



REVISTA DE **DIREITO** IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 74 • jan.-jun. / 2013

COORDENAÇÃO EDITORIAL

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
editorial@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ); Frederico Henrique Viegas de Lima (DF); João Pedro Lamana Paiva (RS); Luiz Egon Richter (RS); Marcelo Guimarães Rodrigues (MG); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP); Mario Pazutti Mezzari (RS); Rivalvo Machado de Arruda (PB); Rodrigo Toscano de Brito (PB); Ulysses da Silva (SP).

MEMBROS NATOS

Jether Sottano (SP); Italo Conti Junior (PR); Dimas Souto Pedrosa (PE); Lincoln Bueno Alves (SP); Sérgio Jacomino (SP); Helvécio Duia Castello (ES); Francisco José Rezende dos Santos (MG).

CONSELHO FISCAL

Antonio Carlos Carvalhaes (SP); Alex Canziani Silveira (PR); Jorge Luiz Moran (PR); Rosa Maria Veloso de Castro (MG); Rubens Pimentel Filho (ES).

CONSELHO DE ÉTICA

Gleci Palma Ribeiro Melo (SC); Léa Emilia Braune Portugal (DF); Nicolau Balbino Filho (MG).

REVISTA DE **DIREITO** IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 74 • jan.-jun. / 2013

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Publicação Oficial do

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

Repositório de jurisprudência autorizado pelo
Tribunal Regional Federal da 5.ª Região.

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 74 • jan.-jun. / 2013

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Publicação Oficial do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB)

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Responsável

GISELLE TAPAI

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso site
www.rt.com.br
aval.artigo@thomsonreuters.com

Impresso no Brasil: [06-2013]

Profissional

Fechamento desta edição: [13.06.2013]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

AV. Paulista, 2073 – Horsa I – 12º andar – Cjs. 1201/1202
Cerqueira César – São Paulo/SP
Tels.: 11 3289-3599 – 3289-3321 – 3289-3340 – 3262-4180
www.ibr.org.br

editorial – editorial@ibr.org.br

FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR)

Vice-Presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS)

Secretário-Geral: José Augusto Alves Pinto (PR)

1.º Secretário: Ary José de Lima (SP)

Tesoureiro-Geral: Vanda Maria de Oliveira Penna Antunes da Cruz (SP)

1.º Tesoureiro: Sérgio Busso (SP)

Diretor Social e de Eventos: Jordan Fabricio Martins (SC)

CONSELHO DELIBERATIVO

Sérgio Toledo de Albuquerque (AL); José Marcelo de Castro Lima Filho (AM); Vivaldo Afonso do Rego (BA);
Exedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Etelvina Abreu do Valle Ribeiro (ES);

Clenon de Barros Loyola Filho (GO); Ari Álvares Pires Neto (MG); Miguel Seba Neto (MS);

José de Arimatéia Barbosa (MT); Fernando Meira Trigueiro (PB); Valdecy José Gusmão da Silva Júnior (PE);
Renato Pospissil (PR); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN);

Décio José de Lima Bueno (RO); Júlio Cesar Weschenfelder (RS); Hélio Egon Ziebarth (SC);

Estelita Nunes de Oliveira (SE); Francisco Ventura de Toledo (SP); Marly Conceição Bolina Newton (TO).

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 36 • vol. 74 • jan.-jun. / 2013

Diretora Responsável

GISELLE TAPAI

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Equipe de Conteúdo Editorial: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Documentais: Emine Kizahy Barakat, Luara Coentro dos Santos, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Roberta Grigoletto Corrêa de Araújo, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Coordenação Editorial

LUÍZ CARLOS DE SOUZA AURICCHIO

Analistas Documentais: Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira e Patrícia Melhado Navarra

Estagiária: Juliana Teles Fontes

Assistente Editorial: Bruno Augusto Santos Capassi

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa

RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

REGISTRO DE IMÓVEIS

1. As certidões de ações e o dever anexo de registro
ANTONIO RANALDO FILHO 13

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

1. Regularização fundiária nominada urbana
HENRIQUE FERRAZ DE MELLO 25
2. A regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização
BRUNO BECKER..... 151

DOCTRINA INTERNACIONAL

1. Las instituciones del intercambio impersonal
BENITO ARRUÑADA..... 193

RESPONSABILIDADE CIVIL

1. A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro
RENATO LUÍS BENUCCI 239

PROCESSO CIVIL E REGISTRO IMOBILIÁRIO

1. A prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada
JÚLIA CLÁUDIA RODRIGUES DA CUNHA MOTA 267
2. Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ
ANA PAULA JARDIM TEHADA GARCIA 291

TRABALHOS FORENSES

1. Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO 343

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Acórdãos

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

- REGISTRO DE IMÓVEIS – Área de reserva legal – Demanda proposta para reconhecer a obrigatoriedade do registro – Banco de dados que, por não estar em pleno funcionamento, torna a averbação necessária
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 367

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

- REGISTRO IMOBILIÁRIO – Cadastro ambiental rural – Imóvel rural – Desnecessidade de averbação da área de reserva legal no cartório imobiliário
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 373

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO – CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO MATO GROSSO

- REGISTRO DE IMÓVEIS – Suspensão de dúvida – Averbação da cartografia georreferenciada – Área levada para ser averbada que extrapola os limites do imóvel constante da matrícula
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 383

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO – CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

- REGISTRO IMOBILIÁRIO – Cadastro ambiental rural – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade de averbação cartorária da área de reserva legal – Período de transição, entre a publicação da nova legislação e a implantação do novo banco de dados, em que deve ser mantida a obrigação registral no cartório de imóveis
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI 389

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

- REGISTRO DE IMÓVEIS – Procedimento de dúvida registral em que foi negado registro de escritura pública de compra e venda por ser impossível

o cancelamento da cláusula de reversão de doação e a necessidade de cientificação dos interessados no documento	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	394
COMPRA E VENDA – Registro de escritura pública em que não consta o CNPJ do vendedor – Empresa estrangeira que encerrou suas atividades no Brasil – Legislação registral e ato normativo da Receita Federal que não dispensam da obrigação a pessoa jurídica proprietária de bem imóvel situado no Brasil	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	397
DOAÇÃO – Imóvel público – Recusa de registro de escritura pública – Município que transfere bem ao particular em desacordo com a sua lei orgânica e com a Lei 8.666/1993	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	400

SENTENÇAS

1. ^a VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO	
REGISTRO DE IMÓVEIS – Formal de partilha – Arrolamento em que foram partilhados bens de casal falecido em momentos diferentes	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI	409

RESENHAS

<i>Fraudes contra credores</i> , de Yussef Said Cahali	
Resenha por BRUNO JOSÉ BERTI FILHO.....	415

ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO	421
-----------------------------------	-----

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA.....	425
---	-----

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

Registro de Imóveis

AS CERTIDÕES DE AÇÕES E O DEVER ANEXO DE REGISTRO

1

ANTONIO RANALDO FILHO

Registrador Imobiliário em Piracicaba/SP (2.º Oficial).

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a questão da dispensa da apresentação das certidões dos distribuidores cíveis e criminais, por parte dos transmitentes, devedores, loteadores e incorporadores, quando da celebração de contratos e prática de atos registrários. Para tanto, o autor apresenta duas teses, sendo a primeira a não recepção, pela atual Constituição Federal, dos dispositivos legais que exigem a apresentação das mencionadas certidões e, a segunda, o dever anexo de registro e a edição da Súmula 375 do STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Direito registral imobiliário – Certidões cíveis e criminais – Recepção – Súmula 375 – STJ.

ABSTRACT: The present work aims to address the issue of exemption from submission of certificates from the civil and criminal judicial distributors, on behalf of property transferors, debtors, real estate developers, when the conclusion of contracts and practice of registrarial acts occur. To this end, the author presents two theses, being the first one based on the Current Federal Constitution, that is the non-observance of the legal provisions that require the submission of the mentioned certificates. The second one, is the annexed registration duty and the edition of the Docket No. 375 of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Real Estate Registry Law – Civil and Criminal Certificates – Observance – Docket No. 375 – Superior Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da não recepção dos incs. III e IV do art. 18 da Lei 6.766/1979 e da parte final do § 2.º do art. 1.º da Lei 7.433/1985: 2.1 Da recepção; 2.2 Da incompatibilidade; 2.3 Da afronta ao princípio da solidariedade; 2.4 Da afronta ao princípio da função social da propriedade; 2.5 Da afronta ao direito social de moradia – 3. Do dever anexo de registro e da Súmula 375 do STJ – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos um tempo em que muito se comenta sobre o fraco desempenho econômico do nosso País. Procuram-se culpados. Buscam-se soluções. No exercício da atividade de registrador imobiliário, a despeito da modernidade do nosso ordenamento jurídico, assistimos e aplicamos dispositivos legais anacrônicos.

Neste singelo trabalho, procuraremos demonstrar que tais normas não mais incidem.

Trataremos especificamente daqueles dispositivos legais que exigem a apresentação, pelos transmitentes/devedores/loteadores/incorporadores, de certidões dos distribuidores cíveis e criminais para a celebração de contratos e para a prática de atos registrários, tais como o registro de parcelamento do solo (loteamento ou desmembramento).

Desenvolveremos duas teses para sustentar a ineficácia em sentido amplo de tais dispositivos. A primeira delas, em razão da sua não recepção pelo sistema constitucional vigente e a segunda forte no dever anexo de registro e na edição da Súmula 375 do STJ. Para atingir o desiderato aqui proposto nos valeremos de conceitos básicos sem uma exploração profunda dos institutos que servirão de base ao raciocínio.

2. DA NÃO RECEPÇÃO DOS INCS. III E IV DO ART. 18 DA LEI 6.766/1979 E DA PARTE FINAL DO § 2.º DO ART. 1.º DA LEI 7.433/1985

Para o desenvolvimento do raciocínio proposto cumpre traçar algumas linhas sobre o instituto constitucional da recepção.

2.1 *Da recepção*

Em parecer,¹ no qual figura como consultante o Greenpeace Brasil, o Prof. José Afonso da Silva, pontifica que:

“(…) Entende-se por recepção o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento. No direito constitucional há duas formas de recepção:

a) Uma consiste na recepção de regras ou instituições de um ordenamento constitucional estrangeiro. Neste caso, por recepção constitucional, entende-

1. SILVA, José Afonso da. Parecer. 12.03.2008. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/parecer_joseafonso.pdf]. Acesso em: 19.03.2013.

-se a adoção, por um ordenamento constitucional, de regras, institutos e instituições de outro ordenamento jurídico;

b) A outra significa que a legislação emanada sob a Constituição revogada continua válida sob a nova; é o que se chama de recepção da legislação anterior pela Constituição superveniente. É esse tipo de recepção que interessa aqui, porque se trata de um problema de interpretação e de aplicação da Constituição. É que uma nova Constituição não cai no vazio, porque se insere numa ordem jurídica preexistente. Encontra em vigor, em plena eficácia, leis e outras normas jurídicas. Surge então, o problema de saber se tais normas infraconstitucionais se coadunam com a Constituição superveniente. É nesse quadrante que cumpre verificar se tais normas infraconstitucionais são compatíveis ou incompatíveis com a ordem jurídica constitucional que a nova Carta Magna inaugura. É a questão da recepção ou da ab-rogação da legislação anterior pela Constituição.”

Inferre-se deste breve excerto que a recepção nada mais é que um juízo de compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a nova ordem constitucional.

E diante disso, cumpre-nos indagar: Os dispositivos legais que exigem, para a celebração de contratos ou a prática de atos registrários, a apresentação de certidões dos distribuidores em nome dos transmitentes, proprietários e antecessores são compatíveis com a Constituição Federal?

A resposta nos parece negativa. Senão vejamos.

2.2 *Da incompatibilidade*

No nosso sentir a imposição de tal dever afronta os princípios constitucionais da solidariedade, da função social da propriedade e o direito fundamental à moradia.

2.3 *Da afronta ao princípio da solidariedade*

A Constituição Federal de 1988, consagrou o Estado Democrático de Direito, estabelecendo dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), bem como concretizou a convocação à fraternidade como meta de erradicação da pobreza e marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais.

Acerca do princípio da solidariedade, assevera Nelson Rosenvald:²

2. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 173.

“O direito de solidariedade se desvincula, então, de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política das relações concretas, na qual se articula a convivência entre o individual e coletivo, a procura do bem comum.

(...)

Neste atual contexto de alteridade e reciprocidade das relações humanas, impõe-se necessária readequação do direito subjetivo. Tradicionalmente vinculado ao ideário liberal, refletia um poder atribuído ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. *Em uma sociedade solidária todo direito subjetivo é funcionalizado para o atendimento de objetivos maiores do ordenamento. O sistema apenas legitima a satisfação de interesses particulares à medida que o seu exercício seja preenchido por uma valoração socialmente útil*” (grifamos).

Do princípio constitucional da solidariedade exsurge a boa-fé objetiva, que se resume numa regra de conduta que exige dos cidadãos um comportamento reto, leal, solidário, de colaboração e que não há como se operar a subsunção desse comportamento às normas que se referem, sem um juízo de valor fulcrado em detida investigação jurídica e social.

Concluimos alhures,³ acerca da existência, com origem no princípio constitucional da solidariedade e na boa-fé objetiva, de um dever anexo de registro.

Com efeito, temos um sistema dotado de certa completude no que diz respeito às chamadas inscrições registrárias preventivas. Nosso arcabouço jurídico oferece ao credor em sentido genérico, incluindo-se aí o titular de pretensão direito real, mecanismos de publicidade eficazes no sentido de se fazer chegar a terceiros a informação da existência de fatos jurídicos em sentido amplo que possam de algum modo interferir na sua esfera jurídica. Dentre estes aparatos, podemos destacar: (a) o registro da citação das ações reais e pessoais reipersecutórias; (b) a averbação da distribuição da execução; (c) a averbação da penhora; (d) o registro do arresto e sequestro; e, (e) possibilidade de bloqueio/ indisponibilidade de matrícula, com lastro no poder geral de cautela do juiz, dentre outros.

Nesse diapasão, o credor que não se vale desses instrumentos para proteger a esfera jurídica de terceiro, não cumprindo, assim, com seu dever anexo de registro, de cuidado com os interesses de outrem, não age com a retidão dele esperada pelo sistema jurídico, não podendo ostentar situação vantajosa diante de tal quadro.

3. REYNALDO FILHO, Antonio. A publicidade registrária como meio de concreção da boa-fé objetiva. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007. p. 13-23.

A imposição de apresentação das certidões dos distribuidores, desprestigia o dever atribuído ao credor/autor, de retidão, de lealdade, de cooperação. Premia o autor/exequente desidioso, indiferente às mazelas do *alter*. Há um desajuste com a norma maior.

Ao privilegiar o credor omissor em detrimento do empresário/adquirente, a norma combatida não só afronta o princípio da solidariedade como também o da função social da propriedade.

2.4 Da afronta ao princípio da função social da propriedade

O Texto Constitucional brasileiro de 1988 dá garantia de inviolabilidade da propriedade (art. 5.º), garantindo-se a propriedade (art. 5.º, XXII), porém dispõe que a mesma atenderá sua função social (art. 5.º, XXIII). Pelo texto, o constituinte inseriu a propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade.

Estabelece a Carta Magna que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2.º).

Ao complicar o registro de um parcelamento ou a transmissão da propriedade, os dispositivos das leis ordinárias analisados estão a embarçar o cumprimento da função social da propriedade. Por certo, o empresário do ramo imobiliário, ao parcelar determinado imóvel com aptidão para tanto, faz exatamente o que diz o comando constitucional, ou seja, atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade. Promove a urbanização. Cumpre a função social da propriedade. Oferece terrenos à moradia. Faz circular a riqueza. Fomenta a economia. Transforma um terreno desocupado num novo bairro.

Não nos parece razoável que tal agir, positivo, cumpridor do comando constitucional deva ser obstaculizado, atrasado, em prol dos interesses de um credor leniente. Invoca-se aqui o princípio da proporcionalidade.

O interesse pessoal, patrimonial do credor/autor não pode se sobrepor ao interesse social de urbanização, antecedente necessário e lógico do direito social de moradia.

Assim, destoam também os dispositivos legais abordados, do direito social de moradia.

2.5 Da afronta ao direito social de moradia

Objetivando solucionar o grave problema da habitação no nosso País, o constituinte erigiu o direito à moradia, em direito fundamental. Exsurge daí a

necessidade da execução de ações positivas, quer por parte do Estado, quer do particular, quer de ambos em parceria, no sentido de dar concreção ao comando constitucional. Como assentado acima, é pressuposto lógico do direito de moradia a existência de imóveis que sirvam de morada. Sem ter onde morar, não há moradia. E a criação, produção, desses imóveis, nem sempre é tarefa fácil. Requer sejam envidados esforços técnicos, econômicos, localização de glebas aptas, estudos, enfim, um sem número de medidas destinadas a obtenção do fim colimado. Assim sendo, o ordenamento jurídico infraconstitucional, sempre com o fito da concreção do direito social, deve incentivar a produção desses imóveis e não dificultá-la.

Condicionar o registro do parcelamento do solo à apresentação das certidões dos distribuidores de todos aqueles que foram proprietários do imóvel objeto do parcelamento no período de 10 anos afronta o direito social à moradia. Mais uma vez se está a privilegiar o direito patrimonial de eventual credor/autor com prejuízo ao interesse social. E assim não pode ser.

São essas as razões pelas quais entendemos que os mencionados dispositivos legais estariam ab-rogados pela Constituição cidadã.

Colocada a conclusão acerca da não recepção, nas linhas seguintes desenvolveremos a segunda tese proposta para afastar a incidência dos vetustos dispositivos.

3. DO DEVER ANEXO DE REGISTRO E DA SÚMULA 375 DO STJ

Quando escrevemos sobre a publicidade registrária como meio de concreção da boa-fé objetiva, na obra coletiva *Direito civil e Registro de Imóveis*, coordenada por Leonardo Brandelli, concluímos pela existência de um “dever anexo de registro”.⁴

Com efeito, considerando: (a) que do princípio constitucional da solidariedade e da cláusula geral da boa-fé objetiva, decorre o dever de comportamento reto, leal, de cooperação e especialmente de preocupação com o direito de terceiros; e, que (b) o nosso direito positivo oferece um sistema completo de publicidade daqueles atos que de certa forma podem repercutir na esfera jurídica de terceiros, as chamadas inscrições preventivas, resulta para o credor, ou autor de ação real ou pessoal reipersecutória, um dever jurídico de promover o registro em sentido amplo, a citação, distribuição, penhora, arresto, sequestro, bloqueio etc.

4. Idem, p. 21-23.

Ora, oferecendo o sistema, meios eficazes de publicidade, não há razão para não se exigir sua utilização por aqueles que detêm tal possibilidade. É de interesse de toda coletividade a ciência quanto a fatos que de algum modo ofereçam risco a esfera jurídica alheia. E não pode ter sido outro o objetivo do legislador quando criou tais mecanismos. A utilização desses meios de publicidade não pode se dar ao bel prazer daquele que se encontra no polo ativo da relação jurídica. O princípio da solidariedade e a cláusula geral da boa-fé impõe o uso da publicidade, sob pena da perda de eventual direito de crédito ou a conversão de eventual direito real não efetivamente constituído em perdas e danos. Não se pode valer do instituto da fraude à execução aquele que fez pouco dos direitos alheios, aquele que não se importou com a segurança jurídica do próximo.

O C. STJ, sob outro argumento, qual seja a redação do § 4.º do art. 659 do CPC, que de certa forma revela e confirma o dever anexo de registro, editou a Súmula 375 que assim dispõe:

“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

Parece-nos que ao exigir a averbação da penhora, para afastar a presunção de boa-fé do adquirente, nada mais fez a Corte do que reconhecer, apesar de não tê-lo dito expressamente, o dever anexo de registro.

Nesse sentido e levando-se em conta que os dispositivos cuja eficácia se pretende afastar objetivam precipuamente proteger os adquirentes de eventual reconhecimento de fraude à execução, não haveria mais razão para a sua incidência, em decorrência da nova interpretação dada àquele instituto pelo STJ.

Ora, se para a configuração da fraude à execução curial a averbação da penhora ou prova inequívoca da má-fé do adquirente, para que serviria a apresentação prévia das certidões de ações?

4. CONCLUSÃO

Conforme posto inicialmente, o desejo da elaboração deste artigo surgiu da percepção de que o ordenamento jurídico e a jurisprudência já fornecem a solução para alguns dos problemas reclamados por aqueles que atuam no mercado imobiliário. No relatório chamado *doing business*⁵ elaborado pelo Banco Mundial, o Brasil encontra-se na 109.^a posição no que diz respeito ao registro da

5. GRUPO BANCO MUNDIAL. *Doing business*: medindo regulamentações de negócios. Disponível em: [\[http://portugues.doingbusiness.org\]](http://portugues.doingbusiness.org). Acesso em: 19.03.2013.

propriedade. Consta desse relatório que o processo de transmissão/registro da propriedade levaria em média 34 dias e contaria com 14 procedimentos. Dos 34 dias, de 10 a 15 dias estariam relacionados à obtenção de certidões. Com a supressão da exigência da apresentação das certidões dos distribuidores, por certo, ganharíamos algumas boas posições no aludido *ranking*. Como diz uma canção dos Titãs: “As ideias estão no chão, você tropeça e encontra a solução”.

Os instrumentos estão à nossa disposição, basta usá-los e interpretá-los de maneira adequada. Em certas situações, como a presente, inexiste a necessidade, sequer, de inovação legislativa. Com a sensação de ter pelo menos tentado contribuir na busca de soluções dos problemas levantados pelos *players* do mercado imobiliário, cumpre ressaltar, por fim, que não cabe aos notários e registradores no exercício de atividade administrativa, jungida ao princípio da legalidade estrita, afastar, com base nos argumentos aqui expendidos ou em quaisquer outros, a incidência das normas invocadas. Curial o pronunciamento do Poder Judiciário.

5. BIBLIOGRAFIA

- GRUPO BANCO MUNDIAL. *Doing business*: medindo regulamentações de negócios. Disponível em: [http://portugues.doingbusiness.org]. Acesso em: 19.03.2013.
- REYNALDO FILHO, Antonio. A publicidade registrária como meio de concreção da boa-fé objetiva. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Parecer. 12.03.2008. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/parecer_joseafonso.pdf]. Acesso em: 19.03.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ordem judicial e o registro imobiliário, de Tabosa de Almeida – *RDI* 14/36;
- As recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. Dispositivos relativos ao registro imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos, de Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – *RDI* 63/243;

- Eficácia dos sistemas registrais como base da proteção jurídica dos direitos da propriedade do cidadão, de Vicente Domínguez Calatayud – *RDI* 61/7;
- Eficácia dos sistemas registrais na proteção jurídica do direito de propriedade e demais direitos patrimoniais do cidadão, de Álvaro Delgado Scheelje – *RDI* 57/248; e
- O registrador imobiliário em face da Lei 11.382/2006, de Ulysses da Silva – *RDI* 63/296.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and thin, curved lines that create a sense of depth and movement, particularly on the right side.

Regularização Fundiária

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA INOMINADA URBANA

1

HENRIQUE FERRAZ DE MELLO

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Doutorando em Processo Civil pela PUC-SP. Foi Juiz de Direito em São Paulo, tendo atuado preponderantemente nas Varas de Registros Públicos da Capital (1993/1998). Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Itapevi/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Administrativo; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho se propõe a contribuir para os estudos da regularização fundiária urbana, tal como concebida pela Lei 11.977/2009 ("Minha Casa, Minha Vida"), com maior ênfase para a regularização fundiária inominada, a partir de sua gênese histórica no Brasil até os dias atuais, destacando-se os valores constitucionais em jogo, entre os quais a moradia, a função social da propriedade e o meio ambiente.

Importou, num primeiro momento, extrair um significado ontológico e gnosiológico da regularização fundiária, tendo como base de estudo *a priori* a teoria da consolidação *versus* a conservação. O desenvolvimento do trabalho perpassa pela comparação do nosso sistema de regularização fundiária com aquele adotado em alguns países europeus, verificando mais adiante a tensão entre a corrente tradicional e a progressista na legalização dos loteamentos urbanos clandestinos e irregulares, de acordo com a base empírica do pensamento científico do registro de imóveis no Brasil.

RIASSUNTO: Il presente lavoro cerca di contribuire agli studi relativi alla regolarizzazione fondiaria urbana, così come concepita dalla L. 11.977/2009 ("Mia Casa, Mia Vita"), con maggiore enfasi alla regolarizzazione fondiaria indeterminata, iniziando dalla sua genesi storica in Brasile fino ai nostri giorni, mettendo in evidenza i valori costituzionali in gioco, tra cui la dimora, la funzione sociale della proprietà e dell'ambiente. È stato importante, in un primo momento, ottenere un significato ontologico e gnosiológico dalla regolarizzazione fondiaria, utilizzando come base di studio *a priori* la teoria del consolidamento, *versus* la conservazione. Lo sviluppo di questo lavoro evolve attraverso la comparazione del nostro sistema di regolarizzazione fondiaria, con quello adottato da alcuni paesi europei, verificando più avanti la tensione tra la corrente tradizionale e quella progressista nella legalizzazione delle lottizzazioni urbane abusive e irregolari, secondo la base empirica degli uffici del registro immobiliare brasiliano.

Serão analisadas as diferentes espécies de regularização fundiária previstas na Lei 11.977/2009, seus instrumentos, tais como a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a usucapião administrativa, bem como o diálogo da função social da propriedade com o parcelamento do solo urbano e suas derivações, visando a obter da norma de regularização o maior grau de efetividade possível, mormente no que diz respeito a esse grande e notável instituto da regularização fundiária inominada.

PALAVRAS-CHAVE: Regularização fundiária – Função social da propriedade – Direito à moradia – Loteamentos ilegais – Lei “Minha Casa, Minha Vida”.

Saranno analizzate le diverse specie di regolarizzazione fondiaria previste dalla L. 11.977/2009, i suoi strumenti, così come la demarcazione urbanistica, la legittimazione del possesso e l'usucapione amministrativo, così come il dialogo della funzione sociale della proprietà con il frazionamento del suolo urbano e derivati, mirando ottenere dalla norma di regolarizzazione il maggior grado di effettività possibile che riguarda a questo grande e notevole istituto della regolarizzazione fondiaria indeterminata.

PAROLE CHIAVE: Regularizzazione fondiaria – Funzione sociale della proprietà – Diritto alla dimora – Lottizzazioni illegali – Legge “Mia Casa, Mia Vita”.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve esboço histórico das raízes da regularização fundiária até a atualidade – 3. Regularização fundiária: 3.1 Conceituação; 3.2 Diálogo dos loteamentos irregulares com a função social da propriedade – 4. Direito comparado: 4.1 Itália; 4.2 Espanha; 4.3 Portugal – 5. Da regularização dos loteamentos urbanos no Brasil – 6. Do arquétipo da Lei 11.977/2009, com as alterações introduzidas pela Lei 12.424/2011 – 7. Modalidades de regularização fundiária urbana: 7.1 Linhas gerais; 7.2 Da regularização fundiária de interesse social: 7.2.1 Da demarcação urbanística; 7.2.2 Da legitimação de posse e sua conversão em usucapião administrativa; 7.2.3 Do registro; 7.3 Da regularização fundiária de interesse específico; 7.4 Da regularização fundiária inominada: 7.4.1 Linhas gerais; 7.4.2 Condomínios de frações ideais e conjuntos habitacionais; 7.4.3 Demarcação urbanística, legitimação e posse e usucapião administrativa. Sua aplicação na regularização fundiária inominada – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Ocupa-se o direito registral moderno com a inefetividade do registro, particularmente em relação à crescente e desordenada ocupação das populações de baixa renda nos grandes centros urbanos, em verdadeiro descompasso com a situação imobiliária no solo. Até bem pouco tempo, os processos de regularização de loteamentos urbanos eram demasiadamente complexos, passando necessariamente pelo crivo de aprovações de toda ordem, em vários órgãos do Estado e dos Municípios. A morosidade das aprovações, em contraposição à rapidez e ao incremento das ocupações irregulares, diante de um cadastro registral, por vezes, precário, contribuiu para o aumento da sensação de inefetividade da política de Estado e do próprio registro imobiliário, colocando em crise a função social da propriedade e o programa habitacional nos grandes centros.

Guardadas exceções na Capital de São Paulo, em que o Município se mostrava melhor aparelhado, no interior do Estado pouco se viu em termos de resultado prático e efetivo, no que tange à regularização de áreas, assentamentos e loteamentos irregulares, múltipla e visivelmente implantados nos próprios centros urbanos e arredores, circundados, inclusive, por condomínios de fachada, entre outros.

A caótica situação foi, deveras, atestada pela E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que acabou por normatizar as regularizações desses loteamentos de fato, diante da mais completa inércia do Poder Legislativo, este último com olhares complacentes diante de tão graves problemas, não limitados às cercanias de nosso Estado, mas em todo o território urbano do país.

Em cumprimento a normas de conteúdo programático que a própria Constituição da República atual já preconizava, o Poder Executivo deu seguimento a uma série de medidas, visando à implementação de programas sociais, entre os quais se situa a questão da moradia das populações de baixa renda, passando pela entrada em vigor do Estatuto da Cidade até a edição da Lei 11.977/2009.

À guisa de estabelecer normas relacionadas ao programa social intitulado *Minha Casa, Minha Vida*, foi feliz a Lei 11.977/2009 ao enxertar outro tipo de normas, desta feita, voltadas para a regularização fundiária do solo urbano. Não fosse assim, muito provavelmente, não teríamos hoje um ferramental mais dinâmico e propício que pudesse ser utilmente empregado nessa ingente questão da falta de regularização de loteamentos, não apenas aqueles ocupados pelas populações de baixa renda, mas também de tantos outros irregularmente implantados, como é o caso da proliferação de matrículas esparsas de “lotes para efeito de localização em plantas particulares”, sem origem especializada em registro adequado (i.e., falta de inscrição), além dos condomínios das chamadas *chácaras de recreio*, que assolam as regiões do interior bandeirante, dos condomínios de loteamentos (Dec.-lei 271/1967), e assim por diante.

O grande desafio atual, portanto, reside no fato de o aplicador do direito conjugar a visão moderna de regularização fundiária com o sistema tradicional mais arcaico que, durante muitos anos, se implantou no Brasil. Há, de um lado, uma linha conservadora enraizada em nosso meio, prestigiando ainda as formalidades de outrora que sempre inspiraram a constituição da base imobiliária registral, e de outro lado, uma linha mais progressista, voltada para o âmbito empírico da norma, da sua efetivação e sua função social, flexibilizando o conteúdo, sob o prisma da consolidação da situação de fato no tempo e de sua irreversibilidade no meio, como se passa com a regularização fundiária inominada, assim prevista no art. 71 da novel Lei 11.977/2009.

É dentro desse sistema de antagonismo latente, ou subsistema, de um código binário do *lícito/ilícito*, do *regular/irregular*, na expressão de Luhmann,¹ aliada à teoria da consolidação, que se procurará expor uma visão acerca do tema.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DAS RAÍZES DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA ATÉ A ATUALIDADE

A necessidade de regularização fundiária – pelo decurso do tempo – não é um fenômeno atual. Desde o período pré-clássico romano, anterior à Lei das XII Tábuas, é possível constatar a preocupação do homem em regular os efeitos jurídicos concebidos numa dada situação de fato, durante um certo período de tempo, como é o caso da usucapião.² O desenvolvimento da civilização fez ver, bem a propósito, que era preciso garantir a paz social e a segurança jurídica, por meio de mecanismos do direito que pudessem encobrir a eficácia da pretensão, atendendo a *conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade*.³

No Brasil, a prescrição foi tratada pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, com textos esparsos, a ponto de não se distinguir claramente a usucapião. Não havia uma diferenciação entre a prescrição aquisitiva e extintiva ou, ainda, da usucapião como instituto autônomo. Porém, os comentadores das Ordenações Filipinas já estabeleciam claramente a diferenciação, tendo-se em vista que a boa-fé só poderia ser requisito da prescrição aquisitiva e não da extintiva.⁴

1. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. [S.L.]: [s.n.], sem data. p. 127.

2. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 324. PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione acquisitiva*. Milano/Napoli/Roma: Torino Unione Tipografico/Editrice Torinese, 1921. p. 2-4. Confirmam-se ainda as chamadas pedras de limites do Direito Babilônico (*Kudurrus*) (DIP, Ricardo Henry Marques. *História do direito registral*. Curso de Pós-graduação de Direito Notarial e Registral, EPM, São Paulo, 18.03.2011).

3. Conforme PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. VI, p. 101.

4. ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 43. Vide Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 3, § 1, Título 79; Ordenações Manuelinas, Livro 4, Título 80; Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 127, § 4. Com a crítica de Pontes de Miranda (op. cit., p. 100) no sentido de que “O Código Civil brasileiro de modo nenhum autoriza a se pensar em prescrição aquisitiva, ainda quando a prescrição da pretensão real acarrete a extinção do direito (arts.

Por outro lado, e no que se refere ao registro de imóveis, objeto final de toda e qualquer regularização fundiária em nosso sistema, como já tivemos a oportunidade de expor em outro trabalho:⁵

“Sem se olvidar da função estatística de posse do registro paroquial,⁶ a função primária do registro no Brasil, como facilmente se pode verificar e observar da quadra histórica legislativa,⁷ foi a de atender à segurança do crédito, da hi-

739, VI, 745 e 748). As adjetivações ‘aquisitiva’, ‘liberatória ou extintiva’, são absolutamente estranhas ao direito brasileiro”.

5. MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 327-328.
6. “Registro Paroquial produz efeito meramente estatístico de posse, não de domínio perante terceiros” (CSM/SP, ApCiv 97.513-0/6, Mogi Mirim). Também como valor de prova de posse: “Desta forma, mesmo que se reconheça ao registro paroquial apenas valor de prova de posse declarada e não impugnada, esta é idônea para assinalar, na sua data, o termo inicial da prescrição aquisitiva quarentenária, indiscutível, se consumada antes do Código Civil (Súmula 340 *a contrario sensu*).” (STF, RE 273.604-0/SP; rel. Min. Néri da Silveira, DJU 20.09.2000, p. 51).
7. Afrânio de Carvalho bem enumera as etapas por que passou o sistema registrário no Brasil, desde a descoberta. A primeira posse no Brasil foi a da Coroa portuguesa, que passou a retalhar todo o território em sesmarias – doações feitas a seus donatários e, depois, a governadores e capitães-generais (*Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 1). No início do século XIX, a posse de terra alcançara uma situação caótica – não existia um ordenamento jurídico capaz de discriminar o uso da ocupação, quem de fato seria dono e quem não era. A progressiva ocupação do solo tornou problemática a política de sesmarias. A chegada da família Real no Brasil dá o marco de mudanças estruturais no quadro político da época. Era de qualquer forma necessário estabelecer os limites territoriais como forma de integração da estrutura de poder. A Lei de Terras, como ficou conhecida a Lei 601, de 18.09.1850, foi editada num contexto de que a propriedade haveria de ser encarada como meio de riqueza e de produção. E o domínio público, conjugado à política de doações por sesmarias, não atendia mais aos interesses das classes dominantes da época. Era preciso proteger a propriedade particular, e ao mesmo tempo legitimar as aquisições de posse. Certo que a lei de terras e seu regulamento de 1854 não alcançaram os resultados esperados, mas não menos certo terem representado importante passo para a titulação dos imóveis. Nessa época, a propriedade era transmitida pela simples tradição. Paralelamente, os registros de transferências de posse eram executados pelos vigários das freguesias, no livro da Paróquia. O registro da hipoteca, porém, seguindo a acepção do mestre, foi a “origem do atual Registro de Imóveis, pois diante do seu escasso préstimo para o crédito, surgiu a ideia de estendê-lo à transmissão da propriedade, da qual debalde se dissociara, consubstanciando-se esse intento em Projeto de Lei apresentado à Câmara dos Deputados pelo Conselheiro Nabuco de Araújo, em 1854” (op. cit., p. 4).

poteca. Tanto que evoluiu para a publicidade, exigindo-se a especialização das hipotecas, muito embora se dispensasse, num primeiro momento do registro as transmissões *causa mortis*, os atos judiciais e as hipotecas gerais e ocultas da mulher casada, dos menores e dos interditos. Paralelamente à gênese da publicidade que então se desenhava, o sistema – da tradição⁸ – passou para o da transcrição, que não induzia prova de domínio, deixando a salvo “a quem for” (Lei Imperial 1.237/1864). Essa transcrição passou, porém, a gerar presunção de domínio, com o advento do Código Civil de 1916, instituidor do registro de imóveis (substitutivo do registro geral). A lei civil aprimorou o sistema, adotando vários princípios de regramento do registro: publicidade (art. 856), inscrição (arts. 530 e 676), prioridade (parágrafo único do art. 833), legalidade (art. 834), entre outros”.

Note-se que a temática tratada na lei civil foi, posteriormente, aperfeiçoada com a edição de vários textos normativos extravagantes que se seguiram ao Código, entre os quais cumpre destacar o Dec.-lei 58/1937, até desembocar na atual Lei de Registros Públicos (LRP) – Lei 6.015/1973, alterada pela Lei 6.216/1975. Como não poderia deixar de ser, o Código Civil de 1916 terminou por encampar a usucapião nas duas modalidades primárias (ordinário e extraordinário), sobrevivendo posteriormente a Lei 2.437/1955, que reduziu para 10 anos e 15 anos entre presentes e ausentes os prazos da usucapião ordinária e para 20 anos o da usucapião extraordinária. Mas se a visão do instituto da usu-

Importa ressaltar que a Lei 601/1850 e seu Decreto Regulamentar 1.318/1854 representaram um marco inicial da legitimação das posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou derivada, que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual, embrião da usucapião propriamente dita, que contou com o registro do vigário como prova da anciência. Além disso, havia o interesse do governo em estreimar as terras devolutas daquelas objeto de sesmarias, não obstante terem sido prejudicadas as medições das terras deveras programadas nos textos legais da época do Império pela escassez de recursos.

8. Vem do direito romano o princípio segundo o qual a transmissão e o gravame dos imóveis se efetuam “do mesmo modo que os móveis” e que a transmissão poderia se verificar por tradição (Martin Wolff e Ludwig Raiser, *Derecho de cosas: posesión – Derecho inmobiliario. Propiedad*, 3. ed., Barcelona: Bosch, 1944, 51 bis, vol. 1, p. 152-153). O registro imobiliário moderno deita suas origens no direito medieval alemão, pois decorre do testemunho judicial germânico (op. cit., p. 151). Os imóveis eram transmitidos pela via corporal (investidura) e acordo (causal) (op. cit., p. 151). Também havia a transferência da propriedade pela via judicial, de modo parecido com a “in jure cessio” dos romanos, por meio de lide verdadeira ou simulada. Ao depois, em ato de jurisdição voluntária, as partes declaravam ao tribunal a transmissão do imóvel (op. cit., p. 151).

capião, discutida no século XIX, era, efetivamente, inspirada no ideal liberal individualista, agrário e conservador, que bem influenciou a nossa codificação civil de 1916, a partir do Estado Social e da segunda metade do século XX, tal concepção vai ganhar contornos acentuados de interesse social e coletivo, sobretudo após o notável crescimento das urbes e da industrialização. Impossível daí dissociar a evolução da usucapião com a da propriedade imobiliária e da função social.⁹ Afinal, a usucapião constitui um dos meios legais para a correção da prática antissocial de abandono da propriedade imóvel, cumprindo daí o vetor da função social preconizada pela Constituição. Não que a propriedade imóvel jamais tivesse sido vista com outro enfoque, mais coletivo. Aliás, a concepção individualista egoística já era combatida por Duguit,¹⁰ há muito tempo, para quem “Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir, na sociedade, uma certa função de acordo com o lugar que ocupa”. A propriedade, portanto, não é mais um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza de satisfazer as necessidades gerais. Agiria ele como um mero gestor de bens socialmente úteis.

No fim da década de 60, Bobbio chamou a atenção para as novas técnicas de controle social no Estado Social contemporâneo. Tratava-se de analisar o Direito como função promocional nessa nova ordem, desvinculando-o das teorias tradicionalistas que o situavam no ordenamento sob o aspecto meramente estrutural (com finalidade repressiva e protetora). Em 1977, editou a obra *Dalla struttura alla funzione*, ocupando-se com a função do Direito – enfoque funcionalista, em contraposição à concepção estrutural (enfoque estruturalista) que via o Direito na estrutura do ordenamento, a partir de Ihering a Kelsen, incluindo Hart.¹¹⁻¹²

9. Verifica-se, na precisa lição de Vito Guglielmi, que as antigas ocupações no Brasil sem justo título, para terem o reconhecimento de sua validade para aquisição do domínio, deveriam ser vinculadas à moradia e à cultura, limitada pelas dimensões de área, avizinhando-se daí a necessidade de reconhecimento da função social da propriedade (GUGLIELMI, Vito José. As terras devolutas e seu registro. RDI 29/100).

10. *Principes de droit public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916. p. 38.

11. VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas: Ross – Hart – Bobbio – Dworkin – Villey*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. p. 127. Confirma-se ainda na própria obra de Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 63 e ss., em particular: “La funzione del diritto nella società non è già quella di servire a un determinato fine (onde l’approccio funzionalistico al diritto si risolve generalmente nell’individuare quale sia il fine specifico del diritto), ma di essere uno strumento utile a raggiungere i fini più svariati” (op. cit., p. 67).

12. No sentido do texto: Antonio Jeová Santos, *A função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, São Paulo: Método, 2002, p.103: “(...) houve como que uma corrida para a análise funcional do direito”.

Hoje, mais do que nunca, a função social¹³ da propriedade imobiliária se acha cristalizada em nosso ordenamento jurídico. Dela se ocupou a Constituição Federal, em numerosos dispositivos (arts. 5.º, XXIII, 170, II e III, 182, § 2.º, 184 e 186), mais o Estatuto da Terra e o Estatuto da Cidade, além do atual Código Civil, prevendo este que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, com preservação do meio ambiente natural, histórico e artístico, evitando-se a poluição, bem como os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (art. 1.228, §§ 1.º e 2.º).¹⁴

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

3.1 Conceituação

Compreender o significado de *regularização fundiária* implica admitir como condição prévia e inequívoca a irregularidade na organização e fiscalização do sistema fundiário no país, o que não é novidade.

A expressão *regularização fundiária* não é unívoca, porque compreende uma série de fatores e elementos em sua composição. Dependendo dos critérios de classificação e ordenação, bem como da ótica de quem observa e examina a expressão, vários poderão ser os significados extraídos do texto. Afinal, regularizar a terra é distribuí-la equitativamente? Proceder à reforma agrária? Dar propriedade ao possuidor sem título? Demarcar as áreas ocupadas indevidamente?

O art. 2.º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), ou “Lei do Meio Ambiente Artificial”, como denominada por Celso Fiorillo¹⁵ cuidou de tratar da política urbana com escopo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções

13. Como situado por Messner apud Ricardo Henry Marques Dip, “A primeira função social da propriedade privada é a delimitação clara entre o que é de um e o que é de outro”. Sobre a qualificação no registro de imóveis. *RDI* 29/60.

14. Cf. já exposto em outro trabalho, “Costuma-se considerar a função do Direito sob o aspecto estrutural – como reguladora da conduta dos indivíduos em suas relações (Kelsen). Nesse diapasão, a propriedade, que é direito real subjetivo por excelência, importa ainda mais em subordinar uma coletividade ao dever de respeitar o exercício do poder de disposição por parte de seu proprietário sobre uma determinada coisa. ‘O domínio de um juridicamente é apenas o reflexo da exclusão dos outros’. Essa precisamente a função econômico-socialmente decisiva da propriedade, segundo Kelsen” (MELLO, Henrique Ferraz de. *Op. cit.*, p. 307-308).

15. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 91.

sociais da cidade e da propriedade urbana, estabelecendo entre suas diretrizes gerais a *regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda* por meio da implantação de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (inc. XIV). Segundo o autor:¹⁶

“Não há dúvida, por via de consequência, que a partir da Constituição Federal de 1988 e, agora, por força do Estatuto da Cidade, não só o Município ganha força fundamental na ordem jurídica constitucional (vez que se identifica com a cidade), como a própria função social da cidade e portanto do Município só será cumprida quando proporcionar aos seus habitantes uma vida com qualidade, propiciando de fato e de direito o exercício dos direitos fundamentais em estrita consonância com o que o art. 225 da CF/1988 preceitua.”

Ao discorrermos, pois, sobre a política urbana, será preciso atentar para a ordem urbanística, sobre que recai aquela, pois toda política envolve uma escolha entre múltiplas alternativas sobre um determinado objeto, por meio de uma organização, o que o Estatuto da Cidade não descuroou (arts. 53 e 54), formando outro conceito indeterminado.

Essa ordem urbanística, como acentuado por José Carlos de Freitas:¹⁷

“(...) abrange o planejamento, a política do solo, a urbanização, a ordenação das edificações (tamanho em sua projeção horizontal e vertical, recuos, volumetria), a racionalização do traçado urbano, o bom funcionamento dos serviços públicos, a correta distribuição da concentração demográfica, a criteriosa utilização das áreas públicas urbanas e a localização das atividades humanas pelo território da ‘pólis’ (moradia, trabalho, comércio, indústria, prestação de serviços, lazer), tudo para viabilizar o conforto da coletividade e ambiente, assim como entre área, habitantes e equipamentos urbanos, enfim, as relações entre Administração e administrados e o conjunto de medidas estatais técnicas administrativas, econômicas e sociais que visam organizar os espaços habitáveis e propiciar melhores condições de vida ao homem no meio ambiente artificial ou construído.”

Em outras palavras, a ordem urbanística compreende a regularização fundiária. Pois se a política urbana estabeleceu entre suas diretrizes a regularização fundiária, falar de ordem urbanística sem uma diretriz tão marcante como a

16. Idem, p. 23.

17. Ordem urbanística e acesso à terra. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edesio (orgs.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum. 2004. p. 267-268.

de regularização do solo urbano, seria algo inútil, máxime na capital de São Paulo, por exemplo, onde 2/3 das propriedades acusam problemas registraes, havendo ainda cerca de 2.100 parcelamentos irregulares com possibilidade de regularização.¹⁸ De outro modo, uma dada regularização fundiária sem planejamento urbano estaria fadada ao insucesso, porque a cidade é um complexo intersistêmico celular dotado de inúmeras variáveis. A promoção de medidas de regularização numa dada região urbana há de compreender as demais igualmente carentes, sem se olvidar de um estudo pormenorizado de seus reflexos na infraestrutura e no ambiente artificial como um todo, como, por exemplo, o adensamento e a cobertura dos serviços de saneamento básico, transportes etc.

