo do tributo o valor do terreno, sem levar em conta o valor da acessão.

Postas essas noções genéricas, retornemos ao aspecto da questão ligada ao direito de família.

No regime da comunhão universal de bens, inexistente controvérsia: como há comunicação de todo o patrimônio. Tanto as benfeitorias, quanto as acessões são feitas em coisa própria, de sorte que não incide, na hipótese, o artigo 1.255 do Código Civil.

Se o regime adotado for o da separação absoluta, não há regramento específico, de sorte que se aplica a norma geral prevista no artigo 1.255 do Código Civil, exigindo-se, entretanto, maior esforço interpretativo.

Arcando o cônjuge do proprietário do solo com as despesas de construção em imóvel alheio, em sua integralidade ou na maior parte, e estando de boa-fé (a construção será sempre consentida pelo cônjuge titular do terreno), terá direito de obter indenização ou se tornará proprietário do imóvel, caso o valor da acessão exceda consideravelmente o valor do terreno, indenizando-se o outro cônjuge na forma do parágrafo único do artigo 1.255 do Código Civil.

Se ambos os cônjuges contribuírem com o mesmo valor, cabe ao titular do solo indenizar o outro cônjuge, permanecendo titular de toda a coisa.

Em se tratando de casamento celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens, havendo realização de benfeitorias em imóvel particular de um dos cônjuges, aplica-se o disposto no artigo 1.660, IV, do Código Civil.<sup>23</sup>

Destarte, ter-se-á a comunicação das benfeitorias, querendo com isso o legislador dizer que, em caso de separação ou de divórcio, o valor das benfeitorias terá que ser repartido entre os ex-consortes, consoante pensamento de Martinho Garcez Neto:<sup>24</sup>

Continuando a crítica, o monografista conclui que se deveria dizer que entraria para a

comunhão o valor das benfeitorias realizadas em bens particulares de cada cônjuge, com os frutos que legalmente se vêm tornar comuns, assistindo apenas ao cônjuge não proprietário o direito de ser indenizado pela metade das importâncias empregadas na realização das benfeitorias.

A divisão do valor das benfeitorias deverá ser feita na proporção de 50% para cada um, independentemente da efetiva contribuição e sem importar também o gasto suportado individualmente. Presume-se caber a metade para cada um dos cônjuges.

Cuidando-se, entretanto, de acessão, não há norma expressa regulamentando a matéria, mas afigura-se recomendável a aplicação analógica do artigo 1.660, V, do Código Civil, entrando o valor da acessão na partilha, cabendo 50% para cada um dos cônjuges, sem haver alteração do direito de propriedade.

Mesmo que se queira recorrer à analogia, considerando-se distintos os institutos da benfeitoria e da acessão, o resultado final acaba sendo idêntico, caso se aplique o artigo 1.225 do CC. Isto porque, no regime da comunhão parcial de bens, presume-se a contribuição equitativa de ambos os cônjuges, de sorte que aquele que constrói em coisa alheia jamais terá participação superior à do outro que, além da metade do valor da acessão, é proprietário do terreno. ■

<sup>23</sup> Artigo 1660,- Entram na comunhão: IV- as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

<sup>24</sup> GARCES NETO, Martinho. *Temas Atuais de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 310.

## Referências bibliográficas:

**BRANDÃO**, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

**CAHALY**, Francisco José. *Contrato de União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

**CARVALHO**, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

**CHINELATO**, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial – Do Direito de Família*, vol. 18, São Paulo: Saraiva, 2004,.

**DIP**, Ricardo. *Sobre o Saber Registral (Da prudência registral)*. In: *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

**GARCES NETO**, Martinho. *Temas Atuais de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

**NANNI**, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

**PEREIRA**, Cáo Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil, V, Direito de Família*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

**RIZZARDO**, Arnaldo. *Direito de Família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

**RODRIGUES**, Silvio. *Direito de Família*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

**VELLOSO**, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens*. In: *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

**VENOSA**, Silvio Sálvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

**XAVIER**, M.Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*. Coimbra:Almedina, 2000.

# Usucapião administrativa

---

Melhim Namem Chalhub (\*)

## 1 - O problema

Estudos divulgados em 2009 pelo UN-Habitat (Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos) estimam em 1 bilhão a atual população das favelas no mundo, que poderá triplicar até 2050 se o problema não for enfrentado com a urgência reclamada. Segundo esse estudo, a maior concentração dessas comunidades está na África subsaariana, onde 62 por cento da população urbana mora nessas comunidades, seguida da Ásia, com 43 por cento, e da Ásia Oriental, com 37 por cento.

De acordo com a análise da UN-Habitat, a crise do *subprime* norte-americana de 2008 constitui um “divisor de águas”, que coloca a construção de moradias e infraestrutura urbana na agenda como uma questão econômica, e não social, como parte do setor produtivo que gera emprego e demanda a estruturação de parcerias público-privadas em busca de solução do problema.<sup>1</sup>

No Brasil, a população desses “aglomerados subnormais” cresceu quase 40% durante a década de 1990, tendo alcançado seis milhões e quinhentos mil habitantes em 2006.<sup>2</sup>

A favela é apenas a parte visível da segregação residencial, “por força da qual as populações carentes e de baixa renda são destinadas às periferias do espaço urbano, em condições de vida as mais dilacerantes,”<sup>3</sup> sem acesso à educação e a outros bens materiais, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e à estabilidade social, circunstância que consolida de maneira quase definitiva o problema da exclusão social da população carente.

---

\* Advogado e professor, autor dos livros *Negócio Fiduciário*, *Direitos Reais*, *Da Incorporação Imobiliária*, *TRUST – Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, entre outros. [www.melhimchalhub.com](http://www.melhimchalhub.com).

<sup>1</sup> Estadão.com.br, 30 de março de 2009.

<sup>2</sup> Pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que atribui a denominação “aglomerados subnormais” para favelas com pelo menos cinquenta habitantes.

<sup>3</sup> LIRA, Ricardo Pereira, *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, Rio, 1997, p. 171.

Caracterizam-se esses aglomerados pelo apossamento irregular da terra e ocupação inadequada do solo, marginalização das populações, inexistência de condições sanitárias e de habitação, entre outros graves problemas sociais e urbanísticos.

O problema tem origem no crescimento acelerado das cidades, mais remotamente a partir do início do processo de industrialização, que, visando atender ao intenso recrutamento de mão de obra, fomentou o surgimento desordenado de assentamentos sem condições de habitação ao redor das instalações industriais.

A falta de planejamento capaz de disciplinar a ordem urbana abriu caminho para incontrolável expansão dessa espécie de ocupação irregular do solo urbano, contribuindo para agravar o problema das disfunções urbanísticas e dos riscos ambientais, entre estes os decorrentes da ocupação das margens de mananciais e de encostas.<sup>4</sup>

O enfrentamento do problema, a longo prazo, reclama permanente atuação do poder público a partir de planejamento urbano que torne realidade o princípio da função social das cidades e a garantia do bem-estar de seus habitantes (Constituição da República de 1988, art. 182), de modo a tornar produtivos e sustentáveis os assentamentos humanos nas cidades.

A curto prazo, entretanto, e imediatamente, é necessário dotar de condições

---

<sup>4</sup> No Rio de Janeiro, particularmente, grande parte das favelas está situada em encostas. Ali, as primeiras favelas surgiram no final do século XIX, quando, terminada a Guerra de Canudos, a União Federal prometera construir conjuntos de casas para moradia dos soldados que retornaram, mas, como demorasse a fazê-lo, os militares se viram forçados a instalar-se provisoriamente no Morro da Providência, em habitações precárias. Com o passar do tempo, e sem que o Estado colocasse em prática qualquer programa de moradia, as subhabitações tornaram-se definitivas. Na Guerra de Canudos, também denominada Campanha de Canudos (1896 e 1897), o Exército da República recém-proclamada sufocou o movimento popular liderado por Antônio Conselheiro, na comunidade denominada Canudos, no sertão do Estado da Bahia. No local havia uma cidadela implantada em alguns morros, entre eles o Morro da Favela, denominação alusiva a uma planta com esse nome, típica da região, tendo sido atribuída a denominação favela aos precários conjuntos habitacionais ali implantados.

dignas de moradia esses “aglomerados subnormais, mediante execução de obras de infraestrutura e fornecimento de serviços públicos essenciais que atendam às necessidades básicas de saneamento, educação, saúde, lazer e segurança pública.

Além da urgente urbanização, é igualmente urgente a regularização fundiária nas favelas e assentamentos assemelhados, na medida em que, em regra, os moradores não dispõem de título do terreno onde está implantada sua moradia.

A regularização se faz usualmente mediante concessão de direito real de uso, aforamento gratuito ou doação do poder público, quando situados esses aglomerados em terras públicas, ou mediante ação judicial de usucapião ou desapropriação com finalidade específica, quando em terras particulares.

A Lei 11.977/2009 institui uma nova forma de regularização fundiária – a usucapião administrativa precedida de legitimação de posse – e é dessas figuras que nos ocupamos neste trabalho.

## **2 - Breve registro sobre o tratamento normativo da ocupação do solo urbano no Brasil**

No Brasil, o planejamento urbano vem sendo negligenciado.

Ao longo do século XX, regulamentaram-se, é verdade, determinados aspectos relacionados aos imóveis urbanos, tais como as atividades empresariais de parcelamento do solo urbano, de construção, venda e financiamento de imóveis, ao lado da tipificação de contratos de comercialização de imóveis, com a atenção voltada para os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio da relação obrigacional.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Entre essas medidas estão a Lei de Loteamento de 1937 (Decreto-lei nº 58/1937), o Decreto-lei 271/1967, que trata de condomínios de lotes e de concessão de uso, a reformulação da Lei de Loteamento, de 1979 (Lei 6.766/1979), a Lei do Sistema Financeiro da Habitação (Lei 4.380/1964), a Lei das Incorporações Imobiliárias (Lei 4.591/1964), a Lei 9.514/1997, que trata do mercado de financiamento imobiliário, e a Lei 9.785/1999, que altera as regras de desapropriação para fins de implantação de loteamentos populares.

No início do século XXI a habitação popular, especificamente, veio a ser objeto de atenção, mediante instituição de um sistema de assistência social para moradia popular, denominado Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, pela Lei nº 11.124/2005, destinado a subsidiar o custo da construção e aquisição de moradia pela população de baixa renda. O sistema é bem estruturado e pode abrir perspectivas para o futuro, mas, por incipiente, ainda não foi capaz de atender à demanda de habitação para a população de baixa renda.

A legislação deteve-se na instituição dos regimes jurídicos do parcelamento urbano, da construção de edificações coletivas e venda de imóveis “na planta,” além de outras providências de menor importância, fazendo-o de maneira estanque, errática e assistemática, sem, contudo, cuidar da questão fundamental do planejamento urbano e da correção das deficiências de urbanização e de regularização fundiária nas áreas faveladas e loteamentos irregulares já consolidados,<sup>6</sup> disso resultando “a anemia do direito urbanístico, enredado na contradição entre cidade legal e cidade ilegal,” como observa Carlos Ari Sundfeld:

“Para enfrentar a falta de moradia os Governos vieram desenvolvendo uma *política habitacional*, que procurava viabilizar o financiamento da construção (...). Deve-se atentar, porém, a que até o surgimento do Estatuto da Cidade os programas habitacionais vinham sendo em geral tratados como independentes da ordem urbanística – quando não a ela contrários, dado o elitismo de muitas de suas exigências.”<sup>7</sup>

Só recentemente a questão urbanística, na sua amplitude, veio a merecer atenção, a partir da demarcação das linhas principiológicas da política

---

<sup>6</sup> Há, é verdade, determinados mecanismos de regularização na Lei nº 6.766, de 1979, mas referem-se apenas aos parcelamentos e desmembramentos irregulares ou clandestinos, não alcançando a demanda atual de regularização das favelas e outros assentamentos implantados arbitrariamente.

<sup>7</sup> SUNDVELD, Carlos Ari, *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*. In: Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 58.

urbana pela Constituição de 1988 (art. 24, I, e § 1º, e arts. 182 e 183), entre as quais salientam o princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, III, 182, § 2º, e 183) e o da função pública, implícita no texto constitucional (art. 21, IX, XX, XXI, 23, IV, 25, § 3º, 30, VIII, 43, 216, §§ 1º e 5º).

A esses princípios constitucionais estão associados os direitos sociais relacionados às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e suas famílias, tais como o direito fundamental à moradia e à qualidade de vida (Constituição, arts. 6º, 7º, IV, e 225).

No plano infraconstitucional, a regulamentação desses princípios é objeto da Lei no 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que estabelece normas, à igualdade de caráter geral, visando à consecução da função social da cidade, contemplando a preservação do ambiente, o bem-estar dos habitantes e a adequada exploração do potencial econômico do território.

O Estatuto contempla o conjunto dos instrumentos necessários à formulação e implementação da política urbana, a partir de “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população” que assegure equilíbrio entre suas várias funções (moradia, trabalho, circulação, lazer etc).

A partir da definição desses princípios e da fixação de parâmetros urbanísticos capazes de dar sustentabilidade às cidades, as questões relacionadas à função social da propriedade e das cidades, assim como o direito fundamental de moradia, poderão vir a ser tratadas adequadamente pelo legislador.

### **3 - A aquisição da propriedade pela via da legitimação da posse: Lei nº 11.977/2009**

#### **3.1. Estrutura e função da Lei 11.977/2009**

É na linha desses princípios que foi formulada a Lei 11.977/2009, com a epígrafe “Minha Casa, Minha Vida”, que contempla um esforço vanguardista do Governo Federal visando à produção de moradias para população de baixa renda, cujo Capítulo III trata especificamente da regularização fundiária nas favelas e assentamentos assemelhados e se define como instrumento de concretização do “direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 46).

Compõe-se a nova lei de três capítulos: o Capítulo I cria um programa de produção e oferta de moradias de interesse social, o Capítulo II trata da utilização de mecanismos eletrônicos no sistema de registro de imóveis e o Capítulo III institui um sistema de regularização fundiária de assentamentos urbanos, dispondo sobre os mecanismos urbanístico-ambientais e jurídicos destinados à urbanização de assentamentos irregulares e à legitimação de posse com a subsequente outorga de títulos decorrente de usucapião, mediante procedimento extrajudicial.

O presente trabalho restringe-se à apreciação, ainda que breve, do procedimento regulado pelo Capítulo III, de legitimação de posse e subsequente usucapião processada extrajudicialmente.

Compõe-se esse Capítulo de 5 Seções: a Seção I

estabelece os requisitos gerais para execução da demarcação urbanística, outorga de título de legitimação de posse e a conversão desta em propriedade; as Seções II e III dispõem sobre os procedimentos para regularização fundiária, distinguindo duas espécies de assentamentos: a de interesse social e a de interesse específico; a Seção IV dispõe sobre o registro da regularização e a Seção V estabelece disposições gerais e transitórias.

A legislação reveste-se de relativa complexidade, até porque o programa é de amplo espectro, envolvendo os mais diversos aspectos relacionados à regularização da ocupação do solo urbano, sejam jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais.

O art. 48 define os propósitos da lei:

- a)** melhoria das condições de habitabilidade e sustentabilidade urbanística, social e ambiental nos assentamentos urbanos;
- b)** priorização da permanência dos moradores na área ocupada;
- c)** ampliação do acesso da população de baixa renda à terra urbanizada;
- d)** concessão de título de domínio a partir da legitimação das posses já existentes;
- e)** estímulo à resolução extrajudicial de conflitos.

Abrindo a mais ampla perspectiva de regularização fundiária no território urbano, a lei identifica como protagonistas do processo de regularização:

- a)** o poder público;
- b)** entidades representativas das comunidades de moradores;
- c)** os serviços de registro de imóveis.

Os conceitos de demarcação urbanística e de legitimação da posse são estabelecidos pelos incisos III e IV do art. 47, a saber:

“Art. 47. Para os efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

**I** - ...

**II** - ...

**III** – demarcação urbanística: procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses;

**IV** – legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse.”

A regularização fundiária é implementada mediante um “conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais” de intervenção em assentamentos irregulares visando dotá-los de infraestrutura e, a partir da legitimação das posses existentes, outorgar títulos de propriedade aos moradores, tudo “de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” (art. 46)

Esse conjunto de medidas de regularização pode ser promovido pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e ainda pelos beneficiários, individual ou coletivamente, por cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações e outras entidades civis que atuem nas áreas do desenvolvimento urbano ou na regularização fundiária (art. 50).

A estrutura, função e dinâmica da lei contemplam os instrumentos e os meios necessários à demarcação da área objeto da regularização, cadastramento dos moradores, outorga dos títulos de legitimação de posse e conversão desta em propriedade, mediante requerimento dos interessados diretamente ao oficial do Registro de Imóveis da situação da área.

### 3.2. O interesse urbanístico

Para além da outorga individual do direito de propriedade aos ocupantes de assentamentos irregulares, sobreleva o propósito do legislador de dar eficácia ao princípio constitucional da função social da propriedade urbana, que é alcançada quando se confere a utilidade prática que a Constituição reconhece como elemento inerente ao conteúdo da propriedade, da qual resulta densidade teórico-jurídica dos direitos e faculdades que o sistema reconhece à posse-trabalho e à posse-moradia.

Assim, embora, por si só, a posse da qual resulte utilidade social constitua um valor juridicamente reconhecido, merecedor da tutela legal independente de sua conversão em propriedade e capaz de passar “de satélite a astro,” na feliz expressão de Marcos Alcino de Azevedo Torres,<sup>8</sup> a ocupação nos assentamentos irregulares de que trata a lei deve conferir segurança jurídica aos moradores, assegurando-lhes acesso a condições dignas de utilização do imóvel, e deve também articular-se ao interesse coletivo de cumprimento das funções sociais da cidade, notadamente em relação à preservação ambiental.

A realização dessas funções requer, fundamentalmente, equilíbrio das relações entre o ser humano e o

ambiente, a partir de uma visão integradora “de tudo o que se refere à relação do homem com o meio em que se insere e que tem o solo, recurso natural insubstituível e inexpandível, como eixo operativo, impondo estratégias de intervenção, que seriam impossíveis sem um dado planeamento.”<sup>9</sup>

Nesse contexto, ressalta a proteção dos valores ambientais, que integra e se funde com o direito urbanístico nas questões relacionadas à qualidade de vida, e é exatamente visando à sua proteção que a Constituição impõe o controle da interferência no ambiente e veda práticas que ponham em risco a função ecológica da fauna e da flora ou possam provocar degradação ambiental, bem como aquelas que comportem risco para a qualidade de vida (CF, art. 225).<sup>10</sup>

E, atento a essa realidade e aos princípios constitucionais, o legislador da Lei 11.977/2009 voltou sua atenção para a questão mais ampla do interesse urbanístico, aí compreendida a proteção dos valores ambientais de que fala o art. 225 da Constituição da República, e por isso põe a questão da legitimação da posse no contexto do interesse urbanístico e da conformação da cidade como unidade funcional, cuja ordenação contempla as funções básicas de habitação, trabalho, circulação no espaço urbano e lazer.

---

<sup>8</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 295.

<sup>9</sup> CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do urbanismo – noções fundamentais*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora Ltda, 1999, p. 9.

<sup>10</sup> Dada essa realidade, a propriedade é qualificada por alguns autores pela sua função socioambiental, coerentemente com outros que atribuem ao direito urbanístico qualificação para-ambiental, em razão da imanência entre ambiente, direito de propriedade e urbanismo (CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do urbanismo...*, cit., p. 35).

### 3.3. O procedimento extrajudicial de demarcação, legitimação de posse e usucapião.

O procedimento de demarcação, legitimação de posse e atribuição de propriedade por usucapião administrativa tem início com a demarcação da área objeto do assentamento, passa pela legitimação das posses existentes e conclui com a conversão dessas posses em propriedade.

Os parcelamentos a serem regularizados devem atender aos seguintes requisitos (Constituição da República, art. 183):

- a)** ocupação pacífica por mais de cinco anos;
- b)** utilização para única moradia;
- c)** área do imóvel não superior a 250m<sup>2</sup>;
- d)** beneficiários não-proprietários de imóvel urbano ou rural.

A lei trata de duas espécies de regularização – a de interesse social e a de interesse específico – e estabelece requisitos gerais comuns a ambas, salvo uma ou outra condição especial que as administrações municipais vierem a definir para atender a peculiaridades locais.

As condições gerais estabelecidas nesse segmento da lei contemplam a elaboração do respectivo projeto de regularização, que deverá indicar, entre outros elementos, a identificação das áreas, lotes e edificações que compõem o assentamento, as vias de circulação existentes ou projetadas, as medidas necessárias à segurança da população, à sustentabilidade urbanística, social e ambiental, além da adequação da infraestrutura básica (art. 51).

Os requisitos para elaboração das plantas, memorial descritivo e cronograma de obras de urbanização serão definidos pela administração municipal, à qual compete analisar e aprovar o projeto de regularização (arts. 51, § 1º, e 53).

Uma vez concluídos os trabalhos de demarcação, o poder público responsável lavrará um “auto de demarcação urbanística” (art. 56),

contendo a descrição da área, com suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição no registro de imóveis e indicação do proprietário, se houver. O “auto” indicará, também, a identificação das posses existentes.

Embora a lei não atribua a elaboração da planta e do memorial descritivo ao poder público responsável pela regularização, é de se admitir que tal tarefa seja a ele atribuível. É também da lógica do procedimento a elaboração de duas plantas, uma retratando a situação existente no local, com a descrição da área na sua totalidade e a individualização de cada lote e dos espaços livres, e outra de sobreposição, reproduzindo a descrição e caracterização constante das matrículas ou transcrições existentes no registro de imóveis.

Caso a gleba demarcada abranja área pública ou com ela confronte, o poder público notificará previamente os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados, para que informem se têm titularidade sobre a área, no prazo de trinta dias, prosseguindo o procedimento caso não haja manifestação (art. 56, §§ 2º e 3º).

O “auto de demarcação” será encaminhado ao Registro de Imóveis da situação da área, instruído com a planta e o respectivo memorial descritivo, com a sobreposição do imóvel demarcado em relação à situação da área constante no registro de imóveis e à certidão de matrícula do imóvel.

É a partir do recebimento do “auto de demarcação urbanística” que será acionado o sistema do registro de imóveis (art. 56), no qual tramitará todo o procedimento de demarcação e de legitimação de posse, bem como será efetivado o registro de sua conversão em domínio.

Nesse procedimento, incumbe ao oficial do registro de imóveis (art. 57), a partir do recebimento do “auto de demarcação”,

- a)** identificar as matrículas ou transcrições relativas à área a ser regularizada;
- b)** identificar o proprietário da área;
- c)** notificar pessoalmente o proprietário da área e, por edital, os confrontantes e eventuais interessados.

Caso não encontre o proprietário no endereço constante dos assentamentos do Registro de Imóveis, nem nos endereços fornecidos pelo poder público, o oficial do registro poderá promover sua notificação por edital.

O prazo para o titular da propriedade impugnar a demarcação e legitimação de posse é de quinze dias (art. 57, §§ 1º a 3º).

A lei não indica o termo inicial da contagem do prazo para impugnação, devendo ser admitida a aplicação analógica da regra geral do Código de Processo Civil (art. 242), de modo que a contagem se faça a partir da juntada da carta de notificação ou do edital aos autos do respectivo procedimento, que permanecerão arquivados no Registro de Imóveis.

Havendo impugnação, o oficial notificará o poder público responsável pela regularização, para que se manifeste em sessenta dias sobre as razões do impugnante; consideradas as objeções apontadas pelo proprietário na impugnação, o Poder Público poderá propor alteração dos termos da demarcação ou adotar outra medida capaz de afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes.

Se houver oposição do proprietário, abre-se possibilidade de acordo entre o impugnante e o Poder Público, com a intermediação do oficial do Registro de Imóveis; se a impugnação se referir apenas a parte da área constante do “auto de demarcação,” o procedimento prosseguirá em relação à parte não impugnada, excluindo-se a parcela impugnada, mediante termo de transação firmado pelo representante do poder público e pelo impugnante, devendo esse “termo” instruir o “auto de demarcação.”

Se, ao final, não houver acordo, a demarcação considerar-se-á abortada (“não havendo acordo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada,” art. 57, § 10). Neste caso, não restará alternativa aos moradores senão buscar a propriedade mediante usucapião processada judicialmente.

Se, entretanto, o prazo decorrer sem que tenha havido impugnação, o oficial do Registro de Imóveis averbará a área, com as características constantes do auto de demarcação, plantas e memorial descritivo.

A averbação do auto de demarcação será feita na matrícula do imóvel art. (57 e § 4º), sendo certo que, caso o imóvel seja localizado em mais de uma circunscrição de registro imobiliário, o “auto de demarcação” será remetido a cada uma delas, fazendo-se a averbação em cada uma das matrículas ou transcrições.

Caso não haja matrícula, o oficial a abrirá (art. 57 e § 5º) com base nos elementos de caracterização indicados no “auto de demarcação,” notadamente a planta aprovada pela municipalidade e o memorial apresentado pelo responsável pela regularização (art. 57 e § 5º).

Uma vez averbado o auto de demarcação, o procedimento prosseguirá mediante elaboração, pelo Poder Público, de projeto de parcelamento e seu registro no Registro de Imóveis, com a subsequente outorga do título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados. O título será outorgado preferencialmente em nome da mulher e será registrado na matrícula do imóvel (art. 58 e §§ 1º e 2º).

Há dois critérios distintos para o registro do parcelamento resultante da regularização, um para regularização fundiária de interesse social e outro para a de interesse específico.

A diferença de critérios consiste na dispensa de certos requisitos para o parcelamento, quando se tratar de regularização fundiária de interesse social, visando privilegiar a população de baixa renda mediante

desburocratização e redução de custos do registro do parcelamento (art. 65). Mantêm-se os requisitos legais para a regularização de interesse específico, mas suprimem-se certos requisitos para a de interesse social.

Para simplificação, o procedimento de regularização fundiária de interesse social será instruído apenas com os seguintes documentos:

- a)** certidão atualizada da matrícula do imóvel;
- b)** projeto de regularização fundiária aprovado;
- c)** instrumento de instituição e convenção de condomínio, se for o caso, e
- d)** certidão atualizada dos atos constitutivos das entidades requerentes da regularização, caso esta não tenha sido requerida por órgão público.

Já para o parcelamento resultante de regularização de interesse específico a lei exige seja aplicada a “legislação em vigor e observadas as disposições previstas neste Capítulo” (art. 64). Embora a lei não explicita qual seja a “legislação específica,” é de se admitir que seja aplicável o regime comum do parcelamento do solo urbano, instituído pela Lei 6.766/1979.

Qualquer que seja o caso, entretanto, o registro do parcelamento importa em abertura de matrícula (1) para a totalidade da área, caso não esteja matriculada, (2) para cada um dos lotes ou frações resultantes da regularização e (3) para as áreas

destinadas a uso público, com averbação das respectivas destinações e das eventuais restrições administrativas ou legais (arts. 66 e 67).

Quando se tratar de regularização fundiária de interesse social, não poderão ser cobradas custas e emolumentos para os atos correspondentes ao “auto de demarcação” e aos registros do parcelamento, do título de legitimação de posse e da conversão desta em propriedade.

Dispõe a lei que, uma vez registrada, a posse legitimada constitui direito em favor do possuidor.

Finalmente, após decorridos cinco anos do registro do título de legitimação de posse, dá-se por concluído o processo de regularização, mediante conversão da posse legitimada em propriedade, a requerimento do possuidor. O requerimento deve ser instruído com certidões dos Distribuidores que demonstrem inexistirem ações versando sobre a posse ou a propriedade do imóvel e declaração do possuidor de que (i) não possui outro imóvel urbano ou rural, (ii) o imóvel é destinado à sua moradia e de sua família e (iii) não teve reconhecido anteriormente direito a usucapião de imóveis em áreas urbanas (art. 60, § 1º, I a IV).

Trata-se, como se vê, de programa complexo, de difícil execução, mas a implementação exige o empenho não só do poder público, mas de toda a sociedade, dado o propósito de estabilidade social decorrente do reconhecimento do direito de moradia, da implantação de melhores condições de habitabilidade e de preservação ambiental.<sup>11</sup>

Nas notas a seguir, dedicamo-nos, ainda que brevemente, a destacar alguns aspectos jurídicos relacionados à adequação das figuras da legitimação da posse e do procedimento administrativo de usucapião para equacionamento do problema da ocupação irregular de terras na cidade.

#### **4 - Caracterização da posse legitimada**

Com a Lei 11.977/2009 passa a ser admitida a aquisição da propriedade por efeito do uso prolongado do imóvel, nas hipóteses de que trata, por meio de usucapião administrativa, precedida de procedimento de legitimação de posse, também mediante procedimento administrativo.

A legitimação de posse como medida preliminar de reconhecimento da propriedade imobiliária não constitui novidade, havendo no Brasil o precedente legislativo histórico consubstanciado na Lei nº 601, de 1850, pela qual eram passíveis de legitimação “as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo possessor ou de quem o represente.”

O regime então instituído resultou da falência do sistema de sesmarias, extinto no Brasil em 1822, e se assemelha a um regime português pelo qual terras cultiváveis, cujo aproveitamento econômico era negligenciado pelos donos, podiam ser distribuídas a quem as cultivasse. Relembre-se que até aquele momento não havia clara distinção entre posse e

---

<sup>11</sup> A Exposição de Motivos da Medida Provisória 459/2009, que veio a ser convertida na Lei 11.977/2009, assim encaminha a proposição legislativa: “As medidas sugeridas estabelecem critérios gerais para a regularização de assentamentos e garantia da segurança da posse urbana, buscando compatibilizar direito à moradia e direito ambiental, reconhecendo o papel preponderante do Município em regulamentar por lei o procedimento de regularização fundiária em seu território, como parte integrante da política urbana de inclusão social, definindo regras nacionais e específicas para o registro dos parcelamentos advindos dos projetos de regularização fundiária e instituindo os instrumentos de demarcação urbanística e legitimação da posse que aceleram o reconhecimento dos direitos constituídos na forma do artigo 183 da Constituição Federal.”

propriedade, admitindo-se que “a posse que promovesse a colonização, o povoamento e a incorporação de terras ao processo produtivo valia usualmente como domínio.”<sup>12</sup>

O procedimento chegou a ser novamente adotado no direito positivo brasileiro, mas apenas para legitimação de terras públicas federais, visando à implementação de reforma agrária (Lei nº 4.504/1964, arts. 97 e 98).<sup>13</sup>

Ambas as hipóteses tratam da legitimação da posse como via de acesso à propriedade de terra devoluta quando o possuidor tenha nela instalado sua moradia habitual ou a tenha tornado produtiva.

O possuidor que atenda a essas condições está legitimado a obter o domínio mediante “sentença declaratória devidamente transcrita”

---

<sup>12</sup> WHITAKER, citado por PORTO, *Custódio Moreira. As ocupações legítimas de terras devolutas*. In: Revista da RGE-SP, nº 1, pp. 54-68. São Paulo, Jan-1971.

<sup>13</sup> “Art. 97. Quanto aos legítimos possuidores de terras devolutas federais, observar-se-á o seguinte: I - o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária promoverá a discriminação das áreas ocupadas por posseiros, para a progressiva regularização de suas condições de uso e posse da terra, providenciando, nos casos e condições previstos nesta Lei, a emissão dos títulos de domínio; II - todo o trabalhador agrícola que, à data da presente Lei, tiver ocupado, por um ano, terras devolutas, terá preferência para adquirir um lote da dimensão do módulo de propriedade rural, que for estabelecido para a região, obedecidas as prescrições da lei. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. Art. 99. A transferência do domínio ao posseiro de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse, cujos atos e termos obedecerão às normas do Regulamento da presente Lei. O título de domínio expedido pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária será, dentro do prazo que o Regulamento estabelecer, transcrito no competente Registro Geral de Imóveis. As taxas devidas pelo legitimante de posse em terras devolutas federais, constarão de tabela a ser periodicamente expedida pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, atendendo-se à ancianidade da posse, bem como às diversificações das regiões em que se verificar a respectiva discriminação. Os direitos dos legítimos possuidores de terras devolutas federais estão condicionados ao implemento dos requisitos absolutamente indispensáveis da cultura efetiva e da moradia habitual.”

(art. 97, II), mas, em relação às terras devolutas federais, define procedimento administrativo no âmbito do Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA), pelo qual esse órgão promove a discriminação das áreas ocupadas e sua regularização e a outorga de títulos de domínio, dispondo a Lei 4.504/1964 que “a transferência do domínio do posseiro de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse.” (art. 99).

Assim, em relação às terras devolutas federais, o direito positivo já há muito admite a atribuição da propriedade pela via da legitimação de posse processada diretamente no plano administrativo, independente de processo judicial de usucapião.

Posteriormente, o direito positivo veio mais uma vez criar novos meios de explorar a potencialidade da posse para fins sociais, então com vistas à ocupação do solo urbano pela população de baixa renda. Nesse sentido, a Lei 9.785/1999 introduziu importantes alterações nas normas legais sobre desapropriação, parcelamento do solo urbano e registros públicos, visando simplificar e dar celeridade ao procedimento de desapropriação de áreas para implantação de loteamentos e conjuntos para a população de baixa renda.

No que interessa a este trabalho, registre-se que a Lei 9.785/1999 (i) dispensa o expropriante de fazer prova da sua titulação ao promover o parcelamento do solo, permitindo-lhe promover o registro do Memorial de Loteamento apenas com a prova da sua posse (na qual terá sido imitado no contexto da ação de desapropriação) e (ii) admite

a comercialização dos lotes mediante *cessão de direitos de posse*.

Segundo essa lei, a posse na qual o expropriante tiver sido imitado liminarmente converter-se-á em propriedade quando do registro da sentença que fixar o valor da indenização pela desapropriação, e, por efeito dessa conversão, a cessão de direitos de posse convencionada com os adquirentes converter-se-á em promessa de venda ou, se já quitado o preço, em compra e venda.

Na jurisprudência, em situações análogas à regulamentada pela Lei 11.977/2009, já há muito se reconhece a prevalência da posse-moradia ante a inércia do proprietário em face da ocupação e formação de favelas.

É o caso, paradigmático, do acórdão proferido no Recurso Especial nº 75.659-SP, que, confirmando acórdão proferido em 1999 pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, rejeitou pedido reivindicatório formulado pelo proprietário de nove lotes de terreno incrustados numa favela e ocupados há mais de vinte anos, sob o fundamento de que a inércia do proprietário neutralizou o *jus reivindicandi*, “sobretudo considerando-se que os lotes situam-se numa cidade em franca expansão, com problemas gravíssimos de habitação.” No caso, os lotes reivindicados ficaram abandonados por mais de dez anos, tendo o Tribunal entendido que o não uso prolongado dos lotes importa em violação do princípio da função social da propriedade, resultando neutralizado.<sup>14</sup>

Esses precedentes históricos, legislativos e jurisprudenciais certamente influíram na concepção da legitimação de posse modelada pela Lei 11.977/2009, que, embora não possa ser vista como inovação, constitui sem dúvida extraordinário avanço no processo de atribuição da propriedade àqueles que imprimem função social à posse da terra, em contraposição à conduta dos titulares de domínio, que houverem negligenciado o exercício do seu direito de propriedade.

A Lei 11.977 não trata da legitimação da posse nas favelas e assentamentos assemelhados como medida isolada, mas a coloca dentro do conjunto de medidas urbanísticas concebidas em conformidade com as diretrizes da política urbana instituídas pela

---

<sup>14</sup> Trata-se de ação reivindicatória julgada procedente em primeiro grau e reformada em apelação provida pela 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação cível 212.726-1-8, relator o desembargador José Osório, de cujo voto se destaca: “Trata-se de favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de vinte anos. Está dotada, pelo poder público, de pelo menos três equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar (...). O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível (...). O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do C.C. (...). As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social. Este princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário (...). Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos. No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma antisocial. O loteamento pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações, ficou praticamente abandonado por mais de vinte anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973 havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/1979, a favela já estava consolidada (...). O jus reivindicandi fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.”

Constituição de 1988 e com os parâmetros estabelecidos pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001).

Ao tratar da legitimação como componente do processo de urbanização, a lei não se limita a priorizar a permanência dos moradores no local, mas, também, exige seja a área dotada dos requisitos de sustentabilidade urbanística, social e ambiental, e para esse fim contempla atuação conjunta do poder público nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal. É claro que em certas situações práticas é inviável o pleno atendimento dessa exigência, e, atento a essa realidade, o legislador admite sejam ponderados os requisitos de regularização em face da realidade específica de cada assentamento, como, por exemplo, mediante redução do percentual de áreas destinadas ao uso público e dos limites legais de área dos lotes (art. 52), regularização de assentamentos em áreas de preservação permanente ocupadas até dezembro de 2007, quando a intervenção do município implicar melhoria das condições ambientais em relação à situação irregular anterior (art. 54, § 1º).

No procedimento de legitimação de posse por meio administrativo, a lei assegura o contraditório, que poderá ser deflagrado mediante impugnação por parte do proprietário.

Não obstante a garantia de impugnação, é de se admitir que o titular da propriedade não só não disponha de poder de reação ao procedimento de legitimação e usucapião, como, também, não tenha interesse em se opor à perda da propriedade e sua atribuição ao possuidor.

É que, na situação, prepondera o interesse dos ocupantes, na medida que, ao obter o título de legitimação, já terão atendido aos requisitos da usucapião, fato que neutraliza o *jus reivindicandi* e levará certamente ao perecimento do direito de propriedade do titular do imóvel. De outra parte, vista a situação sob a perspectiva do proprietário, a consistência do direito do possuidor poderá levá-lo a ver a legitimação e a usucapião como medidas que atendem também ao seu próprio interesse, ao livrá-lo dos

encargos incidentes sobre o imóvel, que, sob ocupação *ad usucapionem*, há muito sobrecarregavam seu ativo com os impostos correspondentes, sem, contudo, lhe proporcionar qualquer proveito econômico.

Na prática, aliás, já se registram iniciativas dos próprios proprietários de áreas ocupadas por favelas que, ante essa realidade, antecipam-se a qualquer postulação usucapiante e renunciam à propriedade da gleba, exatamente para se exonerar dos encargos tributários incidentes sobre o imóvel.

A questão merece também ser vista sob a perspectiva do art. 1.228, § 4º, do Código Civil, que admite a perda da propriedade de área extensa possuída ininterruptamente e de boa-fé, por mais de cinco anos, por considerável número de pessoas que houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse econômico ou social relevante.<sup>15</sup>

Também sob esse ângulo, a legitimação e a usucapião administrativa podem interessar ao proprietário da área ocupada, pois a regra do Código Civil parece tornar infrutífera eventual reivindicação do proprietário que se mantém inerte ante a situação possessória de que trata a Lei 11.977, pois aí se cuida de reconhecimento de domínio ao possuidor que ocupe, para

---

<sup>15</sup> “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

moradia, imóvel com área até 250,00m<sup>2</sup>, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, situação que lhe garante, nos termos do art. 183 da Constituição, a investidura no direito de propriedade desse bem.

Quanto ao modo de outorga do título de propriedade, é de especial relevância a simplificação do procedimento, que a Lei 11.977 desloca-o para o campo extrajudicial, evidentemente sem que isso importe em prejuízo da segurança jurídica, pois, para outorga do título de legitimação da posse, a lei exige o cumprimento dos mesmos requisitos exigidos em juízo para atribuição da propriedade por usucapião.

A Exposição de Motivos da Lei 11.977/2009 realça seu propósito de simplificar e sistematizar o procedimento, ao definir como finalidade da lei o suprimento da esparsa legislação vigente, que “trata, quando muito, de modo indireto e superficial da questão,” razão pela qual a proposição legislativa convertida nesse texto legal “procura estabelecer o arcabouço legal necessário para tornar mais efetivo e célere o rito da regularização fundiária urbana,” tratando-a de modo abrangente (compreendendo a de interesse social e a de interesse específico), e não de modo restritivo.

Em suma, embora se tenha buscado inspiração na velha figura da legitimação de posse do século XIX para solução do problema da regularização fundiária nas cidades do século XXI, parece não haver dúvida de que sua aplicação como procedimento preliminar, seguido da usucapião administrativa, mediante registro da propriedade requerido diretamente pelo possuidor legitimado, é mais eficaz do que o procedimento judicial de usucapião.

#### 4.1. Natureza jurídica da posse legitimada

Tal como dispõe o art. 58, §§ 1º e 2º, o poder público, depois de demarcar a área a ser regularizada, (i) promoverá o respectivo parcelamento, (ii) efetivará seu registro no Registro de Imóveis e, após, (iii) outorgará títulos de legitimação de posse aos moradores que tenham preenchido os requisitos da usucapião (posse contínua, ininterrupta, sem oposição e com *animus*

*domini*); o preenchimento desses requisitos, como se viu, constitui uma das condições para a regularização fundiária (art. 47, VII, “a”).

O título de legitimação será registrado no Registro de Imóveis, em matrículas que vierem a corresponder aos imóveis resultantes do parcelamento, como deflui do inciso II do art. 66, pelo qual o oficial abrirá “matrícula para cada uma das parcelas resultantes do projeto...”.

Dado o relevante interesse social nesse contexto, a lei confere à posse legitimada o *status* de direito, nestes termos:

“Art. 59. A legitimação de posse devidamente registrada **constitui direito em favor do detentor da posse** direta para fins de moradia.” (grifamos).

Trata-se de situação jurídica de reconhecimento da posse que, por si mesma, caracteriza um direito funcional autônomo e garante ao “detentor da posse” (*rectius*, possuidor), acesso direto à propriedade formal independente de intervenção judicial, bastando para tal o decurso do prazo de cinco anos do registro do título de legitimação (art. 60).

Esta é uma situação em que, como bem salienta Marco Aurélio Bezerra de Melo, “a intervenção estatal na afirmação da propriedade dos imóveis oriundos de aquisições marginais ao imaginado pelo modelo burguês de titularidades (...) justifica-se pela busca de uma isonomia substancial entre os cidadãos brasileiros.”<sup>16</sup>

Uma vez registrado o título de legitimação, cria-se um estado de pendência durante o qual, de uma parte, o titular em nome de quem a propriedade está registrada no Registro de Imóveis ainda não a perdeu e, de outra parte, o possuidor legitimado ainda não obteve o registro da propriedade em seu nome.

Nessa configuração, a posse legitimada qualifica-se per se como um direito funcional *autônomo* de posse-moradia, que vincula o possuidor ao imóvel e, embora não enumerada entre os direitos de natureza real, constitui direito com eficácia real, na medida em que dará origem à propriedade uma vez cumpridos os requisitos definidos no art. 60.

#### 4.2. A conversão da posse legitimada em propriedade

Um dos principais entraves à obtenção de títulos de propriedade mediante prescrição aquisitiva é o excesso de formalidades do procedimento judicial, típico de culturas burocráticas que, ao privilegiar um certo processualismo estéril, interpõe barreiras no caminho da titulação da posse-moradia.

De fato, a ação de usucapião, meio judicial clássico de processamento da aquisição da propriedade pelo uso, não chega a cumprir plenamente sua função com a simplicidade e celeridade reclamadas pelas características e pela dinâmica da sociedade contemporânea, notadamente na zona urbana.

Ademais, a complexidade da situação dos incontáveis assentamentos irregulares e a excessiva delonga do

<sup>16</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse de imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

processamento judicial da usucapião frustram as expectativas de obtenção da propriedade da moradia a partir da prescrição aquisitiva.

Para enfrentar essa realidade concreta e suprir a deficiência do sistema, à luz do princípio constitucional que assegura “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação,” seja no âmbito judicial ou administrativo,<sup>17</sup> o legislador procurou adequar o procedimento de aquisição da propriedade de moradia às necessidades específicas dos centros urbanos, em relação às favelas e demais assentamentos irregulares.

Nesse sentido, a Lei 11.977/2009 desloca o processamento da usucapião para a esfera extrajudicial, precedida da legitimação de posse, também concedida no âmbito extrajudicial.

A matéria já vinha sendo debatida no Congresso Nacional, sendo digno de nota o Projeto de Lei nº 1.092/2007, que contemplava o acréscimo dos arts. 38A a 38L à Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que propunha a regulamentação de todo o procedimento de demarcação e aquisição da moradia a partir da legitimação de posse.

Esse Projeto estabelecia imperativamente a conversão da posse legitimada em propriedade após decorridos cinco anos do registro do título de legitimação, mediante registro efetuado a requerimento do possuidor, dirigido diretamente ao oficial do Registro de Imóveis, nestes termos (§ 5º do art. 38H):

“§ 5º Decorridos cinco anos do registro do título de legitimação de posse, o Oficial do Registro de Imóveis promoverá o registro da propriedade em nome do titular da posse legitimada, ou seus sucessores, à vista de requerimento instruído com certidões do Distribuidor Cível Estadual e Federal, das quais não conste a existência de ações em curso cujo objeto sejam a posse ou a propriedade do imóvel.”

---

<sup>17</sup> Constituição da República: “Art. 5º ..., LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

A conversão da posse em propriedade assim proposta inspira-se na concepção do § 4º do art. 1.228 do Código Civil, que, por via indireta, contempla a perda da propriedade em favor de grupos de pessoas que exerçam posse ininterrupta por mais de cinco anos, em situações análogas à dos assentamentos irregulares de que trata a Lei 11.977/2009.

A proposição legislativa consubstanciada no Projeto de Lei 1.092/2007 visava assegurar a aquisição da propriedade pelos moradores a partir do registro da propriedade em nome de titulares de posses legitimadas, independente de processamento judicial da usucapião, dada a densidade social dessa situação, tal como já anteriormente admitido em nosso direito positivo, nos termos da Lei 601, de 1850, como observa Marco Aurélio Bezerra de Melo:

“A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto.”<sup>18</sup>

Em outra obra, ao tratar especificamente do reconhecimento da posse como situação jurídica capaz de dar aos moradores das favelas acesso à propriedade formal, o mesmo autor reconhece a necessidade de afastar as barreiras típicas da ação judicial da usucapião e vê legitimação da posse como canal de acesso à propriedade:

---

<sup>18</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 23-24.

“O reconhecimento de propriedade a partir da legitimação de posse parece ser menos moroso e oneroso do que a utilização da via da usucapião, embora reconheça-se ser este um dos modelos para se alcançar o mesmo fim. (...). Em se tratando de imóvel registrado em nome de particular, o ideal será a utilização da legitimação de posse antecedida da demarcação urbanística na forma apresentada no Projeto de Lei Federal nº 1.092/2007 que se consubstancia em procedimento administrativo com aptidão para converter a posse em propriedade.”<sup>19</sup>

E, de fato, na tradição do direito brasileiro a figura da legitimação de posse desempenha relevante papel na atribuição de domínio, como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Embora se fale em legitimação de posse, o instituto nasceu e se desenvolveu como forma de transferência de domínio. Por esse instituto, transforma-se uma situação de fato – a posse – em situação de direito – o domínio.”<sup>20</sup>

No caso específico, a legitimação é meio preliminar

de transferência de domínio, com *status* de direito com eficácia real (art. 59), mas, não obstante a lei defina essa figura como via de acesso à propriedade, bastando o decurso do prazo de cinco anos, seu art. 60 adotou uma redação confusa, nos seguintes termos:

“Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após cinco anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.”

Independente da imprópria identificação do possuidor como “detentor do título de legitimação de posse” e da inadequada referência à “conversão desse título [de legitimação] em registro de propriedade,”<sup>21</sup> é preciso ter presente que a remissão (desnecessária) ao art. 183 da Constituição da República não indica exigência de processamento de ação judicial de usucapião, o que, aliás, constituiria um paradoxo em face do propósito simplificador da Lei 11.977.

Antes, considerada no contexto significativo da lei, a

<sup>19</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse...*, cit., pp. 161 e 164.

<sup>20</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 13ª ed., 2001, p. 544.

<sup>21</sup> Efetivamente, o titular da posse não é “detentor do título de legitimação de posse,” mas, sim, “possuidor legitimado,” até porque “detentor” é aquele que conserva a posse de uma coisa em nome de outra pessoa e em cumprimento a suas ordens e instruções. A situação regulada pelo art. 60 é outra, que não se confunde com a do detentor; ali, cuida-se de possuidor que exerce a posse em nome próprio e, mais, trata-se de possuidor que já é titular do domínio e já legitimado a obter a propriedade. Assim, a expressão legal “detentor do título de legitimação de posse” deve ser entendida como “possuidor legitimado.” Em segundo lugar, o mesmo art. 60 dispõe que o possuidor poderá requerer a conversão “desse título [o de legitimação] em registro de propriedade;” ora, não se trata de conversão do título de legitimação, e muito menos de conversão de título em registro, pois não se converte título em propriedade, mas, sim, posse em propriedade. Fica claro, portanto, que, a requerimento do possuidor legitimado, o oficial do registro de imóveis converterá a posse em propriedade, mediante registro.

expressão “tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal” apenas indica que, na situação que constitui objeto específico daquele texto legal, a usucapião se dá pelo simples decurso de prazo de cinco anos do registro do título de legitimação da posse, independente de qualquer outro procedimento além do requerimento do possuidor, instruído com os documentos ali indicados.<sup>22</sup>

Ademais, há que se ter presente que o art. 183 da Constituição já reconhece acesso à propriedade pela usucapião, bastando ao possuidor ajuizar a ação, sem necessidade alguma de criação de novo procedimento – o da legitimação da posse – como requisito para aquisição da propriedade pela via da usucapião que já é reconhecida pela Constituição.

Recorde-se que os requisitos para concessão do título de legitimação de que trata a Lei 11.977 são rigorosamente os mesmos da usucapião de que trata o art. 183 da Constituição e, assim sendo, já cumpridos esses requisitos, nada mais há que se exigir para atribuição da propriedade ao possuidor legitimado: basta a conversão da posse em propriedade, mediante registro feito a requerimento do possuidor ao oficial do Registro de Imóveis, independente de procedimento judicial.

Com efeito, a Lei 11.977/2009 tem por escopo afastar obstáculos que dificultam a regularização e a inclusão social, e é nesse sentido que trata da formulação de políticas públicas de urbanização de assentamentos populares, compreendendo a concessão de subsídios para moradias populares, execução de obras de infraestrutura, implantação de serviços essenciais nesses assentamentos, notadamente de educação, saúde e segurança pública, e, por fim, facilitar, simplificar e desonerar o processo de titulação das moradias neles existentes.

---

<sup>22</sup> Karl Larenz observa que “sempre que o sentido literal possível e o contexto significativo da lei deixam margem a diferentes interpretações, há de preferir-se aquela interpretação que melhor se ajuste à interpretação reguladora do legislador e ao escopo da norma em causa (interpretação histórico-teleológica).” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, p. 486.

A *mens legis* é a simplificação e é para simplificar que resgatou a figura da legitimação de posse como via preliminar da usucapião, independente de prestação jurisdicional.

Esse procedimento extrajudicial é um dos novos instrumentos jurídicos e legais demandados para atendimento do interesse social, compatíveis com um *direito urbanístico popular*, e visa à inclusão social de grupos marginalizados, constituindo um daqueles mecanismos que, como observa Carlos Ari Sundfeld, visam

“a transferência dos grupos marginalizados para dentro do mundo jus-urbanístico (pela criação de novos instrumentos para o acesso à propriedade formal, bem como de medidas para a regularização fundiária urbana e para a regularização das urbanizações clandestinas) e, por outro, a adequação da ordem urbanística à situação real da população, por meio de normas especiais de urbanização (*ordem urbanística popular*).”<sup>23</sup>

A usucapião, precedida da legitimação de posse, é um desses meios que, pela simplificação e desoneração, viabilizam a “transferência dos grupos marginalizados para dentro do mundo jus-urbanístico.”

É com a atenção voltada para a desburocratização visada pela lei que deve ser afastada a ideia de exigência de prestação jurisdicional na expressão contida no art. 60 da Lei 11.977 – “tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal” –, pois esse art. 60, interpretado em articulação com conjunto das normas desse diploma legal, indica apenas que, nas situações contempladas nessa lei, aquela espécie de usucapião é efetivada extrajudicialmente, mediante simples registro feito a requerimento do possuidor diretamente ao oficial do registro de imóveis, isto é, independente de ação judicial de usucapião.

---

<sup>23</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade ...*, cit., p. 58/59.

Essa referência ao art. 183 da Constituição é apenas uma remissão à garantia constitucional de aquisição do imóvel para moradia, sem que isso importe em exigência de intervenção judicial para emissão de sentença declaratória de domínio para atribuição da propriedade ao possuidor, pois, se assim fosse, esse dispositivo consagraria uma contradição em termos, contrapondo-se ao próprio fundamento axiológico do direito urbanístico popular.

Afinal, na medida em que o propósito da lei é simplificar e desjudicializar situações que não comportam litígio, nada justifica sujeitar o possuidor legitimado a uma prolongada, onerosa e aflitiva ação judicial de usucapião, pois o título de domínio já terá sido alcançado ao longo de todo o procedimento simplificado e extrajudicial de regularização fundiária, restando apenas a conversão da posse legitimada em propriedade, mediante registro a requerimento do possuidor.

#### 4.3. A usucapião administrativa pela via da legitimação de posse

A legitimação de posse, nos termos regulados pela Lei 11.977/2009, e a usucapião são meios de reconhecimento de domínio que, por não implicarem litigiosidade, são suscetíveis de efetivação independente de intervenção judicial, pouco importando o fato de ambas implicarem a perda da propriedade pelo seu titular e sua aquisição pelo possuidor.

Com efeito, a usucapião é instituto dos direitos reais caracterizado como modo de aquisição da propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, observados determinados requisitos legais. Sua função mais importante é a de sanar os vícios dos modos de adquirir, como ensina Lafayette.<sup>24</sup>

Dá-se a aquisição por usucapião mediante sentença, mas a sentença *não constitui o direito de propriedade*; apenas declara o reconhecimento do domínio em nome do possuidor desde a data em que iniciou a posse que o habilita a investir-se na propriedade, de modo que os efeitos dessa investitura retroagem à data do início da posse ad *usucapionem*.

---

<sup>24</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. Adaptação ao Código Civil [1916] por José Bonifácio de Andrade e Silva. Edição histórica, v. I, p. 171.

A sentença proferida na ação de usucapião não é de natureza constitutiva e, portanto, *não cria* direito de propriedade; trata-se, como se sabe, de sentença de natureza declaratória, que apenas declara a existência de domínio por efeito do exercício continuado da posse por certo tempo.

É como a define o direito positivo.

O art. 1.238 do Código Civil dispõe que aquele que possua um imóvel por quinze anos sem interrupção e nem oposição, “adquire-lhe a propriedade (...), podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, que servirá de título para registro no Cartório do Registro de Imóveis.”

Do mesmo modo, e cuidando dos aspectos instrumentais, o art. 941 do Código de Processo Civil legitima a ação de usucapião “ao possuidor **para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel** ou a servidão predial.” (grifamos).

A finalidade dessa sentença é conferir certeza à situação jurídica do usucapiente, e essa certeza é alcançada mediante registro da aquisição da propriedade, cuja função é a de tornar esse direito oponível *erga omnes*; a partir do registro, fica reconhecida no patrimônio do então possuidor, já então qualificado como proprietário, a presença do direito subjetivo de exigir da coletividade o dever geral de abstenção que caracteriza os direitos reais e fica o novo proprietário investido no poder de disposição do imóvel, com a segurança jurídica própria dessa categoria de direito.

Presentes os requisitos legais, o processo de usucapião não encerra litigiosidade, não obstante, paradoxalmente, na prática possa prolongar por mais de uma geração.

Pois bem.

Sendo essa a configuração e esses os pressupostos da aquisição da

propriedade por efeito do uso prolongado do imóvel, parece não haver objeção de natureza social, econômica e jurídica a que seja reconhecido o domínio e atribuída a propriedade ao possuidor por meios extrajudiciais, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos na Constituição e na lei substantiva.