O plano diretor, que constitui, por sinal, peça essencial no planejamento municipal (art. 4.º, III, *a*, do Estatuto da Cidade), sendo ele o grande instrumento da política urbana, deve primar pela sua unitariedade e integralidade, conforme Hely Lopes Meirelles,¹⁹ evitando-se fracionamentos sem prévia alteração do plano por inteiro, como acentuado por Venício Salles.²⁰ Aliás, ao tratar do zoneamento, Hely Lopes Meirelles²¹ pontifica que, na hipótese de o plano encontrar situação jurídica já constituída, só poderá ser desfeita por meio de indenizações. Ressalta ainda: “Tais são os problemas da pré-ocupação, ou seja, das construções anteriores em desconformidade com as normas de zoneamento. Em tais casos, cumpre ao Poder Público respeitar essas edificações até a sua demolição, ou indenizar a sua remoção ou adaptação às exigências do Plano”.

Feitas essas breves considerações, é oportuno frisar que o Estatuto da Cidade previu que a política urbana também deveria trilhar pela *simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais* (art. 2.º, XV). E foi sob essa ótica que a Lei 11.977/2009 veio dar moldura à regularização fundiária dos loteamentos urbanos, estatuinto em seu art. 46 o seguinte:

-
18. Venício Salles, Regularização fundiária – Considerações sobre a Medida Provisória n. 459/2009. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 9, n. 1, p. 62. Vide ainda do mesmo autor: Questões enfrentadas pelos grandes centros urbanos. Dificuldades procedimentais para o implemento das metas tendentes à melhor organização das cidades. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 7, n. 1, p. 140.
 19. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Editores, 2007. p. 538.
 20. Regularização fundiária... cit., p. 136.
 21. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1957. vol. 1, p. 398. Assertiva que é agasalhada em edição mais recente do mesmo autor, primando pelo respeito aos direitos adquiridos dos proprietários à permanência e continuidade de suas atividades nas condições originárias. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. cit., p. 554-555.

“Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, 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.”

Como é fácil perceber, a Lei 11.977/2009 conceituou a regularização fundiária de modo abrangente, não se restringindo à regularização jurídica dos loteamentos urbanos ditos irregulares, pois se refere a *assentamentos irregulares*, querendo com isso significar toda e qualquer edificação ou ocupação irregular, como é o caso das favelas, dos cortiços, de conjuntos habitacionais irregulares e dos chamados “condomínios rurais”, por exemplo. Da leitura do texto, verifica-se que a preocupação do legislador federal não foi a de ditar as posturas urbanísticas, ambientais e sociais, mas a de traçar regras jurídicas genéricas visando à facilitação dos meios de regularização dos loteamentos urbanos irregulares. Certamente, como veremos oportunamente, esse regramento minimizou as exigências de outrora para efeito de regularização dos loteamentos urbanos. Esse, sem dúvida alguma, o grande mérito da lei, que poderia até mesmo ter avançado mais, espraiando os instrumentos de regularização então previstos para outras hipóteses que estabeleceu e outras mais que a prática registral tem revelado com muita frequência e que a E. CGJ/SP cuidou de regulamentar.

Por outro lado, as medidas jurídicas previstas pela Lei 11.977/2009 não se esgotam no texto. E foi melhor assim, porque a regularização fundiária é um complexo de medidas que principiam com a tradicional usucapião individual, caminham pela retificação de áreas (de conteúdo também individual), fruto do pensamento individual do século XIX que tanto influenciou a codificação civil do século passado no Brasil, perpassam pela outorga dos títulos de legitimação de posse de terras da União, ao lado da ação discriminatória e da regularização por interesse social dos bens da União, caminham pelas medidas coativas preceituadas no Estatuto da Cidade (parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública), estabelecendo inúmeros outros instrumentos, como a usucapião coletiva (de escassa aplicação),²² direito de preempção, direito de superfície, concessão de direito real de uso, doação, entre outros, até

22. Tivemos conhecimento em aula ministrada pela Dra. Tania Mara Ahuali, no curso de Pós-graduação em Direito Notarial e Registral da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo em 2012, da existência de apenas um processo de usucapião coletivo, durante vários anos de atuação na prestigiosa 1.^a Vara de Registros Públicos.

desembocar na titulação das terras. Não nos propomos aqui comentar cada um desses instrumentos jurídicos para a regularização do espaço urbano, porquanto nosso escopo é o de colaborar para um estudo sistemático voltado para a regularização dos loteamentos urbanos, em especial no que se refere à regularização fundiária inominada, até porque o tempo não nos permitiria avançar muito mais. Por ora, cumpre notar tão apenas que quantidade não é sinônimo de qualidade e eficácia. A despeito desse grande número de instrumentos jurídicos, Venício Salles²³ acentua que, em relação ao Estatuto da Cidade, “houve pouca materialidade prática, aceitando instrumentos de duvidosa eficácia ou de comprovada rejeição das classes carentes”. Neste trabalho, nos debruçaremos às modalidades de regularização fundiária previstas na Lei 11.977/2009 e nos instrumentos de regularização por ela instituídos, como a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a usucapião administrativa.

Seguindo a lição dos doutos no sentido de que não cabe à lei definir ou conceituar institutos jurídicos (relato), diante da indeterminação dos vocábulos,²⁴ nos arriscaremos a dar uma definição empírica sobre a regularização fundiária dos loteamentos irregulares. Como o loteamento constitui uma espécie de fracionamento do solo, incluindo aí aquilo que se convencionou chamar de “desdobro de lotes”²⁵ – espécie de desmembramento com o aproveitamento do sistema viário existente –, a definição deverá alcançar essas modalidades.

De modo amplo, portanto, cumpre asseverar que a regularização fundiária, tal como concebida pela Lei 11.977/2009, é uma integração formal ao meio urbanístico, ambiental, social e jurídico de uma dada região urbana informal densamente ocupada e já consolidada, no tempo. Em sentido jurídico-formal, é a legalização pelo Estado das ocupações irregulares e/ou clandestinas,²⁶ mantidas ao longo do tempo numa dada região, visando à permanência de seus ocupantes e possuidores (moradia), por meio da titulação da propriedade. A regularização fundiária deita suas raízes na Constituição Federal, ao tratar dos princípios e valores fundamentais, como o acesso à moradia, a função social da propriedade e a dignidade humana. Por conta desses valores e princípios, se

23. Regularização fundiária... cit., p.58.

24. Segundo Carlos Maximiliano, “A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 36).

25. Malgrado a crítica de alguns no sentido de que o desdobro não se rege pelas normas da Lei 6.766/1979, mas pelas da Lei 6.015/1973.

26. Compreendendo o saneamento e/ou o registro dos loteamentos ilegais.

extrai um significado ontológico, de vínculo (interesse coletivo na fixação da moradia), e ao mesmo tempo de garantia, que é a de proporcionar a lei condições factíveis e possíveis de atender a esse interesse, do modo mais democrático, eficaz e célere possível. Portanto, do ponto de vista jurídico-material, a tutela dos interesses na regularização fundiária visa à garantia da propriedade em seu sentido social, não individualista. Objetiva-se um mínimo de moradia digna para um maior número de pessoas vivendo em condições indignas.²⁷ De fato, pressupõe a regularização fundiária um complexo de medidas que a lei alvitrou, em termos gerais, com o propósito de garantir a permanência, tanto quanto possível, das ocupações e dos assentamentos irregulares nos locais em que se encontram (função socializante),²⁸ notadamente os mais carentes. Mas essas medidas não constituem senão mecanismos de regularização, não se confundindo com a regularização propriamente dita (resultado desse complexo), e daí o equívoco da definição legal.

Igualmente, não é a regularização fundiária um processo conduzido em parceria pelos particulares e o Poder Público.²⁹ Pode acontecer que tal ocorra, mas o fenômeno da regularização fundiária, previsto na Lei 11.977/2009, é bem mais amplo, independente de ajustamentos entre particulares e o Poder Público, havendo a lei aberto um grande leque de possibilidades, inclusive de legitimação para instauração dos procedimentos de regularização. Do ponto de vista mais conservador, a regularização fundiária deve ser balizada pelas restritivas de natureza ambiental e urbanística, sempre que o texto legal for omissivo, ou tanto que genérico, não atingir as normas de conteúdo especial protetivo ditas pelos entes políticos da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

3.2 *Diálogo dos loteamentos irregulares com a função social da propriedade*

Registre-se, em primeiro lugar, que o objeto primário aqui tratado é a juridicidade do parcelamento urbano. Para podermos conceituá-lo como *irregular*, e daí diagnosticarmos o remédio para esse tipo de vício, devemos primeira-

27. O conceito de *indignidade* é bem amplo. Tanto é condição indigna aquela vivenciada por moradores de palafitas, por exemplo, quanto aquela por moradores vivendo informalmente, sem o registro da propriedade.

28. Não confundir com socialismo, sistema econômico em que o Estado atua como detentor dos meios de produção.

29. Como pareceu a Betânia Alfonsin, antes da edição da Lei 11.977/2009. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. Disponível em: [www.sedur.ba.gov.br/pdf/versao.final.pdf]. Acesso em: 12.07.2012. p. 8-9.

mente entender o que vem a ser um parcelamento regular. Do ponto de vista urbanístico, ambiental e jurídico, parcelamento urbano regular é aquele que reúne todas as condições previstas em lei para a sua aprovação, sendo como tal aprovado pelos órgãos competentes e registrado no registro de imóveis. Não basta preencher os requisitos legais. Há de ser o projeto de parcelamento submetido a uma autoridade fiscalizadora e reguladora, obtendo daí e a partir de então o seu referendo com o subsequente registro. Tal, porém, não basta. Quando vamos falar de loteamento, modalidade mais ampla de parcelamento do solo, com a abertura de vias públicas, implantação de obras de infraestrutura etc., devemos ter em mente que um simples projeto aprovado não poderá ser considerado como *regular* sem que seja ele efetivamente cumprido. Afinal, se trata de um ato-condição: além do concurso de vontades do loteador com o Município e demais autoridades administrativas competentes, que a lei e Constituição estabelecem, deve ser executado de acordo com os padrões estabelecidos, inclusive no plano diretor.

Ora, regularizar é tornar viável aquilo que não era, corrigindo, sanando e remediando um vício por obra do não cumprimento ou inobservância de algum requisito legal. Regularizar fundiariamente um loteamento sob o aspecto jurídico e formal é torná-lo possível no sentido de emprestar-lhe validade e eficácia, que, conforme a dogmática jurídica, decorre do regramento legal e normativo escalonado vigente (Kelsen).³⁰ Porém, como toda conceituação oferece alguma dificuldade à vista da casuística existente ou possível, sob outro ângulo e já no tridimensionalismo de Reale, veremos o outro lado da moeda com algumas hipóteses de loteamentos, cuja textura *irregular*, em seu sentido *lato*, poderá encontrar uma regra de calibração respaldada em enunciado lógico que se pode extrair da norma origem constitucional, tornando válido e eficaz aquilo que não era no próprio sistema.

De fato, a análise de regularidade dos loteamentos deve passar pelo exame de sua significação ontológica. Um loteamento implantado em desacordo com o projeto – situação deveras comum em São Paulo – pode ser considerado *irregular*, mas não ineficaz. A falta de abertura de vias de circulação ou de espaços destinados ao uso público, ou de equipamentos públicos, de acordo com o projeto, não poderia tolher o uso e menos ainda a propriedade do solo por aqueles que confiaram na tutela urbanística na crença comum e generalizada de que o lançamento fiscal promovido pelo Município lhes autorizaria a exercer em sua plenitude o seu direito. Bem a propósito, situação extremamente injusta e

30. Vide *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

imoral, a nosso ver, repetida anos a fio por inúmeras prefeituras diz respeito ao lançamento e cobrança do imposto sobre a propriedade territorial urbana sobre áreas *afetadas* por destinação do parcelador inescrupuloso ou desidioso. A implantação, em desacordo com o projeto, segue a vontade do parcelador com olhares complacentes da prefeitura, que vê na ocupação irregular uma ótima oportunidade de aumentar suas receitas, além de promover uma boa política de captação de votos a seus dirigentes. O que deve, então, preponderar? O *papel* que não foi cumprido à risca ou a vontade popular de usar aquilo que paga ao Município por sua moradia?

Das duas uma, ou a cobrança do imposto é manifestamente ilegal e inconstitucional, porque recai sobre área pública afetada pelo loteador ao próprio Município, sendo a ocupação irremediavelmente indevida (aspecto formal), ou o imposto é devido e a ocupação regular (aspecto material, na tridimensionalidade de Miguel Reale).³¹ Na prática, verificamos dois pesos e duas medidas. O imposto é normalmente cobrado sobre a posse de áreas públicas por destinação e a propriedade do solo permanece à margem do registro. O legislador parece começar a sensibilizar-se com tais injustiças, a ponto de estabelecer significativa alteração na Lei 6.015/1973, em seu art. 213, dispensando a retificação de área na regularização fundiária de interesse social realizada em Zeis, com lotes já consolidados com prova de lançamento fiscal há mais de 10 anos (art. 213, § 11, I, Lei 6.015/1973). Ou dito de outro modo, a lei fez ver que o Município não poderia se locupletar de sua própria incúria em detrimento das populações mais carentes.

Dois os valores em jogo: a segurança jurídica que decorre da aprovação do projeto do loteamento urbano e o direito à moradia. Como se verifica, se trata de antinomia de princípios.³² Ao passo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais, conforme já ressaltava o Min. Celso de Mello,³³ há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, conforme o contexto histórico e social, numa perspectiva axiológica concreta

31. “É, por conseguinte, num condicionamento fático e axiológico que se processa a gênese da norma do Direito: a regra jurídica, em verdade, representa o *momento conclusivo* de um processo espiritual de natureza dialética, no qual o fato passa pelo crivo ou pelo critério das estimativas do Poder e se consubstancia nos esquemas de fins que *devem* ser atingidos” (*Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 555).

32. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999. p. 90.

33. STF, MC na ADIn 3.540-1/DF, j. 01.09.2005.

“qual deva ser o direito a ponderar no caso”, desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses não acarrete o esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ao discorrer sobre a natureza dos princípios gerais de direito, em clássica obra que leva o mesmo título, Limongi França,³⁴ acentua o seu caráter coercitivo. Vai além. De acordo com a corrente científica, os princípios gerais de direito também encontram as máximas do Direito Natural,³⁵ em sentido amplo.³⁶ A classificação feita por Limongi França entre princípios essenciais e contingentes é deveras elucidativa, porque os primeiros “não se transformam, ou não se devem transformar através dos tempos e dos povos, sob pena de desvirtuamento da própria índole do Direito”, enquanto os últimos, “como a própria palavra está dizendo, a série de princípios que, de acordo com o meio e o momento, não podem deixar de sofrer certas modificações”.³⁷ Das espécies de princípios essenciais, segundo ainda o insigne professor: a dos elementos primeiros da justiça (*alterum non laedere e suum cuique tribuere*), e a dos elementos básicos que decorrem da natureza das instituições, integrando o próprio arcabouço das mesmas, “de tal forma que, quando não atendidos, tolhem a possibilidade de essas instituições atingirem os fins para os quais surgiram ou foram criadas”.³⁸

Ora, o princípio da função social da propriedade, além de positivado em nosso ordenamento jurídico na própria Carta Magna, não pode ser dissociado do seu objeto (a propriedade). Trata-se de princípio essencial de justiça, que, se não atendido, tolhe a possibilidade de o direito de propriedade atingir o fim que a Constituição e o próprio Código Civil atual preconizaram. Constitui elemento básico que decorre, hoje, mais do que nunca, da instituição da propriedade – direito real por excelência. Referido princípio sempre se fez presente na sociedade, por obra do *alterum non laedere*, ainda que em tempos imemoriais, de uma forma mais tênue, não tão solidarista. Assim, quando o parcelador executa um dado projeto em desacordo com o que previsto, nasce para o Município o poder-dever de intervir, igualmente em atenção ao princípio da função

34. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1971. p. 144.

35. Ou “um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais”, cf. RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. vol. 1, p.76.

36. LIMONGI FRANÇA, Rubens. Op. cit., p. 236-237.

37. Idem, p. 201.

38. Idem, p. 201-202.

social da propriedade. Se nada é feito, a questão passa a oferecer dificuldades de solução no plano teórico e prático. Pois se a implantação se faz em desacordo com o projeto, mas sem prejuízo para o Município, por exemplo, uma via pública se verificou desnecessária ou é aberta em lugar de outra, num outro local de melhor acesso, a realidade de fato passa a ser do interesse público, na medida em que a execução do projeto atenderia melhor aos interesses do Município, da população e dos moradores. Além disso, se a implantação se tornou irreversível com o tempo, presume-se a inexistência de prejuízo ao Município, devendo ser prestigiada a realidade de fato sobre o projeto. Venício Salles bem alude ao fato de que:

“A superação deste entrave somente pode ser obtida quando o Poder Municipal passar a aceitar que a *afetação* deve corresponder à passagem *física* da área para o *uso público*, correspondendo ao que foi riscado e cortado no solo e não ao que consta unicamente do irreal projeto. Com este posicionamento, empreendimentos poderão ser regularizados pela direta *averbação das vias públicas* e praças, sem a necessidade de planta completa. A observação tem pertinência, pois, na prática, a passagem do bem privado para o domínio público pelo *concurso voluntário* somente pode ser realizada em atenção à realidade física, que corresponde à implantação efetiva ou rasgos que compõem a abertura das vias.”³⁹

O interesse público também é uma variável, não ao sabor do interesse dos dirigentes políticos, mas consoante os valores históricos e sociais presentes. O apego ao formalismo desenfreado apenas acarretaria prejuízos, sobretudo a todos aqueles que, diante da inércia do Município, acreditando na regular existência de um projeto aprovado nos moldes em que elaborado, tivessem de ser desalijados da posse e da expectativa de aquisição da propriedade. Nessa seara da antinomia de princípios (segurança e moradia), o valor preponderante acaba por absorver o valor preponderado, constituindo um todo unitário e indivisível, pois dizer que era seguro no passado manter o pacto original escudado no vetusto projeto de loteamento que não foi executado, conforme o previsto, passa a ser inseguro, hoje ou amanhã, se as circunstâncias de fato presentes desaconselharem a expulsão dos moradores, quer em face da questão social que daí derivaria, quer em face da própria acomodação dos lotes à situação já consolidada e integrada à malha viária do Município.

No caso de vício na aprovação do loteamento, costuma-se propugnar pela sua invalidade, dependendo da natureza do vício (v.g. ilegalidade), com espe-

39. Regularização fundiária... cit., p. 68.

que no princípio da autotutela da administração, conforme ainda os postulados do direito administrativo. Mas a questão também não é de fácil solução. Enquanto não cancelado, o registro produz todos os seus efeitos (art. 252 da LRP). Perante os adquirentes e terceiros de boa-fé, a compra de seus lotes foi regular, construíram suas moradias, investiram suas rendas de anos a fio, pagaram impostos (inclusive com multa *pelo fato de a casa ser construção irregular não cadastrada pela Prefeitura*)⁴⁰ etc. Dito de outro modo, confiaram no registro e nas autoridades competentes. Sucede, porém, que a construção foi erigida em área de preservação ambiental, exemplificando, o que deveria merecer demolição com o desfazimento do alvará inclusive. Centenas de famílias deverão daí ser desalojadas e encaminhadas para outro local. Há uma tensão permanente de valores em jogo, em qualquer tipo de negócio de risco. O loteamento também se inclui nesses tipos de negócio. Mas seria a anulação o remédio para todos os males? Será que não poderá haver casos em que o remédio poderá matar o próprio paciente? Dependendo das circunstâncias de fato presentes, como é o fator temporal, parece desarrazoado perquirir quanto ao desfazimento de tudo em prol do restabelecimento de uma situação totalmente diversa daquela já consolidada no tempo e geralmente aceita pela coletividade. A nosso ver, eventuais vícios existentes em toda e qualquer aprovação de loteamento urbano devem ser impugnados no prazo que a própria lei estabeleceu, sob pena de decadência (art. 19, § 1.º, da Lei 6.766/1979). Para isso, há todo um processo especial de registro previsto em lei que deve ser observado (*due process in law*), contando inclusive com a publicação de editais, de forma que nada justifica que, passados anos da data da aprovação e do registro, possa alguém pretender revisar um ato plenamente exaurido com todos os seus efeitos, mormente em detrimento de terceiros adquirentes e possuidores de boa-fé, ressalvada a responsabilidade dos agentes causadores do dano e das autoridades condescendentes. Seria esse um caso de *irregularidade*? Como visto, dependendo da natureza e gravidade do vício, seria caso de invalidade que o decurso do tempo apagou. E quanto ao vício intrínseco ao registro? Supondo que um dado loteamento foi registrado numa matrícula equivocada ou em sobreposição a outra ou de outra transcrição? Sem se olvidar da usucapião, o cancelamento do registro seria a última solução recomendada na hipótese de efetivação do loteamento com a implantação e venda dos lotes. Para isso, já existe a possibilidade da demarcatória urbanística, como ver-se-á, e da retifi-

40. MARICATO, Ermínia. Loteamentos clandestinos. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 198.

cação do registro, mecanismos hoje presentes que podem contribuir para uma solução com um mínimo de perturbação social.⁴¹

Em Mairinque, porém, foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público contra um antigo loteador,⁴² julgada procedente para o fim de cancelar toda a cadeia de registros de alienações feitas pelo parcelador em desacordo com a lei do parcelamento do solo, no pressuposto de que os registros, sob a forma de frações ideais, mascaravam alienações de lotes – partes certas no solo. E esse cancelamento se efetivou muito tempo depois de consumada a prescrição aquisitiva extraordinária e ordinária em favor de todos aqueles que tiveram seus registros atingidos. Para agravar a situação, os supostos condôminos nem foram citados, apesar de se tratar de litisconsórcio necessário (art. 47 do CPC). A sentença *transitou em julgado*. Ao depois, cientes de que haviam perdido suas propriedades e sem o devido processo legal, os *ex-condôminos* requereram providências administrativas de bloqueio e de regularização do condomínio por unidades autônomas, não obtendo êxito quanto à regularização, porque apenas o parcelador, agora reinvestido na propriedade de toda a gleba, poderia fazê-lo, ele então paradoxalmente beneficiado pela demanda anulatória. Situação, como se observa, deveras drástica e pesara para os adquirentes de boa-fé. O ingresso em juízo de demandas de usucapião visaria ao mesmo resultado prático equivalente à regularização de um parcelamento a que não deram causa. Em outra seara, a E. CGJ/SP no procedimento administrativo CG 136/2006/Jundiaí,⁴³ asseverou a manutenção da situação de fato já consolidada (condomínio de lotes), entre outros fatores, atentando-se para a vigência do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, tendência, a nosso ver, perseverada no Provimento 18.⁴⁴

41. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 86.

42. Processo 337.01.2004.000119-9, número de ordem 552/2004.

43. “Não se ignora, aqui, é importante destacar, a circunstância de o Condomínio Estância Marambaia, ora em discussão, ser um condomínio em que as unidades autônomas aparecem sob a forma de lotes de terreno não construído, ou seja, unidades em que inexiste vinculação efetiva do terreno à construção de casa térrea ou assobradada, como exigido pelo art. 8.º da Lei 4.591/1964, o que tem levado esta Corregedoria Geral da Justiça, em hipóteses semelhantes, a considerar inválido o registro correspondente, por configurar manifesta fraude à lei relativa ao parcelamento do solo urbano, Lei 6.766/1979 (Processo CG 1.536/1996). Todavia, há que se considerar, na espécie, que se está diante de empreendimento realizado anteriormente à vigência da Lei 6.766/1979 e que, sobretudo, a existência e a validade do condomínio em questão foram expressamente reconhecidas na esfera jurisdicional” (Juiz Álvaro Luiz Valery Mirra).

44. Cf. seu item 236: “Na hipótese de a irregularidade fundiária consistir na ocupação individualizada de fato, cuja propriedade esteja idealmente fracionada, as novas ma-

O registro defeituoso ou imperfeito também pode caracterizar um dado loteamento como irregular. O art. 212 da LRP impõe que o registro deve exprimir a verdade. Qual a verdade tratada no texto? A *verdade real* correspondente ao perímetro definido na realidade física presente ou a *verdade formal* insculpida no histórico tabular?⁴⁵ A questão também não oferece solução simples ou única, tudo dependendo da análise do caso. Se as divisas estão materializadas no solo e já consolidadas no tempo, retroagir os marcos à origem histórica poderá, muito ao revés de contribuir para a segurança do registro, acarretar maiores prejuízos e insegurança. Por outro lado, se as divisas que foram materializadas no solo não obedeceram aos limites que sempre foram respeitados pelos imóveis confinantes, melhor seria considerá-los.

Rigorosamente falando, o registro há de espelhar, portanto, aquilo que deveria segundo o que foi programado pelo título, porque nosso sistema é eminentemente causal. Com as reformas introduzidas na LRP neste século, ficou reafirmado que o domínio de um juridicamente é apenas o reflexo da exclusão dos outros. Todavia, a retificação de área evoluiu do sistema individualista, exclusivamente fechado e retrospectivo, que tinha por pressuposto inarredável o erro das descrições históricas (*verdade formal*), para um sistema socializante, mais aberto e prospectivo, de adequação e alteração de divisas, admitindo também a convenção como fonte de regulação por meio de escritura e pagamento do imposto de transmissão (*verdade real*). Com isso, já não se poderá falar mais de uma *verdade formal* absoluta, intangível, inalterável, alheia à realidade física e social. Tampouco poderíamos falar de uma *verdade real* com essa mesma força, intangível e separada do registro. O que se vê é que a *verdade formal* do

trículas serão abertas a requerimento dos titulares das frações ideais ou de seus legítimos sucessores, em conjunto ou individualmente, *aplicando-se, conforme o caso concreto, o disposto no art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, o art. 1.º da Lei 4.591/1964, ou o art. 2.º da Lei 6.766/1979*” (grifo nosso).

45. Ficamos com Malatesta, a verdade está nas coisas. A certeza está no espírito. “A verdade, em gênero, é a conformidade da noção ideológica à realidade; a acreditada percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, assim, um estado subjetivo do espírito, o qual pode não corresponder à verdade objetiva” (*La logica delle prove in criminale*. Torino: Unione Tipografico – Editrice, 1895. vol. I, p. 5). Não é a verdade, então, a retidão perceptível apenas no espírito, como pretendeu Agostinho de Hipona. Lembra Peter Häberle: “Não menos conhecida é a definição da verdade de *Tomás de Aquino*: ‘veritas est adaequatio rei et intellectus’, assim como o clássico fraseado hobbesiano ‘auctoritas non veritas facit legem’, neste caso, não representando a verdade dos Estados constitucionais” (*Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 60-61 e 123).

registro continua a ser regra, embora mais aberta, admitindo o ingresso de elementos novos até então estranhos ao registro como tal concebido em seu sentido formal e individualista, ou como preconiza Luciano Lopes Passarelli, “(...) a Lei federal 10.931/2004 alterou a redação do art. 213 da Lei 6.015/1973, incluindo o § 9.º, que permite uma modalidade de ‘demarcação urbanística’, já que autoriza a alteração ou estabelecimento de divisas por escritura pública.”⁴⁶

Mesmo o loteamento clandestino, aquele destituído de qualquer aprovação ou registro, se efetivamente implantado, poderá produzir efeitos. Não se trata de *anistiar* o parcelador faltoso ou negligente. Mas de fazer com que a propriedade cumpra a sua função social, assegurando aos seus ocupantes e possuidores, adquirentes e terceiros de boa-fé um mínimo de proteção jurídica, mormente em se tratando de situação já consolidada no tempo, tornada irreversível de acordo com as circunstâncias de fato. É incompreensível para o possuidor com título não registrado que seu vizinho ostente uma matrícula albergando propriedade imóvel sem lastro algum em loteamento registrado na origem, enquanto ele, não. A análise desses registros até a origem invariavelmente revela a existência de um parcelamento de fato instrumentado em planta particular sem qualquer indício de aprovação, sendo utilizada para “simples controle”, se e quando tal planta se achar arquivada em cartório. É o caso de uma tal matrícula aberta, tempos depois da edição da Lei 6.015/1973, retratando um “lote para simples localização”, com base em indigitada planta particular muitas vezes extraviada ou inexistente. Isto é, nada mais injusto quanto desarrazoado pensar que o possuidor com título não registrado tenha de trilhar pela *via crucis* da usucapião com todos os seus percalços burocráticos, durante anos, e sem contestação de quem quer que seja (na grande maioria dos casos essas ações não são contestadas), enquanto seu vizinho, não. Nenhuma dúvida. O direito não socorre aos que dormem, diz a máxima, constituindo o registro um ônus para quem possua um título, em tese, registrável. Mas será que aquele infeliz que não foi agraciado com o registro na época de seu vizinho privilegiado não teria submetido seu título ao protocolo também naquela ocasião? Essa questão atormenta uma variada gama de pessoas que ficaram e assim permanecem à margem do registro, em loteamentos de fato implantados e já consolidados à urbe, há vários anos, como se passa em Itapevi,⁴⁷ onde grande parte do solo urbano ainda se mostra irregular.

46. Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as zonas especiais de interesse social (Zeis). In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 6, p. 693.

47. Consta de estudo não publicado e gentilmente fornecido pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Município de Itapevi que “Com 91,353 quilômetros quadrados

Ora, a função social da propriedade é um princípio que orienta o seu exercício de modo a coibir o abuso do direito, bem como o seu uso nocivo ou irracional, incluindo aí o abandono.⁴⁸ Nada mais anti-social que imaginar a complacência do Poder Público, de modo geral, com tais formas de ocupação, das quais é capaz de extrair consideráveis receitas de impostos e taxas, deixando, por outro lado, à sorte e sem registro toda essa gama de pessoas, como se fossem coisas objeto de realocação em outras áreas. Como se observa, tais loteamentos estão completamente à margem das etapas de sua regularização primitiva. Nem por isso, porém, seriam irregularizáveis, como ver-se-á mais adiante, mesmo porque, compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais de saneamento básico, bem como combater as causas da pobreza e fatores de marginalização, diligenciando a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, IX e X, da CF/1988). Não é daí impedindo ou dificultando a regularização dos loteamentos, ou realocando centenas de famílias que o Poder Público irá atender a função social da propriedade.

Diversamente é a hipótese de um loteamento deserto, abandonado ou jamais implantado, porque não cumpre a sua função social, retirando-lhe toda eficácia normativa. Isto é, a regra de calibração aqui enunciada no sentido de que os loteamentos urbanos, quer sejam regulares, quer sejam irregulares, devem cumprir a função social da propriedade, propugna pela ineficácia do loteamento deserto. Para Pietro Rescigno,⁴⁹ haveria um elemento de contradição “que é próprio daquele do dever de explicar no interesse da coletividade”. A questão é que esse elemento só serviria como *contradição na sua estrutura*, se e quando o feixe de direitos que a lei atribui ao proprietário não fosse exercido conforme o interesse público de aproveitamento racional do bem imóvel,

de extensão territorial (Itapevi) vê-se dividida em aproximadamente 199 núcleos habitacionais dos quais aproximadamente 100 são considerados clandestinos e/ou irregulares”. Desse universo, 77 núcleos habitacionais considerados clandestinos e/ou irregulares constituem meta de trabalho do Município, a que compete, entre outros pormenores, identificá-los se instituídos antes de 1979. Segundo ainda o estudo, até a presente data, em face do convênio com o Programa Cidade Legal, cinco loteamentos foram regularizados, dentre eles: Jardim Ruth, Vila Neofarm, Jardim Maria Célia, Jardim Beatriz e Jardim Nossa Senhora de Fátima.

48. O elemento individual, como símbolo da propriedade absoluta contraposto ao social, como tendência a restringir aquele. A função social teria duas vertentes, uma de instrumentalidade da propriedade dos bens econômicos, outra de natureza social-limite em seus aspectos exteriores da forma (BARASSI, Lodovico. *La proprietà nel nuovo Codice Civile*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, sem data. p. 82).

49. *Lezioni su proprietà e famiglia*. Bologna: Casa Editrice Prof. Riccardo Pàtron, 1971. p. 86.

ou como se costuma falar, na lição de Ugo Natoli,⁵⁰ de limitação ao direito de propriedade ou de tutela de um interesse diverso daquele do *dominus*. Ora, o abandono do projeto já aprovado e registrado fere o interesse público do aproveitamento racional do bem imóvel.

Todavia, o legislador não estabeleceu nenhuma sanção civil ao mau comportamento do proprietário, além daquelas expressamente previstas em lei.⁵¹ Isto é, seguindo uma linha rigorosamente formal, ao contrário do entendimento de Stefano Rodotà e Pietro Perlingieri, citados por Francisco Loureiro,⁵² a ausência de atuação da função social não faria (pela falta de previsão de sanção expressa) com que, por si só, faltasse “a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”.

Com efeito, em regulamentação ao art. 182 da CF/1988, o Estatuto da Cidade buscou a implementação de uma política urbana capaz de ordenar e controlar o uso do solo, de forma e evitar: (a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; (b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; (c) o parcelamento do solo e a edificação inadequados, a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na subutilização ou não utilização, e assim por diante (art. 2.º, VI). A lei cuidou de estabelecer e graduar sanções ao uso irracional da propriedade urbana, prevendo, como vimos, o IPTU progressivo, a desapropriação e o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, tal como previsto na Constituição. Independentemente disso, “Pode a lei municipal estabelecer limitações ao direito de construir, tais como vedar a construção de prédios residenciais em local por ela considerado como corredor comercial” (STF, RE 178.836-4/SP, 2.ª T., RT 773/160).⁵³ A seu turno, após declinar as

50. *La proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1965. p. 119.

51. De fato, além das sanções expressamente estabelecidas na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e no Estatuto da Terra, o Código Civil previu que o proprietário só pode ser privado da coisa por desapropriação ou requisição, em caso de perigo público iminente e 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. Neste último caso, ao juiz competirá fixar a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (art. 1.228, §§ 3.º, 4.º e 5.º do CC/2002).

52. PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2007. p. 1047.

53. CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF* 6. ed. atual. até a EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001. p. 224. Entre outras limitações, segundo explanado por João Lopes Guimarães Jr., “No âmbito estadual

diretrizes da função social da propriedade rural (art. 2.º), condicionando o uso da propriedade ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal, o Estatuto da Terra dispôs que o Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem esse mesmo princípio (arts. 12 e 13), estabelecendo como sanções a desapropriação (art. 18, *a* e *c*) e a tributação progressiva (art. 47).

A lei fixou sanções civis de forma gradativa, segundo as hipóteses que contempla quando do não atendimento da função social da propriedade, limitando-se ao fato da caducidade do projeto de loteamento por abandono do proprietário (art. 12, § 1.º, da Lei 6.766/1976). Resta claro afirmar, num primeiro passo, que inexistente qualquer tipo de antinomia entre a função social da propriedade e o direito de propriedade. Não há daí falar de *elemento de contradição* na estrutura do direito de propriedade, como sustentado por Pietro Rescigno. Todavia, se levarmos em conta que o princípio da função social integra a estrutura da norma do direito de propriedade, será possível admitir que quando o projeto de loteamento for abusivo no sentido de não implantado, abandonado, antissocial, haverá uma neutralização do próprio direito de lotear, de modo que sob o ponto de vista axiológico é verdadeira a proposição no sentido de que as áreas ditas *afetadas por destinação do loteador* ao domínio público deixam de sê-lo também se o Município não cumpre a função social da propriedade, deixando de tomar as medidas que a legislação lhe afiança nesse sentido.

Como se percebe, não caberia aqui dizer nem mesmo que esse loteamento que não saiu do papel seria simplesmente *irregular*. Ele nem sequer existiu de fato. Poderia existir, quando, apesar da falta de registro ou de aprovação, os compromissários compradores houverem edificado suas moradias, demarcando seus lotes e obtendo da Prefeitura as obras necessárias à implantação que o loteador desidioso ou inescrupuloso não fez.

Em face do exposto, podemos observar que do ponto de vista da dogmática jurídica pura, a questão da irregularidade dos loteamentos se resolve com

e municipal, a legislação, especialmente por meio de lei de uso e ocupação do solo, código de obras e código sanitário, condiciona o proprietário a respeitar diversos interesses: *segurança* da edificação (fundações e estrutura), *conforto ambiental* (ventilação, circulação, iluminação, condições térmicas etc.), *urbanismo* (uso e ocupação do solo, permeabilidade do solo, gabarito das edificações, estética etc.), *segurança das instalações* (gás, eletricidade, incêndio), *saúde* (água e instalações sanitárias) e *meio ambiente* (coletas de esgoto automotores na região central da cidade em dias e horários determinados, instituindo o chamado 'rodízio', cuja intenção é de melhorar o *fluxo do tráfego e a circulação*)" (Função social da propriedade. RDA 29/119).

o cumprimento das exigências que a legislação estabelece e estabeleceu ao loteador e que não foram atendidas ou que não foram fielmente cumpridas. Mas do ponto de vista menos formal e mais aberto num sistema prospectivo e dialético, tanto a irregularidade quanto a regularidade formal não têm por si só maior *valor*, senão conforme o valor objetivamente configurado num dado momento histórico e vivencial, porque interessa, antes de tudo, verificar a eficácia do projeto de loteamento, se ele atingiu a sua finalidade, cumprindo a função social da propriedade.

A questão oferece relevância neste trabalho, porque se seguirmos a dogmática jurídica, simplesmente, poderemos incidir em erro, levados a crer que tudo se resumiria em atender a vontade literal da lei, por mais incompleta, lacunosa ou fria que pudesse ser. E dentro desse arcabouço normativo vigente no país, repleto de normas, leis e regulamentos, a regularização jurídica do parcelamento do solo urbano correria o risco de cair num emaranhado de exigências e dificuldades sem fim, tornando ineficaz a própria regularização fundiária. Essa visão ortodoxa adotada de longa data no registro imobiliário se apresenta, porém, no atual momento histórico em franca defasagem, como veremos, haja vista o sistema dinâmico empreendido pela Lei 11.977/2009.

4. DIREITO COMPARADO

4.1 Itália

A legislação italiana pune severamente o parcelamento *abusivo* sem distinção entre loteamentos irregulares ou clandestinos, com penas e multas de até dois anos e 100 milhões de liras, respectivamente, sem prejuízo do confisco da propriedade imobiliária em prol do Município, exigindo do loteador as obras de infraestrutura necessárias (aspecto material), bem como o cumprimento das normas edilícias, e para a consecução dos negócios dessa ordem (aspecto formal), além do título de propriedade, o licenciamento cadastral da Prefeitura e do órgão técnico da respectiva região metropolitana (que açambarca mais de um Município), mais o certificado de destinação urbanística. A burocracia nas aprovações urbanísticas (Município e regiões metropolitanas) contribui para o seu retardo, dificultando a efetivação dos projetos de parcelamento do solo.

Incorrem nas mesmas penas do loteador faltoso os *oficiais públicos* que recebam ou autenticuem atos tendo por objeto tais loteamentos, com exceção do parcelamento de lotes com superfície inferior a 10.000m². Por onde se vê que o Oficial Registrador não recusa o registro de um parcelamento em lotes inferiores a 10.000m², mesmo porque não é obrigado a conhecer todas as regras

urbanísticas do seu Município, em virtude da própria complexidade e multiplicidade de regulamentos e leis do Município no ordenamento italiano. Deve, sim, encaminhar, no prazo de 30 dias da data do registro, cópia do ato recebido ou autenticado ao prefeito, a quem compete notificar, se caso, o parcelador faltoso para a suspensão de sua empreitada, com imediata interrupção das obras em curso e proibição de dispor do solo por ato entre vivos. Essa notificação deve ser transcrita no registro de imóveis.

Transcorridos 30 dias, sem revogação do ato administrativo de suspensão e de interrupção, a área loteada é convertida de pleno direito em patrimônio disponível da prefeitura, cabendo-lhe a demolição das obras. A lei sanciona de nulidade absoluta os atos praticados pelo loteador faltoso, como tais objeto de suspensão e interrupção decretados pelo prefeito, não podendo revestir qualquer das suas formas, seja por instrumento particular, seja por instrumento público, depois da transcrição da notificação acima mencionada e antes do eventual cancelamento do registro ou da superveniente ineficácia emanada da ordem decretada pelo Município.

Os atos administrativos do Município estão sujeitos a reexame pelo Tribunal Administrativo Regional (TAR), com possibilidade de recurso ao Conselho de Estado⁵⁴ e deste para a Corte de Cassação, conforme o caso.⁵⁵ Não se considera parcelamento abusivo a divisão de glebas ou lotes decorrente de partilha de herança ou testamento, doações entre cônjuges, entre parentes em linha reta, bem como os atos que têm por objeto a constituição, modificação ou extinção de direitos reais de garantia e de servidão. Compete à jurisdição penal declarar a ilegalidade do loteamento abusivo, bem como decretar o confisco da propriedade imobiliária objeto desse mesmo parcelamento, além das obras abusivamente construídas. A sentença definitiva constitui título hábil para a imediata transcrição no registro imobiliário (arts. 18 e 19 da Lei 47, de 28.02.1985).

A ocupação irregular das áreas indevidamente loteadas raramente ocorre na prática,⁵⁶ em razão não apenas da fiscalização exercida pelas autoridades

54. Vide art. 100 do Código de Processo Administrativo. “100. *Appellabilità delle sentenze dei tribunali amministrativi regionali*. 1. Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”.

55. Vide art 110 do Código de Processo Administrativo: “110. *Motivi di ricorso*. 1. Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

56. o que não impediu a demolição do conglomerado de prédios de vários andares em Bari, em 2006, por não haver o licenciamento do Município observado as normas de

municipais, pelos órgãos públicos das regiões metropolitanas e da Presidência da República, mas também e sobretudo diante das próprias peculiaridades do país, como razões históricas, dimensão geográfica, número de habitantes, organização político-administrativa, entre outros. Mesmo as chamadas *áreas consolidadas no tempo* e tornadas *irreversíveis* não são tratadas como no Brasil de molde a possibilitar os assentamentos ditos *informais*, com a regularização do registro, exceção feita à usucapião. As chamadas leis *sanatórias* são geralmente promulgadas de 10 em 10 anos, tendo por objeto a anistia das construções irregulares, não o parcelamento irregular do solo.

4.2 Espanha

Apesar de esparsa e volumosa, a legislação espanhola, de um modo geral, é mais flexível do que a italiana e mais descentralizada do que a brasileira,⁵⁷ como veremos ao longo deste trabalho, no que toca à regularização das áreas loteadas de forma ilegal, sobretudo em algumas regiões do país, como a de Andalúcia, ao sul. Há todo um complexo de normas que governam o parcelamento do solo e que regem o urbanismo, que se propagam desde a edição do *Texto Refundido da Lei do Solo* (TRLR) e decretos reais (DR), sem se olvidar da ultracentenária lei hipotecária, passando por leis regionais das chamadas comunidades autônomas (*Leis de Ordenação Urbanística* – LOU), como tais reconhecidas na Constituição da Espanha de 1978 (art. 148), com autonomia legislativa e executiva,⁵⁸ até as decisões administrativas proferidas pela Direção Geral dos Registos e do Notariado (DGRN) nos procedimentos de recu-

recuo de 300 metros da faixa costeira, rumuroso caso entrecortado por idas e vindas de decisões judiciais, desde 1995, ao cabo das quais, segundo notícia a imprensa italiana, será o Estado italiano que deverá ressarcir os construtores de *Punta Perotti* em 49 milhões de euros. Disponível em: []. Acesso em: 05.06.2012.

57. Já comentava Roca Sastre que a “Lei do Solo”, como ficou conhecida, introduziu um controle administrativo tão intenso sobre a contratação de imóveis urbanos, gerando tantas restrições, que acabou por dificultar a sua aplicação pelos notários e registradores (*Suplemento al derecho hipotecario*. 5. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1969. p. 195).
58. Como acentua Timón, Antonio Jesús Alonso: “Em la actualidad, la competencia para la regulación de los instrumentos de intervención en el uso del suelo la tienen atribuida las Comunidades Autónomas, al ser esta intervención una pura técnica urbanística (...). Em definitiva, la STC 61/1997 abrió la caja de Pandora y provocó una auténtica vorágine legislativa autonómica. De hecho, em el momento em el que se dicta esa sentencia eran pocas las Comunidades Autónomas que habían procedido a aprobar una normativa propia em materia urbanística” (*Urbanismo y ordenación del*

sa de registro dos oficiais registradores (equivalentes aos processos de dúvida no Brasil).⁵⁹ Em primeira linha, verifica-se que também na Espanha constitui

território. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley). 2012. p. 154 e 164, respectivamente).

59. A relevância da função notarial e registral na Espanha é inconteste, como, i.e., (a) na anotação preventiva, com efeito obstativo nuclear derivado da própria condição de ilegalidade do parcelamento: “Cualquiera que sea la solución que al respecto se adopte, lo que es indudable es que el Registrador en su calificación ha de tomar en consideración el contenido de dicho asiento (art. 18 de la Ley Hipotecaria) y de él resulta una fundada advertencia de que la segregación cuestionada puede constituir uno más de los actos jurídicos integrantes de un proceso de parcelación urbanística ilegal (vid. art. 257 Ley del Suelo); ello, en conexión con la prohibición de *parcelaciones* urbanísticas en suelo no urbanizable (art. 16-2 Ley del Suelo) con la sujeción a licencia de toda parcelación urbana (242-2 Ley del Suelo) y con la exclusión del Registro de todo acto o negocio jurídico que no reúna los requisitos prescritos por el Ordenamiento jurídico para su validez y eficacia (arts. 1, 18, 38, 40 Ley Hipotecaria), justifican sobradamente en el caso debatido la paralización de la inscripción pretendida, en tanto se acredite la conformidad del negocio jurídico cuestionado a la legalidad urbanística, esto es, en tanto se acredite que dicha segregación cuenta con la preceptiva licencia municipal o que según la administración urbanística competente no es necesaria dicha licencia (cfr. art. 259-3 Ley del Suelo)” (Resolução de 13.05.1994, DGNR). Disponível em: [http://vlex.com/vid/resolucion-18538709?ix_resultado=10.0&query%5Bbuscable_id%5D=86&query%5Bbuscable_type%5D=Fuente&query%5Bfilters_order%5D=source&query%5Bq%5D=parcelaciones+ilegales]. Acesso em: 18.07.2012; (b) na fraude à lei de parcelamento do solo, por meio da instituição de condomínio horizontal, com elementos independentes: “Propiedad horizontal. Finca rústica. División de terrenos. En el supuesto planteado se divide en régimen de propiedad horizontal ‘tumbada’ una finca rústica en la que existen dos construcciones, creando dos elementos independientes. Entra dentro del concepto de ‘división’ el supuesto objeto del presente expediente en el que se atribuyen derechos de uso exclusivo y privativo a favor de los respectivos propietarios de los elementos privativos resultantes de un división horizontal sobre sendas parcelas de terreno que forman parte de la finca matriz, finca que tiene el carácter de rústica. *Existe verdadera división de terrenos*, lo que exige ‘la necesidad de aportar licencia de parcelación, pues las fincas creadas tienen una autonomía tal que las permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, por lo que nos hallamos ante una verdadera división de terrenos” (Resolução de 03.04.2012, DGNR). Disponível em: [http://vlex.com/vid/asignacion-exclusivo-porciones-terreno-370280854?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=86&query%5Bbuscable_type%5D=Fuente&query%5Bfilters_order%5D=source&query%5Bq%5D=parcelaciones+ilegales]. Acesso em: 18.07.2012 (grifo nosso). No mesmo sentido: Resolução de 12.07.2010, DGNR, em caso de vendas de frações ideais sucessivas com uso individualizado por seus titulares.

condição básica para a implementação do parcelamento do solo a licença ou declaração de sua desnecessidade do Município.⁶⁰

Para o caso dos loteamentos ilegais, as leis das comunidades autônomas⁶¹ estabelecem valores de multa, de forma escalonada, como é o caso da Catalúnia, na faixa de 150.000 euros a 1.500.000 euros, podendo também alcançar o benefício econômico auferido pelo parcelador, ou como é o caso dos parcelamentos em solo não urbanizável em Andalúcia, com a demolição e o reparcelamento forçado (art. 49, 2. J, Dec. 60/2010). Os atos administrativos perpetrados pelas municipalidades estão sujeitos também à revisão por parte das cortes administrativas, segundo os predicados da tutela do contencioso administrativo.