Em razão desses pressupostos, o legislador da Lei 11.977/2009 nada mais fez do que regulamentar um procedimento extrajudicial para investidura do possuidor no direito de propriedade, nas situações de que trata, submetendo-a aos mesmos princípios e aos mesmos requisitos da usucapião.

E assim fez porque nada impede a desjudicialização do processamento da legitimação de posse seguida da usucapião, desde que, obviamente, cumpridos os respectivos requisitos, e isto porque a situação não encerra litigiosidade, por isso que no campo judicial a sentença limita-se a reconhecer o domínio para o efeito de colocar o direito do então possuidor no sistema do registro de imóveis, com a garantia própria dos direitos reais.

O procedimento não constitui inovação, pois o direito positivo brasileiro registra precedentes.

Veja-se, por exemplo, a perda da propriedade por abandono regulada no art. 1.276 do Código Civil. No caso de abandono, a propriedade do imóvel é atribuída ao Município ou ao Distrito Federal, se urbano, ou à União, se rural, independente de litígio.

Todos esses casos – a legitimação da posse, a usucapião e o abandono – caracterizam situações que dão causa à perda da propriedade sem que sua aquisição encerre litígio, seja adquirente o possuidor ou o poder público.

No caso da usucapião, por exemplo, como já vimos, o possuidor que preencha seus requisitos já se encontra investido no domínio sobre o imóvel usucapiendo, e a sentença judicial, na ação de usucapião, tem apenas a função de reconhecer e declarar esse domínio. Não é a sentença que outorga o domínio, como bem sintetiza Adroaldo Furtado Fabrício:

“o usucapiente adquiriu o domínio (ou outro direito real) não só a partir do momento em que o prazo prescricional se consumou, mas desde aquele em que a posse ad usucapionem teve início (...). Costuma-se dizer que a sentença declarativa ‘retroage’, no sentido de que os efeitos jurídicos decorrentes da realidade por ela reconhecida se operam e subsistem mesmo quando anteriores à sentença e ao próprio processo (...). Essa retroatividade produz consequências deveras significativas: o usucapiente faz seus os frutos percebidos desde o início da posse, independentemente de boa-fé; os direitos reais constituídos pelo usucapiente, durante o mesmo tempo convalidam-se como se já ao tempo de sua constituição estivesse consumada a aquisição.”<sup>25</sup>

<sup>25</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. VIII, t. III, p. 520/521.

A produção de efeitos *ex tunc* justifica-se em vista da necessidade de proteção de “terceiros que tenham estabelecido relações jurídicas com o possuidor anteriormente à data da sentença, supondo tratar-se do proprietário;” a sentença certifica a investidura do possuidor no domínio e constitui título para registro da propriedade em seu nome, devendo ter-se sempre presente que, enquanto a transmissão derivada tem como modo de aquisição o registro do título, a aquisição originária “não se efetiva por meio do registro da sentença, pois a usucapião é modo de aquisição da propriedade e, portanto, opera a transmissão da propriedade ao possuidor por si só, independente de registro.”<sup>26</sup>

A posse legitimada por título concedido pelo Poder Público, registrado no Registro de Imóveis, é situação jurídica que simplifica a usucapião, e é nesse sentido que, tratando especificamente da legitimação como modo de aquisição da propriedade, Marco Aurélio Bezerra de Melo sustenta que a sentença de procedência do pedido em ação de usucapião “não é condicionante da propriedade e, por conseguinte, a sua essência é apenas declaratória (...), talvez seja possível imaginar um procedimento administrativo mais efetivo para o reconhecimento da propriedade sem a inevitabilidade da apreciação judicial, atendendo aos ditames da Constituição e do Estatuto da Cidade de proporcionar a regularização das posses em favelas acompanhada da devida urbanização da área.”<sup>27</sup>

Na regulamentação da Lei 11.977, é digno de nota que, para maior segurança jurídica, ante a ausência de supervisão direta e imediata do Estado-juiz, o legislador cercou o procedimento de maior rigor, fazendo a usucapião extrajudicial passar por um caminho intermediário, de legitimação da posse, que representa um título preliminar, e fixando um interregno de cinco anos entre o registro desse título (que já encerra o cumprimento dos requisitos da usucapião) e o registro da usucapião.

---

<sup>26</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de Direito Civil - Direitos Reais*. Coordenador: Sylvio Capanema de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

<sup>27</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse de imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 134 e 137.

Observe-se que o art. 183 da Constituição da República assegura a aquisição da propriedade, por usucapião, ao possuidor que ocupe pacificamente por mais de cinco anos imóvel urbano para moradia, com área não superior a 250,00m<sup>2</sup>, utilizando-o para única moradia, e não seja proprietário de imóvel urbano ou rural.

Mas, não obstante preenchidos esses requisitos, o art. 47 da Lei 11.977/2009 interpõe um novo interregno de mais cinco anos, durante o qual o possuidor é investido na condição de titular legitimado da posse, por força de título de legitimação concedido pelo Poder Público, só sendo admitida sua investidura na propriedade depois do decurso de um novo prazo prescricional de mais cinco anos, contados do registro do título de legitimação (art. 58).

Pode-se dizer que a legitimação da posse é uma situação jurídica intermediária, que cumpre a dupla função de consolidar o domínio do morador e de abrir ampla oportunidade de reação por parte daquele em nome de quem estiver registrada a propriedade no Registro de Imóveis.

Dado, assim, a usucapião quando postulada na via judicial, não resulta na criação de direito de propriedade, mas apenas no reconhecimento do domínio já integrante do patrimônio do usucapiente por efeito da posse ininterrupta e sem oposição, não há objeção à criação de um procedimento extrajudicial que produza os mesmos efeitos, desde que, obviamente, presentes os requisitos legais de aquisição por ocupação continuada e sem oposição, por certo lapso de tempo, não excluída, obviamente, a apreciação judicial eventuais lesões ou ameaças de lesão de direito de quem quer que seja, tal como o fez a Lei 11.977/2009.

## **5 - A desjudicialização ante as garantias constitucionais da propriedade privada e do devido processo legal**

A desjudicialização da usucapião é inovação que atende à priorização constitucional da função social da propriedade, é inerente ao princípio da socialidade e dá efeito prático à natureza social da posse.

É na trilha dessa concepção que, nas situações contempladas na lei, se legitima o procedimento extrajudicial de aquisição da propriedade pela usucapião.

A nova lei se ajusta ao balizamento da Carta Magna, do Código Civil e do Estatuto da Cidade, nos quais ressaltam os traços da socialidade e da natureza social da posse. Anote-se, por relevante, a observação de Miguel Reale a propósito dos § 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil – “não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário disposto nos § 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil” –, que dispõe sobre a privação da propriedade do imóvel reivindicado quando ocupado por comunidades de moradores nas condições ali indicadas, e, bem assim, a nova concepção da posse em razão da sua natureza social:

“No caso da posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e de má-fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.”<sup>28</sup>

É em conformidade com esses princípios que, ao regular a desjudicialização da usucapião, nas situações que contempla, a Lei 11.977 confere efeito prático à natureza social da posse.

À primeira vista, o meio extrajudicial de privação do direito do titular da propriedade, com a

consequente aquisição pelo ocupante, pode suscitar questionamentos quanto à constitucionalidade, em face da garantia do direito individual da propriedade e do princípio da supremacia da jurisdição em matéria de resolução de conflitos relacionados ao desapossamento ou ao perecimento do direito de propriedade.

O procedimento extrajudicial, entretanto, não importa em violação da garantia constitucional do direito de propriedade, nem do princípio do não-desapossamento de bens sem o devido processo legal (Constituição, art. 5º, XXII e LIV).

Em primeiro lugar, porque, mesmo no procedimento clássico de usucapião promovido em juízo, a perda da propriedade, pelo seu titular, e sua subsequente aquisição pelo usucapiante, não é a sentença que cria um direito de propriedade e a outorga ao usucapiante; a aquisição usucapião nasce pelo uso prolongado e a sentença serve apenas para reconhecer essa situação e declarar a aquisição, até porque, ao ser proposta a ação, o domínio já integrava o patrimônio do usucapiante desde que a data em que teve início a posse *ad usucapionem*, independente, portanto, da sentença.

Em segundo lugar, porque o procedimento extrajudicial da Lei 11.977/2009 não retira do Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito do titular da propriedade e, portanto, não constitui violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

---

<sup>28</sup> REALE, Miguel. “Prefácio”, in Giselle de Melo Braga Tapai (coord.). *Novo Código Civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – estudo comparativo com o Código Civil de 1916*, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3ª ed., rev. e ampliada, São Paulo: RT, 2003, p. 15.

Com efeito, o procedimento de legitimação regulado pela Lei 11.977/2009, não só constitui meio adequado à aquisição da propriedade pelo exercício da posse prolongada, mansa e pacífica (de que, como já vimos, há precedentes no direito brasileiro), como também não viola os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Ao contrário, assegura oportunidade de defesa ao titular da propriedade, mediante notificação pessoal que lhe abre prazo para defesa e, além disso, não interpõe qualquer obstáculo ao seu acesso ao Judiciário, quando se verifique lesão ou ameaça de lesão ao seu direito.

Recorde-se que, nos termos da Lei 11.977/2009, o procedimento de legitimação da posse e sua conversão em propriedade contempla a notificação do proprietário e a abertura de oportunidade para sua manifestação, compreendendo:

- a)** demarcação elaborada pelo poder público, por meio da qual se terá a descrição e caracterização do imóvel;
- b)** cadastramento dos moradores e constatação do tempo de ocupação, com o que se comprovará a duração da posse;
- c)** procedimento de notificação do proprietário e averbação do título de legitimação, com o que se terá a complementação da prova da posse continuada e sem oposição, ressalvada, obviamente, neste último caso, a frustração do procedimento se for acolhida impugnação interposta pelo titular do domínio.

Embora se trate de reconhecimento do perecimento do direito de propriedade por inércia ou descaso do titular, o certo é que o procedimento extrajudicial que leva à outorga do título ao possuidor é coerente com as normas judiciais gerais aplicáveis à aquisição originária da propriedade, como já visto, e observa o princípio do contraditório, por meio do qual o proprietário poderá exercer ampla defesa.

Com efeito, o contraditório é exercido, fundamentalmente, a partir da oportunidade de reação da parte a alguma pretensão que lhe seja

desfavorável, a partir do momento em que, pessoalmente, dela tome ciência.

Essa oportunidade está contemplada expressamente na Lei 11.977/2009 (art. 57), a partir da notificação prévia do proprietário da área, ao se iniciar o procedimento de regularização, antes da averbação do auto de demarcação e antes do registro do título de legitimação. A partir dessa notificação, estará aberta ao proprietário oportunidade para deflagrar o contraditório e exercer a mais ampla defesa de sua propriedade, mediante impugnação perante o Registro de Imóveis, como previsto na lei, ou, se preferir, por outros meios, inclusive judiciais.

É esse o mecanismo pelo qual se colocam em prática os princípios da ampla defesa e do contraditório, para o que é indispensável que o ordenamento ofereça oportunidade ou, como observa Cândido Dinamarco, “deve conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove (...)*. Diz-se então que o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos desfavoráveis, seja que eles venham da parte contrária ou do juiz (...)”, sendo certo que “a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado.”<sup>29</sup>

No caso da aquisição pela via da legitimação de posse regulada pela Lei 11.977/2009, o oficial do Registro de Imóveis, ao notificar o proprietário, transmite-lhe uma informação que dará possibilidade de opor resistência, colocando em prática o binômio *informação + resistência* caracterizador do contraditório.

Dada essa concepção, a reação do proprietário será eventual, como ensina La China,<sup>30</sup> porque só poderá se manifestar se houver lesão ou ameaça de

---

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 126/127.

<sup>30</sup> Apud Nelson Nery Júnior. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1996, p. 28: “...il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sia resa possibile!), in L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile, Milano, 1970, p. 394). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, in *Execução civil*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, nº 100, p. 168 e nota 10.

lesão a direito, mas é legalmente viável porque previsto meio específico de impugnação da demarcação e da legitimação da posse, seja nas disposições da própria Lei 11.977/2009 ou nos termos da lei processual.

No contexto da *ordem urbanística* popular, a desjudicialização, além de contribuir para aliviar uma sobrecarga desnecessariamente imposta ao Judiciário, constitui importante instrumento de realização da função social da propriedade, devendo-se ter presente, como observa Marco Aurélio Bezerra de Melo, que sempre que se possa obter “um resultado justo para alguma pretensão e esta puder ficar a cargo das partes e de outros agentes do Estado, é legítima a busca desse procedimento que além de ser mais efetivo é também o que acarreta menores ônus para o Estado e para as partes.”<sup>31</sup>

Em suma, não obstante a desjudicialização seja a regra no procedimento de legitimação de posse para fins de outorga de propriedade nos assentamentos irregulares, não está afastada a possibilidade de intervenção do Judiciário para apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão do direito do titular do domínio, assegurada a ele a oportunidade de deflagrar o contraditório e manifestar sua pretensão, seja perante o oficial do Registro de Imóveis, seja em juízo, antes do registro da demarcação e mesmo depois, até que se esgote o prazo de cinco anos a contar do registro do título de legitimação da posse.

## **6 - Eventuais impugnações ao procedimento**

Nos últimos anos o legislador vem buscando meios de simplificar e agilizar a regularização fundiária, e, nesse sentido, concebeu a usucapião coletiva em áreas urbanas.<sup>32</sup>

Nessa modalidade, será atribuída a cada possuidor uma fração ideal da

---

<sup>31</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse...*, cit., p. 142.

<sup>32</sup> Estatuto da Cidade: “Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”

área, que se vinculará à unidade imobiliária ocupada, tal como ocorre, *modus in rebus*, num condomínio por unidades imobiliárias autônomas.

Sabendo-se das dificuldades para se processar uma usucapião individual, é fácil perceber que a usucapião coletiva agrega novos obstáculos, inclusive formais, e multiplica as dificuldades usuais do procedimento, relacionadas a citações, levantamentos demarcatórios, discriminação das frações ideais e sua vinculação às unidades, cadastramento dos moradores etc.

A demarcação e a legitimação de posse reguladas pela Lei 11.977, embora não constituam procedimento de usucapião, constituem procedimento preliminar da usucapião e certamente devem superar as mesmas dificuldades do procedimento judicial de usucapião coletiva.

Além dessas dificuldades, é de se admitir que a atribuição extrajudicial da propriedade leve proprietários da área atingida, inconformados, a impugná-la judicialmente, sujeitando a contratempos os ocupantes e terceiros de boa-fé.

Como já vimos, a atribuição da propriedade por uso continuado e certo lapso de tempo não comporta, a rigor, litigiosidade, circunstância que torna admissível sua efetivação independente da intervenção judicial.

Alguns críticos do procedimento extrajudicial sugerem uma espécie de homologação judicial, sucessivamente ao procedimento administrativo, como forma de afastar o risco de impugnação.

A nosso ver, a validade e eficácia da aquisição da propriedade pela via da legitimação de posse independe de homologação judicial, até porque, como explicitamente dispõe a Lei 11.977, a concessão do título de legitimação tem como requisito legal essencial o preenchimento dos requisitos da usucapião (art. 47, VII, "a").

Disso resulta que, cumprida e exigência do art. 47, VII, "a," da Lei 11.977, a legitimação da posse e sua subsequente conversão em propriedade, são válidas e eficazes, delas decorrendo o pericimento da propriedade independente de

indenização, pois, na hipótese, terá ocorrido a aquisição em favor do possuidor que tiver exercido a posse ininterrupta e sem oposição por mais de cinco anos, para fins de moradia (Constituição da República, art. 183, e Lei 11.977, art. 47, VII, “a”).

A isso acresce que, ao tratar dos procedimentos de registro no Registro de Imóveis, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) considera inválido o registro ante nulidade de pleno direito, independente de ação direta, mas ressalva a hipótese de usucapião, dispondo que não se decretará nulidade se atingir terceiro de boa-fé que tiver preenchido os requisitos da usucapião (Lei 6.015/1973, art. 214, § 5º).<sup>33</sup> Assim, a eventual arguição de nulidade do registro ficará afastada desde que tenham sido observados com rigor o cumprimento dos requisitos da usucapião.

## 7 - Conclusão

A atribuição de título de domínio ao possuidor a partir do procedimento de legitimação da posse-moradia, nos termos da Lei 11.977/2009, tem raízes no princípio da função social da propriedade e nas diretrizes gerais da política urbana enunciadas nos arts. 182 e 183 da Constituição.

Em matéria urbanística, o princípio da função social da propriedade subordina-se ao da função social das cidades, e serve a este. Esse princípio corresponde a um poder-dever do proprietário, pelo qual se reconhece ao sujeito

ativo (proprietário) faculdade de exigir a abstenção dos sujeitos passivos (não proprietários), mas, de outra parte, se impõe ao proprietário, na condição passiva de adimplemento, o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse da coletividade.<sup>34</sup>

Coerentemente com esse princípio, no confronto entre posse e propriedade de imóvel urbano em que estejam instaladas favelas, nega-se proteção ao proprietário inerte, que tenha deixado de explorar o potencial econômico ou social do bem de que seja titular, em face daqueles que dele se apossaram e o tornaram produtivo ou útil para moradia, isto porque, como observa Marcos Alcino de Azevedo Torres, “a posse qualificada pela função social deverá prevalecer sobre a propriedade sem função social.”<sup>35</sup> É o que dispõe o § 4º do art. 1.228 do Código Civil,<sup>36</sup> pelo qual o proprietário pode ser privado do imóvel se este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, e estes houverem realizado no imóvel, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

A inércia do proprietário não é suficiente, por si só, para determinar a perda da propriedade e sua aquisição pelo possuidor, mas, não obstante, como observa Lafayette, “intervém como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo que à primeira vista se lhe atribui,” de modo

<sup>33</sup> Lei 6.015/1973: “Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no independentemente de ação direta. (...) § 5º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.”

<sup>34</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19.

<sup>35</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse...*, cit., p. 438.

<sup>36</sup> “Art. 1.228. ... § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

que, “se se conserva na inércia e deixa correr o prazo que a lei lhe concede, a culpa é sua: o direito não lhe foi violentamente arrebatado, mas por sua negligência permitiu que lhe fosse tirado. Há, sem dúvida, em obrigá-lo a obrar dentro do prazo marcado, uma certa coação; mas é um sacrifício que o bem geral impõe ao interesse particular.”<sup>37</sup>

O Capítulo III da Lei 11.977/2009 transpõe para o direito positivo o reconhecimento da eficácia jurídica da posse com função social, e, para maior celeridade de sua conversão em propriedade, admite seja a usucapião processada extrajudicialmente.

Por esse meio, desata amarras que, no âmbito judicial, dificultam o acesso do possuidor ao título de propriedade.

O novo procedimento constitui importante fator de segurança jurídica e de estabilidade social nas favelas e assentamentos assemelhados.

A extrajudicialidade do procedimento se justifica, dentre outros fundamentos, pela necessidade de simplificar e desburocratizar os meios de realização da função social da propriedade e das cidades, e contribui decisivamente para consecução dessas funções, não havendo no procedimento regulamentado pela Lei 11.977/2009 afronta alguma aos requisitos da aquisição da propriedade por usucapião, nem às garantias constitucionais do direito de propriedade, desde que cumprida sua função social, e, ainda, os requisitos do contraditório.

Justifica-se a desjudicialização também em que, desde que verificados os requisitos da prescrição aquisitiva, a legitimação da posse e sua conversão em propriedade não comportam litigiosidade, circunstância que torna desnecessária a intervenção judicial, salvo, naturalmente, nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão de direito do titular da propriedade.

A situação de perecimento do direito de propriedade assemelha-se, *modus in rebus*, à do abandono, em que a perda da propriedade se dá também em

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas. Adaptação ao Código Civil [1916]* por José Bonifácio de Andrade e Silva. Edição histórica, 1977, p. 218-220.

circunstâncias não litigiosas, não havendo razão para submeter ao Judiciário a perda da propriedade em nenhuma dessas circunstâncias.

No caso das ocupações de glebas nas favelas e assentamentos assemelhados, configura-se também uma situação de abandono, e aqui avulta a visão social e axiológica das situações possessórias, que privilegia aquele que dá utilidade prática ao imóvel, em detrimento do proprietário inerte, abrindo caminho para configuração do direito de propriedade em conformidade com o princípio constitucional da sua função social no ambiente urbano.

Nesse contexto, o *aggiornamento* da velha figura da legitimação da posse, com a desburocratização e a desjudicialização do procedimento de outorga de títulos de propriedade, pode contribuir para a realização do direito fundamental da moradia e da função social das cidades.

A par dos interesses individuais do possuidor e do proprietário (que, pela perda da propriedade, será exonerado dos encargos sobre o imóvel), a atribuição da propriedade pela via intermediária da legitimação de posse interessa a toda a sociedade, pois é elemento catalisador de inclusão e de estabilidade social.

Há impropriedades no texto legislativo, é verdade, mas tal deficiência técnico-jurídica não chega a comprometer a eficácia da lei e aplicação, sobretudo porque a conversão da posse-moradia e da posse-trabalho em propriedade atende a um só tempo aos princípios e valores constitucionais relacionados ao direito fundamental de moradia e à função social da propriedade, e é sob essa ótica que há de ser interpretado construtivamente o texto legal.

Superadas eventuais deficiências conceituais e terminológicas presentes na lei, não há dúvida de que o novo procedimento vem abrir novas e promissoras perspectivas de solução, ainda que parcial, de graves problemas urbanísticos, ambientais e de falta de titulação dos moradores dos assentamentos irregulares na zona urbana, que há muito desafiam a criatividade de urbanistas, juristas e tantos quantos se interessem pela função social das cidades, seja em relação às terras de propriedade privada ou às terras de domínio público, sobretudo onde se encontrem assentadas as favelas e outros aglomerados assemelhados. ■

# Doutrina internacional

# El fortalecimiento institucional de los registros de la propiedad

---

Fernando de la Puente Alfaro (\*)

## 1 - Introducción

El mercado inmobiliario ha demostrado en España un vigor extraordinario durante los últimos años.

De conformidad con la estadística elaborada por la Asociación Hipotecaria Española el saldo vivo de crédito hipotecario en octubre de 2005 ascendía a la cantidad de setecientos nueve mil millones de euros; en diciembre de 2006, a la cantidad de novecientos once mil millones de euros. Debemos rondar en este momento el millón de millones de euros en saldo vivo de crédito garantizado con hipoteca.

La cifra es enorme sin duda pero no es lo mas llamativo. Lo que realmente demuestra la vitalidad del mercado es que la ratio de crecimiento interanual entre 2003 y 2006 oscila entre el veinte y treinta por ciento conforme a las propias estadísticas de la Asociación Hipotecaria Española.

Este dinamismo del mercado demuestra que en un momento dado han confluído una serie de factores que han permitido una enorme velocidad de crucero. El mercado se ha comportado de una forma tremendamente rápida, ágil y flexible.

Lo que, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, es preciso resaltar es que en esta carrera de alta velocidad el instrumento que supone el Registro no se ha quedado atrás. Bien al contrario la institución del Registro de la Propiedad ha sabido acomodarse a las exigencias de una sociedad dinámica y enormemente competitiva.

Diversos estudios económicos demuestran que un Registro de la Propiedad ineficaz, lento y rígido provoca un efecto indeseado pues su ineficacia frustra operaciones en marcha y actúa como rémora a la evolución de la sociedad en vez de cómo instrumento de eficacia.

---

\* Registrador na Espanha e ex-diretor de relações internacionais do Colégio de Registradores da Espanha.

Y es que ante todo el Registro de la Propiedad debe, como instrumento al servicio de la sociedad, ser capaz de prestar el rendimiento que esta le demande. En caso contrario el Registro no servirá para aquella necesidad, la seguridad jurídica, a la que está destinado y el mercado se retraerá o buscará otros caminos para conseguir aquello que precisa.

En consecuencia un Registro de la Propiedad moderno debe ser tan rápido, ágil y flexible como la sociedad a la que sirve.

Un Registro de la Propiedad moderno debe ser rápido pues de la velocidad con que actúe dependerá la toma por los agentes económicos y por los particulares de sus decisiones. No son pocas las ocasiones en que una operación se frustra porque la información solicitada no llega a tiempo o porque la información no es precisa o es insuficiente. Pero además el Registro debe ser capaz de despachar los documentos en el más breve plazo posible, sin merma de la seguridad jurídica, con el fin de que el historial jurídico de cada finca esté actualizado permanentemente de la forma mas clara posible.

Un Registro de la Propiedad moderno debe ser ágil pues tiene que ser capaz de responder a los movimientos del mercado a la misma velocidad con que este actúa. Si se produce un incremento veloz y el Registro no es capaz de responder la rapidez en el despacho de los asuntos desaparecerá y nuevamente se frustrará el servicio que ha de prestarse a la sociedad. Para responder a la demanda el Registro tiene que ser capaz de dotarse del material humano y técnico preciso de una forma ágil soslayando procedimientos burocráticos lentos e ineficaces.

Un Registro de la Propiedad moderno debe ser flexible adaptándose a las necesidades que en cada momento le exige la prestación del servicio, acomodando sus procedimientos tanto a las nuevas regulaciones que el poder político apruebe como a los nuevos productos hipotecarios que el mercado vaya generando.

En definitiva, la realidad de una sociedad moderna es muy dinámica y el Registro o bien forma parte de esa realidad y es igualmente dinámico o

se queda al margen en cuyo caso deja de ser un instrumento hábil para convertirse en un inconveniente, un estorbo que es percibido como una molestia que hay que superar. Si llega a esta situación la institución del Registro está en trance de muerte pues la dinámica de la vida moderna rechaza todo instrumento que no se adapte a sus exigencias.

La seguridad jurídica es un valor en si mismo de cualquier sistema constitucional por lo que toda medida que vaya encaminada a su protección se enmarca en la lógica del sistema.

Pero es que además la seguridad jurídica es un valor económico. Un Estado que pretenda el fomento de la inversión, el movimiento económico y el aumento del nivel de vida de sus ciudadanos tiene que estar comprometido con la seguridad jurídica. La inversión a gran pero también a pequeña escala no se produce en un ambiente de incertidumbre. Es responsabilidad de cualquier gobierno proporcionar a sus ciudadanos, mediante la adopción de las medidas administrativas y legales que sean precisas, de la necesaria seguridad jurídica que les permita adoptar, con criterios de certidumbre, las decisiones económicas que más convenga a sus intereses.

Este documento propone una serie de medidas con las que, desde nuestra experiencia, entendemos que el Registro de la Propiedad se integra plenamente en la realidad social a que sirve y en el mercado a cuya utilidad va dirigido proporcionando el máximo nivel de seguridad jurídica.

El Registro de la Propiedad del siglo XXI tiene que responder a las exigencias que la sociedad le plantea y para ello tiene que, por un lado, estar servido de una forma profesional, lejos de rigideces que mermen su eficacia y, por otro, estar apoyado en una Institución sólida que le permita desarrollarse de una forma efectiva.

Concretando, el Registro de la Propiedad debe estar servido por profesionales independientes, imparciales, inamovibles, estables en su función, responsables de sus actos y que sean capaces de gestionar su oficina con los mismos criterios de eficacia y racionalidad que el mercado al que sirven.

De igual manera el Registro de la Propiedad debe apoyarse en un Colegio o Institución que vele por el correcto desempeño de la actividad, que defienda los legítimos intereses de los Registradores y que sirva de medio de comunicación entre los Registradores y la Administración de Justicia.

Por último y dado que el servicio que presta el Registro de la Propiedad es un servicio público, debe existir un organismo del Estado, del Ministerio de Justicia que vele por su correcta prestación mediante la ostentación de la competencia de vigilancia e inspección de los Registros. Del mismo modo debe ostentar la iniciativa ante el gobierno para el continuo mejoramiento de la prestación del servicio.