Diversamente do que ocorre no Brasil, a matéria na Espanha é tratada de modo mais regionalizado, segundo as particularidades de cada uma das comunidades autônomas, o que a nosso ver é mais vantajoso, prestigiando-se a autonomia regional e o peculiar interesse local. Nenhuma dúvida quanto ao interesse público na manutenção da situação aparentemente irregular, mormente nas zonas rurais, como se pode inferir do art. 80 das normas complementares

60. Resolução de 12.07.1995, DGNR. Disponível em: [http://vlex.com/vid/resolucion-18538566?ix_resultado=9.0&query%5Bbuscable_id%5D=86&query%5Bbuscable_type%5D=Fuente&query%5Bfilters_order%5D=source&query%5Bq%5D=parcelaciones+ilegales]. Acesso em: 18.07.2012. No mesmo sentido: “(...) mediante la licencia urbanística, el Ayuntamiento realiza un control preventivo sobre los actos de uso del suelo para verificar su conformidad con la normativa urbanística, pues si se entendiera que una división de finca rústica por encima de la unidad mínima de cultivo puede documentarse en escritura, e inscribirse, sin más, precisamente se estaría sustrayendo al Ayuntamiento la posibilidad de llevar a término ese control preventivo; el cual, por cierto, tiene pleno encaje en la función de seguridad jurídica preventiva que han de desempeñar Notarios y Registradores” (Resolução de 22.04.2005, DGNR). Disponível em: [http://vlex.com/vid/carlos-higuera-serrano-zamora-toro-255173?ix_resultado=4.0&query%5Bbuscable_id%5D=86&query%5Bbuscable_type%5D=Fuente&query%5Bfilters_order%5D=source&query%5Bq%5D=parcelaciones+ilegales]. Acesso em: 18.07.2012.

61. As competências para a imposição de sanções variam em todas as legislações das comunidades autônomas, segundo o valor da sanção pecuniária e a população do Município. Explica Timón que normalmente, as competências segundo o grau de gravidade da infração se repartem entre o Prefeito do Município, o Diretor Geral de Urbanismo, o Conselheiro da Comunidade Autônoma ou o Conselho de Governo. Compete aos Juizados Provinciais a revisão judicial das sanções por infrações urbanísticas, por meio do contencioso administrativo (TIMÓN, Antonio Jesús Alonso. Op. cit., p. 152).

ao regulamento hipotecário (NCRH), permitindo ao registrador o encaminhamento à administração de cópia dos documentos relacionados a atos de divisão ou segregação de imóveis inferiores à unidade mínima de cultivo, para exame de sua nulidade. Caso transcorridos quatro meses sem que tenha sido decretada a nulidade desses atos pela administração local, o registro é efetivado. Havendo recurso administrativo contra a decisão tomada pela administração, o titular do domínio poderá solicitar anotação preventiva de sua interposição no registro. Como se observa, a nulidade do ato de parcelamento em zona rural, pura e simplesmente, não é obstativa ao registro, dependendo de prévio pronunciamento da administração pública.

Por seu turno, o interesse público central que dá respaldo à legalização dos loteamentos indevidamente implantados se espalha nas comunidades autônomas, como é o caso de Malorca, por exemplo, cujo diário⁶² noticia que o governo está elaborando um decreto que inclui a legalização de mais de 70 loteamentos irregulares, a maioria deles em Palma e Marratxí, constituindo complexos urbanísticos que nasceram fora dos planejamentos municipais, por se acharem em zona rural. Por seu turno, informa Javier Cortés Santidrián:⁶³ “Según estudios realizados por el ayuntamiento de Zaragoza y el gobierno de Aragón en el término municipal de Zaragoza existen alrededor de un ‘centenar de parcelaciones ilegales en suelo no urbanizable, provenientes del plan general de ordenación urbana de 1986’”. O autor admite, ademais, que a grande maioria dos parcelamentos ilegais, tanto do ponto de vista urbanístico – infrações de edificação –, quanto de parcelamento – infrações de parcelamento –, se apresenta de modo irreversível, favorecida invariavelmente pela inatividade da administração,⁶⁴ quando não, com apoio em Betrán Abadia,⁶⁵ também pela impunidade absoluta diante da escassa aplicação da disciplina urbanística, desafiando um procedimento de regularização instruído com um plano geral capaz de moldar as condições urbanísticas à realidade.

A proposta de regularização fundiária de Santidrián delimitaria o direito à regularização na área estabelecida, possibilitando melhoria de comodidade

62. Disponível em: [<http://vlex.com/vid/declara-urbanas-parcelaciones-ilegales-352481622>]. Acesso em: 18.07.2012.

63. *Parcelaciones ilegales: planeamiento, gestión y disciplina*. 21. ed. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, 2010-2011. p. 15. Disponível em: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/14769/5/javier_cortes_tesina.pdf]. Acesso em: 12.07.2012.

64. Idem, p. 18-34.

65. Idem, p. 27.

e infraestrutura. O objetivo seria classificar as doações ao Poder Público e as áreas verdes no solo, sempre que possível, de modo a conectá-los com a malha viária existente, num âmbito de maior controle disciplinar, evitando que o aumento da demanda possa atrair fenômenos não desejados.⁶⁶ Num contexto geral, a lei urbanística de Aragon veio a estabelecer algumas diretrizes, dispondo que o solo não urbanizável genérico requer a sua reclassificação como urbanizável, e quanto ao solo não urbanizável especial, ação de expropriação. Os planos gerais poderão classificar como solo urbanizável ou como solo urbano não consolidado aqueles terrenos que suportem núcleos de população em solo não urbanizável, conforme planos gerais anteriores, levando-se em conta sua situação de fato e as características do território sobre que se situam, sempre que não tenham de ser objeto de especial proteção. A ideia é a de prestigiar a regularização sempre que possível, de acordo com Santidrián,⁶⁷ acomodando-se a situação legal à situação de fato, com mais de quatro anos, consoante se extrai a seguir: “Como consecuencia de lo anterior deducimos que para el caso en el que se hayan producido segregaciones, con una antigüedad de más de cuatro años, en las que a posteriori se hallan edificado, esta edificación no podrá ser atacada por la ausencia de conexión”.

4.3 Portugal

Conforme adverte Oliveira Ascensão,⁶⁸ a base da ordem imobiliária portuguesa não está no registro, mas na usucapião. O registro predial em Portugal destina-se, essencialmente, a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário (STJ, AC 3/99, Processo 1.050/98, 2.^a Seção, j. 18.05.1999, rel. Pereira da Graça).⁶⁹ Para tanto,

66. Idem, p. 22.

67. Idem, p. 29.

68. ASCENSÃO, José de Oliveira. Efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados* 34/43-46. Disponível em: [www.oa.pt/upl/%7B31eca69e-a973-42ec-946f-3db5f8453014%7D.pdf]. Acesso em: 12.07.2012.

69. No mesmo julgado, em declaração de voto do conselheiro Luís António Noronha Nascimento, ficou reafirmado o efeito meramente publicitário do registro: “Em Portugal e em França, entre outros países, o contrato de compra e venda tem eficácia real e translativa, ao contrário do que sucedia no direito romano inversamente, na Alemanha o contrato de compra e venda não tem quaisquer efeitos reais nem transmite a propriedade, tal como sucedia no direito romano (...). Impor o registro constitutivo, ou atribuir-lhe efeitos vinculativos similares, só faz sentido, na verdade, onde o cadastro da propriedade existe e está organizado.

não há uma situação de prevalência necessária da propriedade sobre a posse: “Se o direito de propriedade é o rei dos direitos reais, então a posse é a rainha: aquele que pretenda o domínio de uma coisa tem de assegurar-se de ter ambos por si” (acórdão citado).

No que se refere à regularização dos loteamentos ilegais,⁷⁰ estudos a respeito da sua gênese e evolução demonstram alguns pontos de semelhança com a

Esse foi, aliás, o principal argumento de Manuel de Andrade quando defendeu a concepção restrita de ‘terceiro’ (cf. *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, p. 18-20 e ss.), mais recentemente defendida também por Orlando de Carvalho (*Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXX, p. 97 e ss., 1994). Não há em Portugal cadastro dos prédios urbanos e o dos prédios rústicos abrange tão só parte do território (cf. Isabel Pereira Mendes, ob. cit., p. 172); (...) Portugal copiou, tal como a Espanha, o sistema de registo predial germânico, rejeitando o francês (são estes os dois principais sistemas registrais europeus), mas tem um modelo de transferência imediata de propriedade nos contratos de alienação completamente diferente do modelo germânico e igual ao francês”.

70. Por mais paradoxal que seja, o Dec.-lei 46.673/1965 que instituiu a figura do loteamento urbano sujeito a licenciamento municipal (*rectius*: da Câmara Municipal) “acabou favorecendo a ação dos loteadores clandestinos” (RAPOSO, Isabel. Reconversão de territórios de gênese ilegal na grande área metropolitana de Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 84). Dilucidam Jorge Gonçalves, Carla Mota Alves e Fernando Nunes da Silva que, durante a ditadura militar, Portugal era um país essencialmente agrícola (década de 60). E foi nessa época que foi editado o Dec.-lei 46.763/1965. Até então, “a urbanização dos terrenos era regulada em sede de legislação urbanística, que definia as regras de elaboração e execução de planos. O fracionamento de terrenos para construção não merecia tratamento legislativo específico que lhe definisse regras próprias, e a legislação sobre urbanização não se articulava com o parcelamento de terrenos. Daqui resultava a realização de negócios jurídicos de parcelamento de terrenos para construção, sem os respectivos equipamentos e infraestruturas (...)”. Na primeira fase, após a edição do Dec.-lei 46.763/1965, “as principais características do fenómeno dos clandestinos são o surgimento de construções precárias, em bairros de lata ou improvisadas em tijolo e cimento, sem equipamentos nem serviços, um levantamento das construções realizadas frequentemente de noite, sendo habitadas logo após a colocação da primeira placa para evitar a demolição (...)”. Os primeiros anos da década de 70 foram marcados “pela acelerada expansão dos loteamentos ilegais e aumento significativo das construções clandestinas (...)”. Os loteadores clandestinos fracionavam os terrenos com base na Portaria 202/1970, de 21 de abril publicada ao abrigo da Lei 2.116/1962, que fixava as unidades mínimas de cultura (com 5.000m²), e, por isso, os designavam loteamentos em ‘quintinhas’. Posteriormente, recorriam à compropriedade regulada no Código Civil, dividindo as propriedades em ‘avos’. Os

experiência urbana no Brasil. Fatores como a marginalização dos cidadãos, a deficiente política de educação, a estrutura legal desenraizada da cultura do povo, fomentando a pressão *para agir ilegalmente*, desenho urbano não adequado à procura, a falta de estratégia dos planos urbanísticos, a ausência de programa político e de orçamento, a especulação no mercado dos terrenos,⁷¹ o fluxo migratório da zona rural para os grandes centros, e assim por diante,⁷² são trazidos à baila como questões para futura investigação na formação de bolsões periféricos em Lisboa (GAML)⁷³ e em outro lugares à margem da legislação do parcelamento do solo. A problemática abrange a existência de bairros clandestinos, terrenos fracionados ou lotes sem licença municipal,⁷⁴ terrenos em regime de copropriedade ou “loteamentos” em avos indivisos, por meio de compra em regime de sociedade por quotas, “loteamentos ilegais” constituídos por promessas de compra e venda que não outorgam legitimidade para um pedido de licenciamento e ilegalidade das construções.⁷⁵ Tudo isso sem falar na questão do custo inferior dos bairros clandestinos, comprometendo áreas

compradores de cada um dos avos passavam a proprietários efetivos, não de um lote, mas de uma não delimitada fração da propriedade” (Do ilegal ao formal: percursos para a reconversão urbana das áreas urbanas de gênese ilegal em Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 172-176. Sobre as possibilidades de parcelamento, confirmam-se ainda os arts. 1.376 e 1.377 do Código Civil português.

71. LOBO, Manuel da Costa. Augi/clandestinos. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 80.
72. Emigrantes, retornados etc.
73. Grande Área Metropolitana de Lisboa.
74. Da Câmara Municipal, conforme esclarecido por Sílvia Branco Jorge. Qualificação do espaço público de loteamentos de gênese ilegal na grande área metropolitana de Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 149. Por loteamento clandestino, expõe Manuel da Costa Lobo: “(a) Quando o proprietário vendesse um lote sem prévia aprovação do Município, declarando no notário que o terreno era para construção urbana; (b) Quando o proprietário promettesse vender um lote ainda não construído oficialmente” (LOBO, Manuel da Costa. Op. cit., p. 67).
75. CRAVEIRO, Maria Teresa. Do “bairro clandestino” às “áreas de gênese ilegal” – Um problema que permanece em Portugal. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 40-48.

ecologicamente sensíveis do território, tais como zonas florestais, zonas costeiras, encostas declivosas e zonas de leitos de cheias que contribuíram para a degradação ambiental,⁷⁶ além da flexibilização da construção ilegal e a morosidade burocrática das licenças.⁷⁷

Para se ter uma ideia da regularização, prima-se hoje em Portugal pela chamada *reconversão dos loteamentos ilegais*, de acordo com a Lei 91/1995, no pressuposto de conservar, *tanto quanto* possível, as casas já construídas.⁷⁸ O art. 3.º da referida lei dispõe que a reconversão urbanística do solo e a legalização das construções integradas em Augi⁷⁹ *constituem um dever dos respectivos proprietários e comproprietários*, carreado-lhes os encargos com esse tipo de operação, resguardado o direito de regresso em relação àqueles de quem hajam adquirido os imóveis, quanto às importâncias em dívida no momento de sua aquisição. A lei portuguesa prevê a formação de uma assembleia dos proprietários compos-

76. MACHADO, Ademar Luís Gonzaga. Localização territorial e sustentabilidade ambiental das áreas urbanas de gênese ilegal na grande área metropolitana de Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 126.

77. CRAVEIRO, Maria Teresa. Op. cit., p. 40.

78. LOBO, Manuel da Costa. Op. cit., p. 72. Com o claro intuito de garantir o direito de permanência dos ocupantes das áreas no lugar de suas residências, de legalizar a ocupação e da sua reconversão, tempos depois da implementação do Programa Especial de Realojamento (PER), instituído pelo Dec.-lei 163/1993, que parece não ter surtido os efeitos esperados (LOBO, Manuel da Costa. Op. cit., p. 92).

79. Áreas urbanas de gênese ilegal. Expõe João Alves que “De acordo com o art. 1.º, n. 2 e 3, da Lei 91/1995, consideram-se áreas urbanas de gênese ilegal (Augi) os prédios ou conjuntos de prédios contíguos que, sem a competente licença de loteamento, quando legalmente exigida, tenham sido objecto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção até à data da entrada em vigor do Dec.-lei 400/1984, de 31 de dezembro, e que, nos respectivos planos municipais de ordenamento do território (PMOT), estejam classificadas como espaço urbano ou urbanizável, sem prejuízo do disposto no art. 5.º. São ainda considerados Augi os prédios ou conjuntos de prédios parcelados anteriormente à entrada em vigor do Dec.-lei 46.673, de 29.11.1965, quando predominantemente ocupados por construções não licenciadas. O art. 54, sob a epígrafe ‘Medidas preventivas’, dispõe no n. 1 que ‘São nulos os negócios jurídicos entre vivos de que resultem ou possam vir a resultar a constituição da compropriedade ou a ampliação do número de compartes de prédios rústicos, quando tais actos visem ou deles resulte parcelamento físico em violação ao regime legal dos loteamentos urbanos’” (Loteamentos clandestinos. *Verbo Jurídico*. Disponível em: [www.verbojuridico.com/doutrina/2009/joaualves_loteamentos_clandestinos.pdf]. Acesso em: 10.07.2012).

ta por uma comissão de administração, visando à promoção, acompanhamento e fiscalização da reconversão (art. 10.º). A estrutura administrativa lembra a do nosso condomínio edilício, contemplando inclusive uma comissão de fiscalização a qual compete emitir parecer sobre os orçamentos da comissão de administração, o relatório e as contas da administração conjunta (art. 16.º-B). A reconversão pode também ser instaurada pela Câmara Municipal como operação de loteamento ou mediante plano de pormenor (arts. 4.º e 31 da Lei 91/1995). Todavia, como lembra António José Rodrigues:⁸⁰

“Não se verifica qualquer vantagem para que os comproprietários não lidem o processo de reconversão das suas Augi, pois tendo sempre que pagar os encargos, haverá conveniência em acompanhar a elaboração de projectos e a construção das respectivas infra estruturas.”

O pedido de loteamento é apresentado à Câmara Municipal, instruído com: (a) certidão do registro predial referente ao prédio ou prédios abrangidos; (b) memória descritiva e justificativa, que, em especial, deve fundamentar, se for o caso, a aplicação do regime especial na lei (art. 6.º – redução dos índices urbanísticos, tipologia da ocupação e cessão de áreas ao Município) e indicar quais as construções a manter e a demolir e as soluções previstas para a realização das expectativas dos interessados; (c) levantamento topográfico da Augi; (d) planta que evidencie a realidade atual da Augi e, nomeadamente, a repartição do solo emergente do loteamento de gênese ilegal, com a indicação concreta da implantação, da área de construção, o número de pisos, as *cérceas* e as cotas de soleira das construções existentes, identificando ainda as construções que não cumpram os requisitos das várias disposições legais aplicáveis ao exterior das edificações, com indicação das construções a demolir e ou a alterar em face da proposta de reconversão; (e) planta síntese do loteamento pretendido; (f) listagem dos possuidores de cada uma das parcelas em que se subdividiu o loteamento ilegal, reportada à planta referida na alínea *d* e à certidão registral; (g) fotocópia certificada das atas das reuniões da assembleia onde tenham sido tomadas as deliberações no sentido de promover a reconversão da Augi, eleger e destituir a comissão de administração e de avaliar a solução urbanística preconizada no plano de pormenor em sede de inquérito público.⁸¹ Os projetos das redes viária, de eletricidade, águas, esgotos e de arranjos de espaços exteriores, bem como as fases da sua execução, o orçamento das obras de urbanização e

80. *Loteamentos ilegais. Áreas urbanas de gênese ilegal – Augi*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 112.

81. Cf. redação dada pela Lei 64/2003.

de outras operações previstas e o mapa contendo o valor absoluto e a quota de coparticipação de cada lote nos custos de execução das obras e da caução legal podem ser apresentados depois da aprovação do loteamento pela câmara municipal. Os projetos das redes de infraestrutura podem ser dispensados, desde que seja reconhecido pelas entidades gestoras das redes que as mesmas já existem e estão em condições de funcionamento (art. 18.º com a redação dada pela Lei 167/1999). Lembra António José Rodrigues⁸² que a tramitação do procedimento de regularização faculta aos particulares o poder de reclamar os atos administrativos pela via hierárquica ou pelo recurso contencioso administrativo, reconhecendo que, apesar de as decisões dos Tribunais sempre derem ganho de causa à administração conjunta, os recursos acabaram atrasando a emissão do alvará em mais de seis anos.

Não faltaram acirradas críticas ao sistema luso de regularização, tomada como princípio básico o fato de se tratar de um encargo a assumir pelos proprietários, a demora justificando a necessidade de programação e da fixação de prazo máximo para a sua execução,⁸³ a falta de um *ombudsman* e de uma Comissão Plenipotenciária nomeada pelo governo central para solução em tempo hábil da reconversão.⁸⁴ Além disso, “Os critérios expressos na Lei para a classificação das Augi e os prazos impostos deixam de fora do processo de reconversão diversos loteamentos”.⁸⁵ Como se observa e poderemos ver ao longo desse trabalho, o sistema de regularização do parcelamento do solo em Portugal está aquém do brasileiro, o qual tratou de reduzir o número das exigências legais e entaves burocráticos dos órgãos de aprovação, incluindo o próprio registro de imóveis. Além disso, no Brasil, a regularização dos loteamentos ilegais não

82. Op. cit., p. 98-99.

83. Basta ver que a Lei das Augi prevê 14 intrincadas e demoradas fases: “(i) delimitação; (ii) constituição da Administração Conjunta (eleição de órgãos); (iii) entrada do processo na câmara; (iv) contratação da equipa técnica; (v) início da operação urbanística; (vi) entrega à Câmara Municipal da primeira proposta de loteamento ou plano; (vii) deliberação do loteamento ou aprovação do plano; (viii) emissão do alvará do loteamento ou publicação do Plano de Pormenor no Diário da República; (ix) obtenção do título de reconversão; (x) divisão da coisa comum; (xi) início da execução das obras de urbanização; (xii) recepção provisória (xiii) e definitiva das obras de urbanização; (xiv) assembleia de contas finais. Nas situações onde o processo é de iniciativa municipal, há algumas variações neste faseamento, consoante tem ou não o apoio da administração conjunta. Trata-se sempre de um processo moroso e burocrático” (LOBO, Manuel da Costa. Op. cit., p. 110).

84. LOBO, Manuel da Costa. Op. cit., p. 77.

85. RAPOSO, Isabel. Op. cit., p. 97.

constitui um dever dos proprietários dos lotes, tendo a lei ampliado o rol de legitimados ao pedido, sem restringir as espécies de loteamentos.

Por outro lado, e diversamente do Brasil, em Portugal a usucapião extrajudicial⁸⁶ é formada por escritura pública por meio de justificação segundo interesses particulares, e não por meio de um processo de regularização fundiária e coletivo como antevisto na Lei 11.977/2009. acórdão do STJ, n. 1/2008, publicado no Diário da República, 1.ª Série, n. 63, de 31.03.2008, respaldado no Código do Registro Predial (art. 116, 1) e no Código do Notariado (arts. 89, 96 e 101), bem assinala os contornos dessa interessante modalidade extrajudicial de aquisição da propriedade, expondo, em primeira linha, que:

“(…) a justificação notarial é um expediente técnico simplificado, um processo anormal de titulação (preâmbulo do Dec.-lei 40.603, de 18.05.1956), processo esse que, todavia, foi sucessivamente ampliado desde o advento do registo predial obrigatório, iniciado com a justificação extrajudicial de direitos prevista na Lei 2.049, de 06.08.1951. A evolução legislativa foi caracterizada pelo reforço da tutela da fé pública registral, assente no princípio da legitimação de direitos sobre imóveis titulados judicial ou extrajudicialmente. Como escreve Borges Araújo (com a colaboração de Albino Matos – *Prática notarial*, 4. ed., p. 339), ‘na génese do sistema em que assenta a justificação notarial está o princípio do trato sucessivo. Partindo da ideia de que, respeitando este princípio, se poderia criar um documento que substituísse, para efeitos de registo, títulos faltosos, criou-se um sistema em que nos aparece a nova escritura, de natureza excepcional, para apoiar e servir as necessidades do registo obrigatório, que se pretendia estabelecer. O novo título foi buscar ao princípio do trato sucessivo a sua razão de ser, servindo não só o registo obrigatório como o registo predial em geral, ao possibilitar registos que de outro modo seriam impossíveis’” (grifo nosso).

86. Não obstante ser a usucapião modo de aquisição originária, incide o imposto de selo, conforme jurisprudência do Superior Tribunal Administrativo português, equiparando a usucapião às transmissões gratuitas: “Pelo imposto do selo tributam-se, *inter alia*, os actos de aquisição de imóveis incluindo o acto formal de aquisição por causa de usucapião” (Processo 0126/10, 2.ª Seção, rel. Jorge Lino, 28.04.2010). “I – Para efeitos de imposto de selo, a usucapião é uma transmissão gratuita que apenas nasce com o trânsito em julgado da acção de justificação judicial, com a celebração da escritura de justificação notarial ou no momento em que se tornar definitiva a decisão proferida em processo de justificação. II – Tendo sido adquirido por usucapião apenas um prédio rústico, onde foi construído um prédio urbano, só o valor daquele deve ser considerado para efeito de imposto de selo” (Processo 0833/11, 2.ª Seção, rel. Lino Ribeiro, 07.03.2012).

O aresto indica, porém, que a escritura de justificação notarial não oferece cabais garantias de segurança e de correspondência com a realidade, possibilitando a sua utilização fraudulenta e permitindo que o justificante dela se sirva para titular direitos que não possui, com lesão de direitos de terceiros. Trata-se de uma forma especial de titular direitos sobre imóveis, para efeito de descrição na conservatória do registro predial português, baseada em declarações dos próprios interessados, embora confirmadas por três declarantes, em que a fraude é possível e seria simples de executar. Por outro lado, a justificação notarial não constitui ato translativo, pressupondo sempre, no caso de invocação de usucapião, uma sequência de atos a ela conducentes, que podem ser impugnados, antes ou depois de ser efetuado o registro, com base naquela escritura. Finalmente, a escritura de justificação notarial, com as declarações que nela foram exaradas, apenas vale para efeito de descrição do prédio na conservatória do registro predial, se não vier a ser impugnada.

5. DA REGULARIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS URBANOS NO BRASIL

Até a edição da Lei 6.766/1979, basicamente⁸⁷ era o Dec.-lei 58/1937 que governava a matéria do parcelamento do solo no país. Ressalte-se que o sistema registral imobiliário era quase todo ele voltado para o livro das transcrições com as notórias deficiências que ainda hoje detectamos.⁸⁸ A Lei 6.015/1973, que inaugurou o sistema matricial, só entraria em vigor em 1976, e mesmo assim, já com alterações promovidas pela Lei 6.216/1974. À época, o país acabava de sair da chamada “política do café com leite”, marcada pela alternância no poder de presidentes civis fortemente influenciados pelo setor agrário dos estados de São Paulo – mais poderoso economicamente, sobretudo em razão da produção de café e Minas Gerais – maior polo eleitoral do país da época e produtor de leite. Tinha início a “Era Vargas”, e assim também a industrialização, com a substituição de mão de obra imigrante pela nacional. Preocupava-se o legislador com a falta de proteção ao compromissário comprador de boa-fé: “Zonas sertanejas estão a despertar as atenções de quantos se deixem seduzir pela facilidade de aquisição de terras de culturas. Nas urbanas, a mesma coisa

87. Vide Dec.-lei 271/1967 (condomínio de lotes) e ainda condomínio de casas (art. 8.º da Lei 4.591/1964).

88. Entre as quais: a precariedade das descrições, a não observância da unitariedade e da continuidade (como, i.e, a descrição de mais de um imóvel na mesma transcrição, ou o registro de alienações de imóveis adquiridos por herança sem prévio registro da partilha).

acontece. Muitos dos que se têm aproveitado das oportunidades oferecidas têm encontrado dissabores e prejuízos, vendo-se privados dos lotes que, mal compromissada a venda, começaram a enriquecer com o seu trabalho e com os produtos de sua economia.”⁸⁹

Na prática, porém, forçoso reconhecer que o parcelamento do solo *informal, irregular e clandestino*⁹⁰ se disseminou,⁹¹ ao passo que a sonhada prote-

89. Exposição de motivos, conforme FERREIRA, Waldemar Martins. *O loteamento e a venda de terrenos em prestações*. São Paulo: Ed. RT, 1938. p. 16.

90. Tecnicamente, clandestinos são os parcelamentos não aprovados pela Prefeitura. Irregulares são os aprovados, mas não registrados, e quando registrados, executados em desacordo com o projeto e a planta aprovada, ou não executados segundo suas etapas. Acrescente-se ainda na dicção de Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei, a figura do parcelamento substancialmente ilegal com vício que direta ou indiretamente atinge o registro, embora aprovado, registrado e sem irregularidades na execução (*Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*). 3. ed. rev. e ampl. Campinas: Millennium, 2012. p. 396). De acordo com José Afonso da Silva, “O loteamento clandestino constitui, ainda, uma das pragas mais daninhas do urbanismo brasileiro. Loteadores parcelam terrenos, de que, não raro, não têm título de domínio, por isso não conseguem aprovação do plano, quando se dignam a apresentá-lo à Prefeitura, pois, o comum é que sequer se preocupem com essa providência, que é onerosa, inclusive porque demanda a transferência de áreas dos logradouros públicos e outras ao domínio público. (...) Os loteamentos irregulares constituem outro mal do sistema de parcelamento do solo, especialmente nas grandes cidades. Os loteadores, nesse caso, providenciam junto da Prefeitura a aprovação do seu loteamento e, depois de consegui-lo, abandonam o caminho da legalidade e enveredam pela ilegalidade, quer executando o loteamento tal como foi aprovado, mas sem a inscrição no registro de imóveis, quer desrespeitando o plano aprovado e mesmo inscrito, modificando-o à sua conveniência, provocando dificuldades aos compradores de lotes, sob vários aspectos, inclusive quanto à obtenção de licença para edificá-los” (*Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1982. p. 307-308).

91. Sem se falar no crescimento dos assentamentos informais do que se convencionou chamar de favelas e cortiços, cujo fenômeno se relaciona com o desenvolvimento das metrópoles e do processo migratório das zonas rurais, como é o caso de São Paulo, uma questão de exclusão social, desafiando da administração municipal medidas capazes de dar à ocupação desenfreada garantias mínimas de habitabilidade, sem perder de vista a harmonia com o ambiente natural. “Duas características principais distinguem as favelas da cidade formal. A primeira é que sua formação não obedece a nenhuma das regras urbanas ou legislativas: as ruas não são definidas antes da construção das casas e as redes de água e esgoto são implementadas depois da construção das moradias” (SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO. *Projetos de Urbanização de Favelas – São Paulo Architectural Experiment*. São Paulo: Habi – Superintendência de Habi-

ção ao adquirente, compromissário comprador de boa-fé, não passaria de uma simples retórica política. A falta de um controle e de uma fiscalização mais rigorosa, a par da inexistência de sanções mais eficazes, sobretudo em face de aproveitadores e loteadores inescrupulosos, contribuiu e muito para esse fenômeno,⁹² incrustando em nosso meio grande sensação de impunidade, bem como deixando à margem do sistema grande número de convenções ainda hoje (caso dos contratos *de gaveta*). A título exemplificativo, não é incomum, no presente momento, folheando-se os livros das transcrições, verificarmos milhares de registros de vendas de lotes sem prévia inscrição do loteamento, em meio a destaques de glebas inúmeras com aberturas de ruas, calcados em meras plantas particulares de subdivisão. Evidentemente que nesse cenário não haveria lugar sequer para alguma espécie de tutela do meio ambiente natural, principalmente como concebido hoje, com todo o aparato múltiplo legal secundado pela edição de sucessivas normas de proteção em todos os níveis (estadual, federal e municipal) que objetivam, num grande e complexo emaranhado, regulamentar, reforçar e amoldar-se à Constituição Federal atual.

tação Popular, 2010. p. 11. Disponível em: [www.habisp. inf.br/ theke /documentos/ publicacoes /spae /index.html]. Acesso em: 15.07.2012.

92. Mesmo a possibilidade de inscrição da promessa de venda de imóvel *não loteado* como condição da transcrição da escritura definitiva (Dec. 4.857/1939) coroou a prática dos loteamentos clandestinos e irregulares, na medida em que também os *fins justificariam os meios*. Sem falar, como bem analisado por Marcelo Melo, que a necessidade de prévia aprovação da Prefeitura e depósito no Registro de Imóveis da documentação exigida no Dec.-lei 58/1937 tinha por objetivo as alienações de lotes à prestação, “excluindo da formalidade ou legalidade os imóveis vendidos à vista, ou, ainda, reservados pelos loteadores, o que começou a criar uma situação paralela que começou a gerar problemas de regularização” (O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. *RDI* 69/34). No mesmo sentido, expõe Elvino Silva Filho que dois argumentos justificavam a dispensa das exigências do Dec.-lei 58/1937 e do Dec. 3.079/1938: a venda dos terrenos por oferta pública e o pagamento a prestações. Não havendo nem uma nem outra, “não havia necessidade de serem cumpridas as prescrições legais, pois não se tratava de um *loteamento*, e sim de *desmembramento*” (O desmembramento de imóvel perante o registro imobiliário. *RDI* 7/62). Sobre a bipartição do registro dos compromissos de imóveis não loteados e loteados, confira-se BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. t. I, p. 243: “Assim, sob o ponto de vista da legislação sobre os registros públicos: (a) ou o compromisso refere-se a propriedade não loteada e será ele inscrito, não se cogitando, na hipótese, das exigências contidas no art. 1.º do Dec.-lei 58 e do Dec. 3.079; (b) ou o compromisso refere-se a propriedade loteada e sua averbação deve fazer-se à margem da inscrição do memorial de loteamento”.

Não nos cabe aqui aprofundar sobre as razões históricas que teriam inspirado a edição da Lei 6.766/1979⁹³ e da Lei 4.771/1965. Mas o fato é que, com o passar do tempo, as exigências em relação ao registro do parcelamento do solo foram aumentando de forma gradativa e ganhando maior amplitude. Paralelamente, a crise habitacional nos grandes centros urbanos também se agravou. O crescimento desordenado das cidades⁹⁴ propiciou o surgimento dos chamados *bolsões de pobreza* nas zonas periféricas, proliferando as favelas e a implantação de núcleos habitacionais em regiões de proteção ambiental de todo tipo.

Poderíamos, de forma sucinta, deduzir que, em matéria de regularização do parcelamento do solo urbano, *stricto sensu*,⁹⁵ o Brasil atravessou, no mínimo, três fases distintas. A primeira, se bem entendida, vai da vigência do Dec.-lei 58/1937 até a entrada em vigor da Lei 6.766/1979, que passaria a regular com exclusividade a matéria a nível urbanístico. A segunda se estende a partir da Lei 6.766/1979 até a edição da Lei 9.785/1999 (que alterou alguns dispositivos da Lei 6.766/1979), e a terceira, finalmente, terminaria com a entrada em vigor

-
93. Supridora de lacunas do Dec.-lei 58/1937, “estabelecendo, agora, uma conotação urbanística e administrativa, estadual e municipal, com o parcelamento do solo para fins urbanos. Impõe formalidades aos parceladores do solo a que anteriormente não estavam sujeitos, com os elevados propósitos de ordenar o crescimento das cidades” (Elvino Silva Filho, op. cit., p. 67). De regra, cabe ao parcelador, segundo a Lei 6.766/1979 (art. 6.º), submeter à prefeitura a planta do loteamento, num primeiro passo, visando à obtenção das diretrizes urbanísticas, ao contrário do previsto no Dec.-lei 58/1937, via do qual a planta era submetida diretamente para aprovação (art. 1.º, § 1.º). Igualmente, o Dec.-lei 58/1937 não disciplinava de maneira adequada de comprovação quanto à execução de obras ou de sua garantia, como ocorre com a Lei 6.766/1979 (Recurso CG-111/83, de 01.08.1983. Equipe de Correções, SP).
94. Qual a função social das cidades? Precipuamente, integrar os setores mais carentes e marginalizados ao meio urbano, por intermédio de políticas capazes de dar moradia digna, com um mínimo de condições humanas de vida, assegurando-se a implantação de uma rede adequada de infraestrutura de saneamento básico, e de serviços, como escolas, transportes e rede hospitalar.
95. Expressão que utilizamos em referência à regularização civil/jurídica, conforme Vicente de Abreu Amadei: “A finalidade da regularização do loteamento é o saneamento (a correção) da situação ilegal (anômala) e esse saneamento é (a) urbanístico (correção da situação física existente, isto é, quanto às vias de circulação, infraestrutura etc., exigindo investimentos do Poder Público), (b) administrativo (regularização da situação do parcelamento perante os órgãos públicos administrativos) e (c) civil (regularização da situação registrária e do direito real de aquisição ou do domínio dos adquirentes)” (O registro imobiliário e a regularização de parcelamento do solo urbano. RDI 41/66).

da Lei 11.977/2009, parcialmente alterada pela Lei 12.424/2011, dando ensejo a uma nova fase (quarta), ora em vias de execução.

Dedicaremos, neste item, a uma análise da evolução da matéria a partir do regime da terceira fase, tendo em mira a sua proximidade com a atual, visando com isso facilitar a compreensão do tema, à luz de critérios objetivos mais próximos; isto é, o de primeiro examinar o regime perfilhado pela Lei 6.766/1976, com as alterações introduzidas pela Lei 9.785/1999 e, depois, aquele da Lei 11.977/2009.

Nota-se, em primeiro lugar, que, com a edição da Lei 9.785/1999, o art. 3.º da Lei 6.766/1979 foi substancialmente modificado, incorporando, num verdadeiro diálogo das fontes com a legislação ambiental,⁹⁶ exigências de modo a não permitir o parcelamento: (a) em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; (b) em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; (c) em terrenos com declividade igual ou superior a 30%, salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; (d) em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; (e) em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Como soa cristalino da leitura do dispositivo em análise (art. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.766/1979), todas as exigências supra mencionadas são passíveis de saneamento, dependendo do cumprimento pelo interessado de providências e/ou medidas perante as autoridades competentes, com exceção dos terrenos em condições geológicas desaconselháveis, a única sem comportar ressalva de espécie alguma.

A par das exigências em testilha, o texto da Lei 6.766/1979 já contemplava outras mais, usualmente suscitadas nos procedimentos de regularização do parcelamento do solo urbano, por meio da competência concorrente deferida aos Estados (art. 24, I, CF/1988) na disciplina e aprovação de terrenos localizados em: (a) áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico; (b) área limítrofe do Município, ou que pertença a mais de um Município, nas regiões metropolitanas ou em aglomerações urbanas, e (c) quando o loteamento abranger área superior a 1.000.000 m². Sem se olvidar, a teor do art. 4.º da Lei 6.766/1979, dos requisitos geralmente considerados de observância obrigató-

96. Sobre o diálogo das fontes, vide MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 32.

ria para o parcelamento do solo urbano,⁹⁷ tais como: (a) destinação dos sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como dos espaços livres de uso público, de modo proporcional à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor⁹⁸ ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem; (b) área mínima de 125m² por lote e frente mínima de cinco metros, salvo nos loteamentos de urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social; (c) faixa de servidão mínima⁹⁹ não edificável de 15 metros ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias; (d) articulação com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas; (e) adequação à topografia local.

Outrossim, como esclarece Lamana Paiva,¹⁰⁰ a nova redação dada ao art. 4.º da Lei 6.766/1979 pela Lei 9.785/1999, contribuiu, de certo modo, para uma flexibilização das regularizações de loteamentos, na medida em que o texto original exigia a destinação de 35% da área loteada ao Poder Público, “inviabilizando principalmente os parcelamentos destinados a populações de baixa renda pelo encarecimento dos lotes”. Ante a nova redação do art. 4.º da Lei 6.766/1979, suavizou-se a rigidez de outrora, prestigiando-se a autonomia municipal, na medida que estabelece que a legislação municipal fixará a proporção de áreas destinadas a sistemas de circulação, equipamentos urbanos e comunitários e espaços livres de uso público, para cada zona em onde se situem.

Não havendo lei municipal disciplinando a questão, não haveria daí mais percentual mínimo de área destinada à utilização pública,¹⁰¹ sendo correto afirmar, como adverte Diógenes Gasparini,¹⁰² que a regularização de loteamen-

97. Além da nova redação dada ao § 1.º do art. 4.º pela Lei 9.785/1999: “A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento”.

98. Em São Paulo, a Constituição Estadual exigiu plano diretor para todos os Municípios (art. 181, § 1.º). Ver art. 41 da Lei 10.257/2001 e art. 182, § 1.º, da CF/1988.

99. Vide art. 2.º, *a*, da Lei 4.771/1965, e mais recentemente o art. 4.º, I, *a*, art. 5.º, art. 61-A, e art. 65, § 2.º, da Lei 12.651/2012.

100. Regularização fundiária e o registro de imóveis. 2010. Disponível em: [www.lamana-paiva.com.br/banco_arquivos/Regularizacao_fundiaria_e_o_registro_de_imoveis_2010.pdf]. Acesso em: 15.05.2012.

101. Cf. BERTHE, Marcelo Martins. As Alterações das Leis Federais 6.015/73 e 6.766/79 e do Decreto-lei Federal 3.365/41. Algumas notas sobre os reflexos no registro imobiliário. *RDI* 46/47.

102. GASPARINI, Diógenes. Alterações da Lei do Parcelamento do Solo Urbano. *RDI* 46/71.

tos promovida pela Prefeitura ou pelo Distrito Federal não poderia ficar tampouco adstrita aos padrões urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, como área mínima de lote, coeficiente de aproveitamento ou percentagem de áreas públicas e institucionais, salvo regramento municipal em sentido contrário. Nenhuma dúvida também que a Lei 9.785/1999 ainda teve o mérito de dispensar a anuência prévia dos Estados para a aprovação dos loteamentos e desmembramentos de um modo geral (art. 13), aumentando o prazo de validade das diretrizes e do cronograma de execução de obras para quatro anos (arts. 7.º e 9.º). A questão é que, se, de um lado, houve essa flexibilização, de outro, não, pois, como acentuado com propriedade por Marcelo Melo,¹⁰³ o § 5.º introduzido pela Lei 9.785/1999 ao art. 40 da Lei 6.766/1979, acabou por:

“(...) inviabilizar totalmente o procedimento de regularização já que a maioria esmagadora dos parcelamentos irregulares não cumpre os requisitos fortes e previstos, principalmente no que se referem à declividade acentuada, áreas de proteção ambiental e ao espaço destinado às áreas livres e institucionais.”

Nessa quadra, a regularização dos loteamentos urbanos – posteriores ou não à Lei 6.766/1976 – era comumente tratada no âmbito da Corregedoria Permanente, com base em requerimento da Prefeitura,¹⁰⁴ nos termos do art. 40 daquele diploma legal, uma vez desatendida pelo loteador notificação nesse sentido, obtendo daí o levantamento das prestações acaso depositadas pelos prestamistas perante o Registro de Imóveis, para fins de ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações. De qualquer forma, não ficava inibido o loteador de, também ele, promover a regularização do loteamento,¹⁰⁵ “desde que comprovadamente, os parcelamentos sejam anteriores

103. Op. cit., p. 51.

104. Instruído com a documentação prevista no item 152, Capítulo XX, T. II, das NS-CGJ/SP. Igualmente, na esfera administrativa, a municipalidade se desincumbia de promover regularizações em áreas públicas, utilizando-se basicamente da concessão especial de uso para fins de moradia, como acentuado por Patrícia Ferraz, em percuente exposição feita no curso de regularização fundiária promovido pela Fadisp, em 10.07.2007.

105. Por meio da chamada *regularização beneficiada*, segundo Vicente de Abreu Amadei, em razão da diferença de critério das exigências a serem satisfeitas, concorrendo com o parcelador, a Prefeitura e o adquirente, desde que não houvesse mais lotes a serem alienados; ou seja, todos vendidos (item 153, Capítulo XX, T. II, NSCGJ/SP). A *regularização não beneficiada* é aquela promovida pelo parcelador, em função de parcelamento posterior à Lei 6.766/1979, ou se anterior, ainda com lotes ainda a serem alienados. Pois “a regularização de parcelamento não é via para desviar a aplicação dos arts. 18 e 19 da Lei 6.766/1979” (O registro imobiliário e a regularização de parcelamento do solo urbano cit., p. 71).

a 19.12.1979 e todos os lotes já tenham sido alienados ou compromissados”, nos termos do item 153, Capítulo XX, T. II, das NSCGJ/SP,¹⁰⁶ exibindo-se: (a) planta, (b) quadro de áreas, (c) certidão de propriedade, (d) anuência da Sehab, em loteamentos localizados em região metropolitana ou nas hipóteses do art. 13 da Lei 6766/1976, e quanto aos parcelamentos em áreas de proteção a mananciais ou de proteção ambiental, a aprovação da SMA, ao invés da Sehab; (e) licença de instalação da Cetesb, dispensada esta quando se tratasse de loteamento aprovado ou com existência de fato comprovada anterior a 08.09.1976, ou de desmembramento aprovado ou com existência de fato comprovada anterior a 19.12.1979;¹⁰⁷ (f) declaração de que não haveria lotes por alienar ou compromissar; (g) relação de todos os adquirentes, compromissários compradores ou cessionários dos lotes. Destaca-se que, em 1995, foi editada pelo Município de São Paulo a Lei 11.775, estabelecendo um procedimento de regularização de loteamentos urbanos – irreversivelmente implantados entre 02.11.1972¹⁰⁸ e 31.12.1994 – muito semelhante ao que o legislador federal acabou normatizando em 2009, ao cabo do qual emitiria o respectivo auto de regularização para fins de averbação ou registro no Registro de Imóveis (art. 16).

No Estado de São Paulo, é preciso destacar ainda a reestruturação do Graprohab,¹⁰⁹ migrando do Decreto Estadual 33.499/1991¹¹⁰ para os Decretos

106. Apesar de o item 152, Capítulo XX, T. II, das NSCGJ/SP ter admitido a possibilidade de concurso dos adquirentes de lotes visando à regularização dos loteamentos, raramente se viu, ou pelo menos que tenhamos conhecimento, nunca se viu tal ocorrer, no período em que julgávamos na 1.^a Vara de Registros Públicos, certamente diante dos elevados custos que seriam suportados pelos prestamistas, aliada à falta de interesse e/ou impossibilidade de reunião de todos ou de grande parte deles em torno desse objetivo, sem se olvidar da controvérsia doutrinária instalada a respeito dessa legitimação, diante da falta de previsão em lei.

107. De regra, a comprovação será feita com planta aprovada pela Prefeitura ou com certidões que demonstrem lançamento individual de impostos sobre os lotes, sempre anteriormente a 19.12.1979 (item 153, I, das NSCGJ/SP (João Baptista Galhardo, *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*, Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004, p. 125).

108. Antes dessa data, regia a matéria o Dec. 15.764/1979. Mas a própria lei municipal cuidou de ressalvá-lo para os loteamentos anteriores, embora mandasse também aplicá-lhes suas disposições.

109. Órgão de centralização e agilização da tramitação de projetos de parcelamento do solo para fins residenciais e de núcleos habitacionais a serem implantados.

110. De criação do *Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais* (Graprohab). Vide ainda a Lei 11.775/1995, alterada pela Lei 13.428/2002 do Município de São Paulo, que, para a Promotoria de Habitação, constituiu uma prova de sensibilidade

52.052/2007,¹¹¹ 52.053/2007¹¹² e 52.420/2007,¹¹³ bem como consolidando a

do Município para com a urbanização da cidade, saindo de uma posição passiva para atuar como protagonista na iniciativa para regularização de loteamentos. Disponível em: []. Acesso em: 15.07.2012.

111. Que instituiu, no âmbito da Secretaria da Habitação, o *Programa Estadual de Regularização de Núcleos Habitacionais – Cidade Legal*, destinado a implementar auxílio a Municípios mediante a orientação e apoio técnicos nas ações municipais de regularização de parcelamentos do solo e de núcleos habitacionais, públicos ou privados, para fins residenciais, localizados em área urbana ou de expansão urbana, assim definidos por legislação municipal.
112. Que reestruturou o *Graprohab*, objetivando centralizar e agilizar a tramitação dos projetos de parcelamento do solo para fins residenciais e de núcleos habitacionais a serem implantados, localizados em área urbana ou de expansão urbana, assim definidas por legislação municipal.
113. Deu nova redação ao *caput* e incisos do art. 2.º do Dec. 52.053, de 13.08.2007, reestruturando o Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais – Graprohab, entre outras providências. Atente-se para a edição da Res. SMA 54, de 19.12.2007, que, ao regulamentar o art. 4.º da Res. Conama 369/2006, estabeleceu, entre outras normas, a possibilidade de regularização fundiária sustentável em áreas urbanas de interesse social, exigindo, na hipótese de intervenção ou supressão de vegetação em áreas de preservação permanente situadas em zonas urbanas, autorização do órgão ambiental municipal, caso existente (Conselho de Meio Ambiente) ou do DEPRN, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual. Conforme voto do Min. Celso de Melo na MC em ADIn 3.540-1/DF, 01.09.2005, “a lei autorizativa para uma eventual supressão de vegetação em área de preservação permanente estabelecida pelo art. 4.º é o próprio Código Florestal (art. 3.º, § 1.º e art. 4.º). Portanto, não há necessidade de uma lei específica que autorize a supressão de vegetação em área de preservação permanente; VII – a segunda condição constitucional, para que se possa alterar ou suprimir um espaço territorial especialmente protegido, é que tal alteração ou supressão não implique qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Tal dispositivo só pode ser compreendido em consonância com a exigência constitucional do licenciamento ambiental para obras ou atividades potencialmente poluidoras ou causadoras de degradação do meio ambiente; VIII – entender que não é possível aos órgãos ambientais autorizar a supressão de vegetação em APP, cabendo tal possibilidade, exclusivamente, ao Poder Legislativo é subverter o sistema constitucional das competências dos três poderes, atribuindo ao Legislativo o que é de competência do Executivo. Não depende de lei o simples ato administrativo, que, vinculado à norma geral legal que disciplina o uso de determinado espaço territorial especialmente protegido, decide sobre obras ou atividades a serem nele executadas; IX – com as modificações introduzidas na legislação ambiental, as áreas de preservação permanente se consolidaram como espaços em regra insuscetíveis de utilização, ressalvados os casos em que, constatada a presença dos requisitos previstos em lei, o órgão ambiental competente possa, com fulcro no

instituição do *Programa Cidade Legal*, com a reunião dos órgãos de aprovação, como Sehab, SMA, Cetesb, Sabesp, e DAEE. Com isso, ganhou-se mais agilidade nas aprovações urbanísticas e ambientais a cargo do Estado. Para melhor clareza da exposição, o Parecer de n. 144/2008-E, da CGJSP (Processo 2007/11287 – Capital), Juiz Álvaro Luiz Valery Mirra, decisão de 10.06.2008, Des. Ruy Camilo, Corregedor-Geral, enriquece a matéria aqui versada, esclarecendo o âmbito de abrangência do Programa Cidade Legal, que é o da regularização de parcelamentos do solo e núcleos habitacionais, incluindo condomínios, assentamentos precários e favelas, com destinação residencial e localizados em área urbana ou de expansão urbana, além de empreendimentos irregulares executados pelo Poder Público ou pela iniciativa privada. Nessa seara, calha exigir requerimento de orientação e auxílio ao Programa Cidade Legal pelos Municípios, que deverão ser previamente conveniados na forma do art. 2.º, § 2.º, do Dec. 52.052/2007.

De fato, segundo a E. CGJ/SP, a principal inovação introduzida pela legislação estadual consistiu na concentração da atividade de regularização de parcelamento do solo e núcleos habitacionais no âmbito municipal, achando-se fora do Programa as regularizações de parcelamentos do solo, de condomínios e de núcleos habitacionais em geral implantados em zona rural e aqueles localizados em área urbana ou de expansão urbana em que o Município interessado não esteja conveniado. Em linha de princípio, todas as aprovações relativas à regularização dos parcelamentos do solo, condomínios e núcleos habitacionais passaram a ser da competência dos Municípios conveniados, conforme as orientações traçadas pelo Comitê Estadual de Regularização do Programa Cidade Legal, exceção feita aos empreendimentos situados em áreas consideradas protegidas pela legislação ambiental, demandando o licenciamento diretamente ao órgão ambiental competente, e não mais perante o Graprohab, excluindo eventual intervenção do referido Grupo em ações de regularização fundiária. A E. CGJ/SP concluiu, daí, não ser mais o caso de comprovação da aprovação da regularização pelo Graprohab, orientando aos Oficiais Registradores e aos Juízes Corregedores Permanentes nos processos administrativos de regularização de parcelamentos do solo, condomínios e conjuntos ou núcleos habitacionais, a exigir a exibição do auto de regularização pela Prefeitura Municipal, em que se mencione que a regularização se deu em conformidade

interesse público, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio, autorizar a retirada da vegetação e a conseqüente intervenção nesses locais; X – assim sendo, as disposições do art. 4.º do Código Florestal encontram-se em perfeita harmonia com a Constituição Federal, em especial o seu art. 225, § 1.º, III”.

com o Programa Cidade Legal, conforme o que dispuser o Comitê Estadual de Regularização, acompanhado do documento correspondente ao licenciamento, autorização ou aprovação do órgão estadual, quando sua obtenção houver sido recomendada pelo mencionado Comitê. *A contrario sensu*, “para os demais empreendimentos, regularizados fora do referido Programa, aplicam-se integralmente as normas vigentes, sobretudo as dos itens 152 a 155, 216 e 217, do Capítulo XX do Tomo II das NSCGJ”.

Não por coincidência daí que, em 09.01.2009,¹¹⁴ foi editada a Resolução conjunta da Sehab/SMA n. 03, que, ao definir a atuação do CRPCL (*Comitê de Regularização do Programa Cidade Legal*), exigiu convênio de cooperação técnica entre a Sehab e o Município interessado, além de pedido instruído com documentação hábil identificando o grau de consolidação dos parcelamentos do solo ou dos núcleos habitacionais. Se por um lado, dispensou a anuência ou manifestação de órgão ambiental estadual para as áreas situadas fora de proteção ambiental, com núcleos incluídos no programa Cidade Legal, por outro lado, instituiu o DCUA – Declaração de Conformidade Urbanística e Ambiental – para a regularização dos núcleos Habitacionais de Municípios conveniados, que será outorgada pela Sehab nas ocupações em áreas de proteção ambiental e pela Secretaria Executiva do Programa Estadual de Regularização de Núcleos Habitacionais “Cidade Legal” nas ocupações situadas fora das áreas de proteção ambiental.

Tudo isso, como é fácil perceber, proporcionou terreno inteiramente fértil para as substanciosas alterações que a Lei 11.977, de 07.07.2009, se propôs a efetivar,¹¹⁵ máxime no que pertine à regularização fundiária dos loteamentos implantados de fato antes da entrada em vigor da Lei 6.766/1976 e já integrados à malha viária urbana.

É nesse contexto histórico amplamente favorável, engendrado pela Constituição Federal com a redação dada pela EC 26/2000 (art. 6.º da CF/1988), ao

114. E após a edição das Leis 10.931/2004 e 11.441/2007, que desjudicializaram, respectivamente, a retificação de área (espécie de regularização fundiária) e os procedimentos de inventário (sem testamento e/ou com incapazes), separação e divórcio, transferindo-os para o registro de imóveis e para o tabelionato de notas, respectivamente. Ver ainda em tema de desjudicialização as recentes Leis 11.790/2008, 12.010/2009 e 12.100/2009, sem se olvidar de outras mais antigas: Dec.-lei 70/1966, Lei 9.514/1997, e assim por diante.

115. Vide também Lei 11.481/2007 (regularização de interesse social de bens da União Federal) e Lei 11.952/2009, regulamentada pelo Dec. 6.992/2009, dispondo sobre a regularização fundiária das áreas rurais na Amazônia Legal, entre outras.

tratar do direito basilar à moradia, bem como da função social da propriedade, e mais adiante por sucessivas alterações legais e também de conteúdo normativo da administração pública em gênero, que também se passou, de certo modo, a flexibilizar as exigências em torno da regularização fundiária, notadamente dos loteamentos das áreas ocupadas pelas camadas mais pobres da população, em situação deveras irreversível e já consolidada no tempo.

Confirmam-se as prestigiosas decisões da 1.^a Vara de Registros Públicos, mitigando alguns dos rigores da legislação: (a) Processo 312/96, j. 28.09.1996, Juiz Luiz Mário Galbetti – regularização diante da irreversibilidade da situação, empreendimento governamental, com a consolidação das moradias durante longo tempo, 27.588 unidades, fora de área de mananciais (Res. SH 87/1996); (b) Processo 000.04.010115-0, j. 24.05.2004, Juiz Venicio Antonio de Paula Salles, com dispensa da autorização do Graprohab, por não se tratar de área de preservação (interesse especial) ou área de manancial realçando-se a competência comum dos Municípios para proteger o meio ambiente (art. 23, VI, da CF/1988); (c) Processo 000.04.002154-4, j. 08.03.2004, Juiz Venicio Antonio de Paula Salles, ressaltando a autonomia municipal nas questões de interesse local e de cunho urbanístico, sem interferência em áreas de mananciais ou de preservação, a despeito de localização em região metropolitana, uma vez que a matéria não é afeta a planejamento e execução de funções públicas de interesse comum; (d) Processo 000.04.009671-8, j. 02.06.2004, Juiz Venicio Antonio de Paula Salles, considerando que a afetação das vias públicas por destinação do loteador não se perfaz apenas com o título, mas também com o uso ou sua destinação, de modo que, havendo situação consolidada há muitos anos, e de irreversibilidade inconteste, irrelevante a desaprovação pelo Graprohab; (e) Ordem de Serviço 04/2005, 01.01.2005, São Paulo, Juiz Venicio Antonio de Paula Salles, impondo que as deficiências tabulares reveladas na descrição das antigas glebas não obstruam a regularização do parcelamento. “O erro, o desvio ou a imprecisão presente no fólio real não pode inibir que o parcelamento perfeitamente *descrito* e apresentado em *planta* da PMSP deixe de conquistar o acesso registral”.

E ainda no âmbito da E. CGJ/SP, como se verifica no Processo CGJ 13/1988, decisão de 04.03.1988 e Processo CGJ 41/1988, parecer de 28.02.1989 – caso dos parcelamentos registrados sem a anuência da antiga SNM (Secretaria de Negócios Metropolitanos), com tentativas de cancelamento administrativo dos registros de parcelamento regularizado, repelidas com a consideração de “situação de fato consolidada e o interesse coletivo dos adquirentes”,¹¹⁶ Proces-

116. Cf. Vicente de Abreu Amadei, op. cit., p. 72.

so CGJ 1.287/1996, 20.06.1997 – caso de loteamento de fato já implantado, tornando inviável o atendimento das pretensões da SMA, pela impossibilidade de remanejamento de lotes já adquiridos na faixa litorânea para o interior do loteamento; Processo CGJ 492/2001, 18.12.2001, Marapoama, Registro de Imóveis de Marapoama, Juiz Luís Paulo Aliende Ribeiro, ficando assentada a viabilidade de dispensa de análise do Graprohab, à vista de parecer técnico da Cetesb. Em sentido parelho, na regularização dos “condomínios de fato”: “Integrando a licença de instalação da Cetesb o ‘Certificado de Aprovação do Graprohab’, não se mostra necessária licença isolada daquele primeiro órgão” (Consulta – Processo CGJ 823/2004, Bauru, 2.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Bauru, 18.07.2002, Juiz José Marcelo Tossi Silva). Lembrando que a orientação acima se fez presente, antes mesmo da vigência dos Decretos 52.052/2007 e 52.053/2007, quando em 2008, a E. Corregedoria-Geral, com arrimo no parecer já citado anteriormente de n. 144/2008-E, extraiu a conclusão no sentido de dispensa de comprovação da aprovação da regularização pelo Graprohab nas regularizações fundiárias já especificadas, bastando a exibição de auto de regularização pela Prefeitura Municipal, em que se mencione que a regularização se deu em conformidade com o Programa Cidade Legal, entre outros requisitos.

Já agora bem recentemente, em maio passado, e logo após nosso encontro em Atibaia, o E. CSM/SP¹¹⁷ vem coroar as mudanças instituídas pela novel legislação, estabelecendo no acórdão da AC 3529-65.2011.8.26.0576, rel. Des. Corregedor-Geral, José Renato Nalini, que:

“A Lei 11.977/2009, mais conhecida por ter criado o Programa Minha Casa, Minha Vida, trouxe nova realidade também para a questão fundiária urbana, objetivando remover obstáculos e as deficiências existentes na legislação e disposições normativas em vigor, que vinham se mostrando insuficientes para cuidar desse problema de amplitude nacional (...).”

O acórdão vai mais longe:

“Como se vê, as alterações da Lei 11.977/2009 são estruturais e de grande potencial de êxito, o qual só será atingido se os operadores do Direito empregarem-nas com desprendimento dos conceitos antigos e com a real vontade de regularização os milhares de assentamentos em todo o país”(grifo nosso).

117. Em acórdão na AC 26.842-0/2, j. 31.08.1995, o E. CSM/SP já havia sinalizado para a tese que propugnamos, mantendo registro de venda e compra de lote oriundo de loteamento registrado, não obstante cassação de licença da SNM pela Secretaria do Meio Ambiente (SMA), ao argumento de que a licença já havia gerado “efeitos concretos e consolidado situações”, prestigiando a proteção à segurança jurídica e o terceiro de boa-fé (Vicente de Abreu Amadei, op. cit., p. 72).

E prossegue, expondo que dos mecanismos citados que o legislador manteve na Lei 11.977/2009, verifica-se a tendência de:

“(...) se deslocar para as Serventias Extrajudiciais o que antes tinha de passar necessariamente pelo crivo do Judiciário. Foi assim com a Lei 10.931/2004, que introduziu a retificação de área direta nos Registros de Imóveis, e com a Lei 11.441/2007, que permitiu a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. É por isso que a Lei 11.977/2009 estabeleceu como um de seus princípios o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos (art. 48, IV) e definiu que o procedimento de regularização fundiária urbana deve ocorrer na Serventia de Imóveis desde a averbação do auto de demarcação até a conversão da legitimação da posse em domínio, restando ao Judiciário o exame de pontuais divergências durante seu trâmite.”

Em 25.06.2012, foi editado o Provimento 18 da CGJSP, regulamentando as normas da Lei 11.977/2009, com particular e notável atenção ao máximo de efetividade que se possa extrair do texto, com clara predileção à interpretação teleológica sobre a literal. Indigitado provimento, digno dos maiores encômios, diga-se de passagem, vem atender àquilo que estamos enfatizando desde nosso encontro de Atibaia, na medida em que se busca dar ao titular do direito inscrito ou do direito expectado ao registro, parafraseando Chiovenda, *mutatis mutandis*, aquilo e nada mais aquilo que seria lícito obter, caso não houvesse o próprio registro como instituição, tal como o concebemos (Roca Sastre).¹¹⁸

6. DO ARQUÉTIPO DA LEI 11.977/2009, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.424/2011

Ao tratarmos do sistema de regularização de terras, mais precisamente aqui, sob o prisma jurídico dos loteamentos urbanos, temos de ter em vista, em primeiro lugar, o escopo da lei, o seu sentido e alcance, extraindo desse arcabouço legislativo aquilo que a *generalização congruente* quer mostrar por meio de suas *expectativas normativas*, segundo fraseado clássico do Direito conforme Luhmann.¹¹⁹ Em outras palavras, qual ou quais as expectativas normativas em torno da regularização fundiária no Brasil atualmente? Emperrar o registro, tornando-o mais burocrático e moroso, ou flexibilizá-lo, dando às populações

118. *Derecho hipotecário*. 5. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954. t. I, p. 16.

119. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. vol. I, p. 42-132.

mais carentes condições de acesso ao registro, à moradia? É possível conjugar a segurança formal registrária com a segurança material programática da Constituição? Essas e várias outras questões que delas decorrem gravitam diariamente no meio em que vivemos e militamos. Não nos é possível ir muito adiante, em face da brevidade do tempo e da própria natureza dessa exposição. Contudo, tentaremos sintetizar algumas linhas de pensamento em torno da estrutura que a Lei 11.977/2009 estabeleceu, procurando a partir daí extrair uma organização coerente de ideias e princípios, a fim de contribuir com a realização de um direito de regularização mais dinâmico e voltado para os valores ditados na própria estrutura normativa.

Já vimos que a lei definiu que regularização fundiária é um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais voltadas para a titulação da terra de seus ocupantes, com vistas à garantia do direito à moradia,¹²⁰ o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou dito de outro modo:

“(...) processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídicos, físicos e sociais, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.”¹²¹

Importa acentuar que uma das maiores preocupações da ciência jurídica é a de organizar um sistema pautado em constatações verdadeiras, *logicamente relacionadas entre si, apresentando a coerência interna do pensamento consigo mesmo, com seu objeto* (no caso, o Direito), *e com as diversas operações implicadas na tarefa cognoscitiva*.¹²² Nosso raio de observação deve partir de uma realidade de fato ambiente cognoscente circundada pela norma origem (Cons-

120. O plano de loteamento, na percutiente lição de Serpa Lopes, “não é somente um movimento de ordem jurídica, pois também o é como expressão de um fator de ordem urbanística, como solução ao problema da habitação, resultando daí o seu processo, com um sistema de interesse comum, aravés das vias de comunicação, das servidões pessoais que se criam em benefício geral” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos. em comentário ao Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. vol. III, p. 123).

121. Betânia Alfonsin, Regularização fundiária como parte da política urbana, *RDI* 55/252.

122. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. à luz da Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19. Ver também FERRAZ JR., Tercio Sam-
paio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 10.

tituição), os valores que ela alberga e a matéria tratada na lei ordinária sobre o parcelamento do solo urbano. Em sua estrutura, portanto, o ponto de partida da regularização fundiária advém da Constituição, que estabeleceu entre seus objetivos fundamentais a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, II e III). No capítulo atinente aos direitos sociais, arrolou o direito à moradia, depois de contemplar entre os direitos e garantias individuais o direito de propriedade e sua função social.

A legislação infraconstitucional deu ênfase ao direito de moradia em várias de suas passagens, não por acaso, mas por se tratar de direito fundamental previsto na Carta Magna, onde se insere o próprio direito à regularização fundiária,¹²³ valendo frisar que esse fator – moradia – se tornou uma condicionante de redução dos prazos da usucapião extraordinária e ordinária (arts. 1.238 e 1.245 do CC/2002), constitui elemento primordial na usucapião constitucional e especial urbana, servindo também como pressuposto para a privação da propriedade antissocial em extensa área, na posse de boa-fé ultraquinquenal de considerável número de pessoas (obras e serviços habitacionais e de infraestrutura) (art. 1.228, § 4.º, do CC/2002). Falar daí em moradia – sem construção – seria um contrasenso, mormente numa conjuntura urbana atual. A ênfase ao espaço físico construído é indiscutível no meio urbano artificial, e, via de consequência, na regularização fundiária urbana. Não fosse assim, o próprio direito de superfície não seria reinstaurado em nosso ordenamento jurídico, representando, segundo o Estatuto da Cidade, outro ferramental na política de regularização fundiária (art. 4.º, V, I).

De mais a mais, a construção está para a urbanização, assim como o plantio para a ruralização. O Código Civil enfatizou o interesse público na manutenção das construções erigidas em propriedade alheia, conferindo propriedade a quem construiu ou plantou de boa-fé em solo de outrem, mediante pagamento de indenização, à míngua de acordo (art. 1.255). Essa regra foi incrementada com o art. 213, § 9.º, da Lei 6.015/1973, com a alteração dada pela Lei 10.931/2004, possibilitando que os confrontantes vizinhos de área em retificação possam, independentemente dela, por escritura pública, alterar ou

123. Cf. CARVALHO PINTO, José dos Santos. Regularização fundiária: direito fundamental na política urbana. *Revista de Direito Administrativo* 247/153; FERNANDES, Edésio. Desafios da regularização fundiária de assentamentos informais consolidados em áreas urbanas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 9, n. 49, p. 36; constituindo dever do Município: CASTRO, José Nilo de; MAYRINK, Cristina Padovani; NETO, Newton Rodrigues Miranda. Regularização fundiária de loteamentos irregulares – Considerações importantes. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, ano 12, n. 42, p. 211-212.

estabelecer divisas entre si. Se a construção feita parcialmente em solo próprio invadir propriedade alheia até 1/20, o construtor de boa-fé adquire a propriedade de parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização do valor da área perdida e da desvalorização da área remanescente (art. 1.258). Agindo de má-fé, a lei recrudesce a posição anterior, impondo ao construtor o pagamento em décuplo das perdas e danos em proporção à invasão, se o valor da construção exceder consideravelmente a essa parte invadida e não for possível demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.¹²⁴ Isto é, a construção deve, tanto quanto possível, ser preservada, mesmo na hipótese de má-fé do construtor, se e quando irreversível a situação de fato, do ponto de vista objetivo; é dizer, quando não for possível demolir sem grave prejuízo para a construção, porque, em última instância, é o valor do uso em contraposição ao desuso ou desperdício antissocial da propriedade que há de prevalecer. A única ressalva da lei civil, em tema de demolição, é quando o construtor estiver de má-fé, invadindo solo alheio em porção superior a 1/20 (art. 1.259). Mas essa norma, evidentemente, não se sobrepõe àquela outra do art. 1.228, § 4.º, ou à usucapião. Registre-se que o direito à moradia constitui diretriz basilar da política urbana, competindo à União promover, por iniciativa própria, e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias, sendo, ademais, a concessão de uso¹²⁵ especial para fins de moradia¹²⁶ importante ins-

124. Confira-se: Alex Ferreira Magalhães, A importância do Código Civil para a política de regularização fundiária, *RDI* 65/11-29.

125. Sobre a concessão de direito real de uso, Edésio Fernandes aponta dificuldades práticas no registro dos respectivos contratos, diante das controvérsias existentes sobre a autoaplicabilidade do Dec.-lei 271/1967 e da necessidade ou não de licitação (Perspectivas para a regularização fundiária em favelas à luz do Estatuto da Cidade. In: FREITAS, José Carlos de (coord.). *Temas de direito urbanístico* 3. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001. p. 202). De acordo com Marcus Vinícius dos Santos Andrade, “Resta uma distinção fundamental no que respeita à concessão do direito real de uso e a concessão de uso para fins de moradia. Enquanto a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, nos moldes do Dec.-lei 271/1967, em seu art. 7.º, com a redação dada atual, é um contrato, como já salientado, com caráter de escritura pública, a concessão de uso especial para fins de moradia é um direito subjetivo do possuidor, titularizando-o à obtenção. Aqui não há, necessariamente, um contrato prévio. O preenchimento dos requisitos legais é suficiente para autorizar que a concessão seja reconhecida e outorgada, administrativa ou judicialmente”. In: JORGE JUNIOR, Alberto Gosson et al (orgs.). *Constituição Federal após 20 anos: reflexões*. Campinas: Millenium, 2009. p. 280.

126. “A eficácia social da concessão de uso especial para fins de moradia seria maior não fosse o limite temporal de cinco anos estabelecido no art. 1.º da MedProv 2.220/2001,

trumental na regularização fundiária por assentamento de áreas públicas (arts. 2.º, II, 3.º, III, 4.º, V, *h*, do Estatuto da Cidade).¹²⁷

Como não poderia deixar de ser, a Lei 11.977/2009 enaltece o uso predominante do solo para fins de moradia na regularização fundiária de interesse social (art. 47, V), e na definição dos assentamentos irregulares (art. 47, VI), dispensando a realização de projeto de regularização nas concessões de uso especial para fins de moradia (art. 51, § 1.º). A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia e na hipótese de não outorga do título de legitimação de posse, os ocupantes realocados recebem a proteção do Poder Público do direito à moradia (art. 58, § 3.º e art. 59). Para a conversão da legitimação de posse em usucapião, também a moradia volta à baila, exigindo-se do adquirente declaração de que o imóvel é utilizado para a sua moradia ou de sua família (art. 60, § 1.º, III). Finalmente, a lei termina por assegurar a moradia àqueles prejudicados com a extinção de seus contratos de concessão de uso especial para fins de moradia e de uso, preferencialmente na própria área objeto de intervenção

limite este que expira em '30.06.2001'. (...) A outorga da concessão não exige prévia desafetação. No entanto, em determinados casos, é facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito em outros locais, consoante o disposto no art. 5.º da MedProv 2.220/2001. (...) Na concessão de direito real de uso, regulada pelo Dec-lei 271/1967, é possível a exigência de desafetação, a qual é inexigível na concessão de uso especial para fins de moradia. (...) A inclusão da concessão no rol dos direitos reais promove a funcionalização da propriedade imobiliária na medida em que permite aos particulares o acesso à moradia em áreas de domínio público. Além disso, possibilita a regularização fundiária dos imóveis públicos possuídos por particulares" (ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Registro imobiliário: propriedade e direitos reais limitados*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 5, p. 1269-1280).

127. "Em Diadema (SP), a CDRU (concessão de direito real de uso) foi instituída como lei municipal em 1985, mediante intensa pressão popular. A lei municipal desafeta áreas públicas municipais, desincorporando-as da categoria de bens públicos de uso comum do povo e transferindo-as para a de bens patrimoniais disponíveis do Município. A propriedade da terra, do uso comum, passa para o uso dominial. Em seguida deve-se abrir uma matrícula para cada área no Cartório de Registro de Imóveis, registrando-as em nome da Prefeitura. Após a desafetação é feita a outorga da Concessão, por noventa anos. Para cada processo de CDRU, deve haver um projeto de lei específico" (Nelson Saule Jr., Como regularizar? In: ALFONSIN, Betânia de Moraes (org.). *Regularização da terra e da moradia. O que é e como implementar*. p. 117. Disponível em: []. Acesso em: 12.07.2012).

para a implementação de obras urbanização em assentamentos irregulares de baixa renda e em *benefício da população moradora* (art. 71-A, § 2.º).

Portanto, em sua estrutura, a regularização fundiária é em essência uma política de assentamento habitacional (aspecto material) e de titulação da propriedade ao possuidor sem título com expectativa de domínio (aspecto formal). Do ponto de vista material, a regularização há de comportar e mesmo reconhecer como válidas transformações urbanísticas ou edificações com interferências no ambiente natural, inclusive, as quais não poderiam ser normalmente aceitas segundo os predicados da legislação comum, sob pena de não regularização, dentro de uma realidade do *razoavelmente possível*. Constitui, além disso, na lição de Edésio Fernandes,¹²⁸ “um programa de natureza essencialmente curativa, que existe tão somente para resolver uma situação de fato, para reconhecer direitos e situações consolidadas no tempo”. Do ponto de vista formal, a regularização fundiária passa pela regularização dos títulos de aquisição de propriedade dos lotes e/ou do registro, que deverá flexibilizar o ingresso destes. Apesar de se tratar de uma política convergente para o assentamento habitacional, não devemos restringi-la aos assentamentos informais das chamadas classes de baixa renda. Também as classes de maior poder aquisitivo devem receber tratamento mais consentâneo com a *realidade do razoavelmente possível* naquelas situações de fato já consolidadas no tempo e tornadas irreversíveis, como ocorre com os denominados *condomínios de lotes, condomínios fechados etc.* Afinal, a lei enfatiza a proteção à moradia sem dúvida alguma, mas não afasta a necessidade de regularização do solo em outras circunstâncias. Talvez o maior defeito da lei seja o fato de se enfatizar a regularização de interesse social, com alguma dose de exagero, deixando as outras formas de regularização aparentemente ao desabrigo de instrumentos que contribuiriam para uma regularização mais abrangente. Tal se deve a nosso ver, sobretudo, a circunstâncias históricas e ao receio do legislador quanto à elitização da forma como costumeiramente tratadas as regularizações fundiárias no Brasil. Basta ver que, antes da Lei 11.977/2009, Estados, como Bahia,¹²⁹ Pernambuco,¹³⁰

128. Política Nacional de regularização fundiária: contexto, proposta e limites. RDI 56/252.

129. BALTRUSIS, Nelson. O processo de regularização fundiária de Alagados – Salvador, Bahia. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 269.

130. SOUZA, Maria Angela de Almeida. Loteamentos e assentamentos de gênese ilegal na metrópole do Recife: descompasso entre arcabouço jurídico e realidade social. Regularização fundiária como direito à moradia: qual o caminho? In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO,

Fortaleza¹³¹ e mesmo São Paulo,¹³² seguiram uma tônica comum de promover a regularização de loteamentos irregulares localizados em regiões transformadas em Zonas Especiais de Interesse Social – Zeis, contemplando normas específicas e mais flexíveis¹³³ para a legalização desses assentamentos. Por isso que, como ressaltado por Suzana Pasternak,¹³⁴ “De alguma forma, o Poder Público percebeu que uma legislação de parcelamento do solo com muitas exigências era boa no papel, mas excluía parcelas mais pobres da população do acesso legal à terra”.

O escopo da lei, como é fácil de ver, é o de regularizar os assentamentos irregulares e a titulação de seus ocupantes, garantindo-se: (a) moradia;¹³⁵ (b) função social da propriedade e (c) meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 245.

131. PEQUENO, Renato. Ilegalidade urbana na região metropolitana de Fortaleza: zonas especiais de interesse social como alternativa de solução? In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 291 e ss.
132. D’OTTAVIANO, Camila; QUAGLIA-SILVA, Sérgio Luis. Regularização fundiária como direito à moradia: qual o caminho? In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 217. Vide PASTERNAK, Suzana. Evolução espacial dos loteamentos irregulares em São Paulo. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 407.
133. Como a flexibilidade no estabelecimento de índices urbanísticos e das exigências ambientais na regularização fundiária sustentável de área urbana (Res. 369/2006 – Conama), malgrado as críticas de Raquel Rolnik e João Luiz Portolan Galvão Minnicelli, no que se refere à interferência de um órgão público federal sobre a autonomia municipal (Regularização fundiária e novas regras da futura Lei de Responsabilidade Territorial Urbana – Alguns desafios da nova lei. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 7, n. 40, p. 39).
134. Op. cit., p. 407.
135. Em síntese, o governo federal vem buscando implementar uma política capaz de atender com o Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei 11.977/2009) um déficit habitacional regional de 10,3% na Região Norte, 34,3% no Nordeste; 12% na Região Sul, 7% no Centro-Oeste, e 36,4% na Região Sudeste. De qualquer forma, estudos demonstram que esse déficit habitacional é bem superior para a faixa de renda de até três salários mínimos, representando 90,9% da população (BRUNA, Gilda Collet. Urbanização e regularização de loteamentos e habitações. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 377).

Esses três vetores não foram colocados no texto por obra do acaso, nem de forma aleatória. São valores principiológicos ditados numa ordem de grandeza e de importância, conforme o próprio enunciado lógico do dispositivo: em primeiro lugar, a moradia, cuja implantação, por exemplo, num terreno abandonado, há de cumprir a função social da propriedade, que vem logo adiante. E depois, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que também não pode ser desprezado nesse complexo de valores da ordem urbanística. As medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais devem, portanto, atender a esses princípios, para que os assentamentos ditos irregulares sejam regularizados e seus ocupantes adquiram a propriedade dessas ocupações no Registro de Imóveis, segundo ainda as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade (art. 48), de molde a ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda. Quais então os *tipos* de regularização fundiária que a Lei 11.977/2009 cuidou de estabelecer? Lamana Paiva¹³⁶ descreveu como duas e posteriormente elevou para três essa ordem de grandeza, incluindo em rol a regularização fundiária inominada que estamos tratando¹³⁷. Eis as modalidades a seguir tratadas: (a) regularização por interesse social; (b) regularização por interesse específico; e (c) regularização fundiária inominada.¹³⁸

7. MODALIDADES DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

7.1 Linhas gerais

Cumprе ressaltar neste tópico que não iremos abordar todas as espécies de regularização fundiária previstas no ordenamento jurídico, todas elas já exaustivamente tratadas em doutrina, desde a usucapião e desapropriação por interesse social¹³⁹ até a discriminação de terras públicas. Se tal fosse o objetivo

136. Op. cit.

137. Em obra intitulada *Procedimento de dúvida no registro de imóveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 313, acrescentou a terceira modalidade, “designada como *inominada*, já que a Lei 11.977/2009 não atribuiu um nome específico a ela”.

138. A CGJSP, por meio do Provimento 18, alterou as normas relativas à regularização dos condomínios de frações ideais e dos conjuntos habitacionais, introduzindo em boa hora uma seção específica e minuciosa sobre os procedimentos de regularização fundiária previstos na Lei 11.977/2009. Também de acordo com o mencionado provimento, três são as modalidades de regularização fundiária previstas na Lei 11.977/2009, realçando-se no que atine a este estudo a epígrafe “Da regularização de glebas urbanas parceladas antes da Lei 6.766/1979” (itens 243 e 243.1).

139. Conforme José Rubens Costa, “Enquanto se desenvolve a ação, o Poder Público, pela imissão provisória, toma posse do local e passa à tarefa efetiva de ali promo-

deste trabalho, invariavelmente ultrapassaríamos em muito o limite de cem páginas previsto nas normas do curso de pós-graduação, e não conseguiríamos terminar o texto antes do prazo assinalado. Em primeira linha, cumpre asseverar que a regularização fundiária começa com o espírito de cidadania e conscientização dos munícipes: sua participação no processo de regularização, mesmo individualmente, como é o caso da retificação de área, o desdobro, a unificação dos imóveis, a usucapião, e assim por diante. Em segundo lugar, não há falar de uma regularização fundiária minimamente possível, sem a participação do Município, cujo ponto de partida, como não poderia deixar de ser, é a oficialização das ruas e dos números dos logradouros. Num Município em que, exemplificando, a maior parte de seu território é pulverizado por loteamentos clandestinos e irregulares, tratar de regularização fundiária sem um mínimo de garantia de ordenação dos logradouros públicos equivale a tornar mais dificultosa, senão impossível, a tarefa de separar a propriedade particular do domínio público, tolhendo, ademais, o direito de cada munícipe possuir um endereço,¹⁴⁰ capaz de identificar a sua propriedade e o meio em que vive. Essa falta de endereço também contribui para o aumento da insegurança registral e também do crédito, vulnerando princípios basilares da Constituição, como o da dignidade da pessoa humana, além do direito fundamental à moradia, apenas para ficarmos por aqui. Basta ver que se numa determinada planta de regularização forem esquadrihadas ruas não oficializadas fora do perímetro e no seu entorno, invariavelmente essa atualização da confrontação dependerá de um decreto de oficialização ou de lei municipal,¹⁴¹ atrasando o

ver melhoramentos urbanos e conferir títulos aos possessoriros. Os títulos não serão, evidentemente, de propriedade, pois ainda não consumada a sua aquisição. (...) A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pelo Provimento 1/74 (cópia anexa), de 8.4.74, adotou procedimento que leva à superação desta dificuldade. Permite que, em ações de desapropriação para urbanização e revenda, os Registros Imobiliários possam 'inscrever as ações expropriatórias, em nome do Poder Público expropriante, desde que imitado na posse do imóvel, e, subseqüentemente, os instrumentos de cessão ou promessa de direitos relativos a essas ações a terceiros' (art. 1.º) (...). Regulariza-se a ocupação, titulando os favelados, e dando-lhes segurança de que, consumada a desapropriação, tornar-se-ão também definitivos os efeitos da titulação" (COSTA, José Rubens. A regularização fundiária das favelas. *Revista de Direito Público* 99/213).

140. Vide NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. Usucapião administrativa. *Revista de Direito e Política* 19/42.

141. Vanêsa Buzelato Prestes lembra que em Porto Alegre foi editada a Lei 4.399/1977, estabelecendo que, a juízo do Município, serão cadastrados os arruamentos irregulares

próprio procedimento de regularização. Em terceiro lugar, cabe ao Município, segundo os ditames do art. 30, I, II, e VII, da CF/1988, legislar sobre assuntos de seu peculiar interesse, suplementar a legislação federal e estadual, e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.¹⁴² Portanto, a regularização jurídica do solo urbano requer também medidas de regularização urbanística, possibilitando que construções e edificações eventualmente irregulares sejam também regularizadas pelo Município,¹⁴³ pois, como vimos,

ou clandestinos, comprovadamente consagrados pelo uso, e que, por suas condições mínimas de serviços de urbanização puderem ser recebidos como logradouros públicos. Reportando-se ao parecer da PGM sob o n. 1.104/2004, ressalta que “A cautela necessária, no caso em exame, é não produzir nova irregularidade, a partir das medidas jurídicas utilizadas. E, o cadastramento reconhecendo situação de fato preexistente – qual seja a existência das vias públicas pelas quais as pessoas e veículos circulam e nas quais já houve investimento público, sendo que algumas inclusive são asfaltadas –, não produz nova irregularidade, ao contrário, reconhece situação de fato que deve ser regularizada. Constitui-se no caminho jurídico a ser trilhado para a regularização em suas variadas acepções” (Estudo de caso: novos paradigmas da Advocacia Pública Municipal – Atuação preventiva e multidisciplinaridade – Relato de um caso de aplicação do direito de superfície na regularização fundiária. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de (coords.). *Direito ambiental e as funções essenciais à Justiça: O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 248-249. No Município de São Paulo, foi editado o Dec. 34.049/1994, estabelecendo, em seu art. 10, o seguinte: “Art. 10. Ficam acrescidos ao artigo 4.º do Decreto 27.568, de 22 de dezembro de 1988, os parágrafos 6.º e 7.º, com a seguinte redação: ‘§ 6.º São ainda considerados oficiais os logradouros que atendam a pelo menos um dos seguintes requisitos: a) sejam pertencentes ou não a plano de parcelamento do solo aprovado e/ou regularizado e que possuam registro junto à circunscrição imobiliária competente; b) as vias que sirvam de acesso a lotes com lançamento fiscal; c) as vias existentes e que sirvam de acesso a lotes ou glebas que possuam registro junto à circunscrição imobiliária competente; d) as vias objeto de denominação atribuída pelo órgão técnico competente; e) as praças, desde que integrantes do Patrimônio Público Municipal, caracterizadas como bem de uso comum’. § 7.º O caráter de oficial atribuído pelo parágrafo anterior aos logradouros públicos mencionados não desobriga o loteador de suas responsabilidades quanto à correção técnica dos serviços e obras executados, inclusive no tocante a vícios e defeitos ocultos.”

142. Observem-se os arts. 49, 51 e 52, § 2.º, da Lei 11.977/2009, conferindo aos Municípios ainda maior parcela de poder de regulamentação da regularização fundiária, na elaboração dos projetos de regularização e na avaliação dos percentuais de áreas destinadas ao uso público e dos lotes.

143. Partimos primeiro da concepção segundo a qual as restrições urbanísticas convenacionais *podem também cair quando se opera a perda de sua eficácia pela perda da base*

o principal eixo de interesse da Lei 11.977/2009 é o de garantir a moradia das populações mais carentes.

Nos centraremos na estrutura e organização das modalidades previstas na Lei 11.977/2009. Por primeiro, cabe acentuar que as regularizações fundiárias então instituídas pelo diploma em apreço se voltam, em linhas gerais, para o aproveitamento das situações de fato (assentamentos) já consolidadas no tempo e tornadas irreversíveis. Não fosse assim, teríamos a incongruência de admitir em nosso ordenamento jurídico um verdadeiro *alvará* genérico para a prática de esbulhos, ilícitos urbanísticos e ambientais. Por ora, podemos assinalar que constituem princípios gerais para a regularização fundiária urbana: (a) ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada; (b) articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo; (c) participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização; (d) estímulo à

objetiva do negócio jurídico normativo (cf. Antonio Junqueira de Azevedo, apoiado em Larenz, em parecer publicado na RT 741/115) (Processo CG 227/2007, 11.01.2007, Batatais, parecer do Juiz Vicente de Abreu Amadei). E essa perda da base objetiva de que estamos examinando decorre do crescimento das cidades, da incorporação dos loteamentos aos centros urbanos, conforme a própria Lei 11.977/2009 reconhece, independentemente de prévio pronunciamento judicial. Num segundo plano, e seguindo a linha de Hely Lopes Meirelles (*Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 561), as restrições legais atuam sobre as convencionais, quando o interesse público o exigir, “alterando as condições iniciais do loteamento, quer para aumentar as limitações originárias, quer para liberalizar as construções e usos até então proibidos”. No mesmo sentido: Afrânio de Carvalho, para quem as restrições convencionais assumem caráter supletivo das restrições urbanísticas, podendo ser superadas daí por lei posterior (CARVALHO, Afrânio de. O loteamento e seu registro. RDI 8/15). Contra: Gilberto Valente da Silva, sustentando que as restrições convencionais, quando mais gravosas que as urbanísticas devem prevalecer (SILVA, Gilberto Valente da. As restrições do loteamento – A prefeitura municipal e o registro de imóveis. RDI 26/14). Ora, o interesse público predominante na Lei 11.977/2009 é o da regularização fundiária e não o do aumento das restrições urbanísticas. Seria inconcebível daí tratar o tema da regularização fundiária apenas sob a vertente da regularização jurídica da propriedade no solo, sobre a qual haverão de recair as construções irregulares, formando um complexo ideal que a Constituição compreendeu como direito de moradia e vice-versa; isto é, não há sentido tratar o direito de moradia pura e simplesmente sob o prisma da regularização das construções, sem a regularização da propriedade no solo. Ou dito de outro modo, tratar a propriedade sem moradia e moradia sem a propriedade, de acordo com a Lei 11.977/2009.

resolução extrajudicial de conflitos; e (e) concessão do título preferencialmente para a mulher (art. 48 da Lei 11.977/2009).

O acesso à terra urbanizada deve pautar-se em nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental. A lei tratou de albergar um grande número de legitimados à regularização: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, os seus beneficiários, individual ou coletivamente; e cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária (art. 50). Saímos, portanto, da tríade comum: Município, loteador e adquirente. Podem quaisquer dos entes políticos da Federação promover a regularização fundiária de áreas localizadas em seus respectivos territórios, o que induz à ideia de que a União, desde logo, fica autorizada a promover a regularização fundiária de interesse social e interesse específico não apenas em terras de seu domínio, mas também em qualquer parte do território do país, em franca legitimação concorrente com os demais protagonistas especificados na lei. Muito embora a lei não o diga, é intuitivo que deva haver uma relação de pertinência lógica e temática entre o que se pretende regularizar e os beneficiários individual e coletivamente considerados, incluindo as cooperativas habitacionais, as associações de moradores, as fundações, as organizações sociais, as OSCIPs, ou outras associações civis que tenham por escopo atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária.¹⁴⁴ O interesse deve ser aferido não em termos restritivos, mas em sentido amplo, de interesse social, econômico, jurídico e mesmo ao crédito. Aliás, faltou a lei na previsão de normas de incentivo também ao setor privado financeiro de um modo geral, não vinculado ao sistema financeiro de habitação, com esquemas que pudessem atrair investimentos em áreas não regularizadas, mas regularizáveis, não necessariamente ocupadas por populações de baixa renda.

Exceção feita à regularização fundiária inominada, sobre a qual nos debruçaremos mais adiante, constitui elemento indispensável à regularização fundiária de interesse social e de interesse específico, a existência de projeto capaz

144. Adverte Maria do Carmo de Rezende Campos Couto que a lei não previu de forma expressa que o loteador possa promover a regularização fundiária. Contudo, segundo a eminente jurista, havendo inquérito civil ou ação civil pública em curso, com Termo de Ajustamento de Conduta, nada impediria fosse ele legitimado a fazê-lo, em cumprimento de suas obrigações (Regularização fundiária de interesse específico. *Boletim do Irib em Revista* 344/30).

de compreender, no mínimo, a descrição dos seguintes itens: (a) das áreas ou lotes objeto da regularização e, havendo necessidade, das edificações que deverão ser relocadas; (b) das vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público; (c) das medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei; (d) das condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3.º da Lei 6.766, de 19.12.1979 (terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, terrenos com declividade igual ou superior a 30%, terrenos em condições geológicas desaconselháveis à edificação, e áreas de preservação ecológica ou poluídas em condições sanitárias insuportáveis); e (e) das medidas previstas para adequação da infraestrutura básica. Cabe ao Município definir, quando não for ele mesmo o autor da regularização, os requisitos para a elaboração do projeto, no que se refere aos desenhos, ao memorial descritivo e ao cronograma físico de obras e serviços a serem realizados (art. 51, § 2.º, da Lei 11.977/2009).