Este documento no pretende ser una recopilación de la experiencia española ni una propuesta concreta sobre cómo abordar una cuestión concreta. Por el contrario su finalidad es abstraerse de la legislación española, afirmando la existencia de unos requerimientos institucionales comunes a los sistemas que funcionan de forma eficiente. Aunque cada país parte de una realidad distinta y puede entender que la aplicación de los principios de organización puede hacerse de forma diversa, un Registro moderno debe reunir una serie de características sin las que no puede considerarse tal.

No obstante, y con la finalidad de mostrar una experiencia concreta, se hacen constar las normas del ordenamiento jurídico español en las que se plasma el principio organizativo a que se hace referencia, sin ánimo exhaustivo.

## **2 - La llevanza del Registro de la Propiedad**

### **1 - El Registrador de la Propiedad como jurista.**

Como se ha puesto de relieve el Registro de Derechos es ante todo un Registro jurídico, un Registro capaz de alterar o conformar la realidad jurídica mediante la producción de los efectos derivados del principio de fe pública registral. Esto implica que no todo derecho tiene porqué acceder al Registro pues sólo aquellos que salvan el filtro de la calificación son merecedores de protección jurídica.

La decisión de si un derecho debe o no acceder a los libros del Registro y obtener así los beneficios que este le proporciona, es una decisión jurídica, basada en el ordenamiento y en sus exigencias. Del mismo modo la negativa a que un derecho acceda al Registro es una decisión jurídica y, además, precisada de especial justificación puesto que el ciudadano debe saber cuales han sido los motivos concretos por los que se le niega la protección del Registro y los recursos o mecanismos legales que le amparan para impugnar la decisión del Registrador.

El Registrador es un gestor de la oficina pero es algo más como veremos posteriormente, es el responsable último frente a los ciudadanos y la administración de las decisiones jurídicas que se adoptan cada día. De aquí la importancia de una formación jurídica completa y global que le permita asumir la responsabilidad inherente a su función.

La formación jurídica es, evidentemente, una formación

continúa pues el ordenamiento jurídico evoluciona permanentemente. El Registrador debe estar en condiciones de aplicar en cada momento la normativa vigente.

En el ordenamiento jurídico español el carácter jurídico de la actividad del Registrador tiene su expresión, entre otros muchos, en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria:

**Artículo 18.**

Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

**Artículo 19.**

Cuando el Registrador notare alguna falta en el título conforme al artículo anterior, la manifestará a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación. Si no lo recogen o no subsanan la falta a satisfacción del Registrador, devolverá el documento para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, sin perjuicio de hacer la anotación preventiva que ordena el artículo 42 en su número 9, si se solicita expresamente.

**2 - El Registrador de la Propiedad actúa imparcialmente.**

El Registrador de la Propiedad lleva a cabo una función pública como es la de llevar la gestión del Registro de la Propiedad y, mediante su calificación, decidir si un derecho o no debe acceder al historial jurídico de una finca.

Como tal ejercicio de una función pública el Registrador de la Propiedad actúa de forma imparcial lo que implica que no sirve a los intereses de sus clientes sino a los superiores del Estado el cual, por medio de la institución registral, proporciona seguridad jurídica a sus ciudadanos. Es importante

resaltar esta circunstancia pues en ocasiones la terminología confunde los conceptos: el hecho de que el Registro de la Propiedad sea sufragado con cargo a los pagos hechos por quien reclama su actuación no implica ninguna relación de clientelismo entre el Registrador de la Propiedad y aquellos. En consecuencia el Registrador de la Propiedad, al llevar a cabo su función, no pretende satisfacer el interés particular de quien solicita la inscripción y, en consecuencia, no está sujeto a los requerimientos de este. Ciertamente el particular tiene un interés en conseguir la protección del ordenamiento jurídico pero el Registro de la Propiedad se la proporciona sólo si con ello queda salvaguardado el principio de seguridad jurídica, que es un principio que trasciende a los individuos y se integra en la estructura del Estado. De aquí que el particular no pueda exigir la protección del Registro de la Propiedad como cliente sino sólo en cuanto usuario del sistema de seguridad jurídica que le proporciona el Estado. En definitiva el Registrador de la Propiedad, al decidir sobre si un derecho debe o no acceder al Registro, está sujeto al imperio de la Ley pero no a una relación clientelar.

Para que el Registrador de la Propiedad actúe imparcialmente es imprescindible que no actúe de oficio sino a instancia o rogación de quien reclama la protección del Registro y los efectos de seguridad que este proporciona. La rogación es una garantía de imparcialidad pues la imposibilidad de que el Registrador de la Propiedad actúe de oficio impide que utilice los libros del Registro en beneficio propio o de terceros.

Otro requisito para que el Registrador de la Propiedad actúe de forma imparcial es que sea declarada su incompatibilidad para decidir en cualquier supuesto en que pueda existir un conflicto de intereses. Si el derecho que pretende acceder al contenido del Registro es titularidad del propio Registrador, de su familia, de una sociedad que le pertenece u otro supuesto similar es evidente que surge un conflicto entre su interés particular y su deber de imparcialidad. En consecuencia el ordenamiento debe establecer los mecanismos que impidan que el Registrador decida en aquellas situaciones en las que, por existir conflicto de intereses, su imparcialidad pueda quedar comprometida.

La imparcialidad del Registrador de la Propiedad se predica incluso de la propia Administración quien, cuando acude al Registro de la Propiedad, no tiene ninguna situación de preeminencia sobre el resto de sujetos jurídicos. De aquí que la Administración sea tratada exactamente igual que cualquiera que reclame la protección del Registro, pues está sujeta al principio de legalidad como lo está cualquiera en un Estado de Derecho.

La imparcialidad del Registrador de la Propiedad es una garantía en definitiva del sistema de seguridad jurídica pues al no sujetar sus decisiones más que al imperio de la Ley dispensa un trato igualitario a todos los que reclaman su ministerio.

La Legislación hipotecaria española garantiza la imparcialidad del Registrador en muy diversos preceptos aparte de los vistos en el epígrafe anterior:

#### **Artículo 6.**

La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

- a.** Por el que adquiera el derecho.
- b.** Por el que lo transmita.
- c.** Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- d.** Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.

#### **Artículo 281.**

El cargo de Registrador es incompatible con el de Juez o Fiscal Municipal o Comarcal, Notario y, en general, con todo empleo o cargo público, en propiedad o por sustitución, esté o no retribuido con fondos del Estado, de la Provincia o del Municipio.

#### **Artículo 102** del reglamento hipotecario:

Los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos. A estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes.

**Artículo 104** del Reglamento Hipotecario:

Los Registradores no sólo denegarán o suspenderán la inscripción de todo título cuando así proceda, tomando o no anotación preventiva, sino que, cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito, darán parte a la correspondiente autoridad judicial, con remisión del documento respectivo y harán constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación sin que ello implique suspensión o prórroga de la vigencia de dicho asiento.

**3 - El Registrador de la Propiedad actúa de forma independiente.**

Íntimamente ligado con lo anterior es el carácter independiente del Registrador como garantía de su actuación imparcial.

Como queda dicho la decisión de si un derecho debe o no acceder a los libros del Registro y obtener el amparo del ordenamiento jurídico es una decisión del Registrador que implica un juicio sobre el cumplimiento de las exigencias que la Ley determina para ese caso concreto.

Un juicio semejante no implica una actividad jurisdiccional que está reservada a los jueces y no se confunde por tanto con la misma. Mientras los jueces tienen la potestad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, la potestad de declarar la existencia o inexistencia de derechos, el Registrador de la Propiedad se limita a decidir si un derecho concreto y determinado debe o no acceder a los libros del Registro.

Pero en cualquier caso es una decisión jurídica que no va dirigida a la satisfacción de un individuo sino a la consecución de un entorno de seguridad jurídica. Si el Registrador de la Propiedad, como hemos visto, no está sujeto a una relación clientelar con el particular es porque actúa con independencia del interés de aquél.

Para que esta independencia sea completa el Registrador de la Propiedad debe actuar también independientemente de la Administración y por tanto

el sistema debe garantizar que el Registrador no puede ser compelido a inscribir por la Administración. El Registrador debe gozar de mecanismos de protección que le permitan rechazar cualquier pretensión de la propia Administración para que actúe de forma determinada fuera de aquellos previstos en las normas de procedimiento registral y en las Leyes.

Para que esto sea posible el Registrador de la Propiedad debe estar libre de cualquier relación de dependencia funcional o de otro tipo con la Administración pues de existir surgiría de inmediato un conflicto entre su deber de obediencia jerárquica y su deber de actuar en beneficio exclusivo de la Ley. El Registrador de la Propiedad puede por tanto incluso tener la categoría de funcionario público pero sin merma alguna de su independencia y por tanto sin relación jerárquica alguna que le imponga la obligación de inscribir o de no hacerlo.

Finalmente el Registrador de la Propiedad debe ser independiente incluso del Poder Judicial el cual tampoco puede influir en su decisión. El Registrador no es un ejecutor de las decisiones del Poder Judicial por respetables que estas sean pues su función es decidir si un derecho debe o no acceder al Registro y solo en la medida en que aquellas cumplan con los requerimientos del ordenamiento puede acceder a ello. No quiere decir esto que el Registrador pueda revisar las decisiones de los Jueces; de ningún modo. La actividad registral no actúa como una instancia dentro del proceso judicial. Es algo completamente distinto: el Registrador de la Propiedad puede rechazar la inscripción de un derecho reconocido en una resolución judicial si esta no reúne los requisitos que para dicha inscripción exige el ordenamiento;

señaladamente si el documento tiene algún defecto formal, está incompleto o manipulado de forma que no sea posible conocer indubitadamente el derecho que se debe inscribir o si no hay tracto. En cualquier caso si concurre un problema que impide la inscripción el Registrador de la Propiedad debe estar a salvo de presión o influencia del Poder judicial y el ordenamiento le debe proporcionar las herramientas para que así sea.

El carácter independiente del Registrador está reflejado en el ordenamiento jurídico español:

**Artículo 98** del Reglamento Hipotecario:

El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos.

Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.

**Artículo 99** del Reglamento Hipotecario:

La calificación registral de documentos administrativos se extenderá en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades

extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro.

**Artículo 100** del Reglamento Hipotecario:

La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

**Artículo 136** del reglamento hipotecario:

Los Registradores deberán acudir al Presidente de la Audiencia(\*) respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer de algún negocio civil o criminal, les hicieren para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios. El Presidente, en vista de la queja del Registrador, pedirá informe al Juez o Tribunal que la hubiere ocasionado, y una vez evacuado, dictará la resolución que proceda, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

El Registrador dará cuenta al Juez o Tribunal de la interposición de la queja y éstos suspenderán todo procedimiento contra el Registrador hasta la resolución definitiva del recurso, que se tramitará de oficio, con sujeción, en lo posible, a lo dispuesto en los artículos 113 y siguientes.

Cuando el Juez o Tribunal que hubiere apremiado al Registrador no esté subordinado a la Audiencia Territorial en cuya jurisdicción se halle enclavado el Registro, corresponderá la resolución del recurso de queja al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, elevándose el escrito del Registrador y reclamándose el informe del Juez por conducto de los Presidentes de las Audiencias respectivas, los cuales podrán hacer las manifestaciones que estimen pertinentes.

---

(\*) Hoy Tribunal Superior de Justicia

Contra la resolución del Presidente de la Audiencia podrá apelarse dentro de octavo día para ante el Ministerio de Justicia, que resolverá, como en el caso del párrafo anterior, la propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

#### 4 - El Registrador de la Propiedad actúa obligatoriamente cuando su actividad es rogada o solicitada.

Consecuencia de todo lo anterior es que el Registrador de la Propiedad no puede decidir si ejerce o no su función. Lo contrario sería un atentado contra el criterio de imparcialidad.

Una vez que se reclama su actuación el Registrador está obligado a ejercitarla en un sentido o en otro. Si inscribe satisfaciendo el principio de seguridad jurídica y el interés del particular que ha reclamado su actuación y si rechaza la inscripción, justificando debidamente su actuación y proporcionando al particular los medios necesarios para que conozca su motivación y los recursos previstos por el ordenamiento para impugnarla.

#### 5 - Las decisiones del Registrador de la Propiedad deben estar sujetas a un sistema de recursos rápido y eficaz.

Para evitar equívocos debe quedar claro desde el primer momento que sólo la decisión de no inscribir puede estar sujeta a recurso. El motivo para que así sea es que si el derecho ha tenido acceso al Registro está, desde ese momento, protegido por el ordenamiento jurídico y por los principios propios del sistema de Registro de derechos. La presunción de validez y eficacia que resulta del principio de legitimación registral impone que cualquiera que quiera rectificar el contenido del Registro debe interponer la correspondiente acción judicial y probar, en procedimiento contradictorio, que no se corresponde con la realidad.

Centrada pues la cuestión ha quedado dicho que la actuación del Registrador implica la decisión de rechazar la inscripción de un derecho si carece de los requisitos precisos para que así sea conforme al

ordenamiento jurídico. Consecuencia lógica de la independencia del Registrador para ejercer su función y actuar de forma imparcial es que sea susceptible de contradicción si no responde al interés de quien ha solicitado su actuación. El Registrador debe decidir en soledad con absoluta imparcialidad pero su decisión negativa a la inscripción puede ser revocada a instancia de quien tenga un interés legítimo.

La cuestión deriva a quién tiene interés legítimo para impugnar la decisión negativa del Registrador y qué mecanismos debe proporcionársele para ello. El Estado de Derecho debe restringir la legitimación para recurrir la decisión del Registrador exclusivamente a aquellas personas que puedan sufrir un perjuicio directo en su patrimonio y, en su caso, a la Administración solicitante o al ministerio fiscal. El ordenamiento debe proveer de un recurso rápido que rebaje al mínimo la situación de indeterminación o incertidumbre que se produce al rechazar la entrada de un derecho en el Registro. En consecuencia el periodo para recurrir la decisión del Registrador debe ser reducido como reducido debe ser el periodo concedido al órgano decisor para que confirme o revoque aquella.

El ambiente de celeridad y dinamismo propio de una sociedad moderna exige que las situaciones de incertidumbre se rebajen al máximo y, en consecuencia, que la Administración las despeje en el mínimo tiempo posible.

Finalmente un Estado de Derecho debe garantizar que las decisiones tomadas en el ámbito de la Administración puedan ser revisadas por los órganos jurisdiccionales. Así, si el recurso contra la decisión

negativa del Registrador se ha ventilado ante un órgano administrativo (superintendencia o similar) el ordenamiento debe proveer la posibilidad de un recurso judicial contra el mismo. Ciertamente esto implica una ralentización del sistema y el alargamiento del periodo de incertidumbre pero ante el derecho a revisar la actuación administrativa debe ceder la pretensión del mercado a que aquellos sean reducidos al máximo.

## 6 - El Registrador de la Propiedad es seleccionado objetivamente.

Hemos hablado hasta ahora de cómo debe actuar el Registrador de la Propiedad en un entorno de Registro de derechos y corresponde ahora comentar cómo debe garantizarse dicha actuación.

El Registrador de la Propiedad debe ser objeto de una rigurosa selección pues como hemos visto la actuación del Registrador va dirigida a garantizar un servicio público que asegure el principio constitucional de seguridad jurídica. En la medida que la seguridad jurídica implica seguridad económica y es un fuerte incentivo para el desarrollo económico, el Estado tiene un interés directo en que las personas encargadas del desarrollo del servicio respondan a altos niveles de competencia.

El Estado además garantiza así que el principio de idoneidad ha sido respetado para seleccionar a las personas más adecuadas para el cumplimiento del servicio público. Con un proceso de selección riguroso el Estado asume su responsabilidad de poner las condiciones necesarias para que los seleccionados en su día actúen en beneficio de la

Ley, con imparcialidad y rigurosa independencia. Si su actuación posterior no responde a estas exigencias surgen otras consecuencias de las que hablaremos posteriormente.

Dado que, como ha quedado establecido, la actividad del Registrador es esencialmente jurídica el proceso de selección debe garantizar no solamente que los aspirantes gocen de la cualidad de juristas sino específicamente que dominan las especialidades jurídicas de la función que se les puede encomendar. El dominio de la legislación civil, mercantil y relativa al Registro debe ser especialmente requerido.

El ordenamiento debe establecer un sistema de selección objetivo, que responda a parámetros preestablecidos y de conocimiento general de modo que cualquiera que reúna dichos requisitos pueda solicitar ser seleccionado para el cargo. Se rechaza cualquier situación que pueda implicar favoritismo.

En definitiva el ordenamiento ha de garantizar un sistema de selección que permita a la sociedad conocer que los nombrados lo han sido en virtud de unos méritos objetivos, predeterminados y públicos y no por otro motivo que pueda hacer dudar de su valía o independencia.

El Estado garantiza el principio de igualdad de oportunidades estimulando a la sociedad pues toda persona que reúna los requisitos preestablecidos puede acceder al cargo de Registrador de la Propiedad.

Para el Registrador de la Propiedad es un motivo de orgullo indudable el hecho de ser seleccionado pero es además una garantía de independencia pues han sido sus méritos, y no cualquier relación de dependencia, los únicos tenidos en cuenta. Puede así dedicarse al servicio para que ha sido elegido con la seguridad de que le respalda el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ejercer su función de forma imparcial, independiente y responsable.

## 7 - El Registrador de la Propiedad es inamovible.

No basta que el Registrador de la Propiedad sea seleccionado objetivamente

es además necesario que se garantice su inamovilidad; es decir, que no puede ser removido de su cargo sino en virtud de un expediente de sanción basado en una causa legalmente preestablecida y amparado en un procedimiento contradictorio.

Si objetiva ha de ser la selección del Registrador de la Propiedad objetiva ha de ser la causa de su remoción del cargo. De otro modo la actuación del Registrador estaría sujeta a la incertidumbre de su eventual remoción con evidente pérdida de imparcialidad e independencia abriendo la puerta a actuaciones absolutamente rechazables.

El ordenamiento en consecuencia debe establecer un catálogo de conductas susceptibles de sanción de forma que el Registrador de la Propiedad y el público en general sepa qué conductas no son admisibles. Debe igualmente preverse que cualquier persona que se sienta perjudicada por la actuación del Registrador pueda instar la actuación sancionadora.

Lógicamente el catálogo de infracciones debe ir acompañado de una relación de sanciones graduadas de conformidad con la gravedad de la acción ilícita. La sanción máxima es la expulsión del cargo que debe reservarse para aquellas conductas que por su gravedad pongan en entredicho el sistema de seguridad jurídica basado en criterios de igualdad e imparcialidad.

Finalmente el ordenamiento debe proveer de un procedimiento en el que el Registrador de la Propiedad sea parte pues nadie puede ser objeto de sanción sin la garantía de defensa.

#### 8 - El Registrador de la Propiedad ejerce su función de forma estable.

El Registrador de la Propiedad está al servicio de la seguridad jurídica y desarrolla su función en el ámbito de la oficina registral. Además el Registrador de la Propiedad ejerce su función de forma profesional de modo que el ejercicio de la función supone una vocación de permanencia y de medio de vida.

La seguridad jurídica es un principio de altísimo contenido jurídico y

económico que se caracteriza porque proporciona enorme estabilidad al propio ordenamiento jurídico y al entorno económico. Es por tanto un valor que debe existir siempre, en cualquier momento y no de forma esporádica o en momentos concretos. Es un marco en el que se desarrolla la vida civil y económica.

Las personas que están al servicio de la seguridad jurídica lo hacen en el ámbito de la oficina registral que, como conjunto de medios y personas al servicio de una finalidad específica, también tiene una vocación de permanencia y continuidad. La oficina registral está al servicio de los ciudadanos siempre y no esporádicamente o por épocas concretas: dentro de las horas de oficina su acceso es permanente a los ciudadanos pues el servicio que presta de proporcionar acceso a la seguridad jurídica es de demanda permanente por parte de la sociedad.

En consecuencia el cargo de Registrador, en cuanto persona a cargo de la oficina registral y encargado de la función pública de proporcionar acceso a los ciudadanos a la seguridad jurídica, debe igualmente tener vocación de permanencia.

Los objetivos permanentes no casan con las situaciones transitorias; es un contrasentido lógico.

Una vez seleccionado, y fuera de los casos de remoción del cargo por expediente sancionador, el Registrador debe prestar su servicio con carácter permanente hasta su jubilación.

De otro modo se incurren en graves contradicciones: No podemos afirmar que es precisa una formación jurídica rigurosa y especializada para el ejercicio del cargo y al mismo tiempo afirmar que este tiene fecha de caducidad. La desproporción entre la inversión realizada de estudio y preparación y la temporalidad de lo conseguido es tan grande que implica una fuerte desincentivación para presentarse a la selección. La consecuencia inmediata es que se rompe la finalidad de que sean los mejores los que se presenten a la selección pues a aquellos sencillamente no les merece la pena.

Por el mismo motivo no se puede afirmar que la actividad del Registrador de la Propiedad precisa de una continuidad permanente en el estudio si al mismo tiempo afirmamos que el tiempo de ejercicio es limitado. A medida que se acerca la fecha de caducidad la falta de estímulo es mayor y el sistema se degrada. La seguridad jurídica se resiente.

No podemos afirmar que la actuación del Registrador de la Propiedad ha de ser imparcial e independiente si al mismo tiempo le privamos de la necesaria estabilidad. El plazo de caducidad es una invitación directa a la realización de conductas indeseables; es cierto que la responsabilidad es siempre del individuo pero no lo es menos que el sistema debe evitar las ocasiones que le ponen en situación de dudar de su propia honestidad.

En fin es absurdo que se hable de estabilidad de las oficinas registrales y al mismo tiempo se desincentive al Registrador de la Propiedad para que invierta en ellas a largo plazo y las dote de los mejores medios y de la última tecnología. Las inversiones a largo plazo son incompatibles con las expectativas a corto.

**9 - El Registrador de la Propiedad es responsable de sus actos y de los perjuicios causados a terceros.**

Consecuencia lógica de la actuación profesional del Registrador de la Propiedad es la obligación de resarcir de aquellos daños que pueda haber causado en el ejercicio de su función. El Registrador de la Propiedad será también responsable penalmente de aquellas acciones que supongan una infracción penal y, finalmente, será responsable ante la Administración por el deficiente cumplimiento del servicio público que le ha sido encomendado.

La responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad es una responsabilidad civil, individual e ilimitada.

La responsabilidad civil es consecuencia directa del principio de especialidad registral propio de los sistemas de Registro de derechos basados en el folio real. Si la única realidad jurídicamente relevante es

la que publica el folio real de cada finca; si es el Registrador el encargado por la Ley para llevar a cabo la función de depurar el contenido del folio registral; si es el Registrador el que decide en definitiva cual es la situación jurídica de cada finca y cual es el contenido de los derechos que deben ser publicados, es obvio que cualquier tercero que confíe en esa información debe ser resarcido en caso de que sea errónea y haya sufrido un perjuicio.

El Registrador de la Propiedad debe resarcir civilmente de los daños y perjuicios causados. Es la misma responsabilidad que tiene cualquier ciudadano por causar un daño a otro: es la conocida como responsabilidad civil extracontractual; nótese, extracontractual, pues como pusimos debidamente de relieve anteriormente no existe relación contractual entre el Registrador de la Propiedad y quienes instan su actuación.

Si el Registrador inscribe indebidamente un derecho expulsa del Registro al titular anterior causándole un claro perjuicio; si el Registrador cancela indebidamente un derecho la situación es idéntica. En ambos casos se causa un perjuicio a un titular sin justa causa para ello; la negligencia del Registrador de la Propiedad genera un daño que debe ser resarcido.

El resarcimiento del daño causado incumbe al Registrador no al Estado. Aunque el registrador ejercita una función del Estado, lo hace por cuenta y delegación de aquél; en consecuencia es él, personalmente, el responsable frente al perjudicado y el único sujeto legitimado pasivamente para ser demandado por tal causa. Esto, claro está, siempre que

el Registrador goce de la independencia a que en tantas ocasiones nos hemos referido.

Como cualquier otro responsable civil, el Registrador de la Propiedad responde de los daños causados hasta el total resarcimiento de los mismos de una forma ilimitada, con todos sus bienes presentes y futuros. El tráfico inmobiliario empero se caracteriza por el manejo de grandes valores, pues el valor en cambio de los inmuebles es muy alto; en consecuencia, un sistema de Registro moderno impone a los Registradores de la Propiedad la contratación de un seguro de responsabilidad civil que asegure el cobro de las indemnizaciones por terceros y, al mismo tiempo, proporcione al Registrador de la Propiedad una sensación de cobertura de su función que no bloquee su actuación.

Este aspecto debe ser destacado: el temor que puede generar una responsabilidad ilimitada de valor tendencialmente ilimitado puede producir un bloqueo del ejercicio de la función. Una situación semejante es altamente desaconsejable pues produce unos efectos devastadores. Por un lado, la institución registral se resiente ya que el temor a la inscripción produce una ralentización en el despacho ágil de los documentos y en la inscripción de los derechos. Si así ocurre la sociedad considera que el Registro no funciona correctamente y presiona para que se acelere el despacho de documentos generando un círculo vicioso en el que la reacción temerosa del Registrador de la Propiedad se ve impulsada y contestada por la negativa reacción social. El resultado es muy negativo pues el Registro no es percibido como un instrumento útil que sirve al mercado ágil y rápidamente sino como una rémora, un estorbo, un inconveniente que es preciso solventar. La imagen del Registro se deteriora hasta el punto de que en vez de

ser considerado como un instrumento esencial del Estado de Derecho para proporcionar seguridad jurídica se convierte en un estorbo.

De aquí que los modernos sistemas de Registro combinen la necesaria responsabilidad del Registrador de la Propiedad con un sistema de seguro de responsabilidad civil obligatorio que garantice la agilidad del sistema.

El segundo tipo de responsabilidad del Registrador es la penal. Como cualquier otro ciudadano está viculado por el Código Penal y es responsable en la medida en que su actuación incurra en algún tipo penal. No hay especialidad alguna al respecto.

Lo que si es especial es el tercer tipo de responsabilidad a que debe hacer frente un Registrador de la Propiedad: la responsabilidad administrativa. Hemos dicho reiteradamente que el Registrador de la Propiedad actúa imparcialmente, incluso respecto de la propia Administración. Esto, empero no implica que la Administración no ostente potestad alguna sobre el funcionamiento del Registro; bien al contrario, puesto que la seguridad jurídica es un valor constitucional cuyo aseguramiento compete al Estado es evidente que corresponde a éste garantizar su efectiva prestación incluso cuando el servicio público organizado para prestarla está encomendado en un régimen semejante.

Es claro en consecuencia que imparcialidad o independencia en el ejercicio de la función no significa ausencia de la obligación de sujetarse a la disciplina de la Administración. La prestación de un servicio tan complejo como es la llevanza de un Registro de la Propiedad implica un conjunto de actuaciones severamente regladas que tienden al cumplimiento de los fines de seguridad jurídica en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos. La Administración establece multitud de normas que aseguran tanto el cumplimiento de dicha finalidad como el correcto funcionamiento de la oficina. El incumplimiento de esta normativa genera la responsabilidad del Registrador de la Propiedad frente a la Administración que la dicta. Como cualquier responsabilidad basada en la infracción de una normativa concreta exige tanto que los supuestos de infracción estén debidamente

tipificados como que las sanciones sean acordes con la gravedad de la infracción, así como la concurrencia de un procedimiento en el que el Registrador sea parte.

Compete a los órganos competentes que el Estado establezca en cada caso la instrucción del expediente sancionador y, en su caso, la imposición de la sanción.

#### 10 - El Registrador de la Propiedad debe gestionar la oficina registral con criterios empresariales.

Los modernos sistemas de gestión de los servicios públicos reservan para la gestión directa por la Administración (es decir, aquella que lleva a cabo por sí misma) aquellas parcelas que por sus especiales características no pueden ser encomendadas a los particulares como son los servicios penitenciarios, los de inspección fiscal, seguridad pública y otros semejantes.

Otros servicios públicos puede ser encomendados a los particulares quienes los gestionan con criterios propios del sector privado.

La gestión del servicio público de llevanza de las oficinas registrales es idóneo para ser llevado a cabo por particulares especialmente seleccionados en los términos que hemos estudiado y con criterios de empresa.