A planta de regularização¹⁴⁵ deve ser sobreposta à planta histórica do loteamento (como, por exemplo, as plantas particulares), ou, quando possível, sobre uma planta de reconstituição dos limites do registro, conforme estudos tabulares das confinâncias, plantas da Emplasa, aerofotogrametria etc. Tem aplicação aqui, por meio de interpretação extensiva, o art. 56, § 1.º, II, da Lei 11.977/2009. Pois o registro deve primar pelos princípios da especialidade e da disponibilidade, que constituem pilares de segurança jurídica do direito de propriedade. Sem esse controle registral, corre-se o risco de instauração de múltiplas correntes filiatórias e Confisco, o que é vedado na Constituição Federal. A descrição da situação de fato nem sempre se amolda à situação retratada no registro, como sói ocorrer em tema de regularização fundiária. A questão ganha foros de relevância e controvérsia acerca da prevalência ou não do registro ou da situação de fato nas áreas públicas já inscritas no fôlio e que não foram implantadas no ambiente físico. Ora, na esteira do que o art. 52 da Lei 11.977/2009 prevê, na regularização fundiária de assentamentos consolidados anteriormente à sua publicação, o Município poderá autorizar a redução do percentual de áreas destinadas ao uso público e da área mínima dos lotes

145. A Lei do Município de São Paulo 11.775/1995, em seu art. 12, dispôs que “O projeto de regularização do parcelamento deverá atender às exigências da Prefeitura, devendo, necessariamente, estar representadas, em planta, *as curvas de nível*, de metro em metro, bem como as quadras, os lotes, as áreas remanescentes e as áreas destinadas ao uso público” (grifo nosso).

definidos na legislação de parcelamento do solo urbano. Dito de outra forma, as áreas destinadas às vias públicas jamais implantadas, conforme o projeto original historicamente agasalhado no registro, podem ser amoldadas à situação de fato consolidada, com base inclusive em autorização de redução pelo Município do percentual destinado para aquela finalidade, cancelando-se o registro anterior à regularização por efeito da própria regularização.

O art. 22, parágrafo único, da Lei 6.766/1979, com a redação que lhe emprestou a Lei 12.424/2010, dispôs, *in verbis*:

“Na hipótese de parcelamento do solo implantado e não registrado, o Município poderá requerer, por meio da apresentação de planta de parcelamento elaborada pelo loteador ou aprovada pelo Município e de declaração de que o parcelamento se encontra implantado, o registro das áreas destinadas a uso público, que passarão dessa forma a integrar o seu domínio.”

Em outras palavras, se o loteamento estiver implantado, mas não registrado, leia-se não registrado por inteiro, adequadamente, ou registrado de forma errônea, incompatível com a situação existente, ou ainda registrado de forma incompleta, podem ser efetivados os registros das áreas destinadas ao uso público, que passarão a integrar o domínio público, no lugar daquelas outras que constaram do registro anterior, conforme a planta primitiva, áreas estas que nunca foram implantadas, e que, portanto, foram desafetadas de fato. A nosso ver, se trata de uma hipótese anômala de retificação de registro perfeitamente plausível, sobretudo à vista da inexistência de prejuízo à administração pública, o que a Lei 11.977/2009 fez ver como uma de suas possibilidades na própria demarcação urbanística, na medida em que o auto respectivo poderá abranger parte ou a totalidade de um ou mais imóveis do domínio público (art. 47, III c/c art. 56, § 5.º, III). Há, outrossim, que observar o comando do art. 54 da Lei 11.977/2009:

“O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público.”

Portanto, segundo a lei, onde se inclui a regularização fundiária de interesse social, como veremos mais adiante, há que prevalecer as características da ocupação no solo e não no registro, com identificação dos lotes, das vias de circulação e das áreas destinadas a uso público. De qualquer forma, vale realçar que essa visão de caráter nitidamente excepcional se entrelaça com o modo de ser da regularização fundiária urbana, tal como concebida na Lei 11.977/2009, a qual deve contemplar uma dada situação de fato consolidada no tempo, como

é o caso do fracionamento irregular permeado por ocupações que chegam, inclusive, a se confundir com o próprio meio urbano.

A questão relativa à desafetação de fato não é pacífica. Conforme assinala Maria Sylvia Di Pietro,¹⁴⁶ a desafetação pelo *não uso*, ainda que prolongado, não poderia ser admitida, como “no caso de uma rua que deixa de ser utilizada”.¹⁴⁷ A questão é que na prática o que se tem observado é que a implantação de lotes na quadra, por vezes, absorve o traçado do projeto de ruas, passando as construções a ocupar as vias públicas projetadas no papel. Em outros casos, os alinhamentos costumam ser preservados, diante da largura das ruas, embora em desacordo com o projeto. Tenha-se em mira a hipótese de a planta originária do loteamento contemplar uma via seccionando determinada gleba, jamais implantada. Pode acontecer de o projeto de regularização desafetar a área seccionadora (desafetação de fato, em decorrência de área consolidada), à vista de outra implantada em outro local, acolhendo as construções dos lotes instalados naquele local primitivo.

O Poder Público, apesar de ciente das evidentes incongruências, costuma promover os arruamentos em locais totalmente diferentes dos projetados, obedecendo a vontade e usos de seus ocupantes e transeuntes. Por isso, ficamos com a posição oposta, uma vez que não se trata propriamente de desuso, mas de uso prolongado totalmente diverso do projetado, tornando materialmente inaproveitável o bem para o fim ao qual estava afetado. Daí porque, seguindo a lição da ilustre professora:¹⁴⁸

“Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores a respeito da possibilidade de a desafetação decorrer de um *fato* (desafetação tácita) e não de uma manifestação de vontade (desafetação expressa); por exemplo, um rio que seca ou tem seu curso alterado; um incêndio que provoca a destruição dos

146. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 619.

147. Expõe Hélio Lobo Jr. que a municipalidade pode impedir a alteração da destinação das áreas de interesse público, mesmo nas hipóteses de caducidade, não estando o Poder Público obrigado a “aceitar o singelo cancelamento decorrente da decadência, que, no caso, deveria funcionar mais como uma pena/sanção ao empreendedor” (LOBO JR., Hélio. Algumas considerações sobre as modificações na Lei 6.766, de 1979. *RDI* 46/83). O que também, segundo o renomado jurista, não requer a desafetação das áreas públicas, para a desistência, cancelamento ou alteração parcial do plano de loteamento, malgrado a regra estatuída pelo art. 180, VII, da Constituição Estadual, havida por inconstitucional (LOBO JR., Hélio. Loteamentos. Considerações sobre a alteração do plano. *RDI* 47/185-186).

148. *Op. cit.*, p. 169.

livros de uma biblioteca ou das obras de um museu. Alguns acham que mesmo nesses casos seria necessário um ato de desafetação. Isto, no entanto, constitui excesso de formalismo se se levar em consideração o fato de que o bem se tornou materialmente inaproveitável para o fim ao qual estava afetado.”¹⁴⁹

Por outro lado, embora se tratasse de desafetação de praça (bem de uso comum) para a categoria de bem dominial, visando a prefeitura à doação do imóvel ao INSS para instalação de nova agência, o STJ já deixou assentado que:

“(...) é ilegítimo, para não dizer imoral ou ímprobo, à Administração, sob o argumento do ‘estado de abandono’ das áreas públicas, pretender motivar o seu aniquilamento absoluto, por meio de desafetação. Entender de maneira diversa corresponderia a atribuir à recriminável omissão estatal a prerrogativa de inspirar e apressar a privatização ou a transformação do bem de uso comum do povo em categoria distinta. Finalmente, tampouco há de servir de justificativa a simples alegação de não uso ou pouco uso do espaço pela população, pois a finalidade desses locais públicos não se resume, nem se esgota, na imediata e efetiva utilização, bastando a simples disponibilização, hoje e sobretudo para o futuro – um investimento ou poupança na espera de tempos de melhor compreensão da centralidade e de estima pela utilidade do patrimônio coletivo” (REsp 1.135.807/RS, 2.^a T., j. 15.04.2010, rel. Min. Herman Benjamin).

Em outro julgado, porém, mais afeiçãoado ao tema aqui exposto, a corte federal manteve acórdão do tribunal bandeirante, apesar de não conhecer do recurso especial, considerando a desafetação de fato de áreas destinadas ao uso comum em região densamente ocupada e consolidada há mais de 20 anos (Projeto Cingapura). O acórdão recorrido acentuava que se tratava de:

“(...) área ocupada há mais de 20 anos, situação fática incontroversa, como bem salientou a Municipalidade em suas contra-razões, ao dizer: ‘No plano fático, é de conhecimento geral que as áreas em questão já há muito não cumpriram sua função de espaços livres de loteamento. Não por outro motivo resolveu-se erguer os prédios do Projeto Cingapura nos locais, visto que lá já haviam ocupações de favelas de longa data. Como exposto na peça de defesa da Municipalidade, as ocupações têm mais de 20 anos, sendo a mais recente de 1977. Situações já consolidadas à época da promulgação da atual lei de parcelamento de solo urbano. Ou seja, a bem da verdade, já há muito se realizara a desafetação de fato de cada área’ (f.). E no tocante ao mérito propriamente

149. Confira-se julgado do TJSP, na AC 615.935-4/0-00, 5.^a Câ. Civ., rel. Des. Christine Santini, 13.05.2009, deixando assentado a premissa quanto à possibilidade de desafetação implícita, e admitindo a usucapião de bem imóvel comprometido pelo Poder Público a particular.

dito em face de toda a legislação que disciplina a matéria melhor sorte não assiste ao apelante, no sentido de que nenhum vício apresenta ou apresentou a utilização dessas áreas, primeiramente porque as denominadas ‘áreas verdes’ e que constituem o objeto do pedido vestibular de há muito deixaram de sê-las, se é que algum dia foram. Basta para tanto visualizá-las, inclusive com fotos de época (...). Em outras palavras, ditas áreas não eram e nunca foram áreas livres, mas verdadeiros bairros já devidamente instalados em área pública, consequência própria de um país de terceiro mundo, mas acima de tudo realista. Por derradeiro e no tocante à pretendida compensação proposta pelo apelante não vemos como possa a mesma prosperar, no sentido de que a desapropriação alcance pelo menos mil metros de distância das áreas desafetadas, proprietários que moram na área há muitos anos serão atingidos, e mesmo aqueles que se encontram legalmente, também, serão atingidos” (REsp 814.072/SP, 1.ª T., j. 27.11.2007, rel. Min. Luiz Fux).

Ficamos com a segunda posição, mormente em razão do sistema especial de regularização fundiária instituído pela Lei 11.977/2009. A regra geral de desafetação e licitação de imóveis públicos para disposição, se levada até as últimas consequências, inviabilizaria um grande número de regularizações fundiárias, que têm nos entes políticos da Federação o papel de principais protagonistas, independentemente do referendo das câmaras de vereadores, das assembléias legislativas ou do Congresso Nacional. Por sinal, no âmbito das diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano do Estado de São Paulo, observa-se que a Constituição estadual, em seu art. 180, VII, cuidou de estabelecer o seguinte:

“Art. 180. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

(...)

VII – As áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;¹⁵⁰

150. Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar acentuam que “As áreas destinadas a sistema de circulação, à implantação de equipamento urbano e comu-

c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.”

A redação do dispositivo em tela (art. 180, VII) vem sendo paulativamente alterada por meio de emendas ao texto nesses últimos anos para flexibilizar a regularização de áreas consolidadas até dezembro de 2004, mediante compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação, ou por meio de dispensa por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública, cuja destinação será alterada, existam outras áreas públicas que atendam às necessidades da população (art. 180, §§ 1.º e 2.º). Sem se olvidar da controvérsia existente sobre a constitucionalidade do dispositivo, diante da autonomia legislativa e administrativa do Município, não há negar possível conciliação da norma com aquelas estatuídas pela Lei 11.977/2009, de tal forma que, se tratando de áreas verdes ou institucionais não implantadas conforme o projeto, em região já consolidada, será possível sua realocação por meio de compensação ou pela dispensa motivada na constatação quanto à existência de *outras áreas públicas* que atendam as necessidades da população nas proximidades da área. Que *outras áreas públicas* seriam essas? Pela leitura *a contrario sensu* do mesmo dispositivo, seriam todas aquelas não destinadas aos equipamentos urbanos ou às áreas verdes, incluindo daí as áreas de uso comum, como praças, ruas etc. Embora a Constituição Estadual se silencie a respeito das áreas definidas em projeto como de uso comum, nada impede e tudo recomenda que o projeto de regularização fundiária contemple os mesmos predicados previstos em relação à alteração de destinação das áreas verdes e institucionais, como é o caso da compensação. Restará ao legislador estadual agora adaptar as normas da Constituição paulista ao sistema instituído pela Lei 11.977/2009, tornando mais efetiva a regularização fundiária dos assentamentos já consolidados e com arruamentos implantados em total desconformidade com o projeto primitivo – que nunca passou de um mero papel, ainda que recepcionado no fólio predial.

É nesse contexto, aliás, que se inserem as medidas necessárias de que trata o art. 51, III, da Lei 11.977/2009, para a promoção da sustentabilidade urba-

nitário, bem como a espaços livres de uso público, poderão ser desafetadas dessas destinações quando o loteamento é executado sem aprovação da Prefeitura ou o Distrito Federal; entretanto, essa alteração da destinação acarretará sobre o parcelador infrator a incidência das sanções administrativas, civis e criminais previstas na lei”. *Loteamentos e desmembramentos urbanos (Comentários à Lei n. 6.766, de 19-12-1979)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 245.

nística, social e ambiental da área ocupada, de que são exemplos as compensações urbanísticas e ambientais, passando pelo invariável crivo do Município, e, conforme o caso, pela Secretaria de Habitação e de Meio Ambiente do Estado. Como não poderia deixar de ser, cuidando-se de norma de regularização fundiária do solo urbano, o projeto deverá antever as medidas necessárias à adequação da infraestrutura básica, como rede de água, eletricidade, esgoto e assim por diante, considerando, entre outras circunstâncias, o adensamento populacional e a estrutura viária existente.

O art. 67 da Lei 11.977/2009 (vide também art. 288-A, § 2.º, da Lei 6.015/1973) menciona a abertura de ofício de matrículas para as áreas destinadas a uso público na regularização fundiária, o que obviamente teremos de conjugá-lo com o art. 51, II, do mesmo diploma: “as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público”. Isto é, são as áreas verdes e institucionais, não as ruas, avenidas e praças públicas, consideradas pela lei como “vias de circulação”. Interpretar-se de modo contrário traria ao projeto, dependendo da extensão das áreas, sérios riscos de inviabilização. Imagine-se um loteamento com vários milhões de metros quadrados, entrecortado por centenas de avenidas e ruas. Só os custos para levantamentos desse jaez, contemplando descrições minuciosas das vias de circulação, seriam monumentais, sem se cogitar do enorme tempo a ser despendido. O que falar então das matrículas com páginas e páginas enfileiradas de descrições? Cabe ao intérprete dar ao texto uma razoável inteligência.

Esquadrinhar em minúcias ruas, avenidas e espaços públicos, *de ofício*, cuja destinação, como sabemos, dificilmente será alterada, e sem que o Poder Público interesse algum manifeste em prol de uma desafetação é demasiadamente desnecessário. O controle de disponibilidade pode ser aferido com base na descrição minuciosa dos lotes e, por exclusão, na descrição sucinta das vias públicas (largura e extensão). Se o Poder Público pretender melhor individuar as vias de circulação, poderá fazê-lo a qualquer tempo, adotando-se os critérios do art. 195-A da Lei 6.015/1973, ou antes disso no próprio projeto, mas sempre de acordo com o princípio da rogação. Tudo isso conforme seu peculiar interesse, evitando-se exigências desnecessárias em torno de descrições que apenas serviriam para engrandecer o volume de papéis em cartório. Por outro lado, é contraproducente descrever-se metro por metro as áreas públicas já consolidadas e afetadas, diga-se de passagem, ao domínio público, bastando que o Município, se assim o interesse local o exigir, como no caso da desafetação superveniente, requerer a abertura de matrícula daquilo e exatamente aquilo que for necessário à boa administração da coisa pública (que não deve compactuar com o desperdício).

Acresce ponderar que a própria Lei 11.977/2009 tratou de disciplinar, em seu art. 51, II, que o projeto de regularização deverá definir as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público, não cogitando da *delimitação* ou a da *descrição pormenorizada* das áreas públicas, condição natural para a abertura das matrículas (art. 176, § 1.º, n. 3, b, da Lei 6.015/1973). Lembremos que na vasta imensidão do território nacional, existem milhares de Municípios de menor expressão econômica, quando não deficitários, os quais não poderiam lançar mão de levantamentos planimétricos tão custosos, justamente diante de uma lei de forte carga de interesse social, cuja função é a de justamente facilitar o acesso do título ao registro da propriedade imóvel das camadas mais pobres. O controle da disponibilidade pode e deve ser aferido pela descrição da área de perímetro e seus destaques, preservando-se as áreas públicas descritas de modo mais sucinto,¹⁵¹ por meio de uma simples averbação no registro fundante, sem necessidade de tamanho rigor, ressalvado sempre, como óbvio, o prudente juízo de qualificação do oficial, conforme a casuística. Digno de nota que a lei dispensa a *prévia* manifestação judicial¹⁵² em todas as modalidades de regularização fundiária (art. 288-A da Lei 6.015/1973).

7.2 Da regularização fundiária de interesse social

Essa modalidade consiste na regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos: (a) em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, cinco anos; (b) de imóveis situados em Zeis; ou (c) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social. Não trataremos aqui da regularização das áreas públicas pertencentes aos entes políticos da Federação, sob pena de não conseguirmos a tempo finalizar este trabalho.

151. Nesse sentido, o item 14 da Ordem de Serviço 4/2005 da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital: “14. No registro do parcelamento regularizado, o registro transcreverá o memorial perimétrico, bem como indicará as subdivisões internas, formadas por quadras, lotes, vias de circulação, logradouros, e áreas institucionais, quando houve, bem como as medidas e formato de cada lote, *a extensão e largura das vias, praças e espaços públicos em geral*” (grifo nosso).

152. O Provimento 18 admite a intervenção *pós-judicial* nos casos de impugnação fundamentada nos procedimentos de regularização de interesse social ou específico, com base em descrição imobiliária superior aos limites do registro (item 228.1 e ss.) e nas demarcações urbanísticas (item 240.6), onde não tenha sido possível alcançar a conciliação dos interessados.

Os requisitos não são cumulativos, mas alternativos. É suficiente verificar que a demarcação de zonas especiais de interesse social (Zeis), onde o uso habitacional for permitido, é um dos requisitos do plano diretor (art. 42-A, V, do Estatuto da Cidade, com a redação dada pela Lei 12.608/2012), mas não da regularização de interesse social. A lei prevê que a aprovação municipal corresponde ao licenciamento urbanístico do projeto, bem como ao licenciamento ambiental, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado, com pessoal próprio em seus quadros ou à sua disposição profissionais com atribuição para análise do projeto e decisão sobre o licenciamento ambiental. O Município pode, então, por meio de licitação ou dispensa, conforme o caso, contratar profissionais especializados na análise do projeto de regularização fundiária de interesse social, decidindo com base em parecer técnico fundamentado acerca do licenciamento ambiental. Tudo isso se não se tratar de Unidade de Conservação de Uso Sustentável, demandando daí também anuência do órgão gestor da unidade. Admite-se possa a regularização de interesse social ser promovida em áreas de preservação permanente, desde que estudo técnico comprove que a intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior (art. 54, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.977/2009). Na prática, vários Municípios têm recorrido ao programa Cidade Legal¹⁵³ do Estado de São Paulo para que sejam analisadas as questões ambientais, em face não apenas de suas deficiências técnicas e dos custos na contratação de pessoal especializado, mas também em razão dos equívocos que possam incorrer e das responsabilizações que devam incidir, considerando que os Estados são geralmente melhor aparelhados para essa função, à luz das competências que a Constituição estabeleceu (arts. 23, VI e VII e 24, VI e VIII).

Disso resulta que uma tal análise perpassa pela demora que a todos repugna, diante de incontáveis filas que se formam de Municípios aguardando que o Estado lhes dê o esperado licenciamento ambiental, quando se trate de áreas ambientalmente protegidas (DCUA). Acrescente-se que os Municípios e os Estados podem, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31.12.2007 e inseridas em área urbana consolidada.

O art. 47, II, da Lei 11.977/2009 define área urbana consolidada como parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, dois dos equipa-

153. Segundo dados divulgados pela Secretaria de Habitação do Estado de São Paulo, no Seminário Estadual de regularização Fundiária realizado no Palácio do Governo, no dia 25.09.2012, existem 1.900.000 moradias em regularização, 439 municípios conveniados ao Programa e 118.442 imóveis regularizados.

mentos de infraestrutura urbana. A leitura do dispositivo deve ser feita em sentido amplo, não se reduzindo a área urbana consolidada a uma porção mínima de área (50 hectares), com densidade demográfica superior a 50 habitantes. O critério de consolidação, aliás, nada tem que ver com tamanho *mínimo* de área e muito menos com taxa mínima de densidade demográfica por metro quadrado ou hectare, mas com uma dada situação de fato consolidada no tempo (ocupação plúrima) e tornada irreversível, integrada à malha viária e contemplando pelo menos dois equipamentos de infraestrutura urbana, como veremos mais adiante no tópico atinente ao tema principal deste estudo. A interpretação deve ser a mais favorável possível à regularização. Uma dada área irregular de cinco hectares em meio a um complexo urbanístico de mais de 1.000 hectares pode ser regularizada, se demonstrada a sua integração à malha viária urbana e ostentar, no mínimo, dois equipamentos urbanos. O que se quer dizer é que essa área regularizanda deve estar integrada a uma região densamente povoada com no mínimo 50 habitantes por hectare, ostentando malha viária, compreensiva de, no mínimo, dois dos equipamentos de infraestrutura urbana. A não ser assim, várias regiões metropolitanas poderiam ficar de fora da regularização, dependendo de suas dimensões territoriais e da quantidade de habitantes por hectare, constituindo verdadeiras ilhas de clandestinidade num vasto território totalmente ocupado e já consolidado no tempo. Tal concepção só contribuiria para a elevação dos problemas da urbe, com a exclusão das camadas mais pobres da população vivendo à margem da lei a poucos metros de distância de áreas que, embora regularizadas, formam em conjunto com aquelas não regularizadas um todo contínuo e homogêneo.

A lei exige a feitura de estudo técnico particularizado e afeiçoado ao próprio projeto de regularização, contendo inúmeros elementos, a cargo de profissional capacitado (art. 54, § 2.º), no pressuposto de que a intervenção implique a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior, o que convenhamos, nem sempre isso será possível alcançar, porque a consolidação de áreas ao longo tempo pode tornar irreversível a situação de fato, tornando inviável a recuperação das áreas degradadas (art. 54, § 2.º, IV). Entendemos que, em razão da impossibilidade de reconstituição das áreas degradadas, a solução seria a compensação por outras áreas do Município ou por meio de desapropriação.

O fundamental é que se procure, tanto quanto possível, respeitar as moradias das famílias instaladas nas áreas regularizandas; isto é, *terrenos com construções*.¹⁵⁴ O maior desafio será integrar o modelo precário das construções

154. O art. 47, § 6.º, e, da Lei 8.212/1991 dispensou a CND-INSS nas averbações de construções localizadas em áreas de regularização de interesse social.

das favelas¹⁵⁵ ao sistema de especialização consagrado no Registro de Imóveis. Existem projetos de regularização de favelas prevendo a construção de edificações no plano vertical, para abrigar maior número de moradias sem os riscos de desabamentos e inundações, entre outros. Essa regularização urbanística certamente facilitará a titulação e regularização registrária, na medida em que forem sendo solucionadas as equações de espaço delimitado e construção erigida com infraestrutura. Embora a lei não o diga, é curial que ao Poder Público, por força de mandamento constitucional, competirá a adoção de um planejamento urbanístico afeiçoado à região regularizanda, levando em conta a necessidade de demolição de construções precárias que ofereçam riscos a seus ocupantes e de edificação daquelas em seu lugar ou em lugar mais próximo, porque o que se tem em mira é a proteção da moradia em seu *habitat* social.

Cabe ao Poder Público servir a área de sistema viário e de infraestrutura básica, bem como a iniciativa do processo de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação (art. 56). Esse processo de demarcação deve anteceder ao projeto de regularização, entre outros motivos, porque a planta da regularização deverá espelhar-se na situação registrária retratada pela ocupação. O procedimento demarcatório é em muito semelhante ao da retificação bilateral de área (art. 213, II, da Lei 6.015/1973). Desta se distingue, porém, por compreender maiores e substanciais alterações no registro, e não propriamente *correções* do registro, sempre tendo como fundamento a situação presente no plano fático, qualquer que seja ela. Basta ver que o art. 288-E, § 4.º, da Lei 6.015/1973 possibilitou a averbação da demarcação urbanística ainda que a área atingida pelo auto supere a área disponível nos registros anteriores, deixando-a a salvo do princípio da disponibilidade e da especialidade objetiva (art. 225, § 2.º, da própria Lei).

155. Como refere Edésio Fernandes, “As políticas públicas de regularização de favelas no período após a promulgação da Constituição de 1988 foram baseadas no argumento de que, embora não houvesse no texto original da Constituição de 1988 nenhuma menção específica à questão das favelas, a garantia de moradia foi considerada uma matéria da competência concorrente da União Federal, dos Estados e dos Municípios, que têm todos de ‘promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico’. Também é sua obrigação constitucional ‘combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos’ (Constituição Federal de 1988, art. 23, IX e X). Com a EC 26, de 14.02.2000, o direito à moradia foi incluído dentre os direitos sociais originalmente reconhecidos no art. 6.º” (FERNANDES, Edésio. *Perspectivas para a regularização fundiária em favelas à luz do Estatuto da Cidade* cit., p. 199).

7.2.1 Da demarcação urbanística

Cumprе realçar, em primeiro lugar, que a demarcação urbanística não representa uma forma de aquisição, transferência, modificação ou extinção de direitos reais em favor do Poder Público, e muito menos etapa indispensável na regularização de interesse social. Cuida-se de uma faculdade do Poder Público, sujeita à prudente análise do próprio Oficial Registrador, no sentido de aquilatar a sua necessidade, em decorrência da precariedade dos dados da tábua predial (art. 56 da Lei 11.977/2009), excesso de área sobre os limites tabulares ou da dificuldade de delimitação das áreas desordenadamente ocupadas, com vistas a definir seus limites, área localização e confrontantes. Aliás, é assim que o Provimento 18 da E. CGJSP interpreta essa questão: “239. O procedimento de demarcação urbanística é indispensável para a regularização fundiária de áreas ainda não matriculadas e facultativo para as demais situações de regularização de interesse social ou específico”. *Não matriculadas* quer nos parecer também aquelas *não transcritas*, ou que as imperfeições do registro dificultem o controle de disponibilidade em face da planta da regularização. Esse o propósito primário, apesar da equívoca redação dada no art. 47, III:

“Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se: (...)

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.”

A demarcatória urbanística não objetiva ontologicamente identificar os ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses (em seus lotes/glebas), mas definir os limites, área, localização e confrontantes do perímetro total, ajustando-se o registro à realidade física (art. 56, § 1.º, I). Essas informações evidentemente constituem meios de verificação dos limites da ocupação na área total. É claro que, por ocasião do levantamento físico, a administração poderá e deverá colher esses elementos junto à comunidade local para identificação de seus ocupantes, do tempo da posse e sua natureza. Mas a identificação de seus ocupantes, bem como a qualificação da natureza e tempo de posse, não constitui um fim em si mesmo, apesar da expressão com a finalidade de utilizada no texto, senão meio de cadastrar as ocupações/posses (com a finalidade de) demarcar os limites da área total, ao mesmo tempo em que contribui para o convencimento da administração na outorga posterior dos títulos de legitimação de posse a quem de direito. Esses títulos serão concedidos, outrossim,

aos coproprietários da gleba, titulares de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrados pelo Poder Público, desde que exerçam seu direito de propriedade em área certa/lote individualizado e identificado no parcelamento registrado (art. 59, § 2.º). O que convém deixar claro é que o auto de demarcação que vai a registro não conterá esses elementos de informação.

O diálogo entre o cadastro fiscal e a vistoria urbanística que deve anteceder a demarcatória – quase nunca presente nas questões afetas às retificações de área – é de suma importância, pois é da conjunção desses dois elementos de informação com o registro que surgirão os títulos de legitimação de posse, habilitando seus titulares à conversão na usucapião administrativa especial urbana (art. 183 da CF/1988 c/c art. 60 da Lei 11.977/2009). De conformidade com a Lei 11.977/2009, art. 47, III, a demarcação urbanística constitui:

“(...) 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.”

Aludida demarcação, como o próprio texto refere, tem natureza administrativa, não judicial, como aquela prevista no art. 946 e ss. do CPC. É mais simplificada operacionalmente do que a da lei processual, porque se contenta com o levantamento físico da área e na caracterização de sua ocupação, sem necessidade de descrição de todas as minúcias previstas nos arts. 960 e 962 do CPC. Além da certidão do registro imobiliário, exige-se planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, *área total*, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, e indicação dos proprietários identificados. Na hipótese de não identificação da titularidade dominial da propriedade particular, por imprecisão do registro, deve tal circunstância ser apontada. A lei também exigiu planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e, quando possível, com a indicação de não localização no registro de seus proprietários, em razão de descrições imprecisas dos registros anteriores (art. 56, § 1.º, I e II). É claro que a planta de sobreposição não esgota a possibilidade de exibição de outras plantas, como por exemplo, as históricas (particulares), da Emplasa etc., tudo isso visando à segurança da conformação física ao registro. Expedido o auto de demarcação, o procedimento terá seguimento no Registro de Imóveis, incumbindo ao Oficial Registrador providenciar as buscas necessárias à identificação do proprietário da área a ser regularizada e das matrículas ou transcrições que a tenham por objeto. Essas

buscas prosseguem nos cartórios anteriores, caso infrutíferas, no todo ou em parte. Estando em ordem a documentação, o Oficial notificará o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 dias (art.57, § 1.º).

Cabe ao Poder Público responsável pela regularização e não ao Oficial Registrador providenciar a notificação por edital de eventuais interessados, bem como o proprietário e os confrontantes da área demarcada, se estes não forem localizados nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles de seu próprio conhecimento. Pecou a lei nesse particular, porque essas notificações poderiam ser efetivadas pelo Poder Público antes da emissão do auto de demarcação, quer pessoalmente, quer por edital. Aliás, seguindo a esteira do Provimento 18 acima citado, nada impediria que o Poder Público colhesse a anuência dos interessados, incluindo os órgãos públicos dos demais entes federados, antes de encaminhar o auto de demarcação urbanística para o Registro de Imóveis.

Na realidade, as buscas nos cartórios deveria ser levada a efeito também antes do protocolo do pedido de averbação da demarcação urbanística, como acontece com o procedimento de exame e cálculo. A não localização dos interessados certos pelo Oficial Registrador acarreta a interrupção do procedimento, redeslocando-o para o Poder Público, com mais perda de tempo e burocracia, sem falar no eventual cancelamento do protocolo que a E. CGJ/SP, em boa hora, em tema de retificação de registro de área, houve por bem suavizar, possibilitando a prorrogação do protocolo até ultimização das diligências necessárias no sentido da notificação dos confrontantes tabulares e de eventual transação, a pedido do interessado.¹⁵⁶ A alternativa seria simplesmente delegar todas as notificações para o Oficial do Registro de Imóveis ou ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos, conforme estabelecido na Lei 9.514/1997. De qualquer forma, apresentada alguma impugnação, o procedimento assume certo grau de contenciosidade que pode ser dirimido pelo Oficial Registrador, por meio de audiência de conciliação. Não havendo acordo entre impugnante e o Poder Público, os autos são remetidos ao Juízo Corregedor. O Provimento 15 da E. CGJ possibilitou que o Oficial Registrador resolva a controvérsia nas retificações de área, à luz de manifesta insubsistência da impugnação. Nesse caso, o

156. Protocolado CG 36.477/2004.

procedimento só é remetido a juízo, quando houver recurso administrativo da decisão do Oficial Registrador. A lei não cogitou de igual faculdade nas regularizações fundiárias e poderia tê-lo feito, aprimorando os seus procedimentos. Basta ver que, quando a descrição do imóvel constante do título de transmissão for imperfeita em relação ao projeto de regularização fundiária registrado, mas não houver dúvida quanto à sua identificação e localização, o interessado poderá requerer o seu registro, de conformidade com a nova descrição, com base no disposto no art. 213, § 13, da Lei 6.015/1973, conforme prevê o item 233 do Provimento 18. De fato, a demarcação urbanística de imóveis particulares pertence à família das retificações de área, que amolda o registro à realidade fenomênica consolidada. Além disso, o rito da demarcatória urbanística é em muito assemelhado ao da retificação de área. Portanto, muitas normas relativas à retificação de área poderiam ser estendidas à demarcatória urbanística.

7.2.2 Da legitimação de posse e sua conversão em usucapião administrativa

A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o Poder Público deverá elaborar o projeto de regularização fundiária e submeter o parcelamento dele decorrente a registro (art. 58 da Lei 11.977/2009). O projeto de regularização fundiária independe da demarcação urbanística. Por outro lado, a lei procurou definir o instituto e novamente incidiu em equívocos que a doutrina e a jurisprudência melhor corrigirão. De fato, eis a redação do art. 47, IV, da Lei 11.977/2009:

“Art. 47. (...)

(...) ”

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;” (grifo nosso).

A definição em testilha induz à falsa ilação no sentido de que o título de legitimação de posse ficaria na dependência da demarcatória. A interpretação meramente gramatical e fria do texto levaria a conclusões iníquas e absurdas. Suponha-se que o registro de uma dada área de regularização de interesse social não apresente qualquer espécie de vício ou descrição incompleta, tanto quanto ambígua ou precária. O Município, então, com base em todos os elementos de informação já coligidos em torno das posses, sua natureza e tempo, delibera daí dispensar o procedimento demarcatório com todos os custos e delongas que disso resultaria, fiando-se na planta do loteamento não registrado. Uma vez registrado o parcelamento, em tudo compatível com a planta particular,

ficaria o Poder Público inibido de outorgar os títulos de legitimação de posse a seus ocupantes, deixando a salvo apenas aqueles que possuísem títulos de aquisição ainda não registrados. A situação agravar-se-ia ainda mais, quando se percebe que, levantado o perímetro da área, com base em situação de fato encontrada de tal ordem incompatível com a planta particular do loteamento, se dispensasse a demarcatória, tal a sua desnecessidade. Nesse caso, a regularização tenderia a ser um empecilho para os possuidores com títulos extraídos com base na planta particular. Na eventual impossibilidade de registro de seus títulos, também eles ficariam privados da outorga dos títulos de legitimação de posse só porque o Poder Público dispensara, com sobras de fundamento, a demarcatória.

Ora, o título de legitimação de posse deve guardar correspondência com a qualificação e a natureza da posse de seus ocupantes, não com a demarcação da *área total*, embora se compreenda que o perímetro da área regularizada deva ser compatível com a soma das ocupações e das áreas destinadas ao uso público. Vale ressaltar. A posse é individuada, como estabelece a lei: *identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses* (art. 47, III), antevendo-se a conversibilidade do título de legitimação em usucapião.

Portanto, aplicado o texto frio da lei, a regularização de interesse social correria o risco de se tornar desnecessariamente onerosa e demorada, frustrando-se os seus próprios objetivos. Os ocupantes desprovidos de título ou título registrável seriam instados a procurar a via jurisdicional, apesar da regularização do loteamento. Fatalmente seriam levados ao descrédito da lei e das autoridades incumbidas da regularização, inclusive o Registro de Imóveis. A sensação seria a de uma regularização de *aparência* ou elitista; isto é, voltada tão somente para quem possuísse títulos de aquisição em tese registráveis.

Reza o art. 58, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.977/2009, que, após o registro, o Poder Público concederá título de legitimação de posse aos moradores cadastrados, com preferência à mulher. Como vimos, a legitimação de posse constitui 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 (art. 47, IV da Lei 11.977/2009). Não se trata daí de título de aquisição de domínio, mas de título preparatório à aquisição do domínio, conferido aos moradores cadastrados pela Prefeitura (regra geral), para fins da usucapião administrativa, não podendo estes ser concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural, nem titulares de legitimação de posse concedida anteriormente (art. 59 da Lei 11.977/2009). Podem as áreas objeto de legitimação superar o teto máximo de 250 m² previsto na Constituição (art. 183), porque a hipótese tratada na lei não mais

se circunscreve à usucapião constitucional, apesar de o texto haver se inspirado originária e exclusivamente nela (arts. 47, VII, *a*, e 59, § 1.º, III, da Lei 11.977/2009, com a redação dada pela Lei 12.424/2011). Nas áreas superiores a 250 m², o prazo de conversão do título de legitimação de posse para a usucapião administrativa deixa de ser o quinquênio constitucional passando para aquele estabelecido na legislação comum (art. 60, § 3.º, da Lei 11.977/2009). Além disso, o prazo da usucapião administrativa é contado a partir do registro do título de legitimação de posse e não para trás (art. 60 da Lei 11.977/2009), cumprindo ao interessado exibir ao Oficial Registrador certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas e mais as declarações negativas no sentido de não ser concessionário, foreiro ou proprietário de outro imóvel urbano ou rural, nem beneficiário de legitimação de posse concedida anteriormente. Condição para outorga dos títulos de legitimação de posse é o registro do projeto de regularização fundiária, não a demarcação urbanística, cujo efeito basilar é o de sanar as imperfeições e os problemas do registro, adequando seus limites e forma geodésica à realidade fenomênica de fato consolidada. Porém, diversamente do que ocorre com a usucapião administrativa em Portugal, de cunho eminentemente individual, a usucapião prevista na Lei 11.977/2009 não é instrumentada por meio de escritura de justificação (ou ata notarial em nosso sistema), nem se destina a eliminar um vácuo na cadeia de alienações que não foram transpostas para o registro (continuidade). Parece ter o legislador brasileiro se inspirado no modelo peruano, de cunho mais abrangente e coletivo, na medida em que no Peru a outorga do título passou a ser promovida pelas prefeituras, após disputa judicial que culminou com decreto de inconstitucionalidade da Corte Constitucional em relação à lei que delegou competência a um órgão do governo central (Cofopri) para tal mister.¹⁵⁷ Trata-se aqui de medida social e coletiva de grande amplitude, promovida pelo Poder Público, com todas as vantagens e desvantagens que o tempo irá mostrar, e não pelos particulares contando com os auspícios do tabelionato de notas, como se passa em Portugal.

Não andou bem o legislador em restringir o prazo quinquenal da usucapião ao tamanho dos lotes (250 m²) (art. 60, § 3.º). Apesar de nutrir sua gênese no art. 183 da CF/1988, a usucapião administrativa prevista na Lei 11.977/2009

157. RAZÚRI, Martín Luque. La usucapión administrativa em el Peru. *RDI* 68/157-160.

não deve ser tratada simplesmente como uma forma de aquisição originária da propriedade imobiliária individual. O interesse é efetivamente coletivo, porque diz respeito a toda comunidade. Não é o tamanho de cada lote que deve importar na regularização fundiária por interesse social, mas se os lotes se acham situados em área de interesse social já consolidada ao longo do tempo. Mais do que o terreno, a lei visa a dar segurança às moradias existentes. Melhor seria se a lei tivesse simplesmente admitido a contagem dos prazos da usucapião administrativa mesmo antes do registro do título de legitimação de posse, admitindo-se a conversão desta última em usucapião num prazo menor, não superior a um ano, a partir, aí sim, do registro. Efetivamente, a usucapião administrativa, tal como concebida pela Lei 11.977/2009, não representa um *direito novo*, no sentido de que se cuida de um instituto que o ordenamento jurídico não previa, mas de um *procedimento novo*, que simplesmente foi desjudicializado; isto é, transferido em parte para a administração pública e para o Registro de Imóveis, de tal forma que não haveria surpresa alguma ao titular do direito inscrito (que também não ficaria tolhido de impedir a posse qualificada a seu tempo), se a contagem do prazo de usucapião fosse feita, como de ordinário acontece e não apenas a partir do registro do título de legitimação de posse.

7.2.3 Do registro

O registro do projeto de regularização fundiária deve ser promovido no atual cartório competente da situação do imóvel (art. 169, *caput*, da Lei 6.015/1973). Tal como se passa com o auto de demarcação urbanística, o título de legitimação e sua conversão em título de propriedade, o registro dos parcelamentos oriundos da regularização fundiária de interesse social é efetivado sem custas e emolumentos (art. 68).¹⁵⁸ No que se refere à demarcatória, a lei cuidou de estabelecer que a hipótese é de *averbação* (art. 58), apesar da nomenclatura genérica utilizada no art. 68, possibilitando que o procedimento tenha curso em circunscrição territorial anteriormente desmembrada (art. 169, I, da Lei 6.015/1973), se não houver matrícula aberta no atual cartório da circunscrição do imóvel. Por vezes, será mais conveniente e vantajoso processar-se a demarcatória no cartório de origem, em razão da necessidade de buscas mais amplas a serem procedidas pelo Oficial Registrador no berço do registro, inclusive por dispor, em geral, de um acervo mais volumoso e mais completo do que aquele da atual serventia (art. 57, § 1.º).

158. Apesar da discutível constitucionalidade do texto, pois se as chamadas custas registrárias constituem *taxa*, não cabe à União legislar sobre elas, concedendo isenções.

Soma-se que o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social independe de prévia manifestação judicial (art. 288-A da Lei 6.015/1973) e do atendimento aos requisitos constantes da Lei 6.766, de 19.12.1979 (art. 65, parágrafo único), bem como de retificação de área quando realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, promovida por Município ou pelo Distrito Federal, e os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de 10 anos (art. 213, § 11, I, da Lei 6.015/1973).¹⁵⁹ Além disso, como vimos em tema de regularização de interesse social e assim se pronuncia Venício Salles:¹⁶⁰

“Independentemente de quem impulse a regularização, a edificação e a realização da infraestrutura básica, assim como as vias de circulação (art. 2.º, § 6.º, da Lei 6.766/1979), são de responsabilidade do Poder Público local. A não conclusão destas obras não impede a continuidade do procedimento de regularização tendente à titulação (art. 55).”

7.3 Da regularização fundiária de interesse específico

Essa modalidade deve ser compreendida num contexto de exclusão da norma da regularização de interesse social; é dizer, haverá interesse específico, quando não houver o interesse social que a lei e o Poder Público estabelecem (art. 47, VII e VIII); isto é, onde não há assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, com posse quinquenal incontestada, imóveis em Zeis ou áreas de interesse público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Diversamente da regularização fundiária de interesse social, a de interesse específico requer o cumprimento de maior número de exigências. Na regularização de interesse social, por exemplo, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado, a aprovação ambiental corresponderá ao licenciamento urbanístico e ambiental (art. 53, § 1.º). Tal já não se passa com a regularização de interesse específico,¹⁶¹

159. O Provimento 18 estabeleceu em seu item 223 que o memorial descritivo da gleba pode ser averbado anteriormente ao registro do projeto, dispensando-se requerimento e procedimento autônomos de retificação, no pressuposto de que as regularizações de interesse social e de interesse específico supririam a ausência do procedimento retificatório, acreditamos, em face da existência de instrumentos capazes de dar à área a conformação de fato encontrada, como é o caso da demarcação urbanística.

160. *Direito registral imobiliário*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 247.

161. Em São Paulo, o Provimento 18 da CGJSP deu interpretação extensiva a essa modalidade de regularização quanto à prerrogativa conferida à regularização de interesse

competindo à autoridade licenciadora definir as responsabilidades pela implantação do sistema viário, da infraestrutura básica, dos equipamentos comunitários e das medidas de mitigação e de compensação urbanística e ambiental eventualmente exigidas, bem como estabelecer se essas responsabilidades serão compartilhadas com os beneficiários da regularização fundiária, conforme investimentos já realizados pelos moradores na infraestrutura e equipamentos comunitários, bem como o poder aquisitivo da população a ser beneficiada (art. 62, I a IV e § 1.º da Lei 11.977/2009).

É certo que a Lei 11.977/2009 municiou a regularização de interesse social de três grandes e valiosos instrumentos: a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a usucapião administrativa, silenciando-se quanto à sua aplicação às outras duas modalidades. Em São Paulo, o Provimento 18 da E. CGJ deu interpretação conforme ao texto, estabelecendo que a legitimação de posse e a demarcatória se aplicam a ambos os tipos de regularização fundiária, de interesse social e de interesse específico (itens 239 e 241).

Segundo a Lei 11.977/2009, o projeto passa pela autoridade licenciadora, e não apenas pela Prefeitura, ainda que dotada de conselho do meio ambiente ou de órgão ambiental capacitado para tal mister,¹⁶² observando-se as restrições à ocupação de Áreas de Preservação Permanente, entre outras, com possibilidade de contrapartida e compensações urbanísticas e ambientais. Nas licenças urbanística e ambiental, a autoridade licenciadora definirá ainda as responsabilidades relativas à implantação do sistema viário, da infraestrutura básica, dos equipamentos comunitários, e de eventuais medidas de mitigação e de compensação urbanística e ambiental (arts. 61 e 62). Contrariamente à regularização de interesse social, o registro do projeto de regularização de interesse específico depende do atendimento aos requisitos constantes da Lei 6.766,

social, no sentido de que a aprovação municipal possa corresponder ao licenciamento urbanístico do projeto de regularização fundiária, bem como ao licenciamento ambiental, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado (item 226). Não sendo apresentado o licenciamento ambiental pelo Município, será exigida a Declaração de Conformidade Urbanística e Ambiental (DCUA) emitida pelo Estado, por meio do Programa Estadual de Regularização de Núcleos Habitacionais – Cidade Legal (Decreto Estadual 52.052/2007), caso o Município seja conveniado. Não havendo esse convênio, é exigida a licença da Cetesb para os casos previstos em lei (itens 226.2 e 226.3).

162. Em São Paulo, o Provimento 18 da E. CGJ, como vimos, deu interpretação conforme ao texto, estendendo a possibilidade de licenciamento a cargo do Município também para as regularizações de interesse específico (itens 225 e 226).

de 19.12.1979, interpretação *a contrario sensu* da norma do art. 65, parágrafo único c/c art. 64 da Lei 11.977/2009.¹⁶³ não dispensa eventual retificação de registro de área e não sofre a gratuidade das custas e emolumentos (art. 68).

7.4 Da regularização fundiária inominada

7.4.1 Linhas gerais

Topograficamente, a regularização fundiária inominada vem, deveras, mal situada na Seção V do Capítulo III da Lei 11.977/2009, debaixo da equívoca epígrafe “Disposições Gerais”, dando a falsa impressão de se tratar de uma norma simplesmente acessória àquelas das regularizações de interesse social e de interesse específico ou de uma subespécie de qualquer delas.¹⁶⁴ A grande importância que representa esse novel instituto não mereceu do legislador um destaque adequado. Na realidade, porém, não se trata de uma *disposição geral* das outras espécies de regularização fundiária, nem de subespécie daquelas, mas de espécie autônoma de regularização fundiária absolutamente distinta das demais, a tal ponto que o Dec. 7.499/2011, em seu art. 21,¹⁶⁵ veio a regula-

163. Como assinalado por Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei (op. cit., p. 394), as regras estatuidas nos arts. 38, 40, 41, 48 e 49 da Lei 6.766/1979 continuam em vigor e se aplicam à regularização de interesse específico. Não, porém, entendemos, a necessidade de prévia manifestação judicial, em face do art. 288-A da Lei 6.015/1973, o que o Provimento 18 deixou, aliás, expresso (item 216.1).