Solo una gestión privada es susceptible, sin merma de la garantía jurídica ni del cumplimiento de la normativa administrativa, de llevar a cabo la gestión de un servicio, como el registral, que responde directamente a las necesidades de un mercado que hemos definido como rápido, ágil y flexible.

La complejidad de la llevanza de un Registro moderno, la rapidez con que debe prestar sus servicios, la agilidad con que debe responder a las demandas de modificaciones en el número o cualificación del personal a su servicio y la flexibilidad que debe mostrar para adaptarse a las nuevas realidades que se presentan continuamente hacen imprescindible la gestión de la oficina con criterios de empresa, con los mismos criterios que el entorno al que sirve.

La anterior característica no impide para que el Registrador tenga, en su caso, la cualificación de funcionario público. De esta forma el Registrador se presenta con un doble aspecto pues como funcionario tiene encomendada por el Estado el ejercicio de una función pública como es la prestación del servicio de seguridad jurídica y se le atribuye la potestad de calificar si un derecho debe o no acceder al Registro; es decir, de depurar el contenido del folio registral estableciendo la "verdad oficial" de la situación jurídica de cada finca. Como profesional, el Registrador ejerce esa función pública con criterios empresariales de acuerdo a los más modernos sistemas de gestión.

De acuerdo con tales criterios el Registrador dispone los medios humanos y materiales necesarios para el cumplimiento de su función.

Los empleados del Registro son empleados del Registrador en régimen de relación laboral ordinaria, reciben sus emolumentos de aquél y cumplen su labor en las condiciones derivadas del contrato laboral que se haya establecido entre las partes. Este régimen imprime una tremenda agilidad a la gestión de la oficina pues es el propio Registrador el que, atendidas las necesidades del servicio, decide el número de trabajadores que son necesarios, su cualificación laboral, pacta con ellos su remuneración, la satisface cada periodo de devengo y solventa, sin trascendencia al exterior, cualquier fricción que pueda producirse, incluso el despido.

Del mismo modo el Registrador provee a la oficina de los medios materiales precisos para el cumplimiento de la función de acuerdo con los requerimientos derivados de la Leyes y de las Instrucciones

provenientes de la Administración. El funcionamiento es extraordinariamente ágil pues no sólo el Registrador de la Propiedad decide si es preciso el aumento o sustitución de los medios materiales de la oficina sino que decide cómo se financia su adquisición contratando directamente tanto con los suministradores como con las entidades de financiación. El proceso se agiliza hasta el punto de que, económicamente, no existe lapso relevante entre el momento en que la decisión empresarial se toma y se suministra el nuevo material.

La ausencia de procedimientos administrativos para la gestión de la oficina es la mejor garantía para que su funcionamiento responda a las necesidades del mercado al que sirve el Registro.

### 11 - El Registrador de la Propiedad debe tener garantizada la independencia económica.

Consecuencia lógica de lo anterior es que el Registrador no se integra en la estructura jerárquica administrativa del Estado, no depende de los presupuestos, administra con independencia económica la oficina y percibe su remuneración directamente de las personas que reclaman el ejercicio de su función.

Incluso cuando el Registrador es un funcionario con dependencia del Ministerio de Justicia no forma parte de la estructura del mismo. No está en la plantilla del Ministerio ni forma parte de su organigrama. El ejercicio independiente de su función así lo impone y aconseja como ha quedado establecido.

De aquí que el Registrador no sea remunerado con cargo a los Presupuestos del Ministerio sino que su remuneración

sea consecuencia de la gestión empresarial de la oficina del Registro.

El servicio registral es remunerado directamente por los particulares que reclaman la modificación del contenido del Registro. Tratándose de un servicio público y no existiendo una relación contractual entre el Registrador y los particulares no ha lugar a que se fije bilateralmente el precio del servicio prestado.

Tratándose de un servicio público que tiene una vocación universal, pues todos los ciudadanos tienen derecho a la seguridad jurídica, el precio del servicio ha de ser fijado por el Estado bajo los criterios de proporcionalidad y suficiencia económica de las oficinas.

En definitiva el Registrador se beneficia de la mejor gestión de la oficina pues la optimización de recursos humanos y materiales redundará en un balance positivo mientras que se perjudica de una gestión deficiente. El Registrador de la Propiedad, al actuar con criterios empresariales, es el primer interesado en el funcionamiento idóneo de la oficina.

El Registrador de la Propiedad debe dar cuenta del servicio prestado y expedir factura. El Estado debe prever un sistema de recursos que aseguren el derecho de los particulares a discutir los derechos devengados por el Registrador.

### **3 - El Colegio de Registradores**

La fortaleza institucional del Registro es una garantía de que la seguridad jurídica que presta se ponga, en las mejores condiciones posibles, al servicio de los ciudadanos.

La obligatoria dispersión geográfica de las oficinas registrales garantiza que todos los ciudadanos tengan a su alcance un Registrador de la Propiedad que les preste el servicio de seguridad jurídica. Sin embargo la dispersión entraña un grave riesgo y es que se produzca también una dispersión funcional en el sentido de que el servicio se preste de forma asimétrica en las distintas oficinas.

Esta situación contraviene el principio de igualdad jurídica de los ciudadanos ante la Ley y debe ser evitada poniendo los medios que hagan posible que el funcionamiento de las oficinas sea lo mas homogéneo posible.

La dificultad de hacerlo así se acrecienta en los tiempos actuales pues una moderna oficina exige unos medios materiales informáticos y una serie de servicios complementarios (como el acceso remoto, la interconexión entre los Registros) que son imposibles de llevar a cabo por los Registradores individualmente.

Por otro lado las fuertes inversiones que exige la moderna llevanza del Registro pueden ser imposibles de acometer por algunas oficinas aisladas o remotas que, por el escaso movimiento económico de la zona, haga inviable su realización.

Es además imprescindible que los Registradores acomoden su actuación a unos estándares de eficiencia, rapidez y agilidad que garanticen la prestación igualitaria del servicio.

Todas estas circunstancias hacen imprescindible que los Registradores estén organizados profesionalmente en forma de Colegio u otra forma jurídica que garantice los anteriores objetivos. El Colegio es obligatorio, democrático, independiente y autosuficiente.

El Colegio debe estar integrado por la totalidad de los Registradores pues de otro modo el cumplimiento de los estándares y la prestación del servicio en términos de igualdad a todos los ciudadanos no estaría asegurada.

El Colegio funciona democráticamente. Todos los Registradores están llamados a ejercer sus derechos dentro de la corporación de forma igualitaria. No existen categorías de Registradores pues todos ellos ejercen la misma función de servicio público; en consecuencia, los miembros del órgano de gobierno no tiene por ello ninguna cualificación distinta al resto de sus colegas.

El Colegio es independiente de la Administración del Estado pues, como

los Registradores, no forma parte de su estructura y se rige por criterios de gestión de empresa. Sin embargo no tiene como finalidad la llevanza de una profesión y carece en consecuencia de cualquier ánimo de lucro.

El Colegio se autofinancia pues no forma parte de la Administración del Estado. Se nutre exclusivamente con las cuotas derivadas de la colegiación obligatoria y que han de satisfacer los Registradores. Con estos fondos el Colegio debe llevar a cabo sus actividades.

Las actividades del Colegio van dirigidas por un lado a los propios Registradores, ayudándoles a que presten su servicio de la mejor manera posible, por otro lado van dirigidas a la sociedad, prestando los servicios que son supraindividuales y que los Registradores individuales no están en condiciones de prestar y a la Administración, mediante la leal colaboración en todas aquellas materias relativas al ámbito de su competencia. Así:

El Colegio coordina el ejercicio de la actividad profesional de forma que los procedimientos sean aplicados de forma similar en todo el país dictando para ello las instrucciones o recomendaciones que su órgano de gobierno estime oportunas.

El Colegio vela por la ética en el ejercicio de la profesión, ejerciendo funciones de vigilancia. Para una organización profesional esta función es de especial importancia pues el mal comportamiento de alguno de sus miembros es percibido como mal comportamiento de la totalidad.

El Colegio estudia de continuo los aspectos técnicos del ejercicio de la profesión proponiendo aquellas mejoras en la prestación del servicio que redunden en una atención a los ciudadanos. El Colegio traslada estas propuestas de mejora a la Administración y, en su caso, colabora con esta en la redacción de los proyectos legislativos al respecto.

El Colegio en la misma línea colabora con los órganos consultivos de la Administración en todos aquellos aspectos que se relacionan con la

actividad registral, prestando su asesoramiento y proponiendo las medidas que se estimen convenientes.

El Colegio organiza los servicios que sean necesarios a los Registradores para el desempeño de su función tanto en lo que se refiere a aspectos internos, como la organización del seguro de responsabilidad civil, como en lo que se refiere a los aspectos externos: organización del servicio de atención al cliente, del servicio de reclamaciones, del servicio de información a profesionales, de tramitación de documentación de y hacia países extranjeros...

El Colegio impulsa la modernización tecnológica de los Registros. Este es un punto crucial pues, como ya hemos afirmado, la revolución tecnológica al servicio de los ciudadanos tiene en los Registros de la Propiedad uno de sus campos de acción más señalados. El Colegio así fomenta, impulsa, organiza y provee los medios necesarios para que todos los Registros dispongan de los medios tecnológicos necesarios para proporcionar información actualizada y en línea de las titularidades inmobiliarias, para que todos los Registros dispongan de herramientas informáticas que les permitan despachar la documentación de la forma más eficiente y para que, en definitiva, las ventajas de las nuevas tecnologías estén al alcance, en esta materia, de todos los ciudadanos del país.

#### **4 - La Dirección General de los Registros, superintendencia u organismo de la Administración que sirva a los mismos fines.**

Aunque el funcionamiento de la oficina registral sea independiente y aunque exista una organización supraindividual que organice al conjunto de Registradores no debemos olvidar que el servicio que se presta es un servicio público y que, como tal, su titularidad pertenece al Estado mediante el cual lleva a cabo sus fines y entre ellos el de proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos.

De aquí que debe existir un órgano administrativo que tenga por objeto la

dirección, vigilancia e inspección de la función registral.

Este órgano debe depender del Ministerio de Justicia, en el que ha de estar integrado pues es un órgano de la Administración, ya que la función registral es esencialmente jurídica.

**Artículo 259** de la Ley Hipotecaria

Los Registros de la Propiedad dependerán del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Como órgano de dirección elabora los proyectos legislativos relativos a la organización de los Registros de la Propiedad e informa al resto de los Ministerios en aquellos otros proyectos que desarrollan en el ámbito de sus competencias pero que afectan a la materia registral.

También como órgano de dirección resuelve, en vía exclusivamente administrativa y sin perjuicio del eventual recurso judicial, los recursos que puedan producirse contra las calificaciones negativas de los Registradores y contra los honorarios que se hayan devengado por el despacho de documentos.

Como órgano de dirección organiza los procedimientos de selección de los nuevos Registradores así como los procedimientos de traslado, jubilación y renuncia.

Como órgano de dirección recaba información de los Registros para conocer cual es el estado a nivel nacional en cuanto al registro de fincas, al número de hipotecas, y, en general, al movimiento inmobiliario. Esta trascendental información tiene una extraordinaria

relevancia económica y es la base de la toma de decisiones macroeconómicas por el gobierno.

Finalmente, el órgano administrativo determina, a la luz de los datos de que dispone, el número de Registros que son precisos, su ubicación y su competencia territorial de forma que el servicio público sea prestado de la forma mas eficaz posible.

Como órgano de vigilancia y control, ejerce las competencias de inspección de los Registros instruyendo los expedientes sancionadores y dictando en el ámbito administrativo, y sin perjuicio del eventual recurso judicial, las resoluciones de sanción que sean procedentes.

Recibe las denuncias de los particulares y les da el cauce procedimental que corresponda.

## Conclusiones

- 1** - Un Registro de la Propiedad moderno es imprescindible para el Estado que, por su medio, cumple con su obligación de crear un entorno de seguridad jurídica para sus ciudadanos y mediante el cual se estimula el movimiento de la economía y el aumento de su nivel de vida.
- 2** - El Registrador de la Propiedad debe ser un jurista pues el servicio público que desempeña es de naturaleza jurídica.
- 3** - El Registrador de la Propiedad actúa con imparcialidad y no tiene una relación contractual con los particulares que instan su actuación. La imparcialidad se predica incluso de la Administración y del Poder Judicial sin que ello suponga una invasión de las competencias de estos.

- 4** - El Registrador de la Propiedad actúa con independencia pues no se integra en la Administración ordinaria del Estado ni en el Poder Judicial. Este carácter no es incompatible con la cualidad de funcionario.
- 5** - La actuación del Registrador de la Propiedad es obligatoria cuando es objeto de rogación. El Registrador de la Propiedad no puede decidir si actúa o no.
- 6** - Las decisiones negativas del Registrador de la Propiedad deben estar sujetas a un sistema de recurso rápido y eficaz.
- 7** - El Registrador de la Propiedad es seleccionado objetivamente de acuerdo con requisitos y procedimientos preestablecidos.
- 8** - El Registrador de la Propiedad es inamovible en el ejercicio de su función salvo como sanción y en virtud de un expediente en el que haya sido oído.
- 9** - El Registrador de la Propiedad ejerce su función de forma estable de modo que pueda tomar decisiones y hacer previsiones a largo plazo en beneficio del servicio.
- 10** - El Registrador de la Propiedad es responsable civilmente de los daños que haya causado por su acción u omisión. Debe proveerse de un seguro que garantice que los terceros perjudicados sean resarcidos.
- 11** - El Registrador de la Propiedad es responsable ante la Administración del correcto desempeño de su función y puede ser sancionado de acuerdo a causas y en virtud de procedimientos preestablecidos.
- 12** - El Registrador de la Propiedad gestiona la oficina del Registro con criterios empresariales y de acuerdo con los modernos sistemas de gestión.
- 13** - El Registrador de la Propiedad es independiente económicamente respecto de la Administración y no se integra en su presupuesto.
- 14** - El conjunto de Registradores de la Propiedad se organizan obligatoria y colectivamente en una corporación asociativa de tipo colegial. El Colegio es independiente de la Administración, funciona democráticamente, se autogestiona y es financieramente autosuficiente. Presta servicios a los propios colegiados, a la Administración del Estado y a los particulares.
- 15** - Ha de existir un órgano, en el ámbito del Ministerio de Justicia, que tenga encomendadas las competencias relativas a la dirección, vigilancia e inspección de los Registros de la Propiedad. ■

O registro de ações e  
decisões judiciais  
– Qualificação do registro e  
os poderes do registrador \*

---

Mônica Jardim (\*2)

## 1 - Nota Prévia

No sistema registral português encontra-se consagrado o princípio da legalidade, no art. 68º do Código do Registo Predial<sup>1</sup>. De acordo com esse preceito, o registrador português deve pronunciar-se sobre a viabilidade do pedido de registo à luz das normas legais aplicáveis<sup>2</sup>, dos documentos apresentados e dos registos anteriormente lavrados.

Devendo, para tal, apreciar:

- a identidade entre o prédio a que se refere o ato a registrar e a correspondente descrição;
- a legitimidade dos interessados;
- a regularidade formal dos títulos referentes aos atos a registrar;
- a validade dos atos contidos nesses títulos.

Como resulta do exposto, o ordenamento jurídico português consagra o princípio da legalidade no seu sentido mais amplo, ou seja, como controle da legalidade formal e substancial dos documentos, tal como acontece nos ordenamentos jurídicos de países africanos, que mantêm em vigor o Código do Registo Predial português de 1967, bem como no sistema registral

---

\* Texto que serviu de base à apresentação feita no I Encontro de Notários e Conservadores dos Países de Língua Portuguesa, realizado em Cabo Verde, entre 23 e 25 de Julho de 2007.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil; realiza a tese de doutoramento sobre Direitos Reais e Direito Registo

<sup>1</sup> Conforme estatui o referido preceito, “compete ao conservador apreciar a viabilidade do pedido de registo, em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores, verificando especialmente a identidade do prédio, a legitimidade dos interessados, a regularidade formal dos títulos e a validade dos actos dispositivos neles contidos”.

O referido princípio encontrava-se consagrado no art. 5º do Código do Registo Predial de 1967, cuja redação era a seguinte:

“Além da regularidade formal dos actos requeridos e da legitimidade dos requerentes, incumbe ao conservador apreciar a legalidade dos títulos apresentados e a validade dos actos dispositivos neles contidos, e bem assim a capacidade dos outorgantes, em face dos títulos e dos registos anteriores.”

<sup>2</sup> Saliente-se que as disposições legais aplicáveis que devem ser tidas em conta pelo registrador não são apenas, como é evidente, as constantes do Código do Registo Predial, mas as existentes em geral no ordenamento jurídico, sejam elas de natureza substantiva civil, processual civil, urbanística, tributária, etc.

alemão, suíço, austríaco, etc., e ao contrário do que ocorre no sistema francês, belga, luxemburguês, italiano, etc.<sup>3</sup> - em que o controle recai apenas sobre a valia formal dos títulos.

A função qualificadora<sup>4</sup>, desempenhada pelo registrador português, é o meio

---

<sup>3</sup> É o princípio da legalidade em sentido amplo e rigoroso que sustenta a consagração das presunções ilidíveis decorrentes do registro (cfr. art. 7º do atual Cód. Reg. Pred. português e o art. 8º do Cód. Reg. Pred. de 1967).

São duas as presunções legais estabelecidas:

- por um lado, presume-se que o direito pertence a quem está inscrito como seu titular;
- por outro lado, presume-se que o direito existe tal como o registro o revela.

Por força dessas presunções, o titular registral, por um lado, não carece de alegar e provar fatos demonstrativos da existência, validade e eficácia do direito registrado, nem fatos pertinentes à qualificação, conteúdo e amplitude do referido direito. E, por outro, não necessita de alegar e provar que tal direito lhe pertence.

Refira-se que o ordenamento jurídico português - tal como os outros ordenamentos que consagram as supra referidas presunções - consagra, também, o princípio do trato sucessivo (cfr. o art. 34º, nº 2, do atual Cód. Reg. Pred. português e o art. 13º, nº 2, do Cód. Reg. Pred. de 1967), pois, como a lei estabelece que o registro faz presumir que o direito existe e pertence ao titular inscrito, não pode dispensar a intervenção deste para a realização de um registro posterior que colida com o seu. Mas, por seu turno, é a própria observância da continuidade das inscrições que reforça as presunções legais derivadas do registro e são estas que justificam a amplitude com que se encontra consagrado o princípio da legalidade em Portugal. De fato, se as referidas presunções não estivessem consagradas no sistema registral português, nada justificaria que o registrador controlasse a valia substancial dos títulos.

<sup>4</sup> Como se sabe, a qualificação consiste no ato através do qual o registrador examina os títulos apresentados e decide sobre sua admissão ou não admissão a registro.

Em Portugal o registro pode ser lavrado como:

1- Definitivo: quando o interessado solicita o registro e o registrador, após a qualificação, conclui que o registro pode ser realizado e produzir a eficácia que lhe é própria sem qualquer reserva.

2- Provisório: por dúvidas ou por natureza.

a) Os registros são lavrados como provisórios por dúvidas sempre que o registrador não os possa lavar em conformidade com o pedido, por exemplo, nas seguintes hipóteses: descumprimento do princípio do trato sucessivo; falta de prova do cumprimento das obrigações fiscais; rasuras nos documentos; falta de uma certidão, etc.

O registro provisório por dúvidas converte-se em definitivo se as referidas dúvidas forem eliminadas em seu prazo de vigência.

b) Os registros são lavrados como provisórios por natureza, apenas e somente, nas situações previstas na lei (cfr. o art. 92º do atual Cód. Reg. Pred. português e o art. 179º do Cód. Reg. Pred. de 1967).

Por exemplo, é lavrado como provisório por natureza, para além do registro das ações, o registro de hipoteca judicial antes do trânsito em julgado da sentença de condenação e as providências cautelares, antes de transitar em julgado o respectivo despacho.

O registro provisório por natureza converte-se em definitivo se ocorrer um fato que afaste a causa de provisoriedade. Assim, nos exemplos dados, quando as decisões judiciais transitem em julgado.

indispensável para que o princípio da legalidade atue e consiste em *comprovar a legalidade de forma e de fundo dos documentos apresentados, tanto por si sós<sup>5</sup>, como relacionando-os com os eventuais obstáculos que o Registro possa opor ao assento pretendido.*

No exercício da função qualificadora o registrador efetua uma “depuração” dos atos que é chamado a registrar, assegurando que o registro não seja mero arquivo de documentos, mas o crivo pelo qual passam somente os atos que o ordenamento jurídico consente.

Por outro lado, conforme estatui o art. 3º do Código do Registo Predial português, estão sujeitas a registro<sup>6</sup>:

- a)** As ações que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no artigo anterior<sup>7</sup>;
- b)** As ações que tenham por fim, principal ou acessório, a reforma, a declaração de nulidade ou a anulação de um registro ou do seu cancelamento;

---

<sup>5</sup> O “julgamento” do conservador, no que diz respeito à validade dos atos, somente pode conduzir à recusa do ato pretendido se este for nulo ou, mais rigorosamente, se for manifesta a nulidade do ato (Cfr. a al. d) do n.º 1 do art. 69º do atual Cód. Reg. Pred. português e a al. c) do n.º 1 do art. 243º do Cód. Reg. Pred. de 1967).

A regra quanto à anulabilidade e à ineficácia “em sentido estrito” é a de que as mesmas não constituem obstáculo ao ingresso definitivo no registro. A exceção verifica-se naquelas particulares situações em que o registro é feito como provisório por natureza, porque a lei impõe esse procedimento técnico. É o que ocorre quanto ao negócio jurídico suscetível de ser anulado por falta de consentimento de terceiro ou de autorização judicial, obviamente antes de sanada a anulabilidade ou de caducado o direito de a arguir. E, também, quanto ao negócio jurídico celebrado por gestor ou procurador sem poderes suficientes, antes da ratificação (cfr. art. 92º, n.º 1, alínea e) e alínea f), do atual Cód. Reg. Pred. português e o art. 179º, al. g) e h), do Cód. Reg. Pred. de 1967).

Para além desses casos particulares, em todas as outras situações, somente as nulidades absolutas obstam, em princípio, ao registro definitivo.

<sup>6</sup> O art. 3º do Cód. Reg. Pred. de 1967 tinha redação idêntica.

<sup>7</sup> O teor do art. 2º do atual Cód. Reg. Pred. português é o que de seguida se transcreve: “Factos sujeitos a registo

1 - Estão sujeitos a registo: a) Os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou a modificação dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão; b) Os factos jurídicos que determinem a constituição ou a modificação da propriedade horizontal e do direito de habitação periódica; c) Os factos jurídicos confirmativos de convenções anuláveis ou resolúveis que tenham por objecto os direitos mencionados na alínea a); d) A autorização de loteamento, seus aditamentos e alterações; e) A mera posse; f) A promessa de alienação ou oneração, os pactos de preferência e a disposição testamentária de preferência, se lhes tiver sido atribuída eficácia real, bem como a cessão da posição contratual emergente desses factos; g) A cessão de bens aos credores; h) A hipoteca, a sua cessão ou modificação, a cessão do grau de prioridade do respectivo registo e a consignação de rendimentos; i) A transmissão de créditos garantidos por hipoteca ou consignação de rendimentos, quando importe transmissão de garantia; j) A afectação de imóveis ao caucionamento das reservas técnicas das companhias de seguros, bem como ao caucionamento da responsabilidade das entidades patronais; l) A locação financeira e as suas transmissões; m) O arrendamento por mais de seis anos e as suas transmissões ou sublocações, exceptuado o arrendamento rural; n) A penhora, o arresto, a apreensão em processo de falência e o arrolamento, bem como quaisquer outros actos ou providências que afectem a livre disposição de bens; o) O penhor, a penhora, o arresto e o arrolamento de créditos garantidos por hipoteca ou consignação de rendimentos e quaisquer outros actos ou providências que incidam sobre os mesmos créditos; p) A constituição do apanágio e as suas alterações; q) O ónus de eventual redução das doações sujeitas a colação; r) O ónus de casa de renda limitada ou de renda económica sobre os prédios assim classificados; s) O ónus de pagamento das anuidades previstas nos casos de obras de fomento agrícola; t) A renúncia à indemnização, em caso de eventual expropriação, pelo aumento do valor resultante de obras realizadas em imóveis situados nas zonas marginais das estradas nacionais ou abrangidos por planos de melhoramentos municipais; u) Quaisquer outras restrições ao direito de propriedade e quaisquer outros encargos sujeitos, por lei, a registo; v) A concessão em bens do domínio público e as suas transmissões, quando sobre o direito concedido se pretenda registar hipoteca; x) Os factos jurídicos que importem a extinção de direitos, ónus ou encargos registados.

2 - O disposto na alínea a) do número anterior não abrange a comunicabilidade de bens resultante do regime matrimonial.”

c) As decisões finais das ações referidas nas alíneas anteriores, logo que transitem em julgado<sup>8</sup>.

Consequentemente, o registro das ações e das decisões judiciais que sejam proferidas nas ações a ele sujeitas não está imune ao poder/dever de qualificação do registrador.

Ponto é saber qual a dimensão ou amplitude desse poder/dever, perante o pedido de registro de uma ação ou de uma decisão judicial<sup>9</sup>.

E isso porque, em matéria de registro das ações, o conservador não é confrontado com um título cuja valia formal ou substancial possa ser apurada, mas com os pedidos formulados numa ação judicial<sup>10</sup>, na qual caberá ao juiz verificar os pressupostos processuais e apreciar a viabilidade da pretensão deduzida pelo autor.

E, em matéria de registro de decisões judiciais, o registrador, estando perante um título, que pode padecer de invalidades formais ou substanciais, há de ter em conta as regras atinentes ao caso julgado, bem como o art. 205º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, nos termos do qual, as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades - donde, à primeira impressão, parece resultar que o não acatamento da decisão do tribunal traduzir-se-á em desobediência.

---

<sup>8</sup> Segundo o nº 2 do art. 3º do Cód. Reg. Pred. português, “as acções sujeitas a registo não terão seguimento após os articulados sem se comprovar a sua inscrição, salvo se o registo depender da respectiva procedência”. E, nos termos do nº 3 do mesmo preceito legal, “sem prejuízo da impugnação do despacho do conservador, se o registo for recusado com fundamento em que a acção a ele não está sujeita, a recusa faz cessar a suspensão da instância a que se refere o número anterior.”

<sup>9</sup> Lembramos que, em regra, o registrador português, ao qualificar, examina a possibilidade de o registro ser lavrado, tal como foi requerido, tendo em conta a valia do título em si (quer no aspecto formal quer no substancial) e, ainda, em confronto com eventuais obstáculos registraes.

<sup>10</sup> São os pedidos que devem ser especialmente mencionados no extrato da inscrição, de acordo com a alínea g) do nº 1 do art. 95º do atual Cód. Reg. Pred. português e da al. g) do nº 1 do art. 182 do Cód. Reg. Pred. de 1967.

Começamos por analisar o referido poder/dever de qualificação do registrador no domínio do registro das ações, para depois o analisarmos a propósito do registro das decisões judiciais.

## **2 - O controle da legalidade e as ações judiciais**

Em matéria de registro de ações<sup>11</sup>, cumpre antes de mais salientar que a registrabilidade do pedido formulado na ação judicial não se determina pela natureza real do direito invocado como fundamento da pretensão do autor, mas antes pelos efeitos que, através da ação, se visa produzir no conteúdo ou na titularidade de algum dos direitos taxativamente indicados no art. 2º – derivem eles de um direito real ou de um direito de crédito<sup>12</sup>. Ou seja, não é a natureza real do direito em que se funda a respectiva causa de pedir – tal como o direito processual qualifica as ações reais (cfr. art. 498º, nº 4, do C.P.C.) – que determina a sua registrabilidade. O que para esse efeito releva é, antes, a realidade das pretensões deduzidas, isto é, dos efeitos substantivos que através da

---

<sup>11</sup> “O registro de ações tem por finalidade dar conhecimento a terceiros de que determinada coisa está a ser objecto de um litígio e adverti-los de que devem abster-se de adquirir sobre ela direitos incompatíveis com o invocado pelo autor, sob pena de terem de suportar os efeitos da decisão que a tal respeito venha a ser proferida, mesmo que não intervenham no processo” (Cfr. Antunes Varela, RLJ, 103º, p. 484).

No ordenamento jurídico português o registro da ação, que é lavrado como provisório por natureza (cfr. o art. 92º, nº 1, a), do atual Cód. Reg. Pred. português e o art. 179º, a), do Cód. Reg. Pred. de 1967), é um assento registral de vigência temporalmente limitada, que publica a pendência de um processo sobre uma situação jurídica registrada ou suscetível de ser registrada. Ou, como escreveu CATARINO NUNES, Código do Registo Predial, Anotado, p. 189 e 405, o registro da ação é o registro provisório do pedido formulado pelo autor contra o réu, cuja sorte depende do resultado da ação: se esta for julgada procedente, o registro converte-se em definitivo; caso improceda, o registro provisório da ação é cancelado officiosamente (cfr. arts. 3º, nº 1, a) e b), 92º, nº 1, a), 95º, nº 1, g), e 101º, nº 2, b), todos do Cód. Reg. Pred.). Quanto à sua natureza jurídica, o registro da ação assume um duplo aspecto: do ponto de vista processual é considerado uma medida cautelar, uma vez que visa assegurar a exequibilidade da sentença que venha a julgar procedente a lide, nas mesmas condições em que o seria caso fosse proferida na data da propositura da ação. Do ponto de vista registral é um instrumento de publicidade que gera a cognoscibilidade sobre uma eventual causa de nulidade, anulação, resolução, rescisão, etc., de um fato inscrito ou suscetível de ser inscrito.

<sup>12</sup> É o que sucederá, nomeadamente com os direitos do arrendatário, do preferente convencional e do promissário, que, segundo a melhor doutrina, têm natureza obrigacional.

ação se pretende alcançar, no conteúdo ou na titularidade de algum dos direitos taxativamente definidos no art. 2<sup>o</sup><sup>13-14</sup>.

Porque assim é, o registor, ao ajuizar da viabilidade do pedido de registro de uma ação, tem, desde logo, que apurar se a ação em causa é registrável. O que o obriga a dedicar redobrada e particular atenção à interpretação dos articulados – que não poderá circunscrever-se à

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO e PAULA COSTA E SILVA, ROA, p. 202 a 205, afirmam: “Enquanto o legislador processual entende ser real a acção cuja causa de pedir se funde num direito real, podendo ser também real a pretensão deduzida, em sede do Código do Registo Predial estará sujeita a registo a acção cujo efeito útil tenha interferência sobre a estrutura objectiva ou subjectiva de um direito real. Enquanto o Código de Processo Civil atende normalmente ao fundamento da acção, para a definir como real, o Código do Registo Predial apenas se ocupa com as repercussões que uma qualquer acção possa ter sobre os direitos sujeitos a registo.

Deste modo, deverá ser registada, nos termos do artigo 3<sup>o</sup> do Código do Registo Predial, toda a acção cuja procedência implique uma alteração do conteúdo ou da estrutura de um direito real, não relevando, para efeitos de aplicação deste preceito legal, que aquela alteração resulte de uma acção fundada num direito real ou num direito de crédito, portanto quer se trate de uma acção real, quer não.

Só deste modo se obtém a finalidade do registo. Este visa tornar conhecida a situação jurídica das coisas, permitindo àquele que pretenda entrar em contacto com um direito real, cuja dinâmica se encontra sujeita a registo, conhecer a sua exacta dimensão”.

“Assim, a afirmação de que todas as acções reais, mas só elas, estariam sujeitas a registo traduz uma ideia menos correcta e, mesmo, inexacta, quando tomadas aquelas na sua acepção processual (art. 498<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 4, do C.P.C.), e só poderia ganhar alguma aceitabilidade se interpretada, cum grano salis, no sentido de que tais acções se identificariam, antes, com aquelas que se mostrem susceptíveis de obter eficácia perante terceiros ...” (cfr. Silva Pereira, Registo das Acções (Efeitos), p. 1, in <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/DOC070314-004.pdf>).

<sup>14</sup> Segundo Catarino Nunes, Código do Registo Predial anotado, 1968, pág. 177 a 179, as acções que a lei submete a registo são: a) As acções reais, que apresentem as seguintes características: - preexistência de um direito real e seu reconhecimento; - violação desse direito, e restituição ao estado anterior. São nitidamente acções declarativas de condenação (art. 4<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> e n<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>, b), do C.P.C.), uma vez que têm por fim exigir a prestação de uma coisa (ou de um fato), pressupondo (ou prevendo) a violação de um direito. É exemplo típico a acção de reivindicação (rei vindicatio), que tem por fim fazer reconhecer o direito de propriedade e restabelecer a situação anterior à violação. b) As acções constitutivas de um direito real. São acções nitidamente declarativas constitutivas, visto introduzirem uma alteração na ordem jurídica existente (art. 4<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 e 2, c), C.P.C.).

É o exemplo típico da acção de execução específica. c) As acções cujo objeto seja a apreciação da eficácia (em sentido lato) de atos ou negócios jurídicos produtores de efeitos reais de gozo ou de garantia ou com eficácia em face de terceiros, desde que os próprios atos ou negócios estejam sujeitos a registo, quer se trate de acções de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. São, por exemplo, as acções sobre nulidade ou anulabilidade, e as acções de preferência legal ou negocial. d) As acções que tenham por objecto atos ou negócios jurídicos respeitantes a arrendamento por mais de 6 anos. e) As acções da alínea b) do art. 3.

pretensão expressa pelo autor, mas tem de abarcar necessariamente os próprios fundamentos – com o objetivo de definir correta e exatamente os pedidos formulados, sob pena de, não o fazendo, poder criar situações de incerteza quanto ao objeto do registro, recusar o registro de ações registráveis ou lavrar registro de um pedido insuscetível de ser registrado, com todos os prejuízos que daí advirão para a segurança do comércio jurídico. De fato, os fundamentos da ação e o respectivo pedido têm de se relacionar de uma forma lógica e inteligível, pois, de outro modo, seria desnecessário juntar toda a petição inicial, bastando levar a registro uma simples cópia do próprio pedido<sup>15</sup>.

Acresce que a viabilidade do pedido de registro implica, no domínio do registro das ações, como em geral, a verificação casuística, em face da situação tabular existente à data da apresentação do pedido do registro, das regras técnicas que têm necessariamente de ser observadas para a prossecução dos objetivos da segurança do comércio jurídico - pressupostos processuais do registro ou requisitos de acesso ao registro -, dentre as quais cumpre salientar aquelas que se prendem não somente ao trato sucessivo na modalidade da continuidade das inscrições<sup>16</sup> mas, também, com a identidade do prédio e sua harmonização entre a matriz e o registro<sup>17</sup>.

E toda esta atividade é exigida pela segurança do comércio jurídico imobiliário, garantindo que para as tábuas seja carreada, por forma clara

---

15 Nesta atividade interpretativa não podem restar quaisquer dúvidas sobre o sentido e alcance dos pedidos que devem ser levados a registro, uma vez que está em causa a certeza e a segurança do comércio jurídico imobiliário (cfr. art. 1.º, Cód. Reg. Pred.). Registrada a ação, as tábuas devem publicitar com precisão os efeitos que, no plano do direito substantivo, serão produzidos caso o autor obtenha sentença que julgue procedentes os pedidos formulados e inscritos no registro, uma vez que, como foi salientado pelo Conselho Técnico dos Registos e do Notariado de Portugal, no parecer R.P. 23/98 DSJ-CT, BRN, nº 10/98, p. 11 e ss., “não faria sentido - e seria mesmo frustrante das expectativas tabulares abertas - que se lavrasse o registro de acção sem qualquer motivo de impedimento, que já então existia e era cognoscível, para mais tarde se vir a revelar que afinal os efeitos do caso julgado não poderiam aceder ao registro por razões tabulares que se revelavam já à data do registro da acção.”

e inequívoca, a situação jurídica dos prédios que a lei antevê para tanto necessária (cfr. art. 1º do C RP).

*Em resumo, o registrador pode e deve suscitar na qualificação do pedido de registro de ação as questões atinentes aos efeitos, em face de terceiros, que a decisão do pleito poderá produzir – sem o que não poderia sequer emitir juízo sobre a própria registrabilidade da ação – e as razões tabulares que contrariem ou revelem alguma desconformidade com os pressupostos processuais da ação.*

Assim, não obstante a verificação dos pressupostos processuais da ação e a apreciação do mérito da causa competir exclusivamente ao tribunal, que há de tomar as necessárias decisões sobre as quais se formará caso julgado, logo que insuscetíveis de recurso ordinário ou de reclamação, nos termos dos arts. 668º e 669º do C.P.C., para então se tornarem

imodificáveis e vinculativas (arts. 47º, 671º, 672º, 673º e 677º, todos, do C.P.C.), ao registrador compete, por força da função qualificadora que a lei lhe comete, apreciar a viabilidade do pedido de qualquer ato de registro – e o registro das ações, como já o dissemos, não está imune a esse procedimento – em face da legislação aplicável, dos documentos apresentados e dos registros anteriores.

De fato, não se pode confundir o ajuizar do mérito da causa com o ajuizar da viabilidade do pedido de registro, e neste segundo plano, no ordenamento jurídico português, é indiscutível a competência do conservador.

Trata-se de uma função relevantíssima que não pode ser menosprezada ou, sequer, subalternizada. O que, obviamente, contraria qualquer ideia de que a função do registrador se limita a inscrever automaticamente o pedido formulado na ação, tal como ele é formulado.

---

<sup>16</sup> Cfr. o art. 34º, nº 2, do actual Cód. Reg. Pred. e o art. 13º, nº 2, do Cód. Reg. Pred. de 1967. O princípio do trato sucessivo, na segunda modalidade, existe no direito registral português desde 1864, e é um princípio formal que visa assegurar, ao nível tabular, a sequência dos fatos publicados, dando a devida tradução e cumprimento aos próprios princípios substantivos em que se enraíza a válida oneração e aquisição dos bens. De acordo com esse princípio, o transmitente de hoje tem de ser o adquirente de ontem e o titular inscrito de hoje tem de ser o transmitente de amanhã. Enquanto pressuposto do processo registral que impõe a sequência linear e contínua dos fatos inscritos, o trato sucessivo é, de algum modo, o reflexo tabular da regra *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* que domina a aquisição derivada. Mas o princípio do trato sucessivo não se restringe à aquisição derivada, nem sequer se justifica como princípio de direito substantivo. O trato sucessivo vai buscar, antes, as suas raízes e os seus fundamentos ao princípio da prioridade do registro e às presunções que do registro derivam para o respectivo titular. Presunções ilidíveis, que asseguram, por um lado, que o direito inscrito, se existiu, ainda se conserva no seu titular, nas condições em que se encontra inscrito, e, por outro, que aquele que figura, ali, como titular, não o alienou, nem sobre ele constituiu encargos além dos que estiverem igualmente inscritos no registro. É que a proteção devida ao titular inscrito, em consequência das presunções supra referidas, conduz à inadmissibilidade de um registro não diretamente fundado na inscrição em seu nome.

Daí que o trato sucessivo se assumia como um dos pressupostos basilares do processo registral, determinando a sua inobservância, em regra, a provisoriedade por dúvidas do registro (cfr. os arts. 69º, nº 2, e 70º do atual Cód. Reg. Pred. e os arts. 178º e 243º, nº 2, do Cód. Reg. Pred. de 1967) e constituindo sua violação na realização do registro definitivo causa de nulidade deste (cfr. o art. 16º, al. e), do actual Cód. Reg. Pred. e o art. 83º, al. f), do Cód. Reg. Pred. de 1967) - Mas a atual lei permite que tal registro possa vir a ser convalidado mediante a realização da inscrição intermédia em falta, quando for esse o caso e desde que não haja, entretanto, registro da ação de declaração de nulidade (cfr. o art. 120º, nº 2, do Cód. Reg. Pred.).

<sup>17</sup> Cfr. os arts. 28º a 33º e 79º a 86º do atual Cód. Reg. Pred. português e os arts. 102º a 109º e 149º a 172º do Cód. Reg. Pred. de 1967.

Do que se deixa dito decorre, naturalmente, ser legítimo, constituindo mesmo um imperativo legal, que o registrador recuse o pedido de um registro de ação sempre que considere que o pedido nela formulado é insuscetível de ser publicitado pelo registro. Assim, por exemplo, é evidente que não pode ser lavrado o registro de uma ação de execução, o registro de uma ação onde se pretenda fazer valer um direito de crédito fora dos casos previstos no art. 2º do Código de Registo Predial ou o registro de uma ação tendente ao cancelamento de um registro onde não sejam impugnados os fatos jurídicos registrados<sup>18</sup>.

Sendo lavrado o registro do pedido quando não está em causa um fato sujeito à publicidade registral, o referido registro é neutro, ou seja, não é inexistente, nem nulo, nem inexato. É neutro, nada vale, é completamente ineficaz<sup>19</sup>.

E, como é evidente, o referido registro ineficaz não assegurará de nenhum modo os interesses visados com o registro de uma ação.

---

<sup>18</sup> De fato, se o legislador impõe que os fatos comprovados pelo registro não possam ser impugnados em juízo sem que simultaneamente seja pedido o cancelamento dos respectivos registros (cfr. o art. 8º do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 12º do Cód. Reg. Pred. de 1967) - visando, dessa forma, assegurar-se de que findarão os efeitos decorrentes do registro (nomeadamente as presunções) caso o fato jurídico registrado venha a ser declarado inexistente, nulo ou ineficaz, ou venha a ser anulado, garantindo, assim, a conformidade entre a realidade tabular e a extratabular, também é inegável que o legislador estatui, por respeito às presunções decorrentes do registro, que o cancelamento de uma inscrição registral somente pode ocorrer com base na extinção dos direitos (...) ou em execução de decisão judicial transitada em julgado (cfr. o art. 13º do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 127º do Cód. Reg. Pred. de 1967). Decisão judicial essa que há de, obviamente, ser pronunciada numa ação onde os fatos registrados sejam impugnados, uma vez que os efeitos que o registro produz se mantêm até que seja proferida decisão, transitada em julgado, que ordene seu cancelamento ou sua retificação.

Ou seja, assim como os fatos registrados não podem ser impugnados sem que em simultâneo se solicite o cancelamento do registro, também não podem ser cancelados os registros de fatos jurídicos que não tenham previamente sido impugnados de modo procedente, uma vez que só assim se respeitam as presunções decorrentes do registro.

<sup>19</sup> Uma vez que, não obstante, nos termos do artigo 14º e seguintes do atual Código de Registo Predial, as irregularidades e deficiências do registro sejam qualificadas conforme sua gravidade, como inexistência (cfr. art. 14º do Cód. Reg. Pred.), nulidade (cfr. art. 16º do Cód. Reg. Pred.) ou inexatidão do registro (cfr. art. 18º do Cód. Reg. Pred.), ninguém nega a existência de registros ineficazes.

O afirmado valia também em face do Cód. Reg. Pred. de 1967.

O registro sendo ineficaz, não servirá para assegurar o interesse do autor da ação em garantir antecipadamente a oponibilidade a terceiros da providência ou providências que o tribunal vier eventualmente a decretar, ou em impedir que os referidos terceiros possam prevalecer-se de direitos que sobre a coisa venham a adquirir do réu (ou de outrem).

E também não servirá os interesses dos “terceiros” - bem pelo contrário, pois, apesar de lhes dar conhecimento de que determinada coisa está a ser objeto de um litígio, adverte-os indevidamente que devem abster-se de adquirir sobre ela direitos incompatíveis com o invocado pelo autor, fazendo-os crer erroneamente que, se não se abstiverem de praticar tais atos, terão de suportar os efeitos da decisão que a tal respeito vier a ser proferida, mesmo que não intervenham no processo.

Ou seja, teoricamente, um registro, por ser neutro ou ineficaz, não gera vantagens nem prejuízos, mas, na prática, constitui obviamente um escolho que entrava o comércio jurídico, com prejuízo para o réu, para eventuais credores hipotecários e para o público em geral, que estará a ser mal informado e poderá ser levado a abster-se de celebrar negócios jurídicos por temer efeitos que nunca poderão produzir-se.

Por outro lado, o registrador não poderá deixar de lavrar como provisório por dúvidas o registro de ação quando os pedidos, determinando embora a registrabilidade da ação, se mostrem, face às leis aplicáveis, insanavelmente contraditórios. Será o caso, por exemplo, de os autores pedirem, cumulativamente, a declaração de invalidade do contrato de compra e venda e a resolução desse contrato por descumprimento das obrigações a que por força dele ficou adstrita a contraparte.

Em hipóteses como a apresentada, a feitura do registro definitivo não cumpriria sua finalidade - a de garantir a segurança do comércio jurídico -, dado que a situação jurídica do imóvel definida nesse registro seria equívoca e perturbante, pelos efeitos contraditórios que passariam a ser publicitados.

Nem se diga, para contrapor a esse entendimento, que não é o registro

da ação mas o registro da decisão que nela vier a ser proferida a definir esses efeitos. Uma vez que, como justamente tem sido salientado, o registro provisório da ação é a antecâmara do registro da decisão, tornando os efeitos desta, quando favorável às pretensões do autor, oponíveis a terceiros a partir da data do registro da ação<sup>20</sup>.

Donde decorre que todos os motivos tabulares que se antevejam como oponíveis ao ingresso no registro da decisão devam ser invocados como impeditivos do registro da própria ação, que relativamente àquele é antecipativo e cautelar. Pois não faria sentido - para além de frustrar as expectativas tabulares geradas - que se lavrasse o registro de ação sem qualquer motivo de impedimento, para, mais tarde, se vir a revelar que afinal os efeitos do caso julgado não poderiam aceder ao registro, por razões tabulares que se revelavam já à data do registro da ação.

Pelos mesmos motivos, também deve ser lavrado como provisório por dúvidas o registro de uma ação em que não sejam demandados todos os titulares inscritos, uma vez que, caso contrário, será violado o princípio do trato sucessivo, na segunda modalidade.

Por exemplo, se *A*, titular de um direito de preferência legal, intentar uma ação de preferência contra *B* (o obrigado à preferência) e contra *C* (o adquirente), para preferir na compra de certo e determinado prédio, mas à data da propositura da

ação, já constar como titular registal *D*, pessoa a quem, entretanto, *C* alienou o prédio, o registro não pode deixar de ser lavrado como provisório por dúvidas - para além, claro está, de o ser como provisório por natureza -, na expectativa de que estas venham a ser removidas mediante a apresentação oportuna dos documentos comprovativos da intervenção (ulterior) do titular inscrito.

Pois, se é verdade que não cabe ao conservador pronunciar-se sobre a legitimidade ou ilegitimidade das partes, o que, obviamente, compete ao tribunal, também é verdade que lhe cabe a observância das regras do registro e designadamente do princípio formal do trato sucessivo.

E não faria sentido, como inúmeras vezes foi afirmado pelo Conselho Técnico dos Registos e do Notariado de Portugal, não ser suscitada a questão da violação do trato sucessivo aquando do registro provisório da ação, quando já neste momento ela é patente - e pode, eventualmente, ainda vir a ser ultrapassada - para, posteriormente, vir a ser recusada a conversão do registro da ação, com base na referida violação, quando seja proferida sentença final favorável ao pedido.

Em resumo, ao registro predial não cabe dirimir conflitos, mas é seguramente sua função preveni-los.

Refira-se que a atuação qualificadora que deixamos descrita não poderá o conservador omiti-la, sob pena de violação grave dos poderes/deveres que a lei lhe impõe.

<sup>20</sup> Cfr. os arts. 5º, 6º, nº 3, 101º, nº 2, b), e nº 4, do atual Cód. Reg. Pred. e os arts. 7º, 9º, nº 3, 180º e 192º, f), do Cód. Reg. Pred. de 1967.

### 3 - O controle da legalidade e as decisões judiciais

É requisito de registrabilidade da decisão que esta tenha transitado em julgado (art. 3º, nº 1, al. c), do Cód. Reg. Pred.), o que equivale a dizer que a sua registrabilidade se sustenta na força do caso julgado. Por isso, sempre que este não esteja comprovado nos documentos apresentados, que nessa parte estarão omissos, tal deficiência constituirá motivo para a recusa da conversão do registro da ação e para a provisoriedade por dúvidas da inscrição autónoma do registro da decisão<sup>21</sup>. E, sempre que daqueles documentos resulte, inequivocamente, que a decisão ainda não transitou em julgado, tal conduzirá à recusa do registro, uma vez que manifestamente não comprovam o fato sujeito a registro<sup>22</sup>.

Como resulta do exposto, a força do caso julgado das decisões finais tem influência decisiva na qualificação dos atos de registro com elas relacionados.

Mas, se apenas as decisões transitadas em julgado podem ser objeto de registro, e se estas, nos termos do art. 205º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades, como é que as mesmas podem ser objeto do controle de legalidade exercido pelo conservador?

Como já o dissemos, todas as questões que incidam sobre o mérito da causa bem como aquelas que se relacionem com a verificação dos pressupostos processuais da ação, por serem da competência própria e exclusiva dos tribunais, são insindicáveis no âmbito do registro. Tal decorre, quer da força de caso julgado que tem a sentença (artigo 671º, nº 1, do Código de Processo Civil), quer do monopólio da função

---

<sup>21</sup> Cfr. os arts. 69º, nº 2, e 70º do atual Cód. Reg. Pred. os arts. 178º e 243º, nº 2, do Cód. Reg. Pred. de 1967.

<sup>22</sup> Cfr. o art. 69º, nº 1, al. b), do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 243º, nº 1, b), do Cód. Reg. Pred. de 1967.

jurisdicional, por parte dos tribunais, cujas decisões são obrigatórias para os conservadores.

Por conseguinte, não é lícito ao registrador invocar a nulidade da sentença<sup>23</sup> - caso esta não especifique os fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão, ou quando os fundamentos estejam em oposição com a decisão nem, ainda, quando o juiz tenha deixado de se pronunciar sobre questões que devesse apreciar ou tenha conhecido questões de que não podia tomar conhecimento - para, assim, recusar a conversão do registro da ação ou o registro da decisão final, na mesma medida em que não pode conhecer do mérito da decisão tomada<sup>24</sup>.

Mas se, por exemplo, a sentença não contiver a assinatura do juiz, será nula e tal nulidade é exclusivamente formal não contendendo, por isso, com o mérito da causa, podendo e devendo, conseqüentemente, o conservador recusar o correspondente registro<sup>25</sup>, enquanto a nulidade não for suprida, nos termos previstos no n° 2 do referido art. 668° do C.P.C<sup>26</sup>.

Acresce que, relativamente à vertente tabular, os poderes de qualificação do registrador são, em face das decisões judiciais, tendencialmente absolutos. A única diferença que aqui existe, em face dos títulos de natureza não judicial, verifica-se quando a questão tabular é ela própria a debatida no processo judicial. Assim, por exemplo, se a questão debatida na ação sujeita a registro é a da identidade do prédio, o registrador, obviamente, não poderá opor esse motivo de natureza tabular.

---

<sup>23</sup> As causas de nulidade da sentença estão previstas no n° 1 do art. 668° do C.P.C.

<sup>24</sup> Assim se, por exemplo, for proferida sentença que reconheça a aquisição originária de um prédio em virtude da invocação da usucapião e desse modo forem violadas as regras do urbanismo, o registrador nada poderá fazer. Não tem legitimidade para recorrer da referida decisão e mesmo que a tivesse, regra geral, só a conhece após o seu trânsito em julgado e a decisão transitada em julgado somente pode ser revista nas hipóteses previstas no art. 771° do C.P.C..

<sup>25</sup> Cfr. o art. 69°, n° 1, b), do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 243°, n°1, b), do Cód. Reg. Pred. de 1967.

<sup>26</sup> Nesse sentido, vide SILVA PEREIRA, *O princípio da legalidade, o registo das decisões finais e a força do caso julgado*, p. 13, in <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/DOC070314-004.pdf>.

Mas, quando esse não seja o caso, sempre que em causa estejam normas básicas do sistema registral e a decisão do tribunal as contrarie, é evidente que o conservador há de intervir na defesa da legalidade tabular, sem que haja qualquer violação do caso julgado. Haverá, isso sim, obstáculo ao registro imposto pelas regras de acesso dele decorrentes, nomeadamente, dos princípios da prioridade, da exatidão do registro, do trato sucessivo, etc.

Assim, não existirá ofensa do caso julgado na recusa da conversão se, por exemplo, a intervenção do titular inscrito, apesar de provocada, não tiver sido admitida, sendo a decisão proferida em ação que correu contra outrem que não o titular inscrito, uma vez que a realização do registro implicaria, obviamente, violação do princípio do trato sucessivo e das presunções que o suportam.

Também não haverá ofensa do caso julgado na recusa da conversão quando, no decurso da ação, tenha ficado provado que, afinal, o prédio objeto do direito feito valer pelo autor não é aquele sobre o qual incidiu o registro da ação<sup>27</sup>.

Vejamos mais duas hipóteses:

**1-** O juiz ordena o registro de um arresto ou de uma penhora sobre um prédio cujo direito de propriedade está inscrito provisoriamente por natureza a favor de outra pessoa que não o executado.

Na situação descrita o registro, de um arresto ou de uma penhora, não pode ser feito como definitivo, deve ser feito provisoriamente por natureza<sup>28</sup>.

**2-** Através de despacho o juiz solicita ao registrador a realização oficiosa de um registro que por lei deve ser requisitado.

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, vide SILVA PEREIRA, *O princípio da legalidade, o registo das decisões finais e a força do caso julgado*, p. 12, in <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/DOC070314-004.pdf>.

<sup>28</sup> Cfr. o artigo 92º, nº 2, alínea b), do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 179º, al. p), do Cód. Reg. Pred. de 1967.

Nessa hipótese, é evidente que o registrador há de formular um juízo de recusa, uma vez que, se lavrasse o referido registro, estaria a violar o princípio da instância, nos termos do qual o ato de registro tem de ser requerido pelo interessado com a respectiva legitimidade tabular<sup>29</sup>.

Refira-se que o caso não é acadêmico, pois ocorria com alguma frequência, antes da reforma da ação executiva realizada em Portugal, em virtude do Dec.-lei 38/2003, de 8 de março, e dizia respeito ao cancelamento do registro de penhora sobre determinado imóvel. Cancelamento esse que devia ser requerido pelo executado com base no despacho judicial transitado em julgado<sup>30</sup>.

#### **4 - Recurso do despacho do conservador**

Como resulta do até agora exposto, o registrador, após o exame que lhe é imposto pelo princípio da legalidade, pode adotar uma de três atitudes:

- admite o ato a registro;
- admite-o apenas provisoriamente;
- recusa-lhe a entrada.

No entanto, como resulta do Código de Registo Predial português, o juízo de qualificação do registrador, ou seja, a decisão de recusar o registro nos termos requeridos, pode ser objeto de recurso hierárquico ou contencioso<sup>31-32</sup>.

---

<sup>29</sup> Salvo nos casos legalmente previstos de registro oficioso, o registro efetua-se a pedido dos interessados. Ou seja, o registro é um serviço público, mas depende da atuação dos particulares, a quem cabe o impulso inicial (Cfr. art. 36º do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 4º do Cód. Reg. Pred. de 1967). As pessoas consideradas, por lei, como “interessadas” para requererem o registro são: o sujeito ativo ou passivo da relação jurídica e em geral todas as pessoas que nele tenham interesse, nomeadamente, para poder obter o registro do seu próprio fato aquisitivo.

<sup>30</sup> Nos termos do cfr. art. 101º, nº 2, f), do Cód. Reg. Pred..