164. O Provimento 18 da CGJ bem destacou essa espécie de regularização, como ressaltado, sob a epígrafe autônoma de “Da regularização de glebas urbanas parceladas antes da Lei 6.766/1979”.

165. “Art. 21. Na regularização jurídica de glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979, o registro do parcelamento será procedido mediante requerimento do interessado dirigido ao cartório de registro de imóveis, acompanhado dos seguintes documentos: I – certidão da matrícula ou transcrição referente à gleba objeto de parcelamento; II – planta e memorial descritivo do parcelamento objeto de regularização; III – documento expedido pelo Poder Executivo municipal que ateste a conformidade do procedimento de regularização, observados os requisitos de implantação e integração à cidade do parcelamento; e IV – cópia da Anotação de Responsabilidade Técnica do profissional legalmente habilitado responsável pela regularização. § 1.º A regularização prevista no *caput* poderá envolver a totalidade ou parcelas da gleba. § 2.º Na regularização fundiária a cargo da Administração Pública, fica dispensada a apresentação do documento mencionado no inciso IV do *caput* caso o profissional legalmente habilitado seja servidor ou empregado público. § 3.º O registro do parcelamento de que trata o *caput* será efetivado independentemente da

mentar em separado essa modalidade de regularização. Talvez a mais relevante de todas, pelo menos para nós que atuamos em Itapevi, tendo como base grande número de loteamentos anteriores à Lei 6.766/1979 já consolidados à urbe com aplicação a um vastíssimo universo de situações que presenciamos diariamente. Eis o art. 71 do diploma em foco:

“Art. 71. As glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979 que não possuírem registro poderão ter sua situação jurídica regularizada, com o registro do parcelamento, desde que o parcelamento esteja implantado e integrado à cidade.

§ 1.º A regularização prevista no *caput* pode envolver a totalidade ou parcelas da gleba.

§ 2.º O interessado deverá apresentar *certificação* de que a gleba preenche as condições previstas no *caput*, bem como desenhos e documentos com as informações necessárias para a efetivação do registro do parcelamento” (grifo nosso).

Embora a lei se refira à consolidação das ocupações na disciplina das regularizações fundiárias em geral (art. 47, II) e de interesse social (art. 54, § 1.º, a distinção que o art. 71 acima estabelece (implantação anterior à Lei 6.766/1979) configura uma norma especial (a super ocupação). A análise desse dispositivo (art. 71) compreende a do art. 288-A, § 4.º, II, da Lei 6.015/1973 com a nova redação dada pela Lei 12.424/2011, por obra de interpretação sistemática, *in verbis*:

“Art. 288-A. O registro da regularização fundiária urbana de que trata a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, deverá ser requerido diretamente ao Oficial do registro de imóveis e será efetivado independentemente de manifestação judicial, importando.

(...)

§ 4.º *Independente da aprovação de projeto de regularização fundiária o registro.*^[166]

retificação de registro da gleba sobre a qual se encontre implantado e da aprovação de projeto de regularização fundiária.”

166. Comentando sobre a licença da Cetesb nas regularizações dos desmembramentos fora do Programa *Cidade Legal*, Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei (op. cit., p. 408), salientam que tal é dispensável “tendo em vista o direito intertemporal, como ocorre com os desmembramentos anteriores à Lei 6.766/1979 e com os loteamentos anteriores ao Dec. 8.468, de 08.09.1976, que regulamentou a Lei Estadual 997/1976 (cf. Provimento CGJ-SP 1/1993)”. Raquel Rolnik e João Minnicelli (op. cit., p.42) são incisivos: “Por outro aspecto, é importante questionar para que serve

(...)

II – do parcelamento de glebas para fins urbanos *anterior a 19 de dezembro de 1979* que não possuir registro, desde que o parcelamento esteja implantado e integrado à cidade, nos termos do art. 71 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009” (grifo nosso).

Quer isto dizer que, enquanto as duas primeiras formas de regularização fundiária dependem de *projeto* e de *aprovações urbanísticas e ambientais* que a própria Lei 11.977/2009 prescreveu, e nas condições nela previstas, como vimos, aquela que estamos tratando, pertinente *ao parcelamento de glebas anterior a 19 de dezembro de 1979 (Lei 6.766/1979), implantado e integrado à cidade, nos termos do art. 71, não depende de projeto, nem de aprovação de órgão algum*¹⁶⁷ A Lei 11.977/2009 dispôs no art. 53 (regularização de interesse social) e art. 61 (regularização de interesse específico) que ambas as duas espécies estão sujeitas à “aprovação do projeto de regularização fundiária” a cargo do Município e da autoridade licenciadora ambiental competente, conforme o caso. Portanto, se para as duas regularizações fundiárias – de interesse social e de interesse específico – o projeto é condição *sine qua non* para a instauração de ambos os procedimentos, o mesmo já não ocorre com a regularização *inominada*, que, diante de seu procedimento sumário, vem recebendo mesmo por alguns doutrinadores,¹⁶⁸ o título de “sumária”. Portanto, a norma do art. 71 tem força própria de instituto autônomo, jamais secundária ou de cunho *genérico*, pouco importando daí a sua equívoca localização topográfica ou a ambígua expressão

a suposta proteção legal federal das APPs, quando se constata: – Que determinadas APPs urbanas ocupadas há décadas por moradias já se incorporaram definitivamente ao meio ambiente urbano construído e não exercem mais as funções que a lei afirma que elas devam exercer caso se desse a retirada de moradores para recuperação do espaço ambiental; a retirada dos moradores dessas áreas não garante, na prática, uma recuperação ambiental minimamente aceitável”.

167. Vide recente acórdão proferido pelo E. CSM/SP na AC.0000034-17.2002.8.26.0224, Guarulhos (rel. Desembargador Corregedor Geral, José Renato Nalini, em 19.07.2012), contemplando declaração de voto do não menos eminente desembargador Gonzaga Franceschini, no sentido de que “a peculiar situação constatada, a dar conta que a ocupação irregular, em alguns casos, data de quatro décadas, inelutavelmente conduz ao reconhecimento de situação fática irreversível. Diante disso, a alegada antinomia existente, onde de um lado se posiciona o direito fundamental à propriedade e de outro direitos de natureza ambiental e urbanística, deve ser debelada com amparo de critérios sociais em que o primeiro deve prevalecer sobre os segundos”.

168. Marcelo Melo adotou essa denominação, fazendo referência ao trabalho de Célio Caus Júnior, op. cit., p. 74.

gramatical cunhada pelo legislador na seção em que foi inserida, pois, como sabido, a interpretação meramente gramatical deve ser afastada em prol da unidade e de coerência do sistema, o que, aliás, e bem a propósito, o Provimento 18 da E. CGJ acabou por endossar, utilizando-se da interpretação teleológica. Aliás, a regularização fundiária inominada não se vincula às restrições pre-dispostas na Lei 6.766/1979. Se na regularização fundiária de interesse específico, a Lei 11.977/2009, exige-se que o projeto deva observar as restrições à ocupação de Áreas de Preservação Permanente e demais disposições previstas na legislação ambiental (art. 61, § 1.º), e se na regularização de interesse social, essas restrições são mitigadas (art. 54, § 1.º), o mesmo já não ocorre com a regularização fundiária inominada, sobre a qual não gravitam restrições de qualquer espécie, desde que obedecidos os requisitos previstos no art. 71, dispensando, inclusive, lei municipal autorizativa de redução do percentual de áreas públicas e de área mínima dos lotes (art. 52).

Em outras palavras, o regime instituído pela lei nas regularizações fundiárias dos loteamentos anteriores à Lei 6.766/1979, já implantados e integrados à cidade, é completamente distinto das outras duas espécies. Estamos falando, então, de um loteamento mais vetusto, que antecede a Lei 6.766/1979, com ocupação já inteiramente consolidada e integrada ao perímetro urbano, e, portanto, totalmente irreversível, onde não há a mínima e mais remota possibilidade de realocação de famílias para outros espaços, sob pena de descaracterização da própria urbe e grave crise social. Ora, o decurso de longo período temporal em espaço urbano totalmente ocupado por centenas e talvez milhares de pessoas, residindo em múltiplas construções em todo o entorno, na maior parte das vezes, assimétrico e irregular, i.e., faz com que eventuais medidas de restauração do meio ambiente natural sejam presumidamente ineficazes. A figura física do loteamento já foi absorvida pela malha viária urbana. No lugar de “lotes”, existem construções, comércio, equipamentos urbanos etc, formando um complexo urbanístico com características próprias. No lugar de córregos, passam as canalizações, como se sucede em Itapevi, exemplificando. Falar de demolição e relocação de famílias para outras localidades seria o mesmo que destruir uma parte da metrópole ou da cidade. Lembremos que também aqui na capital de São Paulo no passado foram implantados loteamentos em plena região dos Jardins que hoje não se vê, porque totalmente integrados à malha viária e ao modelo urbanístico do Município.

A intenção da lei, sob esse ângulo, não foi senão a de dar moradia aos habitantes da urbe, por meio da validação de todos os loteamentos irregulares e clandestinos anteriores à Lei 6.766/1979, em situações de franca irreversibilidade, dispensando as usuais exigências previstas nas normas urbanísticas e

ambientais. São ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de ocupação em áreas de risco à segurança e salubridade, como as encostas, solos contaminados, mananciais¹⁶⁹ (fontes hídricas) entre outros. Como ressaltado por Benedito Silvério Ribeiro¹⁷⁰ “os loteamentos irregulares ou clandestinos já consolidados são os que oferecem melhor condição para serem regularizados, desde que não abranjam áreas de mananciais ou de risco”. Pois a moradia, nesse caso, não poderia comprometer o próprio direito a que se refere, faltando, como curial, a segurança e incolumidade de seus moradores, sob pena de evidente paradoxo inconstitucional, uma antinomia de princípio que deveria, no mínimo, ser solucionada a favor e não contra o homem (direito à vida e à segurança). A questão, longe de ser pacífica, há de ser examinada caso a caso, conforme o grau de risco que essas áreas oferecem e as soluções alternativas que podem ser adotadas, sobretudo diante do avanço da tecnologia e da ciência.

169. Vide Lei Estadual 9.866/1997, e com relação às sub-bacias do Guarapiranga e da represa Billings, Lei 12.233/2006 regulamentada pelo Dec. 51.686/2007 e Lei 13.579/2009. Ensina Angélica Alvin que “A sub-bacia do Guarapiranga, com mais de 630Km² de área, engloba os municípios de Cotia, Embu, Embu-Guaçu, Juquitiba, Itapeperica da Serra, São Lourenço da Serra e São Paulo, com uma população residente de cerca de 800 mil pessoas (figura 1). A represa de Guarapiranga é responsável pelo abastecimento de 3,5 milhões de habitantes da RMSP, cerca de 20% de sua população (ISA, 2006). Já a Bacia Hidrográfica Billings (figura 2), com cerca de 582,8 Km², compreende parcialmente os municípios de Diadema, Ribeirão Pires, Santo André, São Bernardo do Campo e São Paulo, e a totalidade do município de Rio Grande da Serra, localizados na região altamente industrializada conhecida, como região do ABCD paulista. Em 2000, segundo dados do IBGE, residiam nessa sub-bacia 860 mil pessoas, sendo que cerca de 1,6 mil habitantes da metrópole são abastecidos pela represa em seu braço do Rio Grande. Em ambas as sub-bacias, além dos loteamentos ilegais e favelas, o principal problema é a ausência de infraestrutura de saneamento ambiental, particularmente de esgotos. O expressivo contingente populacional que atualmente vive nessas áreas exige ações do Poder Público no sentido de criar condições de melhoria da qualidade ambiental e de vida dos moradores dessas áreas. Nas áreas densamente ocupadas, o reconhecimento da necessidade de regularização fundiária e permanência da população é hoje um fato incontestável, uma vez que a remoção, além de ser inviável economicamente, sofre pela ausência de uma política habitacional de âmbito metropolitano e ao mesmo tempo geraria enorme custo social e político ao estado” (Assentamentos irregulares e proteção ambiental: impasses e desafios da nova legislação estadual de proteção e recuperação dos mananciais na região metropolitana de São Paulo. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010. p. 342).

170. *Tratado de usucapião*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. vol. 2, p. 1078.

Podemos concluir daí que a regularização fundiária, tal como concebida na Lei 11.977/2009, em seu art. 71, pressupõe que as áreas estejam consolidadas e integradas à malha urbana, trazendo, portanto, ínsita a ideia de irreversibilidade, sobretudo em face do longo tempo decorrido. Nosso ordenamento jurídico é, aliás, pródigo, em vincular essas duas expressões: consolidação e irreversibilidade das áreas objeto de regularização.¹⁷¹ O Provimento 18 da E. CGJ, nesse particular, dispôs o seguinte:

“217. Considera-se situação consolidada aquela em que o prazo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras circunstâncias peculiares, indiquem a *irreversibilidade da posse que induza ao domínio*.”

217.1. Na aferição da situação jurídica consolidada serão valorizados, sem prejuízo de outros meios de prova, quaisquer documentos provenientes do Poder Público, em especial do Município, presumindo-se que o órgão emissor, sob sua exclusiva responsabilidade, observou os requisitos legais” (grifo nosso).

Outra não foi a conclusão do programa More Legal do Rio Grande do Sul,¹⁷² na esteira do que profligado por Décio Antônio Erpen:¹⁷³

“É na Consolidação Normativa Notarial e registral, Provimento 01/1998 da CGJ-RS, em seus arts. 532 e ss., que encontraremos as situações fáticas que podem ser regularizadas pelo Projeto.

Com isso, percebemos que não é qualquer parcelamento que se enquadra nas hipóteses de regularização, pois há que se ter uma situação de ocupação plena dos lotes, *com posse assentada e já consolidada*. Em outras palavras, serve para consolidar o que já é irreversível. Veja-se o que dispõe os §§ 1.º e 2.º do artigo 534 da Consolidação Normativa Notarial e Registral:

“Art. 534. (...)

(...)

171. Vide Lei Estadual 12.233/2006 regulamentada pelo Dec. 51.686/2007 e Lei 13.579/2009.

172. Vide Consolidação Normativa da Corregedoria do Rio Grande do Sul: Provimento 32/2006, item 512.

173. Da regularização de áreas urbanas e rurais. *Estudos de Direito Registral Imobiliário*. XXV e XXVI Encontros dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. São Paulo/1998 – Recife/1999 (Irib). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000. p. 328.

§ 1.º Considera-se situação consolidada aquela em que o prazo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, indique a *irreversibilidade da posse titulada que induza ao domínio*.

§ 2.º Na aferição da situação jurídica consolidada, valorizar-se-ão quaisquer documentos provenientes do Poder Público, em especial do Município” (grifo nosso).

Convém enfatizar que, antes da edição da Lei 11.977/2009, a concepção aceita em Porto Alegre era a de que, para efeito de regularização fundiária, possível se admitir assentamentos com largo tempo de posse *ad usucapionem*, sobretudo quando não havia mais bens a tutelar, como é o caso da preservação ambiental.¹⁷⁴ Aliás, a Lei 11.775 de 29.05.1995, do Município de São Paulo, com a alteração dada pela Lei 13.428/2002, bem a propósito, já havia disciplinado, em seu art. 4.º, II, § 3.º, o seguinte:

“Art. 4.º A regularização plena prevista nesta lei pressupõe o atendimento aos seguintes requisitos:

(...)

II – Comprovação de irreversibilidade do parcelamento implantado.

(...)

§ 3.º A situação de irreversibilidade do parcelamento, prevista no inciso II deste artigo, será caracterizada e comprovada por laudo técnico, que levará em consideração a localização do parcelamento, sua situação física, social e jurídica, observados os critérios definidos no artigo 11.”

Em consonância com o que preconizado pela E. CGC/SP e pelo projeto More Legal do Rio Grande do Sul, a irreversibilidade da situação de fato loteada, já consolidada no tempo, estaria intimada ligada à posse com expectativa de domínio, o que, em outras palavras, se procura associar a regularização fundiária inominada à segurança da posse,¹⁷⁵ por meio de sua titulação, a qual gera

174. Ver Betânia Alfonsin. Regularização fundiária como parte da política urbana cit., p. 258.

175. “Essa necessidade de enfrentamento urgente da ilegalidade urbana, de forma a promover a integração sócio-espacial dos grupos que vivem em assentamentos informais, é o tema central da importante Campanha Global pela Segurança da Posse que vem sendo promovida, desde 1999 pela agência Habitat da ONU” (FERNANDES, Edésio. Perspectivas para regularização fundiária em favelas à luz do Estatuto da Cidade cit., p. 192-193.

acesso ao crédito¹⁷⁶ e ao mercado de trabalho,¹⁷⁷ somada às obras estruturais,¹⁷⁸ tendo à frente como um dos principais vetores a garantia do pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana.

Bem de ver que, em se cuidando de regularização fundiária inominada, a irreversibilidade da situação de fato encontrada em campo (loteamento existente) decorre de sua consolidação e integração na malha viária do Município, ao longo do tempo. Ao certificar o Município que um dado loteamento é anterior à Lei 6.766/1979 e já se acha implantado e integrado à cidade, contemplando área consolidada com no mínimo dois equipamentos de infraestrutura urbana implantados (arts. 47 e 71 da Lei 11.977/2009), está, implicitamente, reconhecendo a impossibilidade de sua reversão ao *status quo ante*. A irreversibilidade decorre da própria situação de fato consolidada no tempo, sem necessidade de outra prova adicional. Grosso modo, comparando com a usucapião, uma vez preenchidos os requisitos legais, a aquisição originária do domínio é também irreversível.

De qualquer forma, a definição que a Lei 11.977/2009 emprestou à área urbana consolidada carece de uma interpretação sistemática mais afeiçoada à realidade existente. Não é a quantidade de área ou de pessoas ocupando uma área que irá precisar o que vem a ser área urbana consolidada (art. 47, II), mas a irreversibilidade da ocupação prolongada, qualificada por uma posse que induza ao domínio. Ressalva-se daí que não é qualquer ocupação que aspire a regularização fundiária inominada, e, por outro lado, não constitui a usucapião pressuposto necessário para a consolidação da área urbana, embora possa reforçar essa posição. *Induzir ao domínio* não é o mesmo que posse pública e continuada, sem interrupção com ânimo de dono. Um cidadão com título não registrado, em tese hábil para a transferência do domínio, ostenta uma posse capaz de induzir ao domínio. Mas poderá não ter usucapido o imóvel, dependendo de outras circunstâncias, como, por exemplo, tempo, boa-fé, não interrupção e assim por diante. Fosse assim, e não haveria a lei disciplinando a usucapião administrativa contando-se o prazo *apenas após* o registro do título da legitimação de posse, o que se dará após a primeira etapa da regularização fundiária. Contenta-se a lei com a expectativa do domínio na regularização

176. Cf. Hernando de Soto (FERNANDES, Edésio. Política nacional de regularização fundiária: contexto, propostas e limites cit., p. 249).

177. FERNANDES, Edésio. Políticas de regularização fundiária: confrontando o processo de crescimento informal das cidades latino-americanas. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, ano I, n. 6, p. 31.

178. Ver NEPOMUCENO, Cleide Aparecida, op. cit., p. 34.

fundiária em gênero, e no que diz respeito à regularização inominada, presume a lei, em razão da consolidação da ocupação, prolongada há mais 30 anos (a partir de antes da Lei 6.766/1979), que as áreas já tenham sido usucapidas por seus possuidores, independentemente de pronunciamento judicial.

Nesse sentido, mesmo após a edição da Lei 11.977/2009, posição mais conservadora tem sustentado que, quando houver áreas de preservação permanente, deve ser obtido o licenciamento dos órgãos ambientais, a despeito do comando inserto no art. 288-A, § 4.º, da Lei 6.015/1973. Impende enfatizar que, em matéria ambiental, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-se-á a estabelecer normas gerais. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, §§ 1.º e 2.º, da CF/1988), impondo-se ao Poder Público (art. 225, § 1.º, III, da CF/1988) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos. Conforme já ressaltado, a alteração e a supressão são permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Portanto, quando a Lei Federal, no caso, a Lei 11.977/2009, alterada pela Lei 12.424/2011, dispensou o licenciamento ambiental para a regularização fundiária inominada, diante da consolidação da situação de fato anterior a 19.12.1979, o fez, conforme interesse público respaldado na função social da propriedade, entendendo tal situação como irreversível mesmo do ponto de vista ambiental. Essa irreversibilidade decorre de presunção da lei, que, pelo tempo, somado aos demais fatores que ela congrega (ocupação e consolidação no meio urbano) não admite outra solução que não a de transportar para o registro a estrutura fatural consolidada no tempo, pura e simplesmente. É como se dissesse a lei que “nada mais a fazer”, tal como se passa na usucapião. Aqui ousaríamos mesmo falar de uma espécie atípica de *usucapião urbanística*, no sentido de aquisição do direito de regularizar o imóvel, consectário lógico da aquisição imobiliária em decorrência da usucapião que a lei presumiu satisfeita, independentemente das formalidades previstas na legislação urbanística e ambiental, com efeitos amplamente coletivos, bem maiores do que aqueles da usucapião coletiva instituída pelo Estatuto da Cidade.

A Lei 11.977/2009 não autorizou a supressão de áreas de preservação ou de proteção ambiental. Apenas reconheceu a impossibilidade de recomposição do ambiente natural e de alternativa técnica e locacional às obras e construções já erigidas, sem a necessidade de oitiva dos órgãos ambientais, visando, com isso, evitar a burocracia e um prejuízo maior consubstanciado na remoção de milhares de famílias que já teriam inclusive adquirido, de fato, a propriedade

imóvel pela usucapião, para locais incertos, além do agravamento da escassez de moradia e habitação das populações mais carentes.

Portanto, reafirmamos não haver a lei condicionado a regularização fundiária inominada a qualquer tipo de aprovação urbanística ou ambiental. Entender de outro modo levaria à descaracterização do próprio instituto que estamos analisando. Pois, se diante do enorme lapso temporal decorrido, nada foi feito em termos de fiscalização ou repressão ao uso do solo, e estando a ocupação irremediavelmente consolidada, sem a mínima possibilidade de recuperação das áreas de preservação permanente atingidas, inclusive, é intuitivo que a usucapião já teria se consumado, não sendo justo e razoável exigir que cada um dos milhares de ocupantes em situação inteiramente análoga fosse buscar a regularização de suas propriedades, de forma individual na Justiça, por meio da usucapião, se a própria lei já conferiu de modo coletivo essa prerrogativa de regularização, por conta dessa singular espécie de *usucapião urbanística*.

O que faltará para o fecho da regularização será a não existência de áreas de risco e a existência de título em tese registrável no Registro de Imóveis. Essa regularização fundiária - que precipuamente diz respeito ao assento registral - não representaria de modo algum uma espécie de alvará para instalação de construções em áreas de risco ou geologicamente desaconselháveis, como já mencionado. Uma coisa é o registro, outra a construção. Havendo necessidade de remoção - situação extremamente excepcional (em face do que normalmente acontece) - tal se dará por dever do Poder Público, cumprindo promover todas as medidas necessárias para tal, bem como o de ressarcir os prejuízos causados, como se dá com a falta de fiscalização. A proteção ambiental tem de coabitar com a proteção aos direitos básicos do homem, entre os quais se insere o direito à moradia (art. 1.º, III e art. 6.º da CF/1988), além da propriedade, e vice-versa. O sistema jurídico é pautado por valores que devem conviver de modo harmonioso, sendo de curial importância, na análise da norma, as circunstâncias de fato, de tempo e espaço. Por isso, se costuma falar de regularização fundiária *sustentável*.

Não há negar que esse aspecto temporal no direito de propriedade, como não poderia deixar de ser, constitui fundamento da usucapião, como já ressaltado, inspirando daí a edição da Lei 11.977/2009, pois de longa data tem servido como um dos mecanismos para a regularização fundiária e para o cumprimento da função social da propriedade (inclusive contando com previsão expressa na própria lei), embora de forma *homeopática*, como explicitado no acórdão do E. CSM/SP, na AC 3529-65.2011.8.26.0576 acima citado. Na prática, o resultado da usucapião individual e a que nos reportamos como *usucapião urbanística*, ou regularização fundiária inominada, será o mesmo. Numa e

noutra espécie, não se levarão em conta o planejamento fundiário, nem as restrições urbanísticas¹⁷⁹ ou ambientais. A diferença é que a usucapião individual tradicionalmente prevista no ordenamento jurídico não consegue solucionar de forma rápida e mais eficaz os problemas de grande massa da população à margem do registro, que, por falta de recursos, de instrução, conhecimento ou até de interesse, acaba optando pelo caminho mais cômodo e fácil, deixando tudo como está com seus contratos de *gaveta*, esperando que o Poder Público resolva seus problemas, mesmo porque é assim que a Constituição o diz.

Por conseguinte, como já tivemos a ocasião de manifestar em outro trabalho¹⁸⁰ anterior à Lei 10.931/2004, que deu nova redação ao art. 214 da Lei 6.015/1973: “É possível, porém exigir-se, em relação à Administração, a convalidação da situação anteriormente lesiva, que, por obra do tempo, deixou de ser potencial de lesão, passando a ser de cura, tudo aí recomendando a manutenção da situação social consolidada”. O que o TJSP tem, aliás, aceito, sob o enfoque da função social da propriedade, desde a pena de José Osório até Francisco Eduardo Loureiro, com espeque na teoria da *supressio*, que nós preferimos denominar de teoria da consolidação ou do fato consumado.¹⁸¹ O ponto nevrálgico, central, de discussão de tese que a jurisprudência do TJSP,

179. Convém atentar para que as restrições urbanísticas possuam um grau de razoabilidade mínimo. Como exposto por Michele Costantino, a problemática de maior interesse debatida nos seus vários perfis urbanísticos, sociológicos, econômicos, políticos e sociais é a que diz respeito à eficácia e aos valores dos planos regulatórios e dos regulamentos dos Municípios (*Contributo alla teoria della proprietà*. [S.L.]: Jovene Napoli, 1967. p. 329).

180. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *RDI* 53/58.

181. “O STJ aplicou a teoria do fato consumado ao caso de um agente de Polícia Federal no Espírito Santo que assumiu o cargo de forma precária, em março de 2002. A 2.^a Turma considerou que, mesmo contrariando a jurisprudência do Tribunal, a situação do agente se consolidou no tempo, razão pela qual a decisão que permitiu a nomeação deve prevalecer. A teoria do fato consumado não pode, segundo a jurisprudência do Tribunal, resguardar situações precárias, notadamente aquelas obtidas por força de liminar, em que o beneficiado sabe que, com o julgamento do mérito do processo, os fatos podem ter entendimento contrário. Entre a nomeação do candidato e o julgamento da apelação pelo TRF da 2.^a Região, passaram-se quase oito anos, sem que nenhuma decisão contrária a seu ingresso na função fosse proferida. Segundo o relator, Min. Humberto Martins, a situação do agente possui peculiaridades que afastam os precedentes aplicados pela Corte. A liminar concedida pela primeira instância, depois reafirmada em sentença, possibilitou a realização de uma segunda chamada na prova de aptidão física, o que permitiu ao agente lograr êxito no curso de formação para o exercício da função para a qual foi aprovado”. Disponível em: [www.stj.jus.

secundada pela do TJRS¹⁸² e do próprio STJ¹⁸³ vem abraçando diz respeito ao perecimento do direito de propriedade pelo não cumprimento de sua função social. Eis a seguir o mesmo ponto citado em alguns dos acórdãos (AC 212.726-1-4/SP, 8.^a Câ. Civ., rel. Des. José Osório, 16.12.1994; AC 0005130-11.2004.8.26.0590, São Vicente, 4.^a Câ. Civ., rel. Des. Francisco Loureiro, 06.10.2011; AC 9095494-55.2008.8.26.0000, São Vicente, 3.^a Câ. Civ., rel. Des. Adilson de Andrade, 08.11.2011; AC 0001207-30.2011.8.26.0590, São Vicente, 4.^a Câ. Civ., rel. Des. Milton Carvalho, 02.02.2012):

“A leitura de todos os textos do Código Civil só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que se manteve a propriedade privada, a Constituição Federal a submeteu ao princípio da função social da propriedade (arts. 5.^o, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2.^o; 184; 186 etc.). Esse 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 da propriedade atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC/2002 (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. (...) 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” (grifo nosso).

Assim resumida a questão, pode o proprietário ser privado do seu direito de sequência, no sentido de reaver o imóvel de quem quer que injustamente o possua, diante do não cumprimento de sua função social? De acordo com os julgados acima, a resposta é positiva, em decorrência de uma situação de fato já consolidada no tempo e tornada irreversível, independentemente da usucapião individual ou coletiva. Com maior razão se vê, então, que essa pedra de toque

br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmptexto=102472]. Acesso em: 15.05.2012.

182. AC 70013925441, 17.^a Câ. Civ., rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, 16.03.2006.

183. REsp 75.659/SP, 4.^a T., j. 21.06.2005, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

utilizada pela jurisprudência deve ser (e vem sendo, como se verá), seguida na regularização de loteamentos anteriores à Lei 6.766/1979 e já consolidados de fato no meio urbanístico, tanto que integrados à malha viária urbana. Somos inclinados a aceitar a teoria da consolidação (fato consumado), que foi criada para assegurar situações jurídicas já consolidadas pelo decurso do tempo (STJ, AgRg no REsp 124.8007/RS, 2.^a T., rel. Min. Humberto Martins, 21.06.2011).¹⁸⁴ Em matéria de loteamentos irregulares, essa teoria vem sendo aceita pelo TJSP, conforme se vê de julgado de lavra do nosso saudoso Ministro e Ex-Desembargador de São Paulo, Franciulli Netto, no REsp 265.336/SP, 2.^a T., 08.03.2005, com trechos, que vale transcrever, extraídos do julgado então recorrido, em razão da sua inteira conformidade com a realidade que estamos enfrentando:

“A Corte Estadual, ao examinar a apelação dos autores, ressaltou que, ‘ainda que existam algumas pendências a serem solucionadas, não se pode simplesmente ignorar o direito de terceiros, particularmente daqueles que adquiriram os seus imóveis no local e lá construíram, tornando o loteamento até mesmo uma pequena cidade com participação pública, negando a estes que recebam, na forma da lei, o título de domínio que os Autores querem outorgar a tais terceiros, para que, posteriormente, o registrem na Circunscrição Imobiliária competente’ (f.). Sustentou, ainda, que ‘a planta de f. e a prova fotográfica de fls 1294/1315 não deixam qualquer dúvida que se o loteamento foi no passado irregular, hoje essa situação ficou resolvida pela teoria do fato consumado’ (f.), que ‘tem aplicação a casos em que existam ainda algumas pendências a serem solucionadas, mas a realidade física do local reclama o reconhecimento de direitos aos que lá se estabeleceram e àqueles que querem a regularidade do empreendimento’ (f.). Pontificou, também, o Tribunal de origem que ‘o loteamento existe de longa data e não pode, agora, ficar à mercê de constantes alterações na legislação específica. Além do mais, a própria Municipalidade já deu mostras, por algumas vezes, que o regulamento estaria regularizado no seu todo’ (f.), que ‘há no local também serviço de água, esgoto, telefonia, luz e força, correio, calçamento, enfim, todos os serviços públicos colocados à disposição dos moradores’ (f.) e que ‘é razoável reconhecer-se a regularidade do loteamento, ainda que, porventura, algumas determinações municipais não

184. Em outro julgado, sendo relatora a Min. Nancy Andrighi, o STJ situou que a demora do INSS em fazer valer seus direitos em decorrência de bloqueio administrativo por apresentação de falsa CND ao registro do ato de alienação daria ensejo à usucapião tabular, justificando o prosseguimento da demanda (REsp 1.133.451/SP, 3.^a T., j. 27.03.2012).

tenham sido inteiramente atendidas' (f.). Dessa forma, deu provimento à apelação, 'para se julgar procedente a ação, para se declarar, por decisão judicial, regularizado o loteamento Jardim Lourdes, condenada a Ré, municipalidade de São Paulo, nas custas e despesas processuais' (f.)."

Saliente-se o afastamento dos embargos declaratórios da municipalidade de São Paulo:

"(...) a realidade física do local, fartamente mostrada pela planta e fotografias de f., estão a elucidar que a Prefeitura Embargante, *por mesquinhez*, fica constantemente levantando problema, para que o loteamento não seja regularizado, em prejuízo dos Embargados e de uma infinidade de pessoas extremamente humildes, que querem os títulos aquisitivos de suas propriedades, com os quais concordam os Embargados passar, mas que se vêem impedidos pela lamentável atitude do Poder Público que fica a invocar não uma lei, mas constantes alterações na legislação específica, para se furtar a reconhecer a regularidade do loteamento (f.)" (grifo nosso).

Quais as alegações do Município? As que costumamos ouvir em nosso dia a dia, na crítica conservadora às regularizações fundiárias inominadas:

"(...) a v. decisão que deu provimento ao apelo dos autores deixou de aplicar a lei ao caso concreto, especialmente o comando da Lei 6.766/1979, que exige, para a regularidade de um loteamento, a existência de um projeto, *a sua aprovação pelos órgãos públicos competentes*, bem como o seu registro junto à Circunscrição Imobiliária competente, além da execução do projeto aprovado, o que não existiu no caso presente (f.)" (grifo nosso).

Partindo do pressuposto de que nenhuma medida coibitiva foi adotada pelos órgãos da fiscalização urbanística e ambiental, visando à demolição das construções existentes ou à anulação de registro de um dado loteamento,¹⁸⁵ tudo isso aliado ao fato de que tampouco alguma demanda ambiental fora ajuí-

185. Pontes de Miranda traz a lume interessante passagem, ao comentar o Dec. 3.078/1938: "No tocante a mudança de 30 para 20 anos, o legislador, usando somente da competência que lhe dava o art. 74, *a*, da Constituição de 1937, não podia fazê-lo. O legislador do Dec.-lei 58 usara da competência atribuída pelo art. 180 da Carta da Ditadura. Os registros sem memorial com a indicação dos títulos de domínio, desde trinta anos atrás, são anuláveis bem assim aqueles em que os memoriais os indiquem, porém não tenha o interessado ou não tenham os interessados *junto* as certidões respectivas. Se esse registo perdurou, sem ser negativamente desconstituído (anulado), mais de 10 anos após fazer-se, somente tendo sido satisfeitos os pressupostos das indicações e das certidões relativas a vinte anos, dá-se a *convalescença* (não se confunda com a *conservação*, a *conversão* ou a *convalidação*), à semelhança do que ocorre com o ca-

zada, certo que, transcorridos mais de 30 anos da edição da Lei 6.766/1979 (e antes dela), seria sumamente inconstitucional pretender desfazer tudo aquilo que já tenha sido feito com enorme sacrifício daqueles que durante muito tempo despenderam poupanças para edificação de suas moradias. Não bastasse a prescrição,¹⁸⁶ o não exercício do poder-dever da Administração Pública no sentido de impedir que situações desse jaez aconteçam e se perpetuem no tempo, faz também emergir a expectativa legítima de que a situação jurídica de vantagem administrativa se dilua e se extinga, como ensina Menezes Cordeiro:¹⁸⁷

“*Suppressio* é a expressão proposta para traduzir a *Verwirkung*, i.é, a situação em que incorre a pessoa que, tendo suscitado noutra, por força de um não exercício prolongado, a confiança de que a posição em causa não seria actuada, não pode mais fazê-lo, por imposição da boa-fé.”¹⁸⁸

É preciso enfatizar que a *suppressio* guarda suas raízes na jurisprudência alemã, no pressuposto de que as pretensões sujeitas a prazo longo e normal da prescrição, como a de 30 anos no BGB, poderiam incorrer na *suppressio* em períodos menores, como de 11 anos ou até antes disso, segundo a casuística alemã, como de 1 ou 2 anos, na locação com pedido de elevação da

samento nulo do art. 208 do Código Civil” (*Tratado de direito predial*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953. vol. III, p. 87).

186. Inclusive de eventual ação civil pública, conforme jurisprudência do STJ: “1 – A 2.ª Seção deste Tribunal, pacificou o entendimento de que o prazo para o ajuizamento da ação civil pública é de cinco anos, nos termos do disposto no art. 21 da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). 2 – Seguindo essa linha de entendimento, bem como a orientação da Súmula 150 do STF, as Turmas que compõem a 2.ª Seção desta Corte adotam o entendimento de que o mesmo prazo prescricional, de cinco anos, deve ser aplicado para o ajuizamento da execução individual da sentença proferida em ação civil pública, mesmo na hipótese em que, na ação de conhecimento, já transitada em julgado, tenha sido reconhecida a prescrição vintenária” (AgRg no AREsp 113.967/PR, 2011/0270239-0, 3.ª T., j. 19.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti).

187. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 378.

188. No mesmo sentido: Fredie Didier Jr., esclarecendo, outrossim, que a *surrectio* é “exatamente a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omissio (Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. RePro 171/35. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001391150e401787f9fe0&docguid=I9df44410f25411dfab6f010000000000&hitguid=I9df44410f25411dfab6f010000000000&spos=1&repos=1&tld=208&context=&startChunk=&endChunk=1]. Acesso em: 20.07.2012).

renda.¹⁸⁹ Em sentido parelho, o STF já proclamou, com base nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima sobre a legalidade estrita e da boa-fé (*venire contra factum proprium*), a impossibilidade jurídica de anulação de negócios jurídicos consubstanciados em contratos de concessão de domínio de terras públicas registrados no fôlio predial, firmados há mais de 53 anos, sem prévia autorização do Senado Federal, tendo por objeto extensa área de 40.000 km², no Mato Grosso, densamente povoada, com a criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, aeroportos etc. (ACO 79, Pleno, j. 15.03.2012, m.v., rel. Min. Cezar Peluso).¹⁹⁰

O *caput* do art. 71 acima citado remete aos parcelamentos do solo *que não possuírem registro*. Qual o registro? O do parcelamento ou o da origem da gleba? A lei tenciona regularizar os parcelamentos não registrados, pouco importando a natureza do imóvel, se pública ou particular, pois o Poder Público detém competência para regularização de suas terras. É claro que o fato de um loteamento se achar registrado não impede seja ele regularizado com base na sua implantação consolidada, conforme o art. 71, pois seria rematado absurdo reduzir a norma tão apenas a casos de falta de registro dos parcelamentos, segundo uma análise gramatical pura e simples do texto. O espaço físico ocupado em descompasso com a realidade do registro primário da gleba equivale, guardadas as devidas proporções, *mutatis mutandis*, a um mesmo espaço físico ocupado em descompasso com o registro de um dado lote, por exemplo. Tanto num quanto noutro caso há carência do registro do parcelamento de fato implantado e consolidado no tempo, pois a ocupação não respeitou o registro primário da gleba, nem o registro do parcelamento tal como concebido pelo parcelador. A questão ganha contornos de discussão se imaginarmos a possibilidade de regularização de áreas não tituladas. O procedimento sumário previsto no art. 71 da Lei 11.977/2009 não contemplou a necessidade de intimação por edital de terceiros interessados incertos, nem dos titulares de domínio ou confrontantes,

189. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Op. cit., p. 811.

190. O voto vencedor remete a vários julgados em abono da mesma tese, diante de prolongadas situações factuais geradas pelo comportamento passivo da Administração Pública: AgRg no RE 364.511/AM, 2.^a T., rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.11.1997; MC na QO na Pet 2.900/RS, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08.03.2003; MS 24.268/MG, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004; MS 22.357/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.11.2004; MS no RE 598.099, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.09.2011; MS 25.116/DF, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, DJ 10.02.2011; EDcl no AgRg no RE 552.354/AC, 2.^a T., rel. Min. Ellen Gracie, DJE 27.04.2011; e MS 25.963/DF, Pleno, DJ 20.11.2008; MS 26.628/DF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 21.02.2008).

e muito menos a cientificação dos demais entes políticos da Federação. Diante do grande lapso de tempo decorrido, não seria difícil imaginar que eventuais interessados na preservação do registro da gleba, tal como primariamente concebida, não poderiam mais opor medidas obstativas ou impeditivas ao registro do parcelamento consolidado, não apenas em decorrência da prescrição, mas, sobretudo, em face do próprio abandono da área. As dificuldades avançam na medida em que a não titulação da área levantaria a possibilidade de se tratar de terra devoluta, não prescindindo, de regra, de ação discriminatória. Nesse caso, a demarcação urbanística – que deve ter aplicação também aqui como veremos – seria a medida mais recomendada, levando-se em conta que o Poder Público deverá notificar os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados para anuência ou oposição ao procedimento, na hipótese de a área a ser demarcada: (a) abranger imóvel público; (b) confrontar com imóvel público; e (c) não haver registro anterior ou for impossível a identificação dos proprietários em razão de imprecisão dos registros existentes (art. 56, § 2.º, da Lei 11.977/2009).¹⁹¹ Após as buscas encetadas, ao Oficial caberá a notificação do proprietário e confrontantes da área demarcada (art. 57, § 1.º). Em se tratando de área de domínio privado, a dispensa de notificação de seus titulares decorre do silêncio eloquente da lei, em virtude do fato da própria consolidação formada sem qualquer oposição durante o longo lapso temporal decorrido (prescrição), nada impedindo, porém, que o Poder Público, por dever de cautela, sobretudo quando se ache à frente da regularização, e de posse dos cadastros, promova a notificação cabível, embora tal medida já tenha sido considerada como inútil pelo E. CSM/SP na AC 1.702-0, 19.04.1983,¹⁹² não sendo, ademais, difícil imaginar o falecimento e/ou desaparecimento dos titulares de domínio ou sucessores.

Para a prova de anterioridade à Lei 6.766/1979, exige a norma uma certificação (§ 2.º do art. 71). Cabe à Prefeitura emitir essa certificação, pois é ela que deve primar pela fiscalização do uso do solo do Município.¹⁹³ É, também, ela

191. Do contrário, advertem Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei (op. cit., p. 400), correr-se-ia o risco de inconstitucionalidade da norma, porque: “forçoso seria reconhecer que estaríamos diante de uma nova figura de usucapião, também administrativo ou extrajudicial. E, nesse caso, sem a mínima atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa (que, de algum modo, a usucapião administrativa da regularização fundiária de interesse social buscou preservar com os mecanismos das notificações, admissibilidade de impugnações etc.)”.

192. Cf. Vicente Celeste Amadei e Vicente De Abreu Amadei, op. cit., p. 401.

193. O Provimento 18 da CGJ referendou nossa posição, explicitando em seu item 243, a, exatamente esse mesmo mecanismo.

que detém os cadastros fiscais dos moradores no Município. Evidentemente que essa certificação poderá ser complementada, conforme qualificação prudencial do Oficial Registrador, por outros meios de prova, como a planta aprovada pela Prefeitura e/ou certidões que demonstrem lançamento individual de impostos sobre os lotes, sempre anteriormente a 19.12.1979 (item 153, I, Capítulo XX, T. II, das NSCGJ/SP).¹⁹⁴ O requerimento deverá ser instruído também com a prova de que o loteamento se acha implantado e integrado à malha viária urbana, atestando-se, para esse efeito, que se trata de área urbana consolidada nos moldes do art. 47, II, da Lei 11.977/2009, e que possui, no mínimo, dois dos equipamentos de infraestrutura implantados (drenagem, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, distribuição de energia elétrica ou limpeza urbana).¹⁹⁵ Além disso, devem ser juntados os *desenhos*, “*rectius*”, planta(s)¹⁹⁶ e memorial(is) descritivo(s), com todos os demais documentos que forem necessários para se estabelecer o controle de disponibilidade (art. 71, § 2.º).

A Lei 6.015/1973, em seu art. 213, § 11, V, com a redação dada pela Lei 12.424/2011, dispensa a retificação imobiliária no registro dos parcelamentos, anteriores a 19.12.1979, implantados e integrados à cidade, nos termos do art. 71 da Lei 11.977/2009. O fato de *independe*r, porém, não significa que o Oficial esteja *obrigado* a dispensar a retificação de área, mormente se o ingresso da regularização no fôlio predial não preservar o controle de disponibilidade, de continuidade e de especialidade.¹⁹⁷ O Provimento 18 dispõe que, para atendi-

194. A norma foi revogada pelo Provimento 18 supra referido. Mas, a nosso ver, nada impede que haja essa complementação, conforme juízo prudencial do Oficial Registrador, em casos excepcionais.

195. O Provimento 18 acima silenciou-se a respeito dessa particularidade, contentando-se com certidão de anterioridade à Lei 6.766/1979 expedida pelo Município, planta da área (com descrições e prova da anotação de responsabilidade técnica do autor) e certidão da matrícula. Conforme temos visto nos casos práticos, o Programa Cidade Legal tem exigido a certificação da consolidação do loteamento, por via da chamada “certidão da malha viária” nas regularizações de interesse social. Como a lei estabeleceu dois pressupostos traduzidos na anterioridade e na consolidação para as regularizações inominadas, entendemos que essa prova de consolidação deve também ser exigida para essa modalidade, em razão da natureza do instituto e de seu perfeito entrosamento com outras normas previstas na Lei 11.977/2009. Todavia, essa matéria ainda deverá ser melhor enfrentada pela CGJ e pelo CSM/SP.

196. Como, por exemplo, a planta histórica, particular do loteamento, planta de sobreposição entre a situação física e a registral, planta da Emplasa, planta do levantamento físico, e assim por diante.

197. Nesse sentido: Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei, op. cit., p. 400.

mento ao princípio da especialidade, o oficial de registro de imóveis adotará o memorial descritivo da gleba apresentado com o *projeto* de regularização fundiária de interesse social ou específico, devendo averbá-lo anteriormente ao registro do *projeto* (item 223). Como na regularização fundiária inominada não há *projeto*, a planta e o memorial descritivo da área consolidada fariam as vezes da retificação, dispensando-se requerimento e procedimento autônomos, como antevisto no Provimento 18 (item 223). A medida economizaria tempo e novo protocolo, promovendo-se a notificação dos confrontantes eventualmente atingidos pela regularização. Há que sopesar os valores em jogo: moradia e segurança do registro.

Questão de inegável interesse diz respeito à titularidade da regularização fundiária. É que, diversamente de Portugal, como se viu, onde os maiores protagonistas da regularização fundiária são, por dever, *os respectivos proprietários e comproprietários*, de um lado, e a Câmara Municipal, de outro, a lei franqueou não apenas aos Municípios, mas também às associações, cooperativas e aos próprios adquirentes *de lotes* (ainda que sem título registrado) a possibilidade de regularização de glebas, partes de glebas ou lotes,¹⁹⁸ conforme se extrai do art. 50 da Lei 11.977/2009 c/c art. 288-A, § 1.º, da Lei 6.015/1973 e art. 71, § 1.º, da Lei 11.977/2009. A norma é complementada ainda pela do art. 288-A, § 1.º, da Lei 6.015/1973, com a redação dada pela Lei 12.424/2011:

“Art. 288-A. (...)

(...) ”

§ 1.º O registro da regularização fundiária poderá ser requerido pelos legitimados previstos no art. 50 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, *independentemente de serem proprietários ou detentores de direitos reais da gleba objeto de regularização*” (grifo nosso).

Entendemos que o pedido de regularização fundiária inominada não é restrito a uma gama de pessoas ou de organizações, associações e entes políticos. Pode ser o pedido apresentado ao Oficial Registrador pelo indivíduo detentor de título não registrado de lote não especializado no registro, visando com isso dar ingresso ao fôlio do próprio título. A lei não restringiu tampouco a regula-

198. Como expõe Vicente Amadei, aprovado o parcelamento e recepcionado no registro de imóveis, a gleba deixa de existir juridicamente passando a existir como coisa loteada ou desmembrada, composta de lotes e de áreas públicas: “o registro do parcelamento é a fronteira de qualificação da propriedade privada como gleba ou como lote” (AMADEI, Vicente de Abreu. Registro do parcelamento do solo urbano. Noções elementares. RDI 47/46).

rização a glebas ou grandes partes de áreas. Tal como se passa no Rio Grande do Sul,¹⁹⁹ também o possuidor de lote, com título não registrado, é beneficiário da regularização fundiária inominada. Lembramos que a lei ostenta forte carga de interesse social, devendo ser afastadas visões elitistas e arcaicas, enraizadas no meio por conta do que acontecia com a Lei 6.766/1979, de âmbito restrito, como já visto. Como assinalado por Edésio Fernandes:²⁰⁰

“É necessário entender que a informalidade urbana se dá por uma combinação de causas. As mais comuns são: a carência de opções de moradias adequadas e acessíveis para os grupos mais pobres, devido à ação de mercados especulativos formais e informais; os sistemas políticos clientelistas; bem como o padrão de planejamento urbano e gestão que se faz no Brasil, *um planejamento elitista e burocrático*, baseado em critérios técnicos ideais, mas que não expressam as realidades socioeconômicas de produção e de acesso à terra urbana” (grifo nosso).

Não é de boa técnica, daí, pedindo vênica aos que pensam em sentido contrário, exigir que o possuidor compromissário comprador sem título registrado seja *obrigado* a percorrer a usucapião judicial, ou simplesmente aguardar passivamente a *boa vontade* de nossos governantes e políticos, ou a *política das associações e cooperativas*, ao argumento de omissão da palavra “lote” na lei, que teria tratado de regularizações de *glebas e parcelas de glebas*.²⁰¹ Tal pensamento semântico apenas contribuiria para o incremento da informalidade urbana na contramão da regularização fundiária, além de elitizar uma providência sabidamente de interesse público e popular. Afinal, não apenas há o princípio con-

199. Consolidação Normativa Notarial e Registral da CGJ/RS (Provimento 32/2006): “Art. 516. O pedido de regularização do lote individualizado, de quarteirão ou da totalidade da área, será apresentado perante o Ofício do Registro Imobiliário da situação do imóvel, onde será protocolado e autuado, verificada sua regularidade em atenção aos princípios registraes”.

200. Política nacional de regularização fundiária: contexto, proposta e limites cit., p. 246.

201. No mesmo sentido que o nosso, Marcelo Melo, op. cit., p. 74: “Primeiramente, gleba parcelada significa lote, já que a área não parcelada corresponde ao conceito jurídico de gleba, o que apresentada redundância”. Confira-se ainda Diógenes Gasparini: “O resultado da divisão da gleba há de ser lote. Lote é toda área de terra que integra um loteamento ou um desmembramento, igual ou superior ao mínimo fixado em lei e com uma frente, pelo menos, voltada para via pública” (O lote mínimo no desdobre de terrenos urbanos. RDI 10/57). Aliás, de acordo com a própria legislação do parcelamento do solo, quer se trate de loteamento, quer de desmembramento, a subdivisão de glebas se dá em lotes (art. 2.º, §§ 1.º e 2.º da Lei 6.766/1979 e art. 1.º do Dec.-lei 271/1967).

titucional da isonomia que devemos nos nortear. Além da falta de pertinência lógica de interesse daquele que possui um lote, digamos de 250m², em obter o registro de um loteamento inteiro de milhares ou milhões de metros quadrados, já inteiramente consolidado, os custos equivaleriam a tornar a norma uma letra morta, um simples fetiche do legislador, frustrando os objetivos da lei e da função social da propriedade, além de ceifar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade agasalhado pela Constituição Federal. Haveria então um paradoxo insolúvel.

Ressalte-se que essa legitimação extraordinária está prevista na Lei 11.977/2009 apenas nas duas primeiras modalidades de regularização fundiária, quando é preciso apresentar um *projeto* de regularização. Por outro lado, a lei não restringiu a regularização fundiária às corporações, associações e Municípios. Foi muito além. Possibilitou também ao pequeno compromissário comprador e ao adquirente portador de título de transferência de imóvel sem registro a regularização de seu lote. O art. 71, § 1.º, da Lei 11.977/2009, bem a propósito, é de solar clareza, como vimos *A regularização prevista no caput pode envolver a totalidade ou parcelas da gleba*.

Note-se que o texto da lei estabeleceu relevantes conexões entre seus dispositivos, como, aliás, se passa em geral nos textos legislativos, a ponto de a hermenêutica primar pelo método do conjunto sistemático e não pela leitura isolada de seus artigos.²⁰² Assim, o art. 50 da Lei 11.977/2009 coloca a rol entre

202. Conforme Carlos Maximiliano, “Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos existentes (...). A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor” (op. cit., p. 128-130). Bobbio define sistema como “uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação” (op. cit., p. 71). Dilucida Alf Ross que é “errôneo crer que a interpretação semântica começa por estabelecer o significado das palavras individuais e atinge a expressão pela soma dos significados parciais. O ponto de partida é a expressão como

os legitimados à regularização os seus beneficiários individual e coletivamente considerados, conectando a norma ao art. 288-A, § 1.º, da Lei 6.015/1973, que, por sua vez, deixa de condicionar o pedido do interessado ao registro do título aquisitivo. Contenta-se a lei com a expectativa de direito, à luz do título, aqui prestigiando a causa, no afã evidente de proporcionar o registro do título, após a regularização, em face do que previsto no art. 213, § 13, da Lei 6.015/1973. Nesse conjunto normativo, vem então o art. 71, § 1.º, da Lei 11.977/2009 e promove melhor a abertura da norma, estendendo a regularização, não apenas à totalidade da gleba, mas a *parcelas da gleba*. Ora, *parcelas da gleba*, ou como ressaltado no Provimento 18 acima, *trechos ou etapas*, (item 243.1.), tanto podem ser quadras ou lotes e até mesmo áreas públicas (quando do interesse do Município, por exemplo). Expõem, bem a propósito, Juan-Cruz Alli Aranguren e Juan-Cruz Alli Turrillas:²⁰³

“(...) que se identifica como parcela o bem imóvel que:

– constitui uma unidade terrena, tanto no solo quanto no espaço aéreo ou no subsolo,

– tenha atribuída edificabilidade e uso ou apenas uso urbanístico independente.

Segundo ainda mencionados autores:

A parcela é uma unidade-imóvel caracterizada por seu destino urbanístico de edificação e uso que pode ser encontrada em duas situações básicas: (...).

– Urbana: Convertida em unidade ou porção do solo urbanizado, derivada da ordenação e urbanização a que se adjudicou um regime de uso e aproveitamento urbanístico, que transformou o imóvel ou parcela rural em parcela urbana.”

Em outras palavras, falar de parcela de gleba urbana é cogitar de uma unidade terrena com atribuição de edificabilidade ou de uso urbanístico independente, o que importa admitir nesse complexo de delimitação de áreas, desde aquelas de maiores dimensões, até os lotes enquanto diminutivos destas. A própria experiência histórica brasileira já demonstrou que as cidades são resultado de parcelamentos sucessivos, outrora, de origem rural.

Quem seriam então os interessados na regularização parcial, de *parcelas, trechos ou etapas da gleba*? Em se tratando de áreas do domínio privado, *a priori*,

um todo com seu contexto, e o problema do significado das palavras individuais está sempre unido a esse conceito” (*Direito e justiça*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007. p. 164).

203. *Estudio sistemático del texto refundido de la ley de suelo*. Madrid: Dykinson S.L., 2008. p. 445-446.

os ocupantes dessas parcelas, trechos ou etapas de gleba, que ostentam algum interesse jurídico na regularização; isto é, munidos de títulos, cujo registro esteja condicionado à especificação da área no registro ou com aspiração ao domínio, por via da usucapião. Seria razoável daí exigir que um, dois ou três ocupantes tivessem de promover a regularização de quadras ou de glebas inteiras, despendendo gastos incomensuráveis para tal mister, e sem garantia alguma de *reembolso*? Mesmo nas regularizações de interesse social e de interesse específico, o resultado prático da norma que confere essa legitimidade anômala deverá ser pouco sentido. O argumento de que o menor não pode fazer para si mesmo aquilo que não seja para o maior ou para todos se esbarra na própria estrutura da Lei 11.977/2009, que, no caso, da regularização inominada, não impõe essa condição. Ao contrário. Quanto maior a área a regularizar, maiores as dificuldades encontradas e o que a lei pretende é justamente eliminá-las ou reduzi-las. Não é difícil imaginar que ocupantes e moradores de glebas irregulares se unam para tentar regularizar o seu loteamento. Mas o difícil é colocar isso em prática. Na maior parte das vezes, é o Município que lidera os procedimentos de regularização. Para essa regularização por lotes, parcelas, etapas ou trechos de glebas, entendemos conveniente a descrição da área maior espelhada no registro de origem com planta de sobreposição, quando não houver elementos no próprio registro identificando que esses lotes ou partes possuem uma única origem (como i.e., confrontantes tabulares com idêntica matriz filiatória). Em Itapevi, ainda tivemos o cuidado de exigir que fossem os confrontantes instados a anuir com a planta de descrição do lote, como é o caso do Município,²⁰⁴ ou notificados do pedido, adotando-se por extensão as regras da retificação bilateral de área, na modalidade de apuração parcial de remanescente, tudo isso para evitar eventuais prejuízos a terceiros. Fazemos essa ressalva porque a lei credita a essa modalidade a hipótese de dispensa de retificação, e também do juízo corregedor, para o qual remetemos o procedimento, antes da edição do Provimento nº 18 da E. CGJ, à vista de entendimento contrário manifestado pelo Ministério Público da comarca, não admitindo a regularização fundiária inominada por lotes.

7.4.2 Condomínios de frações ideais e conjuntos habitacionais

As considerações apresentadas acima suscitam indagações em relação ao móvel de sua aplicabilidade e aos instrumentos jurídicos que podem ser utili-

204. Que poderia, segundo pensamos, até mesmo referendar a regularização por meio de alvará de desmembramento.

zados pela Administração Pública, visando a dar à lei o máximo de efetividade possível. O Provimento 18 da E. CGJ estabeleceu basicamente duas subespécies de regularização da propriedade privada: a regularização de condomínio de frações ideais, com ocupação individualizada de fato, aplicando-se, conforme o caso concreto, o disposto no art. 3.º do Dec.-lei 271/1967 (condomínio de lotes),²⁰⁵ o art. 1.º da Lei 4.591/1964 (condomínio horizontal), ou o art. 2.º da Lei 6.766/1979 (parcelamento do solo) (subseção III); e a regularização dos conjuntos habitacionais não registrados (subseção IX). Nas regularizações dos condomínios, abriu-se a possibilidade de dois tipos de procedimento: (a) regularização sob a forma de parcelamento do solo e (b) regularização sob a forma de condomínio horizontal.

Observa-se que, em relação aos condomínios de fração ideal, sob a forma de parcelamento do solo, é preciso distinguir. Nos condomínios de fração ideal em parcelamento regularizado, o interessado deve apresentar ao Oficial Registrador requerimento instruído com certidão da matrícula do imóvel atualizada, anuência dos confrontantes, identificação da fração ideal e certidão do lançamento fiscal (item 237 do Provimento 18). Nos casos de frações ideais localizadas em parcelamentos do solo ainda não regularizados, o interessado deve instruir ao pedido (que pode ser restrito a uma determinada área), além da prova da anuência dos confrontantes, planta da área total matriculada com a localização da fração ideal, mais o memorial descritivo da fração localizada; isto é, da fração convertida em lote. Embora o provimento em testilha seja omissivo, depreende-se que, na hipótese de não anuência de algum confrontante ao pedido, possa o Oficial Registrador proceder à sua notificação, por extensão da norma do item 238.1. (regularização como condomínio) e do art. 213, II, § 2.º, da Lei 6.015/1973. Admite-se a cindibilidade da regularização (por fração/lote) e também a totalidade, envolvendo toda a massa condominial (itens 237.1 e 238 do Provimento 18).

Como se vê, são significativos os avanços feitos no Provimento 18 da E. CGJ, na medida em que não se exige tenha sido o *condomínio* – a que se procura dar a feição formal de parcelamento –, instituído antes da Lei 6.766/1979 ou prova de implantação e integração à cidade para efeitos de regularização nas hipóteses acima contempladas. Talvez possa ser revista a exigência de reconhecimento de firma por autenticidade dos confrontantes (item 237, b), porque na prática nem sempre será possível o seu comparecimento a cartório de notas. Aliás, as dificuldades já começam no momento em que o interessado se dirige ao seu vizinho para que ele aponha sua assinatura nalgum pedido seu. O que

205. Fulminando discussões acerca da perda de vigência do mencionado dispositivo.

dizer então de ainda convidá-lo a se dirigir ao cartório de notas para que seja sacramentada a autenticidade presencial de sua assinatura.

Na regularização sob a forma de condomínio horizontal, tal como se passa com a regularização dos conjuntos habitacionais não registrados, o provimento em questão estabelece que os pedidos deverão ser instruídos, entre outros documentos, com a certidão negativa de débito para com a Previdência Social relativamente às construções existentes, dispensada a apresentação mediante declaração de preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 322, XXV e 370, III, da IN SRF 971/2009, e licença de instalação emitida pelo Município, Cidade Legal ou Cetesb, quando exigida por lei (itens 238, g e h e 246.2, h e i). A questão é saber se tais comandos se aplicariam aos condomínios e conjuntos habitacionais instituídos antes da Lei 6.766/1979, já consolidados e integrados à cidade. Não se tratando de lotes verdadeiramente, mas de unidades autônomas, ainda assim quer nos parecer que poder-se-ia admitir também aqui uma flexibilização maior, por força de interpretação do art. 71 da Lei 11.977/2009. A conversão da situação jurídica do condomínio em parte certa no solo requer a adoção de critérios objetivos sem necessidade de formalismos exacerbados. Em Portugal, essa conversão que a lei denomina de “reconversão” pressupõe a divisão da coisa comum por escritura pública, com a intervenção de todos os titulares inscritos, pela via judicial ou por acordo de uso, este último com vantagem sobre os outros, permitindo maior economia em tempo e em custos econômicos.²⁰⁶ De conformidade com o direito lusitano, para o caso de o registro do parcelamento irregular (Augi) ser formado exclusivamente em parcelas em avos, será necessário somar à área das diversas parcelas de seus titulares, comparando-a proporcionalmente com a área total, deduzidas das áreas afetadas a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos de utilização coletiva.²⁰⁷

As mesmas considerações apresentadas em torno da consolidação das situações de fato havidas como irreversíveis ao longo do tempo para o parcelamento do solo urbano devem valer aqui para os condomínios de fato e os conjuntos habitacionais irregulares implantados e já consolidados. Em qualquer das hipóteses, quer de condomínios, quer de parcelamentos de solo, a situação seria irreversível, justificando a dispensa de aprovações ulteriores, até mesmo do Município. Não entender assim equivaleria admitir que a lei criou um *discrímen* que a Constituição não agasalhou, subtraindo a regularização fundiária das classes mais favorecidas, como se sucede nas chamadas *chácaras de recreio*

206. António José Rodrigues, op. cit., p. 118.

207. Idem, p. 66.

com projeto de formação de condomínio horizontal, ou de outras classes mais pobres, como se passa nos conjuntos habitacionais.

7.4.3 *Demarcação urbanística, legitimação e posse e usucapião administrativa. Sua aplicação na regularização fundiária inominada*

Como vimos, a Lei 11.977/2009 engendrou três grandes instrumentos de regularização fundiária: a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a usucapião administrativa, voltados eles, segundo a letra fria da lei, para a regularização de interesse social que a melhor interpretação da CGJSP fez ver aplicável também à regularização de interesse específico. Silenciou-se o legislador a respeito do uso desses instrumentos na regularização fundiária inominada. Por outro lado, teceu definições sobre tais institutos que a doutrina, de um modo geral, repudia, pois não compete ao legislador fazê-las. E de fato, ao assim proceder, o legislador criou aparentes restrições que a lei, ao contrário, pretendeu eliminar, como veremos.

Ora, a regularização fundiária em apreço requer também um mínimo de instrumentos eficazes para o efetivo cumprimento da lei. Falar-se em transporte para o registro de uma dada situação de fato consolidada no tempo, com base em planta da situação, não faz nascer para os moradores e ocupantes das áreas regularizadas um direito *automático* ao registro, máxime se não possuírem título, ou se o título possuído não estiver conforme o registro. Quer dizer, a regularização fundiária inominada não pode nem deve servir de mera retórica propagandista de políticos mal intencionados. Regularizar o registro com base no retrato fiel da situação de fato consolidada ao longo do tempo, pura e simplesmente, sem preocupação alguma com a titulação das áreas aos seus ocupantes, não soluciona a questão da informalidade urbana. Apenas contribui para o aumento da sensação de ineficácia e descrédito da lei e das autoridades que militam nesse importante segmento da regularização fundiária.

O cidadão que ouve ter a Prefeitura *regularizado* um dado loteamento no registro espera ver solucionado o problema com o seu título, cujo ingresso na serventia predial foi deveras facilitado pelo Provimento 18, admitindo-se o registro de transmissão da propriedade com base em instrumentos particulares dos mais variados, do qual constem a manifestação da vontade das partes, a indicação da fração ideal, lote ou unidade, o preço e o modo de pagamento, e a promessa de contratar, acompanhados de prova de quitação, que pode ser, inclusive, produzida por meio de certidão negativa do distribuidor forense da localização do imóvel e da comarca do domicílio do adquirente, após cinco anos do vencimento da última prestação (itens 230.2 e 230.4). Caso o título

de transmissão ou documentos de quitação ostentem imperfeições ou desajustes relacionados à especialidade registrária, não solucionáveis perante o ofício predial, poderá ainda o interessado requerer a sua validação perante o Juiz Corregedor Permanente para habilitá-lo ao registro (item 234).

A questão é que nem sempre o possuidor detém algum título e se o tiver, ainda assim, poderá não ter acesso ao fôlio predial, como no caso de quebra da continuidade. Além disso, não é improvável que antigos loteadores, diante do longo tempo decorrido, já tenham falecido, sendo difícil senão impossível a localização de herdeiros, quando nenhum inventário houver sido aberto. Para isso, ocupou-se a Lei 11.977/2009 com a disciplina da legitimação de posse e da sua conversão em usucapião administrativa.

Restaria então ao Oficial Registrador verificar quanto à possibilidade ou não de recepção no fôlio predial de títulos de legitimação de posse outorgados pelo Poder Público, à vista da regularização fundiária nominada. Nesse sentido, como adverte Ricardo Henry Marques Dip:²⁰⁸

“A subordinação do juízo qualificador ao princípio da legalidade não lhe impõe uma *redução literalista* para a compreensão do sentido normativo da lei, que descarte a estimativa de seu contexto significativo e sistemático, a atenta consideração teleológica e a observação mais ampla dos princípios ético-jurídicos superiores às regulações particulares (Larenz, 366 ss.; Vallet, II, 411, 412). O que, sim, neste plano, se afasta do âmbito da qualificação é a determinação *equitativa* do direito, equivale dizer: a integração registral de lacunas do direito positivo – exatamente porque o juízo qualificador, dirigido à segurança jurídica, não pode encontrá-la fora dos limites do direito normativo posto.”

Não cabe daí ao Oficial Registrador senão esclarecer o *certum*, na linguagem de Vico,²⁰⁹ compreendendo o sentido normativo da lei, por meio de juízo prudencial de mediação com a realidade, não o de determinar o justo em concreto. Ora, a primeira indagação que exsurge da leitura do texto da Lei 11.977/2009 é saber se o fato de não haver o legislador inserido no art. 71 ou na seção V relativa à regularização fundiária nominada alguma remissão ao instrumental previsto na regularização de interesse social, implicaria daí afastá-la desse ferramental indiscutivelmente relevante.²¹⁰ Cumpre asseverar que a compreensão do sentido

208. Sobre a qualificação no registro de imóveis cit., p. 53.

209. Apud Ricardo Henry Marques Dip, Sobre a qualificação no registro de imóveis cit., p. 53.

210. Díez-Picazo e Antonio Gullon explanam que a legalidade da forma extrínseca dos documentos administrativos implica admitir o exame de congruência entre a resolução

normativo da lei requer tornar possível e realizável seu objeto, necessário e útil ao seu cumprimento. Trata-se de tornar efetiva a norma abstratamente inserida no sistema de regularização. O comando fundamental que a lei proporciona é o de *regularizar* a questão fundiária para fins de moradia com base na situação de fato consolidada no tempo. Esse comando não deriva do texto frio da lei, mas do sistema em que ela se situa e alberga, segundo valores e circunstâncias de fato no atual momento histórico. Para que a regularização fundiária se efetive, não basta, como vimos, demarcar o solo, transportando para o registro a realidade fenomênica existente. Há que viabilizar o registro dos títulos pendentes de inscrição e, na hipótese contrária, isto é, de sua impossibilidade, proporcionar aos moradores, então possuidores de lotes irregulares, instrumentos que possam garantir de modo eficaz a segurança de suas posses, o que em última instância significa atribuir-lhes a propriedade imóvel para segurança de suas moradias. Portanto, se numa dada modalidade de regularização fundiária não for possível atribuir aos moradores e possuidores de lotes a titulação de suas posses com a subsequente transferência da propriedade imobiliária, não estarão, decerto, cumpridos os objetivos da lei. Em outras palavras, regularização fundiária não haverá propriamente, mas uma regularização parcial e aparente, limitada a especializar o parcelamento do solo no registro imobiliário. E o que é ainda mais grave: para efeitos de registro imobiliário, o antigo parcelador passa a ser o único beneficiário da regularização, recebendo a gleba totalmente repartida, a preço de *lotes*, podendo ainda aliená-los, e assim por diante, acarretando incontestável ofensa ao princípio da função social e ao direito de moradia. A frustração dos objetivos da lei (art. 5.º da LINDB) importa em torná-la totalmente inócua, desprovida de sentido e sem valor algum.

Quando a Lei 11.977/2009 dispôs que, na regularização de interesse social, o Poder Público poderá lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levan-

tomada e a classe de expediente do procedimento seguido (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 263). Portanto, seria impossível ao Oficial Registrador abstrair do exame de legalidade o sentido normativo da lei, sob pena de quebra do princípio da independência registral e aviltamento da nobre função registral, que jamais poderia se limitar a um simples cancelamento de documentos administrativos, tanto quanto oriundos da presunção que os cerca de legitimidade dos atos administrativos (art. 19, II, da CF/1988) ou a uma simples condição de refém da literalidade do texto, tal como uma máquina condicionada, desprovida de inteligência humana. Cabe frisar que o caráter vinculante das decisões administrativas tem por pressuposto a sua reiteração uniforme, tal como a jurisprudência (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Navarra: Aranzadi, 2008. vol. III, p. 441).

tamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação (art. 56), não impediu que esse mecanismo fosse também utilizado na regularização de interesse específico ou na regularização fundiária inominada. O mesmo se passa com a legitimação de posse e a usucapião administrativa. A demarcação urbanística proporciona a especialização da área objeto da regularização, assegurando a disponibilidade da planta do loteamento no projeto de regularização, a qual, por sua vez, irá embasar a outorga dos títulos de legitimação de posse, com a sua posterior conversão em usucapião administrativa. A redução literalista da lei, mormente aquela predisposta na definição ofertada pelo art. 47, III, conduziria a uma verdadeira frustração de seus objetivos, confinando a regularização fundiária prática e totalmente à modalidade de interesse social. Ora, o sentido teleológico que dimana do texto é aquele consistente na utilização de todos os meios necessários que a lei previu, para todas as espécies de regularização fundiária por ela instituídas. Não fosse assim, a E. CGJ/SP não teria viabilizado no Provimento 18 a adoção desses mesmos instrumentos para a regularização de interesse específico. A interpretação, quer nos parecer, teleológica e sistemática, é conjugada com aquela que Carlos Maximiliano²¹¹ assim definiu:

“Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito, ou ato jurídico; bem como se aplica às coisas virtualmente compreendidas no objeto da norma.

(...)

Interpretam-se amplamente as leis providas, *remedial statutes* dos norte-americanos, as normas feitas para corrigir defeitos de outras; abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames; ratificar atos ou resoluções de particulares ou de algum dos poderes constitucionais, cercar de garantias pessoas ou bens.”

Longe de se ferir o princípio da legalidade estrita, como leciona Hely Lopes Meirelles:²¹² “Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e espírito. A administração, por isso, deve ser

211. Op. cit., p. 203.

212. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 88. No mesmo sentido: Diógenes Gasparini, para quem “Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando e como* autoriza” (*Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 7. Ver ainda: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 231; e Seabra Fagundes,

orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais”. Por paridade de motivos, há que compreender que toda e qualquer espécie de regularização fundiária estabelecida na Lei 11.977/2009 tem assento numa vertente comum, que é a de acomodar uma dada situação de fato, consolidada no tempo, convertendo-a em situação de direito, sempre que possível. Guardadas as diferenciações procedimentais entre uma e outra espécie, a regularização fundiária inominada tem o mérito de ser a menos onerosa, burocrática e complexa, dispensando, como vimos, a elaboração de projetos e aprovações urbanísticas ou ambientais. Mas nem por isso poder-se-ia descartar o uso da demarcação urbanística, a legitimação de posse ou a usucapião administrativa, ainda que de *lege ferenda*. Se levarmos em conta que antes da Lei 6.766/1979 inúmeros loteamentos foram instituídos irregularmente, como já vimos, ficando em grande parte à margem do registro, o qual também se apresentava de modo deficiente, veremos que o uso da demarcatória urbanística na regularização fundiária inominada propiciará maior segurança ao registro das plantas de loteamentos já inteiramente consolidados e integrados ao Município, além, é claro, de preparar a formação dos títulos de legitimação de posse. Basta ver os sucessivos destaques de áreas na matrícula ou transcrição de origem, na grande maioria dos casos, dificultando a delimitação do perímetro da área maior.

As dificuldades de regularização fundiária no registro partem quase sempre da premissa de incerteza e/ou confusão na definição dos limites da área primitiva, de seus remanescentes e de suas titularidades (controle de disponibilidade e de especialidade). Invariavelmente, seria preciso retificar grande parte dos registros antigos. A simples retificação de área, porém, não solucionaria vários casos de confusão e lacuna dominial. Bem por isso que a Lei 11.977/2009 disciplinou que o auto de demarcação poderá abranger parte ou a totalidade de um ou mais imóveis de proprietários não identificados, em razão de descrições imprecisas dos registros anteriores, ou de proprietários distintos (art. 56, § 5.º), o que o Provimento 18 complementou, possibilitando a unificação de imóveis contíguos com titularidade heterogênea, mediante a averbação das parcelas correspondentes aos titulares de domínio, juntamente com os ônus e constrações judiciais, legais ou convencionais que sobre elas existirem, independentemente de prévia anuência do beneficiário, do credor, do exequente ou de manifestação judicial (itens 229 e 229.3). Outrossim, uma vez constatada

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 6. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 81.

a expansão do parcelamento para além da matrícula ou transcrição, é possível notificar o confrontante atingido e proceder à retificação do registro (item 228.1).

De igual modo antevemos que a legitimação de posse não poderia restar confinada à regularização de interesse social, pese embora a infeliz definição dada pelo art. 47, IV, da Lei 11.977/2009. As dificuldades de localização dos primitivos parceladores, somadas à sua falta de interesse na regularização ou mesmo na outorga das escrituras denfinitivas, fizeram ver que era preciso dotar os adquirentes de mecanismos mais eficazes para o registro da transferência das propriedades, estendendo-se o rol dos legitimados à regularização. Ampliou-se daí a exegese em São Paulo, para admitir a transferência da propriedade dos compromissos de lotes, cessões e promessas de cessão quitados, em toda espécie de parcelamento, e não mais como outrora restrita aos parcelamentos populares (art. 26, § 6.º, da Lei 6.766/1976), tendo o Provimento 18 ainda cuidado de estender essa mesma interpretação para qualquer tipo de promessa de contratar, incluindo a proposta de compra e a reserva de lote (item 230.2), com quitação, inclusive, presumida, por meio de certidão negativa do distribuidor da comarca da situação do imóvel e do domicílio do adquirente emitida após cinco anos do vencimento da última prestação (art. 206, § 5.º, I, do CC/2002). Não se olvide ainda da possibilidade de qualificação das partes não apenas com base nos documentos oficiais de identificação (arts. 213, I, g, e 246, parágrafo único, da Lei 6.015/1973), podendo os demais dados ser complementados mediante simples declaração firmada pelo beneficiário (item 232.2 do Provimento 18).

No que diz respeito aos títulos imperfeitos e irregistráveis, admitiu-se, outrossim, a possibilidade de sua validação perante o Juiz Corregedor Permanente, com prova documental ou técnica, notificando-se, se o caso, o titular do domínio ou empreendedor (itens 234 e 235 do Provimento 18). Tudo isso, porém, para os casos de posse a justo título. Nas situações de ocupação não titulada, a saída continuará sendo a da outorga dos títulos de legitimação de posse na expectativa criada quanto à sua conversibilidade em usucapião administrativa. Sem esse ferramental colocado à disposição da regularização fundiária inominada, corre-se o risco de seu esvaziamento, obrigando o Poder Público a promover quase sempre a regularização de interesse social, em hipóteses que a lei dispensou, diante de prova de consolidação de ocupação ultravintenária e já integrada à malha viária urbana (art. 71 da Lei 11.977/2009). Mais um formalismo totalmente desnecessário, oneroso e burocrático que a lei objetivou dispensar, ainda mais se considerando a irreversibilidade dessas ocupações mais antigas.

Apesar de topograficamente mal situada na Seção II, Capítulo III, relativa à regularização de interesse social, tal como ocorre com a própria regularização fundiária inominada, inserida na Seção V, Capítulo III (“Disposições gerais”), a legitimação de posse possui eficácia de norma autônoma de natureza instrumental, consoante art. 59 da Lei 11.977/2009. Longe de se tratar de um instrumento criado com o único e exclusivo propósito de favorecer as classes de baixa renda, a legitimação de posse deita suas raízes na própria colonização portuguesa, como é o caso das sesmarias e posteriormente com a política de medições de terras. Seria inconcebível daí imaginar que a regularização fundiária teria uma única vertente social. Conforme estabelece o § 2.º do art. 59 supra, a legitimação de posse pode ser também concedida aos coproprietários de gleba, naquelas situações já mencionadas de instituição de um condomínio comum, onde a posse é exercida sobre parte certa no solo; isto é, de loteamentos disfarçados de condomínio. Ora, esses condomínios foram instituídos, de regra, em favor das classes mais favorecidas. São inúmeros os casos de *chácaras de recreio* e de *loteamentos fechados* espalhados no Estado de São Paulo. Não se acham eles situados em Zeis. Por outro lado, dificilmente encontraremos chácaras no interior com apenas 250m². Não haveria sentido daí reduzir a regra da legitimação de posse aos casos de regularização de interesse social e ao condomínio comum, deixando à margem todas as demais espécies de regularização fundiária, só porque o dispositivo foi (indevidamente) alocado na seção relativa à regularização de interesse social.

Na realidade, o legislador introduziu matéria nova no corpo da lei que tinha em mira estabelecer diretrizes relativas ao “Programa Minha Casa, Minha Vida”. Assim agindo, o fez com indiscutível açodamento, diante da iminência de aprovação do texto, daí resultando, como era de esperar, alguns equívocos, em grande parte já corrigidos em 2011, pela Lei 12.424, como é o caso até de se admitir a conversão da legitimação de posse em usucapião administrativa em áreas superiores a 250m², computando-se o prazo estabelecido na legislação comum pertinente à usucapião. A doutrina e a jurisprudência, certamente, darão a interpretação mais adequada, contribuindo inegavelmente para o aperfeiçoamento da lei. Por ora, releva notar, como já o dissemos, que os instrumentos de regularização fundiária engendrados na Lei 11.977/2009 não poderiam mesmo ficar limitados ao campo da regularização de interesse social. Não é a renda dos ocupantes das áreas irregularmente loteadas que vai fazer incidir o instrumental necessário à regularização, mas a situação de fato consolidada no tempo, conforme os requisitos previstos na lei. Não constituem, portanto, a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a usucapião administrativa fins em si mesmos, senão mecanismos das regularizações estatuídas na Lei 11.977/2009.

A matéria, longe de ser pacífica, porém, encontra forte resistência na interpretação literal, segundo uma visão mais ortodoxa e arcaica do registro imobiliário, que enxerga o Oficial como um simples escravo da palavra do legislador. A ideia é de que o princípio da legalidade estrita não daria ao Oficial ou à administração municipal margem alguma de interpretação de cunho teleológico, máxime se verificarmos as definições que a lei forneceu a respeito da demarcação urbanística e da legitimação de posse (art. 47, III e IV), a primeira delas jungida ao *âmbito da regularização fundiária de interesse social*, e a segunda, *dependente* da primeira, destinada a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel *objeto de demarcação urbanística*.

Como vimos, não parece ser essa a melhor exegese, respeitando embora todo posicionamento em sentido contrário. Imagine-se, exemplificando, que numa dada regularização de interesse social, não tenha havido prévia demarcação urbanística. Se nos apegarmos ao texto frio e gramatical da lei, como já foi visto, o Município ficaria inibido de emitir os títulos de legitimação de posse, o que seria inteiramente desarrazoado e antissocial. Quer dizer, numa dada situação de fato consolidada há vários anos, estando o registro em dia, contemplando toda a área de perímetro em sua precisa definição tabular, o Município teria de, ainda assim, demarcar a área, seguindo todo o trâmite da demarcação urbanística com todos os percalços que lhe são inerentes, sujeitando-se a impugnações, inclusive, e ainda à decisão judicial passível de recurso. Terá sido esse o escopo da lei? Temos que não.

A garantia instrumental prevista na Lei 11.977/2009 não pode servir de empecilho à regularização, que deve ser compreendida em seu todo, desde a regularização do registro do parcelamento até a titulação da propriedade imóvel aos seus ocupantes. Caberia ao Oficial Registrador obstar o registro de um título de legitimação de posse nessas condições? Se levarmos ao pé da letra a lei, sim. Mas se formos recorrer ao sistema e à interpretação teleológica, não. *De lege ferenda*, alvitra-se daí a possibilidade de mais algumas correções na Lei 11.977/2009, visando ao seu aprimoramento para que dela se possa extrair o maior grau de efetividade possível.

No caso da regularização fundiária inominada, a planta de regularização poderá dispensar a demarcação urbanística, se o Oficial não tiver nenhuma dúvida quanto à localização e dimensões da área sobre a qual recairá o registro do loteamento. Ainda assim, uma vez registrado o loteamento, com base na planta da situação de fato consolidada, o Município não poderia outorgar os títulos de legitimação de posse, porque ficaria na dependência da demarcação urbanística. Evidente o disparate. Qual o sentido de se condicionar a outorga dos títulos de legitimação de posse à prévia demarcação urbanística? Como vimos,

ontologicamente, não é a demarcatória sequer o instrumento próprio para a investigação das posses e das ocupações, sequer como tal concebida na Lei 11.977/2009. Demarcação urbanística, de acordo com a Lei 11.977/2009, não é o mesmo que demarcação de lotes, embora nada impeça que tudo seja feito ao mesmo tempo pelo Poder Público (demarcação do perímetro e dos lotes).

Disso decorre que a averbação do auto de demarcação urbanística *não* demarcará os lotes no registro imobiliário, mas sim o registro do projeto de regularização fundiária nas regularizações de interesse social e de interesse específico. Como também já vimos, apesar de a lei admitir que na demarcatória urbanística possa o Poder Público coligir elementos de informação tendentes à preparação dos títulos de legitimação de posse, o instituto, de fato, visa primordialmente ao estabelecimento de uma conexão objetiva entre a realidade do perímetro (*área total*) e o registro, proporcionando daí maior segurança ao trato registral, mormente no que se refere ao controle da disponibilidade e da especialidade. A *demarcação dos lotes*, na realidade, será objeto da planta da regularização na modalidade que estamos tratando neste tópico (art. 71 da Lei 11.977/2009) e do projeto nas outras modalidades: regularização fundiária de interesse social e de interesse específico (art. 51, I).

8. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto acima, forçoso concluir que a Lei 11.977/2009 representa um grande marco histórico na conquista dos direitos do cidadão, tendo, sem sombra de dúvida, revolucionado o sistema das regularizações fundiárias, cabendo a nós, operadores do direito, dar à Lei 11.977/2009 o melhor tratamento, segundo seu espírito social e desburocratizante, não perdendo de vista a segurança do registro, de modo a tornar efetivas as suas normas. O sistema de regularizações fundiárias no Brasil em matéria de loteamentos urbanos evoluiu da usucapião individual para a consolidação dos assentamentos informais, marginalizados pela lei de outrora que resistia em acompanhar as enormes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas no país, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a EC 26/2000, inserindo no rol dos direitos sociais o direito fundamental à moradia sobre o qual haverá de recair o direito de propriedade conforme a sua função social. Entre as modalidades previstas na Lei 11.977/2009, emerge a regularização fundiária *inominada* ou *sumária*, cuja reduzida previsão normativa não traduz a grandeza e relevância do instituto, podendo tornar-se uma das mais difundidas, talvez a mais democrática de todas e a menos burocrática já vista no Brasil, calibrada que é, a exemplo das demais, por vetores dos mais

significativos na Constituição da República, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Para a mais completa e efetiva aplicação desse novo instituto, convém a adoção de uma interpretação teleológica favorável no sentido de se admitir para a regularização fundiária inominada, também, a possibilidade de uso dos instrumentos de regularização, como a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a usucapião administrativa, a fim de que se possa franquear ao possuidor sem título as mesmas condições de titulação que a regularização de interesse social estabeleceu e a de interesse específico fomentou, na esteira do percuciente entendimento da E. CGJ/SP.

9. BIBLIOGRAFIA

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. Disponível em: [www.sedur.ba.gov.br/pdf/versao.final.pdf]. Acesso em: 12.07.2012.
- _____. Regularização fundiária como parte da política urbana. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 55. p. 249. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2003.
- ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Registro imobiliário: propriedade e direitos reais limitados*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 5.
- ALVES, João. Loteamentos clandestinos. *Verbo Jurídico*. Disponível em: []. Acesso em: 10.07.2012.
- ALVIM, Angélica. Assentamentos irregulares e proteção ambiental: impasses e desafios da nova legislação estadual de proteção e recuperação dos mananciais na região metropolitana de São Paulo. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3. ed. rev. e ampl. Campinas: Millennium, 2012.
- AMADEI, Vicente de Abreu. O registro imobiliário e a regularização de parcelamento do solo urbano. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 41. p. 64. São Paulo: Ed. RT, maio-ago. 1997.
- _____. Registro do parcelamento do solo urbano. Noções elementares. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. p. 38. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1999.
- ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. Política urbana. In: JORGE JR., Alberto Gosson et al (orgs.). *Constituição Federal após 20 anos: reflexões*. Campinas: Millenium, 2009.
- ARANGUREN, Juan-Cruz Alli; TURRILLAS, Juan-Cruz Alli. *Estudio sistemático del texto refundido de la ley de suelo*. Madrid: Dykinson S.L., 2008.

- ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Efeitos substantivos do registro predial na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. ano 34. Disponível em: [www.oa.pt/upl/%7B31eca69e-a973-42ec-946f-3db5f8453014%7D.pdf]. Acesso em: 12.07.2012.
- BALTRUSIS, Nelson. O processo de regularização fundiária de Alagados – Salvador, Bahia. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- BARASSI, Lodovico. *La proprietà nel nuovo Codice Civile*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, sem data.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. t. I.
- BERÉ, Cláudia Maria. Regularização fundiária do parcelamento do solo. *Temas de Direito Urbanístico* 4. Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente. Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.
- BERTHE, Marcelo Martins. As alterações das Leis Federais 6.015/73 e 6.766/79 e do Decreto-lei Federal 3.365/41. Algumas notas sobre os reflexos no registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. p. 45. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- _____. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BRUNA, Gilda Collet. Urbanização e regularização de loteamentos e habitações. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização; análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. O loteamento e seu registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 8. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1981.
- CARVALHO PINTO; José dos Santos. Regularização fundiária: direito fundamental na política urbana. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 247. São Paulo: Atlas, jan.-abr. 2008.
- CASTRO, José Nilo de; MAYRINK, Cristina Padovani; NETO, Newton Rodrigues Miranda. Regularização fundiária de loteamentos irregulares – Considerações importantes. *Revista Brasileira de Direito Municipal*. ano 12. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2011.
- COSTA, José Rubens. A regularização fundiária das favelas. *Revista de Direito Público*. vol. 99. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1991.

- COSTANTINO, Michele. *Contributo alla teoria della proprietà*. [S.L.]: Jovene Napoli, 1967.
- COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos. Regularização fundiária de interesse específico. *Boletim do Irib em Revista*. n. 344. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, sem data.
- CRAVEIRO, Maria Teresa. Do “bairro clandestino” às “áreas de gênese ilegal” – Um problema que permanece em Portugal. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF* 6. ed. atual. até a EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Navarra: Aranzadi, 2008. vol. III.
- _____; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*. vol. 171. p. 35. São Paulo: Ed. RT, maio 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. à luz da Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIP, Ricardo Henry Marques. *História do direito registral*. Curso de Pós-graduação de Direito Notarial e Registral, EPM, São Paulo, 18.03.2011.
- _____. Sobre a qualificação no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 29. p. 33. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- D’OTTAVIANO, Camila; QUAGLIA-SILVA, Sérgio Luis. Regularização fundiária como direito à moradia: qual o caminho? In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- DUGUIT, León. *Principes de droit public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916.
- ERPEN, Décio Antônio. Da regularização de áreas urbanas e rurais. *Estudos de Direito Registral Imobiliário*. XXV e XXVI Encontros dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. São Paulo/1998 – Recife/1999 (Irib). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERNANDES, Edésio. Perspectivas para a regularização fundiária em favelas à luz do Estatuto da Cidade. In: FREITAS, Jose Carlos de (coord.). *Temas de direito urbanístico* 3. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.
- _____. Política nacional de regularização fundiária: contexto, proposta e limites. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 56. p. 241. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

- _____. Políticas de regularização fundiária: confrontando o processo de crescimento informal das cidades latino-americanas. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. ano I. n. 6. Porto Alegre: Magister, jun.-jul. 2006.
- _____. Desafios da regularização fundiária de assentamentos informais consolidados em áreas urbanas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. ano 9. n. 49. Belo Horizonte: Fórum, jan.-fev. 2010.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *O loteamento e a venda de terrenos em prestações*. São Paulo: Ed. RT, 1938.
- _____. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FREITAS, José Carlos de. Ordem urbanística e acesso à terra. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edesio (org.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004.
- GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993.
- GARCIA, Lysippo. *Registro de imóveis*. [S.L.]: [s.n.], sem data.
- _____. *A inscrição*. [S.L.]: [s.n.], sem data.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. O lote mínimo no desdobre de terrenos urbanos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 10. p. 55. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1982.
- _____. Alterações da Lei do Parcelamento do Solo Urbano. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. p. 66. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.
- GONÇALVES, Jorge; ALVES, Carla Mota; SILVA, Fernando Nunes da. Do ilegal ao formal: percursos para a reconversão urbana das áreas urbanas de gênese ilegal em Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- GUGLIELMI, Vito José. As terras devolutas e seu registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 29. p. 66. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.
- GUIMARÃES JR., João Lopes. Função social da propriedade. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 29. p. 115. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

- JORGE, Sílvia Branco. Qualificação do espaço público de loteamentos de gênese ilegal na grande área metropolitana de Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado Ed., 1979.
- LAMANA PAIVA, João Pedro. Regularização fundiária e o registro de imóveis. 2010. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/Regularizacao_fundiaria_e_o_registro_de_imoveis_2010.pdf]. Acesso em: 15.05.2012.
- _____. *Procedimento de dúvida no registro de imóveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- LOBO, Manuel da Costa. Augi/clandestinos. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- LOBO JR., Hélio. Algumas considerações sobre as modificações na Lei 6.766, de 1979. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. p. 76. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.
- _____. Loteamentos. Considerações sobre a alteração do plano. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. p. 183. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1999.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. [S.L.]: [s.n.], sem data.
- _____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. vol. I.
- MACHADO, Ademar Luís Gonzaga. Localização territorial e sustentabilidade ambiental das áreas urbanas de gênese ilegal na grande área metropolitana de Lisboa. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- MAGALHÃES, Alex Ferreira. A importância do Código Civil para a política de regularização fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 65. p. 11. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2008.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *La logica delle prove in criminale*. Torino: Unione Tipografica – Editrice, 1895.
- MARICATO, Ermínia. Loteamentos clandestinos. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- _____. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1957. vol. 1.
- _____. _____. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 69. p. 9. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2010.
- MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 53. p. 35. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MUKAI, Toshio; ALVES, Alaôr Caffé; LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos (Comentários à Lei n. 6.766, de 19.12.1979)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NATOLI, Ugo. *La proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1965.
- NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. Usucapião administrativa. *Revista de Direito e Política*. vol. 19. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as zonas especiais de interesse social (Zeis). In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 6.
- PASTERNAK, Suzana. Evolução espacial dos loteamentos irregulares em São Paulo. In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2007.
- PEQUENO, Renato. Ilegalidade urbana na região metropolitana de Fortaleza: zonas especiais de interesse social como alternativa de solução? In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. VI.
- _____. *Tratado de direito predial*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1953. vol. III.
- PRESTES, Vanêscia Buzelato. Estudo de caso: novos paradigmas da advocacia pública municipal – Atuação preventiva e multidisciplinaridade – Relato de um caso de aplicação do direito de superfície na regularização fundiária. In:

- BENJAMIN, Antonio Herman V.; FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de (coords.). *Direito ambiental e as funções essenciais à Justiça: O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione acquisitiva*. Milano/Napoli/Roma: Torino Unione Tipografico/Torinese, 1921.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. vol. 1.
- RAPOSO, Isabel. Reconversão de territórios de gênese ilegal na grande área metropolitana de Lisboa. In: BÓGUS, Lúcia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- RAZÚRI, Martín Luque. La usucapión administrativa en el Peru. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 68. p. 157. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2010.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RESCIGNO, Pietro. *Lezioni su proprietà e famiglia*. Bologna: Casa Editrice Prof. Riccardo Pàtron, 1971.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2.
- RODRIGUES, António José. *Loteamentos ilegais. Áreas urbanas de gênese ilegal – Augi*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ROLNIK, Raquel; MINNICELLI, João Luiz Portolan Galvão. Regularização fundiária e novas regras da futura Lei de Responsabilidade Territorial Urbana – Alguns desafios da nova lei. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. ano 7. n. 40. Belo Horizonte: Fórum, jul.-ago. 2008.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- SALLES, Venicio Antonio de Paula. Regularização fundiária – Considerações sobre a Medida Provisória n. 459/2009. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. ano 9. n. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jan.-jun. 2009.
- _____. Questões enfrentadas pelos grandes centros urbanos. Dificuldades procedimentais para o implemento das metas tendentes à melhor organização das cidades. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. ano 7. n. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jan.-jun. 2006.
- _____. *Direito registral imobiliário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANTIDIÁN, Javier Cortés. *Parcelaciones ilegales: planeamiento, gestión y disciplina*. 21. ed. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, 2010-2011.
- SANTOS, Antonio Jeová. *A função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002.