<sup>31</sup> Refira-se que apesar dos arts. 140º, nº 1, 145º, e 147º, do atual Cód. Reg. Pred. - tal como os arts. 248º e 260º do Cód. Reg. Pred. de 1967. O Dec.-lei nº 533/99, de 11 de Dezembro, veio permitir o recurso direto para os tribunais, voltando-se ao regime inicialmente previsto no Código de Registo Predial de 1984 e já anteriormente no Código de 1967. Foi assim abandonado o regime de recurso hierárquico obrigatório precedido de reclamação para o próprio registrador, instituído pelo Dec.-lei nº 60/90, de 14 de fevereiro.

<sup>32</sup> O interessado pode optar pelo recurso hierárquico ou pelo contencioso, mas a interposição do recurso contencioso faz precluir o direito de interpor recurso hierárquico e equivale à desistência deste quando já interposto (cfr. nº 2 do art. 141º do atual Cód. Reg. Pred.).

Portanto, a decisão do registorador em matéria de registor de ações ou decisões judiciais, como em outras, é sempre sindicável.

Interposto recurso hierárquico para o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado e sendo o mesmo julgado procedente, deve o registorador dar cumprimento à decisão<sup>33</sup>.

Caso a decisão do presidente do Instituto dos Registos e do Notariado indefira o recurso hierárquico, a mesma não pode ser alvo de recurso. De fato, o posterior recurso contencioso é, ainda, interposto da decisão do próprio registorador<sup>34</sup>.

Se o interessado interpuser recurso diretamente para o tribunal da comarca, o juiz que tenha intervindo no processo donde conste o ato cujo registor está em causa fica impedido de julgar<sup>35</sup>.

Da sentença proferida em processo de recurso

contencioso pode sempre interpor recurso para a Relação<sup>36</sup>, para além do interessado e do Ministério Público, o registorador, para, assim, tentar evitar o trânsito em julgado e o conseqüente cumprimento obrigatório da decisão, nos termos impostos pelo art. 205.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. E isso porque, uma vez esgotados todos os graus de recurso permitidos<sup>37</sup>, o registorador tem de acatar o resultado da decisão judicial, porque ela provém do órgão de soberania com competência para administrar a justiça e como tal se lhe impõe.

O agora afirmado em nada contraria o anteriormente exposto sobre o cumprimento do princípio da legalidade em matéria de registor de ações ou decisões judiciais, porque não se pode confundir a atitude que o conservador há de assumir perante um pedido formulado numa ação judicial ou perante um título de natureza judicial que seja apresentado na conservatória para ser registorado, com aquela que o registorador há de assumir perante uma decisão

---

<sup>33</sup> Cfr. art. 144º, nº 3, do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 260º, nº 3, do Cód. Reg. Pred. de 1967, que remetia para o art. 257º, nº 3 e nº 4, do mesmo diploma legal. Cumpre dizer que apesar do Cód. Reg. Pred. se referir ao diretor-geral dos Registos e do Notariado, atualmente, o recurso é interposto para o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, de acordo com o Decreto-lei n.º 206/2006, de 27 de Outubro - que reestruturou a Direção-Geral dos Registos e do Notariado (DGRN), integrando-a na administração indireta do Estado sob a designação de Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. - e com o Dec.-lei 129/2007, de 27 de Abril - que aprovou a orgânica do novo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. Por fim, cabe salientar que a decisão do presidente do I.R.N., I.P. - tal como anteriormente acontecia com a decisão do diretor-geral - proferida no processo de recurso hierárquico não vincula outro registorador do registor predial a acolher, em casos futuros, o entendimento expresso naquela decisão. (Nesse sentido, cfr. Parecer nº 56/96, do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado, publicado no BRN, nº 1/97, p. 24, onde se pode ler: "só em matérias que não colidam com a função qualificadora do conservador, poderá a Administração ordenar aos seus serviços, mediante directivas ou circulares, que certa norma interna passe a valer com determinado sentido e alcance".

<sup>34</sup> Cfr. art. 145º do atual Cód. Reg. Pred.

<sup>35</sup> Cfr. o artigo 146º, nº 2, do atual Cód. Reg. Pred.

<sup>36</sup> Cfr. art. 147º do atual Cód. Reg. Pred. e o art. 255º, nº 1, do Cód. Reg. Pred. de 1967.

<sup>37</sup> Refira-se que, de acordo com o estatuído no nº 3 do art. 147º do Cód. Reg. Pred., do acórdão da Relação não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível.

Ao invés, o nº 2 do art. 255º do Cód. Reg. Pred. de 1967 estatua que do acórdão da Relação cabia agravo, nos termos gerais da lei de processo, para o Supremo Tribunal de Justiça.

judicial que se traduza num mandado especificamente dirigido a resolver a controvérsia suscitada por sua anterior decisão, depois de ter corrido o processo próprio de impugnação<sup>38</sup>.

## **5 - Da utilização indevida do registro das ações**

Antes de terminarmos, não podemos deixar de fazer referência a um problema que nos últimos anos surgiu em Portugal, em virtude da utilização indevida do registro das ações e que, inevitavelmente, tem posto em causa a segurança do tráfico jurídico.

Como por diversas vezes já referimos, não obstante competir ao registor ajuizar a viabilidade do pedido de registro, não lhe compete verificar os pressupostos processuais da ação nem apreciar a viabilidade da pretensão deduzida pelo autor (mérito da causa).

Pois bem, tendo isto presente, tornou-se prática, relativamente habitual, na advocacia portuguesa, alegar infundadamente fatos que suportem a formulação de um pedido suscetível de ser registrado, com o mero intuito de pressionar os réus a chegarem a um acordo.

Foi o que aconteceu na hipótese que passamos a descrever.

Um agente imobiliário foi contactado pelo proprietário de determinados imóveis, para que conseguisse encontrar compradores para os mesmos, tendo sido acordada, a título de pagamento pelos serviços prestados, uma determinada comissão sobre o preço de venda dos imóveis.

O agente imobiliário desenvolveu a sua atividade com êxito, as compras e

---

<sup>38</sup> A este propósito, vide o parecer do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado de Portugal, proferido no Processo nº 56/96 R.P. 4, BRN, nº 1/97, p. 19, onde se pode ler: “o princípio da legalidade, com a atribuição ao conservador de um poder-dever de apreciar e decidir sobre a efectuação dos registos e o princípio do controlo judicial das decisões do conservador em sede de qualificação dos registos são dois princípios igualmente estruturantes do sistema registral português”, e “nenhum deles poderá, ou deverá ser postergado”.

vendas foram realizadas, mas não recebeu a comissão previamente acordada.

Enquanto titular de um direito de crédito, é evidente que o agente imobiliário poderia ter intentado uma ação de condenação e, posteriormente, uma ação executiva para pagamento de quantia certa. E, obviamente, nenhuma dessas ações poderia ter acedido a registro. Mas não o fez. Optou por intentar diversas ações onde formulou o pedido de declaração de nulidade dos diversos negócios jurídicos alegando simulação, afirmando que o preço constante das escrituras públicas de compra e venda não coincidia com o real.

Como se sabe, tal fato, mesmo que fosse provado, não conduziria à declaração de nulidade dos negócios jurídicos.

Acresce que, caso o pedido pudesse ser julgado procedente, com base na prova de tal fato, ao autor nunca poderia ser reconhecida legitimidade para invocar a nulidade dos referidos negócios, uma vez que não poderia ser considerado “interessado” nos termos do art. 286º do Código Civil português.

No entanto, tais questões não puderam ser apreciadas pelo registrador e este, perante o pedido formulado e o art. 3º do Código do Registo Predial, não pôde deixar de efetuar o registro das ações.

É evidente que o autor tinha conhecimento do âmbito do poder de qualificação do registrador e por isso, nas referidas ações, formulou o pedido de declaração de nulidade apenas e somente para obter o correspondente registro.

Fê-lo, obviamente, como forma de pressionar o réu a pagar-lhe o valor a que entendia ter direito, uma vez que bem sabia que enquanto o registro das ações estivesse em vigor dificilmente os bens voltariam a estar no tráfico jurídico, e que tal causaria, inevitavelmente, prejuízos ao réu que, por isso, poderia ser levado a entregar-lhe o valor pretendido.

O autor utilizou, assim, o registro para um fim ilícito.

Não obstante, o réu, neste momento, apenas pode aguardar a pronúncia judicial. Posteriormente, poderá, eventualmente, intentar uma ação com o objetivo de se ressarcir dos prejuízos que lhe foram causados pelo registro das correspondentes ações.

Porque casos idênticos ao descrito têm proliferado em Portugal, cremos que se justifica uma reforma legislativa que impeça a utilização indevida do registro da ação e suas nefastas consequências para o tráfico jurídico.

A referida reforma poderia, eventualmente, estatuir o seguinte:

- 1- O interessado deve formular, primeiro, o pedido de registro da ação ao juiz.
- 2- O interessado, ao solicitar o registro da ação perante o juiz, deve apresentar prova sumária do seu direito e disponibilizar-se a indenizar os eventuais prejuízos que possam ser causados ao demandado, caso a ação venha a ser julgada improcedente.
- 3- O juiz deve analisar os efeitos em face de terceiros, que a decisão do pleito venha a produzir – sem o que não poderá emitir juízo sobre a registrabilidade da ação.
- 4- O juiz pode exigir a prestação de uma caução que considere adequada.
- 5- Caso o juiz admita o pedido formulado, impondo ou não a prestação de caução, o interessado deve solicitar o registro na conservatória do registro predial.
- 6- O registrador deve pronunciar-se sobre a viabilidade do pedido na perspectiva tabular e pode recusar o registro - tendo em conta as «razões tabulares» que contrariem ou revelem alguma desconformidade com os pressupostos processuais da ação - de forma livre e independente e em consonância com o princípio da legalidade.

7- Se o registrador recusar o registro, na hipótese de o interessado ter prestado caução, esta deve ser-lhe imediatamente restituída.

**RESUMO:** O ordenamento jurídico português consagra o princípio da legalidade no seu sentido mais amplo, ou seja, como controle da legalidade formal e substancial dos documentos.

A função qualificadora, do registrador português, é o meio indispensável para que o princípio da legalidade atue, e consiste em comprovar a legalidade de forma e de fundo dos documentos apresentados, tanto por si sós, como relacionandoos com os eventuais obstáculos que o Registro possa opor ao assento pretendido.

O registro das ações e das decisões judiciais que sejam proferidas nas ações a ele sujeitas não está imune ao poder/dever de qualificação do registrador.

Neste trabalho pretendemos apurar a dimensão ou amplitude desse poder/dever do registrador perante o pedido de registro de uma ação ou de uma decisão judicial.

Por fim, neste trabalho damos conta de um problema que nos últimos anos surgiu em Portugal, em virtude da utilização indevida do registro das ações e que, inevitavelmente, tem posto em causa a segurança do tráfico jurídico.

**Palavras chave:** Princípio da legalidade; qualificação do registrador e ações/decisões judiciais.

**Abstract:** The Portuguese Land Registration Code establishes the legality principle in a wider sense, in other words, as a control of the formal and substantial legality of documents.

The examining function of the Portuguese Head of Real Property Registry is an indispensable.

way for the performing of the legality principle, and it consists in providing the form and legality of the submitted documents, by themselves as well as by being related with the eventual obstacles which the Land Registration to the intended register.

The register of the judicial actions and of the judicial decisions is not immune to the power/duty of the Head of the Real Property Registry's qualification.

In this work we intended to determine the dimension of that power/duty before the request for register of a judicial action or of a judicial decision. Finally, this paper deals with a recently emerged issue in Portugal, due to the improper use of the register of judicial actions, which, unavoidably, has put in cause the safety of the juridical traffic.

**Keywords:** The legality principle; Head of Real Property Registry's qualification and the judicial actions/judicial decision. ■

# Decisões Administrativas

# Processo nº 2009-093690

Assunto: Consulta sobre a  
interpretação constitucional  
melhor aplicável ao art. 237

- A da lei 6.015/73 Capital

- 5º Ofício de registro geral de imóveis

- José Antônio Teixeira Marcondes

## PARECER

Trata-se de consulta deduzida pelo oficial registrador do 5º Registro de Imóveis da Capital, José Antônio Teixeira Marcondes, solicitando orientação, com regulamentação administrativa, quanto à cobrança de emolumentos tratada pela Lei nº 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, do Governo Federal.

Em síntese, pondera o consulente que o §1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 dispõe indevidamente sobre a cobrança de custas e emolumentos, matéria da competência dos Estados-Federados, razão pela qual o dispositivo seria inconstitucional.

Acrescenta o consulente que somente cabe à União, em obediência ao princípio federativo, estabelecer normas gerais sobre o tema, o que foi feito na Lei nº 10.169/2000, tendo o Estado do Rio de Janeiro, através da Lei nº 3350/99, disciplinado a questão de forma específica.

Argumenta ainda o consulente que a citada norma ofende diversos princípios tributários, como o da capacidade contributiva, já que isenta de pagamento os bancos e as construtoras.

Pontifica o consulente, ainda, a gravidade da ofensa aos arts. 150, §6º e 151, III, da CF/88, por se tratar de concessão de isenção heterônoma.

Assevera o consulente, em prol da interpretação que entende ser razoável, a circunstância da nova regra somente se aplicar aos registros e averbações gerados em conformidade com o Programa Minha Casa, Minha Vida.

Finda o consulente por deduzir três conclusões que entende cabíveis:

**1ª)** que o referido dispositivo legal não se aplica ao Estado do Rio de Janeiro em virtude do mesmo já ostentar regulamentação tributária de emolumentos específica exauriente, advinda de sua autonomia e competência constitucionais ou;

**2ª)** que o referido dispositivo legal é incapaz de gerar efeitos porque se consubstancia em modalidade de isenção heterônoma, expressamente vedada na Constituição da República, ou, ainda, dentro de um espírito público;

**3ª)** que o referido dispositivo legal somente deva ter validade dentro de uma interpretação conforme a Constituição restrita tão só às hipóteses abarcadas pelo Programa Minha Casa, Minha Vida.

Pois bem.

A norma considerada inconstitucional pelo consulente reza o seguinte:

**§1º** Para efeito de cobrança de custas e emolumentos, as averbações e registros realizados com base no *caput* serão considerados como ato de registro único, não importando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários existentes.

O aludido parágrafo relaciona-se, por óbvio, ao *caput* do art. 237-A, que tem o seguinte teor:

**Art. 237-A.** Após o registro da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento, serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas.

Sustenta o consulente que a previsão contida no §1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 tem natureza jurídica de isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, III, da CF.

Entretanto, ao contrário do sustentado pelo consulente, a previsão feita no § 1º do art. 237-A somente concerne à limitação de cobrança, como um único ato de registro, para todos os registros e averbações realizados na incorporação imobiliária até a emissão da carta de habite-se, não nos parecendo se tratar de isenção.

Com efeito, a previsão do §1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 foi realizada no exercício da competência constitucional atribuída à União, no art. 22, XXV, de legislar sobre registros públicos.

O STF, na ADIn 1.790-MC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à isenção de emolumentos dos serviços notariais e de registro, assim se manifestou, conforme indica Uadi Lammego Bullos, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, 3ª Edição, 2009, Saraiva, p. 1355:

A idoneidade em tese da disciplina de matéria tributária em medida provisória é firme na jurisprudência do Tribunal, de que decorre a validade de sua utilização para editar norma geral sobre fixação de emolumentos cartorários, que são taxas. Afirmada em decisão recente (ADI 1.800-MC) a validade em princípio da isenção de emolumentos relativos a determinados registros por lei federal fundada no art. 236, § 2º, da Constituição, com mais razão parece legítima a norma legal da União que, em relação a determinados protestos, não isenta, mas submete a um limite os respectivos emolumentos, mormente quando o conseqüente benefício às microempresas tem o respaldo do art. 170, IX, da Lei Fundamental.

Não resta dúvida, por outro lado, que a Lei nº 10.169/2000, dispondo sobre o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, conforme previsão do §2º do art. 236 da CF, estabeleceu princípios a serem seguidos pelos Estados e pelo Distrito Federal no regramento da remuneração devida pela prática dos atos dos delegatários dos aludidos serviços.

Porém, trata-se somente de regras gerais dispostas em lei ordinária passíveis de serem excepcionadas pelo legislador, o que ocorreu com a edição do art. 237-A, inserido na Lei nº 6.015/73.

Não há dúvida de que a regra estabelecida na Lei nº 10.169/2000 é a da correspondência entre o ato praticado e a remuneração do serviço, conforme se extrai do seu art. 1º, que passamos a transcrever:

**Art. 1º** Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos

emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei.

Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

Como se percebe facilmente, a regra é a de que haja adequada remuneração ao delegatário, através da taxa de emolumentos fixados pelos Estados e Distrito Federal, pelos atos que pratica.

Ocorre que a Lei nº 11.977/2009, que alterou a Lei nº 6.015/73 inserindo o art. 237-A, tem a mesma hierarquia da lei geral aludida no § 2º do art. 236 da CF, havendo, portanto, a possibilidade de alteração legislativa pela União no exercício da competência estatuída pelo art. 22, XXV, da CF.

Assim, conclui-se que a Lei nº 10.169/2000, apesar de estar fundamentada diretamente no § 2º do art. 236 da CF, foi alterada pelo art. 237-A, inserido na Lei nº 6.015/73, unicamente no que pertine à hipótese que expressamente nele restou excepcionada.

Interpretação diversa resultaria em manietar o legislador, impedindo-o de estabelecer novos regramentos em conformação com situações excepcionais que lhe parecessem importantes resguardar.

Todavia, resta ainda saber se a incidência do § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 dar-se-á somente para as hipóteses contempladas no Programa Minha Casa, Minha Vida ou não.

Pela leitura do § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73, temos que não há limitação da sua incidência aos casos do Programa Minha Casa, Minha Vida, pois a sua literalidade é clara e extreme de dúvida.

Acontece que a Lei nº 11.977/2009 prevê expressamente que *Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; (...)*, o que nos conduz à

constatação da necessidade de analisar o § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 através de outros critérios interpretativos.

Dessa forma, empregando-se a interpretação sistemático-teleológica, verificamos facilmente que o objetivo da edição da Lei nº 11.977/2009 é o de tratar da situação específica das pessoas que se enquadram no perfil dos beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida.

Nesse sentido apontam maciçamente as normas contidas na integralidade do texto da Lei nº 11.977/2009, urgindo destacar, como exemplo, os seguintes preceitos:

**Art. 2º** - O PMCMV tem como finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos, que residam em qualquer dos Municípios brasileiros.

**Art. 4º** - O Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU tem como objetivo subsidiar a produção e a aquisição de imóvel para os segmentos populacionais com renda familiar mensal de até 6 (seis) salários mínimos.

Ainda nessa linha de raciocínio, também é importante consignar que a Lei nº 11.977/2009, estimulando as construtoras a edificarem imóveis destinados às famílias de baixa renda, autoriza a União a conceder subvenção do Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU até o montante de dois bilhões e quinhentos milhões de reais (art. 5º).

Destarte, seria despropositado entender que a Lei

nº 11.977/2009, após mencionar reiteradamente seus objetivos de estímulo à construção de imóveis para as famílias de baixa renda, viesse beneficiar, com a regra do § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73, inserida em seu corpo, famílias com rendimentos outros que não se enquadrassem na diretriz básica de criação de *mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos (...)*, conforme a previsão expressa contida no supracitado art. 2º.

Vislumbra-se, assim, com a análise contextualizada das disposições da Lei nº 11.977/2009, o nítido objetivo de tornar a aquisição imobiliária, destinada à moradia, acessível às pessoas de baixa renda, afigurando-se, portanto, verdadeira ação afirmativa de concessão de benefício ao aludido grupo social.

É somente com essa interpretação que se pode compreender e dar sentido teleológico ao disposto no § 1º art. 237-A da Lei nº 6.015/73. Entendimento diverso constituiria vilipêndio à isonomia constitucional, em franco desrespeito ao princípio republicano.

Com efeito, pensar que a desoneração do pagamento de emolumentos dos atos registrares, preconizada pelo § 1º art. 237-A da Lei nº 6.015/73, também se destina àqueles que não têm as dificuldades de aquisição da moradia própria reiteradamente referidos na Lei nº 11.977/2009, é tratar igualmente pessoas com situação econômica acentuadamente diversas, em aberto confronto com o princípio constitucional da igualdade.

O STF, quanto ao entendimento do conteúdo do princípio da igualdade, assim se manifesta:

**“A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. (grifos nossos) Prestigiase a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida.”**

(MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-08, DJE de 19-12-08).

Portanto, outra não deve ser a interpretação a ser dada ao § 1º do art. 237-A em comento, sob pena de se incorrer em manifesta e odiosa inconstitucionalidade. Consigne-se, por oportuno, que deve o administrador ter seus olhos

direta e imediatamente voltados aos ditames constitucionais, para melhor compreender e aplicar as leis e demais espécies normativas hierarquicamente inferiores. Nesse sentido, temos a precisa e valiosa lição do constitucionalista Luis Roberto Barroso, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Ed. Saraiva, 2009, pág. 375, nos seguintes termos:

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

É nessa linha, portanto, em observância ao conteúdo axiológico e objetivos encampados pela Lei nº 11.977/2009, que entendo não haver outra interpretação a ser dada senão a que restringe a aplicação do § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 às famílias de baixa renda, conforme os limites então estabelecidos pela aludida lei.

Sendo assim, opino no sentido de ser publicado aviso aos registradores imobiliários no sentido de serem orientados a somente cumprir o previsto no § 1º

do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 nas situações indicadas pelo Programa Minha Casa, Minha Vida, arquivando-se em seguida os autos da presente consulta.

É o parecer que submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 2009.

FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS  
Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça

### **DECISÃO**

Acolho integralmente o parecer elaborado pelo Juiz Auxiliar, adotando como razão de decidir os fundamentos no mesmo expostos, que passam a integrar a presente decisão, e determino a expedição de aviso a fim de que os registradores imobiliários sejam orientados a cumprir o previsto no § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 somente nas situações indicadas na Lei nº 11.977/2009 - Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV.

Expeça-se aviso. Intime-se. Publique-se. Após, archive-se.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 2009.

DESEMBARGADOR ROBERTO WIDER  
Corregedor-Geral da Justiça

### **AVISO CGJ Nº 421/2009**

O Desembargador ROBERTO WIDER, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso XX do artigo 44 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro:

**CONSIDERANDO** a consulta formulada no processo administrativo protocolado sob o nº 2009-093690, no qual foi requerida orientação em

relação à cobrança de emolumentos tratada pela Lei nº 11.977/2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, do governo federal;

**AVISA** aos Senhores Oficiais do Registro de Imóveis que deverão cumprir o § 1º do art. 237-A da Lei nº 6.015/73 somente nas situações indicadas na Lei nº 11.977/2009 - Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV.

Publique-se. Após, archive-se.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 2009.

Desembargador ROBERTO WIDER  
Corregedor-Geral da Justiça

(D.J.E./RJ de 24.07.2009) ■

# Corregedoria Geral da Justiça

Processo: 2008-221348

Assunto: consulta acerca  
da cobrança do imposto sobre serviços  
de qualquer natureza - ISSQN dos  
prestadores de serviço notariais.

Personagens: Renaldo Andrade Bussiere

Comissão de Estudos das  
Questões Extrajudiciais

## **PARECER**

CONSULTA DA ANOREG ACERCA DE QUESTÕES RELATIVAS À COBRANÇA DO ISSQN DOS NOTÁRIOS E OFICIAIS DE REGISTRO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO.

OS NOTÁRIOS E OFICIAIS DE REGISTRO NÃO ESTÃO OBRIGADOS A EXIBIREM OS LIVROS PRÓPRIOS EXCLUSIVOS DA FISCALIZAÇÃO JUDICIÁRIA AOS SENHORES FISCAIS DA MUNICIPALIDADE, POSTO QUE A FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR TAIS DELEGATÁRIOS E PRIVATIVA DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 236, § 1º, CRFB/88), QUE A EXERCE ATRAVÉS DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA (ARTS. 17, §30; 40 E 42 DÇICODJERJ). POSIÇÃO PACÍFICA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDENCIA.

É INVIÁVEL A COBRANÇA CONCOMITANTE, DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, DAS TAXAS INCIDENTES SOBRE OS FUNDOS E DO ISSQN, SE NÃO APLICADA A INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 90, ~10, DO DECRETÇI LEI Nº 406/68. ASSIM, PARA O CASO ESPECIFICO DOS NOTARIOS E REGISTRADORES, O ISSQN DEVERÁ SER CALCULADO POR MEIO DE VALOR FIXO SOBRE A PESSOA FÍSICA DO DELEGATÁRIO.

Trata-se de pedido de reconsideração apresentado pela ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO RIO DE JANEIRO -ANOREG, em face da decisão do então Desembargador Corregedor-Geral da Justiça, de 02 de fevereiro passado, que reconsiderou em parte a decisão anterior de 07 de janeiro de 2009, no qual foram respondidos questionamentos apresentados a respeito da problemática jurídico-tributária relacionada à cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza dos notários e oficiais de registro.

As indagações inicialmente apresentadas, que geraram a decisão de 07 de janeiro de 2009 foram as seguintes: 1) nos municípios onde a legislação definir que a base de cálculo é a receita bruta do serviço notarial ou registral e não alíquota fixa como determina a Lei, sendo o ISSQN um imposto indireto, poderiam os emolumentos serem acrescidos, sem o consentimento

da Corregedoria Geral da Justiça, do valor do tributo devido; 2) se a alíquota do imposto deve incidir sobre os valores dos acréscimos arrecadados para os FETJ, FUNDPERJ, FUNPERJ, Mútua e Acoterj, pois não constituiriam receitas dos serviços, sendo os delegatários meros arrecadadores; e, finalmente, 3) se os notários e registradores estariam obrigados a exhibir aos senhores fiscais das municipalidades os livros exclusivos de fiscalização judiciária, haja vista que pessoas estranhas passariam a ter acesso aos valores repassados aos referidos Fundos e Mútuas?

Em parecer fundamentado acolhido pelo então Corregedor-Geral da Justiça responderam-se aos questionamentos apresentados da seguinte forma: (i) “os serviços notariais e de registro só podem cobrar dos interessados na prática de atos notariais e de registro os emolumentos previstos em Lei Estadual e os acréscimos sobre os mesmos devidos ao FETJ, FUNDPERJ, FUNPERJ, Mútua e Acoterj, não lhes sendo possível cobrar outro acréscimo relativo ao imposto sobre serviços de qualquer natureza devidos à municipalidade”; (ii) “O imposto sobre serviços de qualquer natureza não deverá incidir sobre os acréscimos arrecadados para o FETJ, FUNDPERJ, FUNPERJ, Mútua e Acoterj. Ressalto, no entanto, que o presente posicionamento não vincula os municípios, não submetidos a fiscalização da Corregedoria Geral da Justiça, servindo, para os mesmos, como uma recomendação; (iii) os notários e oficiais de registro devem exhibir para os fiscais da municipalidade devidamente identificados, quando solicitados, os livros próprios da fiscalização judiciária, os quais poderão ser examinados no interior do serviço extrajudicial. A retirada dos livros próprios da fiscalização judiciária do interior dos serviços extrajudicial dependerá de prévia autorização desta Corregedoria Geral da Justiça.

A decisão em questão foi objeto de pedido de reconsideração quanto aos itens 2 e 3, onde, em apertada síntese, alegou-se que os municípios: (a) devem promover a autuação, lançamento tributário e cobrança de ISS em estrita conformidade com o artigo 9º do Decreto nº 406/68, que reconhece que o ISS apenas pode ser cobrado dos Notários e Registradores em forma de valor fixo e não de percentual incidente sobre o preço do serviço notarial ou de registro, no caso os emolumentos, tampouco sobre os acréscimos arrecadados para o FETJ, FUNDPERJ, FUNPERJ, Mútua e Acoterj; (b)

Os municípios devem abster-se de realizar quaisquer atos de exigência de informações pertinentes a livros, inclusive o Adicional e notariais e/ou de registro, e documentos não fiscais dos notários e registradores, a uma, porque afronta o direito ao sigilo de informações assegurado pela Constituição Federal, a duas, em face da natureza dos serviços notariais e de registro que são exercidas em caráter privado, por delegação do poder público, portanto, só dizem respeito ao Notário e ao Registrador e ao Tribunal de Justiça, conforme entendimento esposado pela Corregedoria Geral da Justiça no processo nº 2007-281459, onde fica evidenciado que o município não tem competência para fiscalizar o funcionamento dos serviços extrajudiciais.

O pedido de reconsideração foi apreciado, tendo o então Corregedor-Geral da Justiça alinhado-se ao opinamento do Juiz Auxiliar da Corregedoria, autor do parecer acolhido para balizar a decisão, no sentido de indeferir o pedido de revisão em relação ao item 2, por considerar que o mesmo, ao buscar esclarecimento sobre a forma de tributação dos notários e oficiais de registro, no caso do ISSQN, trouxe fatos novos ao processo, não merecendo, portanto, acolhimento.

Todavia, constou da parte final do parecer recomendação no sentido de que fosse mantida a resposta contida na decisão anterior, ressalvando-se que a mesma foi elaborada para a situação hipotética criada no item 01, ou seja, no caso dos “municípios onde a legislação definir que a base de cálculo é a receita bruta do serviço notarial ou registral e não alíquota fixa como determina a lei”. Tendo sido destacado que a resposta não apreciou a questão da correta forma de cobrança do imposto sobre serviço de qualquer natureza incidente sobre a atividade de notários e oficiais de registro.

Quanto ao item 3, alusivo aos livros próprios da fiscalização judiciária, houve reconsideração para alterar a resposta dada, definindo-se, na decisão de 02 de fevereiro de 2009, que “A exibição pelos notários e oficiais de registro, aos Senhores Fiscais das municipalidades, dos livros exclusivos da fiscalização judiciária dependerá de prévia autorização da Presidência do Tribunal de Justiça”.

Ciente do teor da decisão que acolheu em parte o primeiro pedido de reconsideração e irresignada com os seus termos, é interposto novo pedido de reconsideração pela ANOREG.

A Associação, em princípio, insurge-se em face do trecho do parecer do Juiz Auxiliar desta Corregedoria, lavrado em decorrência da consulta originária, onde parte-se da premissa de que decidiu-se na ADIn 3089-2 que “seria possível a cobrança concomitante, dos serviços notariais e de registro, de taxa de polícia e imposto sobre serviços de qualquer natureza, eis que teriam fundamentos em fatos geradores distintos...”.

Para a ANOREG o que foi decidido na ADIn supramencionada foi tão somente a constitucionalidade da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre a prestação dos serviços notariais e de registro, ou seja, não se decidiu sobre a forma como se deveria proceder e muito menos que a mesma seria “possível” e muito menos que o seria “por terem fundamentos em fatos geradores distintos”.

Sustenta a ANOREG que a possibilidade concomitante dos serviços notariais ou de registro, taxa de polícia e imposto sobre serviços de qualquer natureza “não existe”, não porque tenham ou não fundamentos em fatos geradores distintos. A limitação, em tese, seria de índole constitucional e legal, em face da “existência de uma mesma base de cálculo” para a taxa (os emolumentos) e para o ISSQN.

Tal posicionamento é sustentado em face da vedação constante do artigo 145, §20, da Constituição Federal, reproduzido pelo artigo 194, 20, da Constituição

Estadual do Rio de Janeiro, segundo os quais as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Pondera que o próprio Órgão Especial desta Corte decidiu pela incidência do ISSQN exclusivamente sobre a pessoa física dos delegatários, compatibilizando-se tal solução com a sistemática do Decreto Lei nº 406/68, que, por seu turno, estipula que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço e ainda que, quando se tratar da prestação de serviços sobre a forma de trabalho pessoal do contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração pelo próprio trabalho.

Manifesta entendimento segundo o qual, nos termos da Lei nº 8.935/94, os notários e registradores são profissionais do direito, dotados de fé pública e que, para o efeito da legislação previdenciária e do imposto de renda, recebem tratamento tributário semelhante do profissional autônomo (liberal).

Sustenta, assim, que a única possibilidade de cobrança do ISSQN e da taxa de polícia representada pelos emolumentos, sem incorrer na alegada vedação constitucional, seria através da regra estatuída no Decreto-Lei nº 406/68, cabendo aos notários arcar com o ISSQN, através do regime de tributação especial do aludido diploma legal e o usuário dos serviços cartorários arcar com o ônus da taxa de polícia, afastando-se assim, a inconstitucionalidade da imposição de dois tributos com a mesma base de cálculo.

Cita ainda nesse sentido o posicionamento do Ministro

Sepúlveda Pertence, em pronunciamento constante de fls. 308 na já citada ADIn 3089-2, sobre a questão da concomitância de cobrança de taxa e ISSQN dos notários: "... Essa taxa é cobrada do usuário, o imposto sobre serviço é do delegatário...". Esses foram, em síntese, os argumentos apresentados em relação à questão da problemática jurídico-tributária da incidência do ISSQN sobre a atividade notarial para sustentar o pedido de reconsideração.

Foram ainda apresentadas pela ANOREG alegações para fundamentar o pedido de reconsideração em relação à fiscalização, mais especificamente sobre a questão atinente à exibição dos livros exclusivos da fiscalização judiciária aos fiscais da municipalidade, devidamente identificados, desde que previamente autorizada pela Presidência desta Corte.

Para alicerçar o pleito de reconsideração em relação ao item fiscalização, a ANOREG, *a priori*, invoca o disposto no artigo 236, §1º, da Constituição Federal, que remete à lei ordinária a tarefa de definir a fiscalização dos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Segue argumentando que esta Corregedoria Geral da Justiça se posiciona no sentido de que falta competência à municipalidade para fiscalizar o funcionamento dos serviços extrajudiciais (processo administrativo da CGJ nº 2007-281459 e Processo 2008.001.094316-4, da 4ª Vara de Fazenda Pública).

Argui ainda a ANOREG que a permissão para que outro Poder fiscalize a atividade notarial constitui renúncia ao poder de polícia do Judiciário, poder esse que tem servido de base ao Supremo Tribunal Federal para que continue a manifestar o entendimento de que é constitucional a cobrança do percentual de 20% aplicado sobre os emolumentos e que são revertidos para o FETJ.

É o relatório.

Preliminarmente, é necessário aduzir que a consulente é uma associação de profissionais que atuam na atividade notarial e registral neste Estado, dessa forma legitimada, na qualidade de representante de seus filiados, para atuar na esfera deste procedimento administrativo,

tal como expressamente dispõe o art. 5º, Inciso XXI da Constituição Federal da República.

Passando a discorrer sobre a questão atinente à fiscalização, necessário considerar, de início, que a norma constitucional do art. 236, e seus parágrafos, estabelecem, com agressiva clareza, que, ao Poder Judiciário, cabe a fiscalização dos atos praticados pelos notários e registradores.

Neste sentido, de forma pacífica, a doutrina tem se posicionado. O regime jurídico dessas atividades, segundo Alexandre Moraes (Moraes, Alexandre. *Constituição Brasileira Interpretada*. 7ª ed., p.2252/2253 e 2254, Editora Atlas S.A, 2007), está assim definido:

Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: STF - "a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto os mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput art. 175 da CF como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que constituem os serviços públicos: b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais: c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos."

Fiscalização das atividades notariais: STF - "Considerando que a fiscalização

dos serviços notariais e de registro pelo Poder Judiciário abrange não apenas os atos notariais, mas também o funcionamento de seus serviços (CF, art. 236, § 10), o Tribunal por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, confirmou decisão do STJ que negara provimento a recurso em mandado de segurança contra provimento 8/95 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, expedindo normas para o exercício da fiscalização dos serviços notariais e de registro, prevê a fiscalização administrativa das serventias, observando-se a correção dos atos, a qualidade dos serviços, o respeito à tabela de emolumentos e à extração de recibo, estipulando modelo e padronização para extrato mensal do movimento da serventia e para o relatório anual, e, ainda, o regulamenta o horário de funcionamento dos serviços” ( STF pleno -Rextr nº 255.124/RS, Rei. Min. Neri da Silveira. Informativo STF nº 264, p. 1). Em relação à competência administrativa e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça perante as serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, conferir: STF -pleno -MS nº 26.209/DF medida cautelar -Rel. Min. Gilmar Mendes, diário da justiça, Seção I, 27 out.2006, P 70”.

José Afonso da Silva (Silva , José Afonso da. *Comentário 4ª Contextual à Constituição*. Malheiros Editores, 2007, p. 876/877) assim se posiciona ao definir a natureza jurídica da função notarial e registral, demonstrando que o mister de sua fiscalização cabe ao delegante (no caso o Poder Judiciário, através da Corregedoria Geral da Justiça, conforme demonstraremos a seguir):

“4. POSIÇÃO JURÍDICA DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR. Se referidas serventias são organismos

particulares, seus titulares, o notário e o registrador ou oficial do registro, não podem ser senão também particulares, até porque as serventias não têm personalidade própria; são, como visto, organismos por eles montados para servi-los no desempenho de suas atribuições. Não se desconhece a controvérsia a respeito da posição jurídica dos titulares de serventias não oficializadas, porque a respeito do serventuário das serventias oficializadas não padece dúvida de que se trata de funcionário público sujeito ao regime estatutário do funcionalismo público, ainda que possa ser estatuto especial. Mesmo no regime constitucional anterior, vozes da mais alta qualificação jurídica já definiam a posição jurídica dos titulares de serventias nilo-oficializadas como profissionais autônomos, ou seja, profissionais sem vínculo empregatício com a Administração Pública, remunerados diretamente pelos clientes que livremente os procuram, Hely Lopes Meirelles, por exemplo, sempre incluiu os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados entre os agentes delegados, ou seja, agentes particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, embora sob a fiscalização do delegante. Esses agentes [conclui] não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria de colaboradores do Poder Público.”

Por outro lado, dispõe o art. 17, §3º, do CODJERJ: Art. 17, §3º: Como órgão de disciplina e correição dos serviços judiciais e extrajudiciais de primeira instância atuará a Corregedoria-Geral da Justiça.

O art. 40, do mesmo diploma, reza ainda:

**Art. 40:** A Corregedoria Geral da Justiça, com funções administrativas de fiscalização e disciplina será exercida pelo Corregedor-Geral da Justiça.

Em continuidade, o artigo 42 do CODJERJ dispõe ainda:

**Art. 42:** À disposição do Corregedor-Geral da Justiça poderão permanecer até 05 (cinco) juizes de direito de entrância especial para desempenho de funções de presidir inquéritos administrativos, sindicâncias e correições extraordinárias, bem como exercer, por delegação, outras atividades administrativas, inclusive as relacionadas com a disciplina e a regularidade dos serviços dos cartórios dos foros judicial e extrajudicial.

Esta Corregedoria Geral da Justiça já reconheceu, nos autos do processo nº 2007-281459 (ver fls.135), a impossibilidade do Município do Rio de Janeiro exigir alvará de licença para prática de atividades notariais e registrais, uma vez que lhe falta competência para fiscalizar o funcionamento das atividades extrajudiciais. Neste mesmo diapasão a decisão da 4ª Vara de Fazenda Pública, nos autos do processo nº 2008.001.094316-4 (ver fls.153 dos autos).

Portanto, logo de início, imprescindível reconhecer que não há qualquer sombra de dúvida sob os pontos de vista doutrinário, do legislador constituinte e também do legislador estadual infraconstitucional (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro), bem como da jurisprudência sobre a competência e a imperiosa e necessária atuação do Corregedor-Geral da Justiça para fiscalização dos titulares das serventias notariais e registrais.

Necessário ainda considerar que o legislador federal infraconstitucional assim dispôs com relação à fiscalização da autoridade tributária, através do artigo 195, do Código Tributário Nacional:

**Art. 195.** Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis

e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Já a Lei nº 8.935/94 assim dispõe quanto aos notários e registradores:

**Art. 30** Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Por tal, observa-se que a interpretação literal dos dispositivos legais acima transcritos conduz à inequívoca conclusão de que os livros notariais e de registradores não se encontram circunscritos à fiscalização da autoridade tributária da municipalidade. A uma, porque o legislador infraconstitucional não incluiu a figura dos notários e registradores entre aqueles profissionais para os quais foi expressamente determinado o afastamento de qualquer disposição legal que pudesse excluir ou limitar os direitos da fiscalização da autoridade tributária. E, a duas, porque, sem qualquer sombra de dúvida, não se pode confundir as naturezas jurídicas dos comerciantes, industriais ou produtores, nominalmente citados no aludido artigo 195 do CTN, com a natureza jurídica do notário ou registrador, expressamente definida no artigo 30, da lei nº 8.935/94. Daí a opinar-se pela reconsideração do item 3 da decisão de fls.119 e do item “b” de fls.144 para que do mesmo passe a constar que:

“Os notários e oficiais de registro não estão obrigados a exibirem os livros próprios exclusivos da fiscalização judiciária aos Senhores Fiscais da Municipalidade, posto que a fiscalização dos serviços prestados por tais delegatários é privativa do Poder Judiciário (artigo 236, § 1º da CF), através da Corregedoria Geral da Justiça (arts. 17, §30, 40 e 42 do CODJER).” Superada a questão relativa à fiscalização, e partindo da premissa de que já há definição pelo Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade da incidência exclusiva do ISSQN sobre a pessoa física dos delegatários (notários e registradores), conforme ADin 3089-2, bem como pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no Julgamento da Representação por Inconstitucionalidade nº 04/2004 (v.fl.170/179), passamos a nos manifestar sobre a problemática jurídico-tributária sobre a base de cálculo do ISSQN e a possibilidade jurídica da concomitância da cobrança do aludido imposto com a

cobrança da taxa a incidir sobre os emolumentos.

De início, verifique-se o disposto no artigo 145, §20, da Lei Maior, que dispõe:

**Art. 145,** §20 As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Na doutrina, leia-se o pensamento dos doutrinadores a seguir referidos, de saber reconhecido:

Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior (Júnior, Luiz Emygdio F. da Rosa. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 19a ed., p. 315/317, Editora Renovar, 2006), assim preleciona: “Daí o art. 145, § 20 da CF de 1988, rezar que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”. Essa redação difere da que constava do art.18, § 20 do texto constitucional anterior: “Para cobrança de taxas, não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para incidência de dos impostos”. O art. 77, parágrafo único do CTN dispõe da mesma forma que esse último dispositivo porque está de acordo com a EC nº 18 de 1965. Entendemos mais feliz a redação do dispositivo constitucional vigente por ser mais técnica e expressar melhor o objetivo da constituinte, além de ser mais abrangente. Isso porque veda não somente que o legislador adote uma base de cálculo que tenha servido para incidência dos impostos, mas também que se utilizem situações que denotem capacidade contributiva, porque essas situações, estranhas a qualquer atividade estatal, correspondem a hipótese de incidência de impostos.

Daí a lição de Bernardo Ribeiro de Moraes:

“a taxa não pode, assim, ter, como base de cálculo bases econômicas de imposto, tais como: o valor do patrimônio, a renda, o preço etc; elementos ligados à pessoa do obrigado, próprios para constituírem base de cálculo de impostos.”

Resulta de todo o exposto que a taxa, segundo o mesmo jurista, deve ter base de cálculo típica, ou seja, ser pertinente a “unidade de medidas ligadas a atuação estatal dirigida ao legislador”, e não corresponder

a situações próprias de impostos. O STF tem fulminado diversas taxas como inconstitucionais por terem base de cálculo própria de imposto, ferindo assim o art. 145, §20 da CF de 1988, podendo se citar as seguintes: a) taxa de conservação de estradas, cobrada pela utilização de serviços públicos de conservação e manutenção de estradas, sendo base de cálculo o número de hectares do imóvel rural, benfeitorias e outros fatores usados para o cálculo do imposto territorial rural; b) taxa de conservação de estradas, cuja base de cálculo era o valor do imóvel rural por já ser base de cálculo do ITR; c) taxa de serviços de estradas municipais, cuja base de cálculo consistia na quantidade de alqueires, sendo portanto a mesma do ITR. d) taxa de licença, cuja base de cálculo consistia no valor do estabelecimento, idêntica à do IPTU; e) taxa de licença, cuja base de cálculo era o piso do estabelecimento pó ser idêntica do IPTU; f) taxa de licença, cuja base de cálculo era a média das aplicações do depósito; g) taxa de licença, cuja base de cálculo era o capital da empresa; h) taxa de renovação de licença, cuja base de cálculo consistia no mínimo de empregados para a empresa; i) taxa de licença para localização cobrada por metro quadrado de área de construção, por apresentar base de cálculo que apresenta identidade proibida com a do IPTU”.

Ricardo Lobo Torres (Torres, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 15ª ed., p. 404/405, Editora Renovar, 2008) se posiciona no sentido de que: “Reza o art. 145, 2º, da CF 88 Que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”. Como o imposto incide sobre situações Que denotam capacidade contributiva, desvinculadas de serviços prestados, conclui-se Que a base de cálculo Que o expressa não pode ter relação com a das taxas, Que é tributo contraprestacional. O STF vem construindo casuísticamente a sua jurisprudência sobre o tema, declarando inconstitucionais diversas taxas, como as de licença para localização e as de assistência hospitalar, médica ou educacional. A redação atual é melhor, por proibir a base de cálculo própria dos impostos, e não apenas a Que tenha servido para a incidência dos impostos, como dizia o texto anterior”.

Sacha Calmon Navarro Coelho (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário*. 10ª ed., p. 71. Editora Forense. 2006) assim escreve: “A questão surge quando se cobram taxas pelo valor do bem, contrato, transação ou interesse (registros públicos, notas e protestos) e quando se cobra taxa judiciária pelo valor da causa (ou seja, da pretensão do litigante) e noutros casos assemelhados.

Nestes exemplos, a base de cálculo da taxa não mede a atuação estatal; mede fato do contribuinte ou interesse seu a partir de signos presuntivos de capacidade contributiva, o que só calha nos impostos. Tampouco confirma a materialidade do fato jurígeno das taxas: a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis; por isso que o registro de uma escritura e a prestação jurisdicional não variam por ser maior ou menor o valor do bem ou o valor da causa.

Pensamos que em todas as configurações parecidas com as que vimos de ver cabe a invocação do princípio de que a base de cálculo da taxa não pode ser aquela apropriada a impostos. De todas as citações feitas, ressalta-se a de Sacha Calmon Navarro Coelho, que trata, especificamente, da matéria que ora está se examinando concretamente; em consequência, deflui que a base de cálculo só pode incidir sobre o trabalho pessoal do próprio notário, pessoa física privada.

O artigo 145, §2º, da Lei Maior é norma constitucional; já o artigo 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional é materialmente Lei Complementar à Constituição e dispõe a mesmíssima coisa e, no mesmo sentido, a Constituição do

Estado do Rio de Janeiro, no seu artigo 194, §2º.

Além disso, a Lei Complementar nº 116/2003 não revogou o artigo 9º, do Decreto Lei nº 406/68, que é materialmente também Lei Complementar, bastando-se a comparação dos textos. Aqui, o que se fez foi realizar interpretação em diálogo de fontes; vale dizer, as normas se combinam, se interagem, se interpenetram, conversam entre si, de forma a se chegar à interpretação adequada dos comandos normativos examinados. A combinação das normas referidas com a jurisprudência e a doutrina citada leva à conclusão de que o tratamento fiscal dos notários será aquele que está posto no artigo 9º, § 10, do Decreto Lei nº 406/68; neste caminho confirmam-se as decisões colacionadas às fls.129/132 pelo requerente inicial de fls.02.

Por outro lado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei Complementar nº 116/2003, vê-se que foi recepcionado o artigo 9º e seu parágrafo 1º, do Decreto Lei nº 406/68, repita-se, que é materialmente Lei Complementar, que disciplinará a forma de incidência do ISSQN, aliás, como anotado às fls.154 no item 13, pela ANOREG.

Não foi por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se através da Súmula 663 (DJ 09/10/2003, p.3) no sentido de que:

“Os §§ 1º e 3º do artigo 9º do Dec.-Lei 406/68 foram recebidos pela Constituição”.

Anote-se que a Súmula foi editada em outubro de 2003 e a Lei Complementar nº 116/2003 é de agosto do mesmo ano, o que significa que o STF verificou objetivamente o

que sumulou e o que ora se está concluindo neste parecer. quanto a esta citação veja-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Nery Junior , Nelson; Nery , Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2ª ed, p. 612 e 1328, Ed. Revista dos Tribunais, 2009).

Registre-se ainda a jurisprudência trazida à colação às fls. 131/132, que, interpretada em conjunto com a inteligência do artigo 3º da Lei nº 8.935/94, conduz à conclusão de que os notários e registradores deverão ter tratamento fiscal privilegiado, em consonância com os termos do artigo 90, §10, do Decreto nº 406/68.

Considerando o já exposto, cabe-nos concluir que é inviável a cobrança concomitante, dos serviços notariais e de registro, das taxas incidentes sobre os fundos e do ISSQN, se não aplicada a inteligência do artigo 9º, §1º, do Decreto Lei nº 406/68. Assim, para o caso específico dos notários e registradores, o ISSQN deverá ser calculado por meio de valor fixo sobre a pessoa física do delegatário.

Para finalizar, resta aduzir sobre a questão da fiscalização e da problemática jurídico-tributária abordada que, ao se aplicarem os artigos 2º, 145, §2º e 236, § 10, da Constituição Federal, seja tratando da independência e da harmonia dos Poderes da República, não permitindo ingerência do Município em matéria afeta ao Poder Judiciário, seja disciplinando matéria tributária e, por fim, tratando do Poder Fiscalizatório do Poder Judiciário sobre os notários e registradores, através da Corregedoria Geral da Justiça (artigos 17, §3º, 40 e 42, do CODJERJ), trata-se de aplicar a Teoria Moderna Constitucional, entendendo da auto-aplicabilidade das normas maiores, como as acima referidas; por todos, na doutrina brasileira confira-se Luís Roberto Barroso em sua obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, 9ª ed., Editora Renovar, 2009, às fls. 76:

“Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as

prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.”

E ainda às fls. 84:

“As ideias desenvolvidas nesse capítulo apontam para uma” evidência: o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este desígnio. Como adverte Biscaretti di Ruffia, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e’ garantia.”

Merece relevo e destaque o artigo 2º da Constituição Federal, que se encontra justamente no Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, para insistir, mais uma vez, na impossibilidade de haver interferência de um Poder em outro, o que foi supra referido; tal referência, vale para o operador de direito e, inclusive, para o legislador infraconstitucional. Por todos, vejam-se algumas impressões do professor de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Portugal, 1994, às páginas 480 e 488):

“As imposições constitucionais são ordens de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir várias leis de ‘execução’, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental... “;

Em consequência, seguindo a linha de raciocínio de Canotilho, não poderia o Legislador, aqui no caso sob exame, Municipal, invadir esfera de competência do Poder Judiciário (artigo 236, §1º, da Lei Maior).

Por todo o exposto, opinamos pela reconsideração das decisões de fls. 119 e 144 para que fique esclarecido:

**1.** Os notários e oficiais de registro não estão obrigados a exibirem os

livros próprios exclusivos da fiscalização judiciária aos Senhores Fiscais da Municipalidade, posto que a fiscalização dos serviços prestados por tais delegatários é privativa do Poder Judiciário (artigo 236, § 1º da CF), através da Corregedoria Geral da Justiça (arts. 17, §3º, 40 e 42 do CODJERJ);

**2.** É inviável a cobrança concomitante, dos serviços notariais e de registro, das Taxas incidentes sobre os Fundos e do ISSQN, se não aplicada a inteligência do artigo 90, § 1º, do Decreto Lei nº 406/68. Assim, para o caso específico dos notários e registradores, o ISSQN deverá ser calculado por meio de valor fixo sobre a pessoa física do delegatário.

Em 12 de março de 2009.

**Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos**

Juíza de Direito Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça

**Gustavo Quintanilha Telles de Menezes**

Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça

**Luiz Eduardo de Castro Neves**

Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça

**DECISÃO**

Acolho o parecer dos ilustres Juizes de Direito Auxiliares desta Corregedoria Geral da Justiça, para, por seus próprios fundamentos, que adoto como fundamentação para decisão, reconsiderar as decisões de fls.119 e 144, para que fique esclarecido que a Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro se posiciona da seguinte forma:

**1.** Os notários e oficiais de registro não estão obrigados a exibirem os livros próprios exclusivos da fiscalização judiciária aos Senhores Fiscais da Municipalidade, posto que a fiscalização dos serviços prestados por tais delegatários é privativa do Poder Judiciário (artigo 236, § 10 da CF), através da Corregedoria Geral da Justiça (arts. 17, §30, 40 e 42 do CODJERJ);

**2.** É inviável a cobrança concomitante, dos serviços notariais e de registro, das taxas incidentes sobre os Fundos e do ISSQN, se não aplicada a inteligência do artigo 9º, §1º, do Decreto Lei nº 406/68. Assim, para o caso específico dos notários e registradores, o ISSQN deverá ser calculado por meio de valor fixo sobre a pessoa física do delegatário.

Publique-se, intime-se e após archive-se.

Em 12 de março de 2009.

Desembargador **ROBERTO WIDER**

Corregedor-Geral da Justiça

**id: 566672**

**COMISSAO PERMANENTE DE  
PROCESSO DISCIPLINAR  
ATOS DO CORREGEDOR**

**Processo:** 2007-052307 Origem: DIVERSOS. Tipo de Assunto: RECLAMAÇÃO (ASSUNTOS DIVERSOS). Assunto: REQUER PROVIDÊNCIAS EM FACE DO CARTORIO DO 6º OFÍCIO DE NOTAS DA COMARCA DA CAPITAL, REFERENTE À LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA

**Personagens:** LUIZ ALBERTO SEIXAS MATHEUS OAB/RJ 42527, ADV. SERGIO MANDELBLATT OAB/RJ

## **IDEAL Direito Notarial e Registral**

Coordenador Editorial: EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA  
(diretordergi@institutoalbergaria.com.br)

Conselho Editorial: VALESTAN MILHOMEM DA COSTA, VALMIR GONÇALVES DA SILVA, RENATO LUIZ GONÇALVES CABO, DARIO PAULO DE SOUSA JUNIOR, LEANDRO BOTELHO DOS SANTOS e CAROLINA RODRIGUES DA SILVA.

Editores: SÉRGIO JACOMINO (jacomino@quintaeditorial.com.br) e ALINE TAKEMURA (aline@quintaeditorial.com.br)

Copidesque: FÁTIMA RODRIGO

Revisão: DIVA CLEIDE CALLES

Design gráfico e projeto editorial: LARISSA OHORI

Capa: ÍRIS JACOMINO

Autores: ÂNGELO VOLPI NETO

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO

JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

JOÃO TEODORO DA SILVA

LUCIANO LOPES PASSARELLI

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

MELHIM NAMEM CHALHUB

MÓNICA JARDIM

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

VALESTAN MILHOMEM DA COSTA

Nesta edição, respeitou-se o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

122 IDEAL : Direito Notarial e Registral / Ângelo Volpi Neto... [et al.].  
. -- São Paulo: Quinta Editorial, 2010.  
332 p. ; 22,5 cm.

Coordenador: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza.

ISBN: 978-85-63600-00-4

1. Direito notarial - Brasil. 2. Direito registral - Brasil. I. Volpi, Neto, Ângelo II. Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de II. Título: Direito notarial e registral.

CDD 346.81045

CDU 347.961(81)

## AUTORES:

Ângelo Volpi Neto  
Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza  
Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho  
Fernando de La Puente Alfaro  
João Pedro Lamana Paiva  
João Teodoro da Silva  
Luciano Lopes Passarelli  
Marcelo Augusto Santana de Melo  
Melhim Namem Chalhub  
Mônica Jardim  
Sylvio Capanema de Souza  
Valestan Milhomem da Costa

**IDEAL** - *Direito Notarial e Registral*

**COORDENADOR EDITORIAL:** Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza

**EDITORES:** Sérgio Jacomino e Aline Takemura

ISBN 978-85-63600-00-4



9 788563 600004



Instituto de Registro  
Imobiliário do Brasil

**QUINTA EDITORIAL**