- SASTRE, Ramón Ma. Roca. *Suplemento al derecho hipotecário*. 5. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1969.
- _____. *Derecho hipotecário*. 5. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954. t. I.
- SAULE JR., Nelson. Como regularizar? In: Alfonsin, Betânia de Moraes (org.). *Regularização da terra e da moradia. O que é e como implementar*. Disponível em: []. Acesso em: 12.07.2012.
- SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO. *Projetos de Urbanização de Favelas – São Paulo Architectural Experiment*. São Paulo: Habi – Superintendência de Habitação Popular, 2010. Disponível em: [www.habisp.inf.br/theke/documentos/publicacoes/spae/index.html]. Acesso em: 15.07.2012.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos: em comentário ao Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. vol. III.
- SILVA, Gilberto Valente da. As restrições do loteamento – A prefeitura municipal e o registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 26. p. 7. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1982.
- SILVA FILHO, Elvino. O desmembramento de imóvel perante o registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 7. p. 57. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1981.
- SORIANO NETO. *Publicidade material do registro imobiliário (efeitos da transcrição)*. Recife: Saraiva & C., 1940.
- SOUZA, Maria Angela de Almeida. Loteamentos e assentamentos de gênese ilegal na metrópole do Recife: descompasso entre arcabouço jurídico e realidade social. Regularização fundiária como direito à moradia: qual o caminho? In: BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (orgs.). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: Educ, 2010.
- THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TIMÓN, Antonio Jesús Alonso. *Urbanismo y ordenación del territorio*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2012.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas: Ross – Hart – Bobbio – Dworkin – Villey*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- WOLFF, Martin; RAISER, Ludwig. *Derecho de cosas: posesión – Derecho inmobiliario. Propiedad*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1944. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A regularização fundiária como parte da política urbana, de Betânia Alfonsin – *RDI* 55/249.
- A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia, de Luiz Carlos Alvarenga, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 5, p. 1265;
- O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária, de Marcelo Augusto Santana de Melo, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 701;
- Política nacional de regularização fundiária, de Edésio Fernandes, de *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Édís Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 803; e
- Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as zonas especiais de interesse social (Zeis), de Luciano Lopes Passarelli, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo: Ed. RT, 2012, vol. 6, p. 657.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE IMÓVEIS RURAIS, O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA REGISTRAL

2

e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização

BRUNO BECKER

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania. Registrador de Imóveis, Títulos e Documentos em Nova Ubiratã/MT.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: A regularização fundiária é a grande fórmula para o desenvolvimento econômico, proporcionando a geração de capital e renda para a população. Sem uma base fundiária confiável, inviável se mostra a execução de políticas públicas voltadas à proteção ambiental. Por reforma agrária entende-se o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade. O Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR tem por objetivo a integração e sistematização da coleta, pesquisa e tratamento de dados e informações sobre o uso e posse da terra. A cooperação entre os entes federativos, a descentralização político-administrativa, e a participação da sociedade civil são elementos definidores

ABSTRACT: Land property regularization is the best formula for economic development, granting capital and income generation to the population. Without a reliable agrarian basis, the execution of public policies to promote environmental protection becomes nonviable. Whereas Land Reform is understood as the set of measures intended to promote a better distribution of land by means of modifications to the regime of property and use with the objective of adhering to the principles of social justice and the increase of productivity. The National Land Registration Extract (Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR) aims at promoting the integration and systematization of the collection, research and treatment of data and information about the use and ownership of land. The cooperation between federal entities, the political and administrative

para a implementação da regularização fundiária. Dentre os instrumentos da reforma agrária, cite-se a desapropriação por interesse social, a destinação de terras públicas e devolutas, a usucapião, e tantos outros programas hoje desenvolvidos pelo Governo federal e estadual. Por fim, percebe-se haver uma mudança de paradigmas no Poder Judiciário, ao aplicar o princípio da função social da propriedade contra o Poder Público, priorizando a regularização fundiária.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento econômico – Regularização fundiária – Registro de imóveis – Poder Judiciário.

decentralization and the participation of civil society are defining elements for the promotion of land property regularization. Among the instruments for land property regularization we may quote the expropriation on behalf of social interest, the destination of public land and land in abeyance, usucapion and so many other programs currently developed by Federal and State government. Finally, there is evidence of a change in paradigms by the Judicial Branch as it applies the principle of social function of property against Public Authority, prioritizing land property regularization.

KEYWORDS: Economic development – Land property regularization – Property registration – Judicial Branch.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A regularização fundiária como instrumento para o desenvolvimento econômico – 3. A regularização fundiária como pressuposto para a proteção ambiental – 4. Dos índices de informalidade no campo – 5. Da política agrícola e da reforma agrária – 6. Do cadastro imobiliário – 7. Da criação de um cadastro cartográfico de imóveis rurais – 8. Da descentralização político-administrativa. Da cooperação entre os entes federativos – 9. Da participação da sociedade civil – 10. Dos instrumentos da reforma agrária – 11. Outros institutos jurídicos pró-regularização – 12. Da mudança de paradigmas pelo Poder Judiciário: 12.1 Do reconhecimento da usucapião de terras devolutas; 12.2 Da convalidação de vício existente quando da outorga da titulação. Ausência de autorização do Senado Federal. Aplicação do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima; 12.3 Da usucapião. Ausência de registro. Inexistência de presunção em favor do Estado de que a terra é devoluta; 12.4 Da usucapião. Imóvel localizado em faixa de fronteira. Ausência de presunção de que se trata de terra devoluta; 12.5 Da usucapião tabular. Registro realizado sem a apresentação da certidão negativa do INSS. Nulidade do assento. Bloqueio administrativo da matrícula. Escoamento do prazo de 10 anos. Prescrição aquisitiva; 12.6 Título deslocado. Anuência dos confinantes. Não oposição de eventuais terceiros interessados. Viabilidade da retificação – 13. Considerações finais – 14. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O grande segredo para conquistar o desenvolvimento econômico é descobrir a fórmula para a produção de *capital*. O *capital* é o vetor que movimenta a economia, proporciona o aumento da produtividade, gerando riqueza para as nações.

A regularização fundiária está diretamente relacionada ao processo de proteção, preservação e responsabilização ambiental, constituindo etapa precedente desta.

A Constituição Federal de 1988, na mesma oportunidade que assegura a propriedade privada (art. 5.º, XXII), protegendo da ingerência do Poder Público a propriedade produtiva (art. 185) que esteja cumprindo com sua função social (art. 184), prescreve a compatibilização do instituto da *destinação de terras públicas e devolutas* com a política agrícola e com o Plano Nacional de Reforma Agrária (art. 188).

O Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR) foi instituído pela Lei 5.868/1972, objetivando promover a integração e sistematização da coleta, pesquisa e tratamento de dados e informações sobre o uso e posse da terra. Em 2001, o Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR foi aperfeiçoado, ao criar-se o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR (art. 1.º, § 2.º, da Lei 5.868/1972).

A cooperação entre os entes federativos, a descentralização político-administrativa, e a participação da sociedade civil são elementos relevantes para a promoção da regularização fundiária.

Percebe-se atualmente haver uma mudança de paradigmas pelo Poder Judiciário, ao aplicar o princípio da função social da propriedade contra o Poder Público.

Dessa forma, cumpre ao Poder Público assegurar que a propriedade cumpra com sua função social, devendo-se interpretar os institutos jurídicos sempre em consonância com este princípio norteador da propriedade, a função social, conclamada como princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

2. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O grande segredo para conquistar o desenvolvimento econômico é descobrir a fórmula para a produção de *capital*. O *capital* é o vetor que movimenta a economia, proporciona o aumento da produtividade, gerando riqueza para as nações.

Nesse quadro, Hernando de Soto (2001), reconhecido pela revista Time como um dos 5 maiores líderes inovadores do século, e pela revista Forbes como um dos 15 líderes que “irão reinventar o futuro”, aponta que a regularização fundiária é a grande fórmula para o desenvolvimento, o que viabiliza o acesso ao sistema formal de crédito, fomentando a realização de investimentos, proporcionando a geração de capital e renda para a população, transformando, por fim, o imóvel em ativo financeiro.

Em breves palavras, Soto (2001, p. 79-80) assevera:

“A propriedade semeia o sistema, tornando as pessoas responsáveis e os ativos fungíveis, acompanhando de perto as transações e, assim, proporcionando todos os mecanismos necessários ao funcionamento dos sistemas monetário e bancário e de investimentos.

Hoje em dia, no fim das contas, é a informação documentada encontrada em registros legais de posse e de transações que fornece às autoridades monetárias os indicadores de que precisam para emitir moeda corrente. (...) É a documentação de propriedade que fixa as características econômicas dos ativos para que possam ser usados na garantia de transações comerciais e financeiras e, por fim, proporcionar a base justificativa para os bancos centrais emitirem dinheiro. Para criar crédito e gerar investimento, o que as pessoas hipotecam não são os ativos físicos em si, mas suas representações de propriedade – os títulos e ações registrados – regidos por leis que podem ser executadas em toda a nação.”

De acordo com a revista *Isto é Dinheiro* (2003), “o economista peruano Hernando de Soto é um dos mais notórios economistas latino-americanos. Conselheiro de diversos governos de países em desenvolvimento, ele é tido como um dos maiores especialistas do mundo em programas de combate à pobreza. Sua tese central consiste em regularizar os ativos que os cidadãos pobres possuem, mas que são ignorados pelo sistema formal. De Soto estima em nada menos que US\$ 10 trilhões, algo semelhante ao PIB dos Estados Unidos, o valor da riqueza não contabilizada nos países do Terceiro Mundo. Ao legalizar esses ativos, De Soto avalia que milhões de pessoas, hoje à margem do sistema, seriam integradas à economia de mercado, tendo acesso aos mecanismos de crédito”.

A esse respeito, é importante citar a Res. Bacen 3.545/2008, que condiciona a comprovação da regularidade cadastral e ambiental como pressupostos para a concessão de crédito rural nos municípios que integram o bioma amazônico, revelando o impacto direto que a irregularidade fundiária e ambiental gera no desenvolvimento econômico do país.

Por derradeiro, pontua a Agência CNJ de Notícias: “Porque não fez a reforma agrária rural e a urbana, o Brasil jogou fora 30% do seu Produto Interno Bruto (PIB), de acordo com estimativas apresentada pelo professor da Universidade de São Paulo, Celso Fernandes Campilongo, nesta sexta-feira (10.09), durante o II Encontro Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários, realizado em Belém (PA). Campilongo estima que se o Brasil tivesse promovido há 30 anos a reforma rural e urbana, garantindo a redistribuição da propriedade, o

país teria hoje uma economia cerca de 30% superior a atual, o que colocaria a economia brasileira em patamar semelhante à da Itália e do Reino Unido”.

3. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO PRESSUPOSTO PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL

A regularização fundiária está diretamente relacionada ao processo de proteção, preservação e responsabilização ambiental, constituindo etapa precedente desta.

Sobre a Amazônia Legal, salienta Barros (2009), que “o clima de indefinição sobre a propriedade fundiária na região também leva inevitavelmente à devastação da floresta. Como ainda existem vastas terras públicas sem controle definido, ‘é mais barato abrir novas áreas para a agropecuária do que investir nas já abertas’, analisa Barreto. Sem um cadastro confiável, o Governo também tem dificuldade para cobrar dos verdadeiros donos dos imóveis rurais o respeito à legislação ambiental, que prevê entre outras regras a preservação de ao menos 80% da floresta nativa nos imóveis rurais localizados no bioma amazônico”.

Na mesma linha, notícia divulgada pela Agência Brasil, em 26.05.2009, evidencia que a regularização fundiária é apontada como uma das preocupações do então Ministro de Assuntos Estratégicos do Governo federal, Mangabeira Unger, sendo etapa antecedente ao processo de regularização ambiental (UNGER, 2009):

“... O Ministro da Secretaria de Assuntos Estratégicos, Mangabeira Unger, voltou a defender hoje (26) a regularização de propriedades na Amazônia de até 1.500 hectares prevista na MedProv 458, aprovada na Câmara e que tramita no Senado. (...).

‘Se não resolvermos este problema, não avançaremos em qualquer outra frente. Eu tenho ficado preocupado de ouvir as muitas distorções a respeito da regularização fundiária’, afirmou Mangabeira Unger ao comentar análises de que a medida provisória significaria uma legalização de grileiros.

Unger ressaltou que a medida tem como objetivo coibir a grilagem promovida ‘por máfias que se beneficiam da falta de regularização’. O Ministro qualificou de absurdo querer chamar de grileiros 500 mil famílias que residem em áreas urbanas e outras 400 mil que estão em áreas rurais.

‘São eles que construíram a Amazônia. Chamá-los de grileiros é como chamar de grileiros os que ocuparam ou construíram os Estados Unidos e a Austrália. É um erro também dizer que a regularização fundiária beneficia os gráudos. As regras são destinadas a favorecer os pequenos e médios posseiros’, disse.

O Ministro lembrou que, de acordo com as normas das reservas legais, só 20% das posses estão abertas para uma atividade econômica livre. Unger acrescentou que, com a legalização, pela primeira vez o Brasil terá um modelo de organização econômica e social ‘com poderoso viés em favor do pequeno e do médio [posseiro]’.

Mangabeira Unger defende que, resolvido o problema da legalização da propriedade na Amazônia, o próximo passo a ser dado será a regularização ambiental brasileira. ‘Em grande parte, o nosso direito ambiental não é um verdadeiro direito, ele é um não direito travestido de direito’, justificou.”

Da mesma forma, o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – Ipam (2006, p. 85-86) assevera que “a regularização fundiária é um pré-requisito importante para a implementação do processo de licenciamento ambiental das propriedades rurais. Sem uma base fundiária confiável, ficará difícil o desenvolvimento de um programa que busque licenciar as atividades agrárias”.

4. DOS ÍNDICES DE INFORMALIDADE NO CAMPO

Segundo o MDA, apud Ribeiro et al (2010), “estima-se que, no Brasil, exista cerca de um milhão de posseiros na zona rural, ou seja, pessoas que ocupam territórios sem que estejam documentadas e garantidas em relação à propriedade da terra onde moram e produzem”.

De acordo com o Ipam (2006, p. 58), “o Governo federal admite que, na Amazônia, aproximadamente 24% das terras estão sob apropriação privada, 31% são áreas públicas protegidas (sendo que 21% são áreas indígenas e 10% são unidades de conservação) e 45% são terras públicas devolutas, o que representa, aproximadamente, 235 milhões de hectares na Amazônia Legal”.

Na mesma linha, “um estudo do Imazon demonstrou a incerteza sobre o direito de propriedade de 53% do território da Amazônia Legal, o que afeta o avanço e o êxito de políticas na área ambiental e socioeconômica na região”, conforme elucidam Brito e Barreto (2009, p. 1).

Prosseguem os autores (BRITO; BARRETO, 2009, p. 1):

“Considerando a superfície terrestre da Amazônia Legal (4,91 milhões de quilômetros quadrados), em torno de 23% da região são supostamente propriedades privadas, mas sem qualquer validação pelo cadastro de terras administrado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). Ainda há 9% de posses e os outros 21% são áreas supostamente públicas fora de áreas protegidas, mas que podem estar sendo ocupadas.

Há um pouco mais de certeza nos 47% restantes da região: 4% são áreas privadas com validação do cadastro de imóveis rurais do Incra e 43% são áreas

protegidas, incluindo Unidades de Conservação e Terras Indígenas (Figuras 1 e 2).”

Relativamente a grilagem de terras, estimativas conservadoras do Governo federal apontam que “o total de terras no país sob suspeita de serem griladas é de aproximadamente 100 milhões de hectares. Isso representa quatro vezes a área do Estado de São Paulo, quase 12% do território nacional. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Incra, confirmou em julho de 2000 o cancelamento do cadastro de 1.899 grandes propriedades rurais, com área total equivalente a 62,7 milhões de hectares – o que corresponde a quase três vezes o território de São Paulo, estando 33.586.837 hectares somente na região Norte” (Ipam, 2006, p. 16).

5. DA POLÍTICA AGRÍCOLA E DA REFORMA AGRÁRIA

A Constituição Federal, no capítulo que trata “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, estabelece:

“Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

- I – os instrumentos creditícios e fiscais;
- II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
- III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
- IV – a assistência técnica e extensão rural;
- V – o seguro agrícola;
- VI – o cooperativismo;
- VII – a eletrificação rural e irrigação;
- VIII – a habitação para o trabalhador rural.

§ 1.º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2.º Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.”

“Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.”

Decorre do § 1.º do art. 1.º da Lei 4.504/1964 a definição de reforma agrária: “Considera-se reforma agrária o conjunto de medidas que visem a promover

melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade”.

A política agrícola, por sua vez, vem caracterizada como o “conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do país” (§ 2.º do art. 1.º da Lei 4.504/1964).

Prescreve o § 2.º do art. 187 da CF/1988, que “serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária”.

A Constituição Federal de 1988, na mesma oportunidade que assegura a propriedade privada (art. 5.º, XXII), protegendo da ingerência do Poder Público a propriedade produtiva (art. 185) que esteja cumprindo com sua função social (art. 184), prescreve a compatibilização do instituto da *destinação de terras públicas e devolutas* com a política agrícola e com o Plano Nacional de Reforma Agrária (art. 188).

A *propriedade privada* e a *função social da propriedade*, por sua vez, vêm arroladas na Constituição Federal de 1988 dentre os direitos e garantias individuais (art. 5.º, XXIII), constituindo princípios basilares da atividade econômica (art. 170, III), e pressupostos inarredáveis para a promoção da Política de Desenvolvimento Urbano (art. 182, § 2.º) e rural (art. 186, I a IV), conforme segue:

“Constituição Federal de 1988:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;”

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo

ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...)

§ 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

“Art. 186. 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.”

Depreende-se, dessa forma, que, observado o princípio da função social da propriedade, não existe qualquer impedimento constitucional para a regularização de áreas até 2.500 hectares, exigindo-se, para áreas superiores a este patamar, prévia autorização do Congresso Nacional (art. 188, § 1.º, da CF/1988).

Em razão disso, mediante a edição de lei, poderá a União e os Estados regulamentarem o procedimento de regularização fundiária de terras públicas de até 2.500 hectares.

A regularização fundiária, portanto, deve ser compreendida como um instrumento da reforma agrária, protegendo a propriedade privada (pequena, média ou grande) que esteja cumprindo a sua função social, havendo apenas a exigência da prévia aprovação do Congresso Nacional para áreas superiores a 2.500 ha.

Definindo a regularização fundiária como espécie do gênero reforma agrária, assevera Portela (2010):

“A regularização fundiária de ocupações incidentes em imóveis públicos rurais é instituto que visa implementar a política de reforma agrária, visando promover uma melhor distribuição de terras. (...)

Na tentativa de garantir o cumprimento da função social da propriedade rural por parte do Poder Público, o art. 188 da CF/1988 ressalta que as terras públicas federais (devolutas ou já discriminadas e arrecadadas) devem ter sua destinação voltada, preferencialmente, para o desenvolvimento da política agrícola e para propiciar uma melhor distribuição de terras por meio da reforma agrária.

Como já exaustivamente defendido o termo ‘reforma agrária’ deve ser interpretado de forma ampla, conforme conceituado no art. 1.º, § 1.º, do Esta-

tuto da Terra, englobando o conjunto de medidas que visem a promover uma melhor distribuição de terras, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade (Estatuto da Terra, art. 1.º, § 1.º).

Portanto, a regularização fundiária exsurge como um dos instrumentos de efetivação da reforma agrária.

Neste sentido, L. Lima Stefanini [04], afirma que ‘regularização de posse’: é um modo derivado, oneroso e preferencial de aquisição de terras públicas, mediante procedimento típico do órgão executivo, em benefício daqueles que, achando-se na posse destas terras nas formas e sujeições da lei, fazem por provocar a liberalidade do Poder Público de alienar-lhes as terras apossadas, independente de concorrência pública.

E é justamente dentro do contexto de função social da propriedade (aplicável inclusive ao Poder Público), visando promover a justa distribuição de terras (reforma agrária), que se pode defender a previsão implícita para a regularização fundiária no Brasil.”

Há, portanto, uma relação direta entre o instituto da regularização fundiária e a reforma agrária, na concepção dada pela Constituição Federal de 1988.

6. DO CADASTRO IMOBILIÁRIO

O Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR) foi instituído pela Lei 5.868/1972, objetivando promover a integração e sistematização da coleta, pesquisa e tratamento de dados e informações sobre o uso e posse da terra.

A gestão do SNCR é feita pelo Incra, a partir das superintendências regionais situadas em cada Estado da federação, que podem firmar convênios com os Municípios, para criação de Unidades Municipais de Cadastramento (UMCs), para cooperação através da delegação de atribuições cadastrais. Também nos Estados onde se realiza a regularização de forma conjunta, os órgãos estaduais de terra são responsáveis pela inclusão das informações de imóveis até 4 MF.

Em 2001, o Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR foi aperfeiçoado, ao criar-se o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR (art. 1.º, § 2.º, da Lei 5.868/1972); a interconexão necessária entre o registro de imóveis e o Incra (art. 22, § 7.º e § 8.º, da Lei 4.947/1966), e a exigência da prévia certificação para a prática de qualquer ato de desmembramento, parcelamento ou remembramento, e transferência de imóveis rurais (art. 176, § 3.º e § 4.º, da Lei 6.015/1973), dispositivos estes incluídos pela Lei 10.267/2001.

De acordo com o MDA (sem data, p. 147), “a ausência de informações públicas e de um cadastro consistente sempre impediram que o Estado brasileiro se assenhorasse de todo o território nacional. À época da elaboração do II PNRA, em 2003, os dados obtidos no cadastro do Incra indicavam que apenas 50,86% da área total do País estavam na condição de cadastradas, caracterizando uma situação de instabilidade jurídica. Hoje o cadastro do Incra contém 67% da área do País”.

A precariedade da situação cadastral das áreas situadas na Amazônia Legal é ainda mais grave. “Segundo a tabulação realizada em 2003, pela Coordenação de Obtenção da Diretoria de Ordenamento Fundiário do Incra, apenas 35% da área territorial da Amazônia Legal estava cadastrada no SNCR” (ALVES; MARRA, 2010, p. 9).

A tabela abaixo revela a fragilidade do sistema de cadastro de imóveis do Incra.

Informações Cadastradas no SNCR Agrupadas por Municípios, Amazônia Legal, 2003.

UF	Municípios que apresentaram área cadastrada superior a área do município	Municípios que apresentam menos de 50% de sua área territorial cadastrada no SNCR	Total de municípios
AC	0,0%	76,2%	21
AM	0,0%	90,3%	62
AP	0,0%	93,8%	16
MA	11,1%	58,9%	180
MT	33,8%	20,9%	139
PA	4,9%	65,7%	143
RO	11,3%	60,4%	53
RR	13,3%	73,3%	15
TO	24,5%	20,1%	139
Total	15,1%	50,4%	768

Adaptada de Alves; Marra (2010, p. 9).

De acordo com Alves e Marra (2010, p. 9):

“Na Tabela 1 é possível observar a enorme lacuna existente nos dados cadastrados no SNCR. Por um lado, cerca de 15% dos municípios dessa região apresentam uma área cadastrada que excede sua dimensão territorial. Por outro lado, mais de 50% dos municípios apresentam menos de 50% de sua extensão territorial cadastrada no SNCR.

Estes dados são um exemplo da fragilidade das informações constantes na base de dados do Incra para o início do trabalho de regularização fundiária na Amazônia Legal, indicando a necessidade de buscar outras fontes de informação para o início deste esforço, dentre os quais os dados coletados no Censo Agropecuário de 2006, do IBGE.”

Em 2007, o TJPA instituiu a *Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem*, para acompanhar os processos relacionados à posse da terra que possam caracterizar grilagem e promover estudos sobre a questão fundiária, propor medidas que visem o ordenamento fundiário e que inibam as ações fraudulentas para a obtenção da posse e propriedade de grandes áreas rurais.

Os dados levantados pela Comissão são impressionantes (Iterpa):

“Situações encontradas:

(erros de escrituração do registro?)

Alguns registros apresentam áreas que, possivelmente, são frutos de erros de escrituração, com vírgulas no lugar errado provocando aberrações:

O caso mais clamoroso é o do documento expedido pela Prefeitura Municipal de Altamira em favor de Pedro Andrade Melgaço, onde consta uma área de 410.000.000,00 (quatrocentos e dez milhões de hectares), isto é, mais de três vezes a área do Estado do Pará.

O mesmo pode ter acontecido com o imóvel Amparo, da comarca de Chaves, com uma área pretensamente de 13.068.000,00 (treze milhões e sessenta e oito mil) ha.”

“Encontrados milhares de registros de documentos que não transferem domínio

Foram encontrados registros feitos com base em títulos provisórios, títulos de posse, títulos intencionais, escritura de compra e venda de benfeitorias e de cessão de posse, escritura particular, escritura de posse: cessão ou adjudicação de direitos hereditários de imóveis que são posses, meras escrituras públicas de compra e venda, autorização licença título precário expedida pela Sagri, contratos de arrendamento.”

“Registros duvidosos

Mais de cinco mil registros têm área superior ao limite constitucional sem que tenha sido apresentada a autorização do Senado ou do Congresso Nacional.”

Ao final dos trabalhos, determinou-se o cancelamento de 9.124 áreas (matrículas) no Estado do Pará, abrangendo um total de 489.887.364,40 ha,

o que representava 3,9 vezes a área total do Estado do Pará (Área do Pará: 124.768.951,50 ha). Em alguns municípios, como por exemplo o Município de Mojú, a área irregular cancelada equivalia a 11,7 vezes o tamanho do município; em São Felix do Xingú, a área irregular cancelada media 2,6 vezes o tamanho do município; em Tucuruí, a área total cancelada expressava 4,3 vezes o tamanho do município, conforme dados apresentados pelo próprio Iterpa.

Dessa forma, percebe-se a necessidade da formação de um Sistema Nacional de Cadastro Rural seguro e confiável, como pressuposto necessário para a implementação de políticas públicas voltadas ao ordenamento territorial, regularização fundiária, eliminação de conflitos, e para a promoção do desenvolvimento econômico e social da nação.

7. DA CRIAÇÃO DE UM CADASTRO CARTOGRÁFICO DE IMÓVEIS RURAIS

A Lei 10.267/2001, objetivando construir um cadastro cartográfico de imóveis rurais, dentro do Sistema Nacional de Cadastro Rural, de forma simétrica ao registro de imóveis, impôs a exigência de certificação para qualquer ato de transferência de imóveis rurais (art. 176, § 4.º, da Lei 6.015/1973).

A Lei 4.504/1964, com a redação dada pelo Dec. 5.570/2005, condicionou a apresentação da certificação para a prática dos seguintes atos registrais: I – desmembramento, parcelamento ou remembramento; II – transferência de área total; III – criação ou alteração da descrição do imóvel, resultante de qualquer procedimento judicial ou administrativo.

Pela falta de estrutura material e funcional do órgão federal, Incra, o cadastro topográfico e a atualização dos dados do Cadastro Nacional de Imóveis Rurais, operada via comunicação do registro de imóveis (interconexão necessária), não está sendo efetivada a contento, comprometendo, de um lado, a tentativa do Governo federal de criar um cadastro nacional integrado e simétrico de propriedades rurais, inviabilizando, de outro, a livre circulação do capital impregnado nas transações imobiliárias.

Há necessidade, portanto, da criação de um eficiente instrumento de cadastramento de dados e de topografia, para permitir a representação fidedigna de todas as ocupações existentes no território brasileiro, para pública consulta, somente assim se conseguindo resolver o problema fundiário existente em nossa Nação.

Nesse sentido, equacionam Imparato e Saule Jr. (2007, p. 120-125):

“O cadastro territorial não deve mais ser encarado como problema e sim como solução, desde que passe pela necessária mudança estrutural, dentro

do ordenamento jurídico brasileiro. Entendemos que a construção ideal é a que apresenta cadastros confiáveis que informem, além dos dados dos proprietários, os dados territoriais propriamente ditos, os de seus ocupantes e também dados econômicos sobre o território. Todavia, não se pode continuar com cadastros territoriais desvinculados do território que permite todo o tipo de parcelamento ilegal do solo e favorece especialmente a grilagem de terras.

Assim, não é possível, no século XXI, não ser obrigatório o vínculo entre o título de propriedade e sua representação na cartografia urbana ou rural. A não vinculação dificulta as decisões do Poder Judiciário, quando confrontado por um conflito no qual mais de um proprietário reclama para si os direitos sobre a mesma gleba. Além do mais, a dissociação entre o registro imobiliário e o cadastro fiscal mantido pelas prefeituras municipais dificulta, também, o poder de polícia da municipalidade, para fazer cumprir a função social da propriedade urbana, e impede o correto lançamento de tributos. Ou seja, no limite tende a fomentar conflitos urbanos e rurais e empobrece o Estado, que acaba refém da situação por ele criada.

Passaremos a considerar agora o contexto legal em que se insere a ausência de mapas cadastrais nos cartórios de registro de imóveis e os limites legais dessa questão, que, como todas as demais referentes a propriedade, podem ser traçadas desde o Brasil Colônia. (...)

Entendemos que a maior perda de oportunidade histórica, para se inserir a obrigatoriedade de vinculação entre mapas cartográficos e o imóvel objeto de seu registro no ordenamento jurídico pátrio, foi a publicação do Dec. 451, *b*, de 31.05.1890, pelo Governo Provisório da Primeira República. Por meio dele adotou-se o método de Tórrens para o registro de imóveis. No entanto, olvidou-se o legislador de vincular o registro a sua representação cartográfica, que é a razão do sucesso da aplicação desse método no país natal de seu criador, a Austrália.

O Código Civil de 1916, que obrigou a transcrição registraria da transação (art. 530, *i*) para a tradição da propriedade imóvel, preocupou-se antes com a forma do ato jurídico, escritura pública ou decisão judicial, sem sua necessária vinculação ao mapa cartográfico da região. Quase cem anos mais tarde, nos arts. 1.245 e ss. do Código Civil vigente, o legislador continuou se preocupando apenas com formalidades do registro para a tradição do imóvel, esquecendo-se novamente que imóvel significa território e que sem representação cartográfica sua identificação está prejudicada. (...)

Hoje, com a renovação imposta a essa atividade pela Constituição Federal, os próprios registradores reconhecem a fragilidade do sistema registrário. Para ficar em um exemplo, Luiz Egon Richter diz:

‘O registro de imóveis enquanto instituição, que tem por fim assegurar a publicidade, segurança e eficácia jurídica, de uma parcela dos direitos reais e pessoais, assim como a própria atividade registral enquanto meio para atingir tal fim, passa por um momento crítico. Essa crise, entretanto, pode ser o combustível para o aperfeiçoamento com vistas a construção de um registro de imóveis credível, em que a especificação do imóvel na matrícula seja, efetivamente, o reflexo da realidade fática, os direitos constituídos e declarados vão além da presunção e o serviço seja prestado de forma eficiente, célere e segura.’

Como vimos, é justa a preocupação do nobre registrador. Todavia, para a eficiência real do sistema, além da necessidade dos mapas cartográficos, a construção de um sistema de cadastro territorial único é indispensável. Hoje, há vários cadastros territoriais estanques que não guardam relação entre si. (...)

A precariedade do cadastro territorial brasileiro fica ainda mais evidente, quando percebemos que os cadastros registrários são completamente desvinculados dos cadastros imobiliários mantidos pelos municípios. E, ainda, os cadastros imobiliários das terras estaduais constituem um mundo a parte e todos não guardam conexão com o cadastro das terras rurais mantido pela União.

Deste samba cadastral decorrem infinitos problemas. Parece-nos que os mais importantes são os fiscais e os ecológicos. De fato, uma vez que a manutenção de convênios entre municípios e serviços de imóveis não é obrigatória, eles acabam sendo relegados a última posição nas prioridades de gastos municipais, o que é uma visão estreita porque esse tipo de convênio aumentaria a arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), que é o único tributo sobre o qual o município tem total controle.

O mesmo se pode dizer do Imposto Territorial Rural (ITR), cuja competência para instituição cabe a União, e, no limite dessa disparidade, decorrem as dificuldades da cobrança dos tributos devidos pela ocupação de seus imóveis.

(...)

Algumas tentativas têm sido feitas para melhorar o cadastro territorial brasileiro. Para as áreas rurais, existe o Sistema de Cadastro Rural, que, criado, em 30.11.1964, pela Lei 4.504, Estatuto da Terra, foi regulamentado pela Lei 5.868, de 12.12.1972. Essa última lei conheceu alterações pontuais dadas pela Lei 10.267, de 28.08.2001, que, sem dúvida, tem potencial revolucionário, visto que prescreve a descrição geodésica dos imóveis rurais e cria o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais.

E verdade que a descrição geodésica do imóvel não equivale a representação cartográfica do território descrito. A última é de mais fácil visualização por qualquer pessoa do povo, enquanto a primeira só é compreensível por técnicos

especialistas que conseguem inserir aquela descrição de um território maior. De qualquer forma, considerando a imprecisão pela qual tem sido descritas as glebas de terras, desde as sesmarias, trata-se de avanço fantástico no sentido de atribuir verossimilhança ao território cadastrado e, portanto dar segurança ao cadastro. (...)

Em resumo, para os imóveis da União faz-se necessário criar um sistema único e confiável de cadastro territorial para, inclusive, facilitar sua atualização. E assim que forem conhecidos os problemas e regularizadas as ocupações, será alimentado esse cadastro territorial, que deverá ter vínculos estreitos com os cadastros municipais, estaduais e registrários.”

Diante dessas considerações, de forma paralela ao aprimoramento do sistema de registro de imóveis, que caminha para a modalidade eletrônica, há que se refletir sobre a viabilidade técnica e operacional de implantar-se o *Cadastro Provisório de Dados e de Cartografia de Imóveis Rurais* e o *Cadastro Definitivo Georreferenciado de Imóveis Rurais* junto ao registro de imóveis, para recepção de domínios e de posse, não restrito somente a certificação da propriedade, mas abarcando também o cadastramento (dados, topografia e georreferenciamento) de toda ocupação legítima existente no território nacional.

O *Cadastro Provisório de Dados e de Cartografia de Imóveis Rurais* seria alimentado mediante o preenchimento de *Declaração de Ocupação*, acompanhada de mapa e de memorial descritivo (em meio físico e digital), firmados pelo proprietário e por profissional técnico, juntamente com a Anuência dos cofinantes.

O *Cadastro Definitivo Georreferenciado de Imóveis Rurais* seria realizado mediante a apresentação de requerimento, acompanhado de Mapa e Memorial descritivo georreferenciado (em meio físico e digital), firmados pelo proprietário e profissional técnico, observando os mesmos parâmetros exigidos pelo Incra para a certificação, proporcionando, com isso, a apuração e a inibição de eventuais sobreposições de imóveis rurais junto ao registro de imóveis.

Mediante o aprimoramento do sistema registral, passando a exercer função de cadastramento de dados e de topografia, haverá possibilidade de alimentação do Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR a partir do Registro de Imóveis (“interconexão necessária”), mediante a remessa de arquivo digital contendo as informações cadastrais aos entes públicos, Incra, Município e Receita Federal, proporcionando, de um lado, maior eficiência na gestão rural por parte do Poder Público, assegurando, de outro, eficácia e segurança jurídica na prestação do serviço notarial e registral, como garantia da fé-pública notarial e registral.

8. DA DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. DA COOPERAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

Edésio Fernandes (sem data) assevera que, apesar da autonomia político-administrativa que os municípios conquistaram na Constituição Federal de 1988, parece persistir a crença que os municípios não têm competência para agir dentro de suas próprias zonas rurais. Para o autor:

“O ‘mito da zona rural’ tem origem na história de centralismo e autoritarismo do país e precisa ser corrigido com urgência. Ao invés de entregar seus territórios a ação ineficaz e incompetente do distante Incra, transformando as zonas rurais em verdadeiras terras-de-ninguém; ao invés de ignorar a necessidade de enfrentar as questões rural e ambiental, facilitando a especulação imobiliária; ao invés de abolir as zonas rurais, os municípios deveriam talvez acabar com as ‘Secretarias Municipais de Desenvolvimento Urbano’, tal como elas existem, de forma a que elas se transformem em agências modernas de planejamento e promoção do desenvolvimento municipal integrado e sustentável.”

O Estatuto da Terra, Lei 4.504/1964, com a redação dada pela MedProv 2.183-56/2001, elenca a cooperação entre os entes federativos e a descentralização político-administrativa como elementos relevantes para a promoção da regularização fundiária, conforme segue:

“Art. 6.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão unir seus esforços e recursos, mediante acordos, convênios ou contratos para a solução de problemas de interesse rural, principalmente os relacionados com a aplicação da presente Lei, visando a implantação da Reforma Agrária e à unidade de critérios na execução desta.

§ 1.º Para os efeitos da reforma agrária, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra representará a União nos acordos, convênios ou contratos multilaterais referidos neste artigo.

§ 2.º A União, mediante convênio, poderá delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o cadastramento, as vistorias e avaliações de propriedades rurais situadas no seu território, bem como outras atribuições relativas à execução do Programa Nacional de Reforma Agrária, observados os parâmetros e critérios estabelecidos nas leis e nos atos normativos federais.

(...)

§ 5.º O convênio de que trata o *caput* deverá prever que a União poderá utilizar servidores integrantes dos quadros de pessoal dos órgãos e das entidades da Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a execução das atividades referidas neste artigo.”

“Art. 7.º Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades, pertinentes aos problemas rurais, e, reciprocamente, a União poderá, em matéria de sua competência, cometer a funcionários estaduais, encargos análogos, provendo às necessárias despesas de conformidade com o disposto no parágrafo terceiro do artigo 18 da Constituição Federal.”

Dessa forma, nos termos da Lei 4.504/1964, para a plenitude do processo de regularização, impõe-se a atuação conjunta dos entes federativos, para, mediante a união de esforços e de recursos, resolver os problemas de interesse rural (art. 6.º, *caput*), autorizando-se, para o fim cominado, a delegação de atribuições (art. 6.º, § 2.º, da Lei 4.504/1964) e a cessão de funcionários entre os entes federativos (art. 7.º da Lei 4.504/1964).

A implementação das Unidades Municipais de Cadastramento – UMCs, mediante a formalização de convênio entre os municípios e o Incra, é o primeiro passo para o processo de descentralização, capacitando os municípios a realizar uma adequada gestão sobre seu território rural.

9. DA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

A participação da sociedade civil é elemento relevante para a promoção da regularização fundiária, na condição coadjuvante e como mecanismo de controle dos atos praticados pelo Poder Público.

Em diversos dispositivos legais, encontramos a previsão da participação popular no processo que visa à implementação da reforma agrária.

Nesse sentido, prescreve a Lei 4.504/1964:

“Art. 6.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão unir seus esforços e recursos, mediante acordos, convênios ou contratos para a solução de problemas de interesse rural, principalmente os relacionados com a aplicação da presente lei, visando a implantação da reforma agrária e à unidade de critérios na execução desta.

(...)

§ 3.º O convênio de que trata o *caput* será celebrado com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios que tenham instituído órgão colegiado, com a participação das organizações dos agricultores familiares e trabalhadores rurais sem terra, mantida a paridade de representação entre o Poder Público e a sociedade civil organizada, com a finalidade de formular propostas para a adequada implementação da política agrária.

§ 4.º Para a realização da vistoria e avaliação do imóvel rural para fins de reforma agrária, poderá o Estado utilizar-se de força policial.

(...)

“Art. 8.º Os acordos, convênios ou contratos poderão conter cláusula que permita expressamente a adesão de outras pessoas de direito público, interno ou externo, bem como de pessoas físicas nacionais ou estrangeiras, não participantes direta dos atos jurídicos celebrados.

Parágrafo único. A adesão efetivar-se-á com a só notificação oficial às partes contratantes, independentemente de condição ou termo.”

Na mesma linha, o Dec. 2.250/1997, que dispõe sobre a vistoria em imóvel rural destinado a reforma agrária e dá outras providências, prevê que entidades representativas de trabalhadores rurais podem indicar ao Incra imóveis passíveis de desapropriação para reforma agrária, que deverá ser comunicado para acompanhar o levantamento de dados e informações.

“Art. 1.º As entidades estaduais representativas de trabalhadores rurais e agricultores poderão indicar ao órgão fundiário federal ou ao órgão colegiado de que trata o art. 2.º, § 1.º, da Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, áreas passíveis de desapropriação para reforma agrária.”

“Art. 2.º A realização da vistoria prevista no artigo anterior será comunicada à entidade representativa dos trabalhadores rurais e das classes produtoras, a fim de que cada entidade possa indicar um representante técnico para acompanhar o levantamento de dados e informações.”

Por sua vez, a Lei 11.952/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, prevê a participação de representantes da sociedade civil na formação de comitê constituído para avaliar a implementação das normas que prescrevem a regularização fundiária na Amazônia Legal, nos termos:

“Art. 35. A implementação das disposições desta Lei será avaliada de forma sistemática por comitê instituído especificamente para esse fim, assegurada a participação de representantes da sociedade civil organizada que atue na região amazônica, segundo composição e normas de funcionamento definidas em regulamento.”

Nesse ponto, é salutar a participação direta da sociedade civil no processo de regularização fundiária, merecendo ênfase neste ponto a iniciativa do registrador de imóveis, seja instigando a formação de projetos de regularização, seja prestando a devida orientação jurídica para os projetos em andamento, ou mesmo monitorando o trâmite da regularização, quando promovida pelo Poder Público.

10. DOS INSTRUMENTOS DA REFORMA AGRÁRIA

Como instrumento de regularização, a Constituição Federal de 1988 prevê, dentre outros institutos, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, e a destinação de terras públicas e devolutas, nos termos:

“Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

De forma genérica, o art. 188 da CF/1988 prescreve que a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o Plano Nacional de Reforma Agrária.

“Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§ 1.º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§ 2.º Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.”

“Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.”

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 prevê como mecanismo de regularização, a *destinação de terras públicas e devolutas* (art. 188), não fazendo qualquer menção a arrecadação de terras devolutas (que é um meio, e não o fim), impondo-se, dessa forma, mudar o enfoque do Poder Público, que mais parece priorizar a arrecadação do que a destinação, como política de governo, devendo assumir sua função constitucional de “regulação”, procedendo, dessa forma, a *destinação de terras públicas e devolutas*, pelo procedimento mais célere que lhe couber (discriminação, arrecadação, legitimação, alienação ou concessão, não se podendo descartar, eventualmente, a utilização da usucapião ou da adjudicação compulsória no processo de regularização de terras devolutas).

Por sua vez, a Lei 8.629/1993, ao dispor sobre os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal de 1988, regulamenta a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

A seu turno, a Lei 6.383/1976 define o procedimento do Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, prevendo a regularização de áreas de até 100 hectares, para o ocupante que: (a) tenha tornado a terra pública produtiva, com seu trabalho e o de sua família; (b) não seja proprietário de imóvel rural; (c) comprove moradia permanente e cultura efetiva, pelo prazo de um ano.

No processo de regularização, será expedida Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais quatro anos, sendo que o ocupante passa a ter preferência para aquisição do lote pelo valor mínimo estabelecido em planilha referencial de preços.

Por derradeiro, cumpre referir o Programa Terra Legal do Ministério do Desenvolvimento Agrário.

O Programa Terra Legal teve início em 2009, com a edição da Lei 11.952/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal.

Possui abrangência sob os nove Estados da Amazônia Legal: Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, atingindo um total de 436 Municípios, em que foi identificada a existência de terras federais. Pretende-se regularizar um total de 296.858 posses até 15 módulos fiscais (1.500,00 ha).

O Programa Terra Legal prevê ainda a doação de 172 núcleos urbanos para os respectivos municípios da Amazônia Legal, caso em que se verificou que a totalidade da sede do município incide sob terra federal não destinada, o que inviabiliza o planejamento urbano, a realização de obras e investimentos de melhorias para a comunidade.

O cadastramento, o georreferenciamento e a titulação são os três passos previstos no Programa Terra Legal para a regularização fundiária.

Admite-se como entidades legitimadas a realizar o cadastramento, além dos servidores do Programa Terra Legal, os Órgãos Estaduais de Terra ou Emater, Municípios e Entidades ligadas aos produtores, trabalhadores rurais e demais entidades que hoje emitem a DAP.

A Lei 11.952/2009 tem por objetivo titular as posses já consolidadas, de forma célere, prevendo, com isso, a simplificação de alguns procedimentos.

Por oportuno, cumpre relacionar algumas normativas trazidas pela Lei 11.952/2009, para simplificar o processo de regularização:

a) Ocupações de áreas de até 15 módulos fiscais e não superiores a 1.500 ha (mil e quinhentos hectares), respeitada a fração mínima de parcelamento (art. 6.º, § 1.º), com dispensa de licitação (art. 12);

b) Ocupação e exploração direta, mansa e pacífica, anterior a 01.12.2004;

c) Para área contínua de até um módulo fiscal: a alienação e/ou a concessão de direito real de uso dar-se-ão de forma gratuita, dispensada a licitação (art. 11); gratuidade do registro (parágrafo único);

d) Para área contínua acima de um módulo fiscal e até 15 módulos fiscais: a alienação e a concessão de direito real de uso dar-se-ão de forma onerosa, dispensada a licitação;

e) Para áreas até quatro módulos fiscais: (a) não serão cobrados os custos relativos à execução dos serviços topográficos, se executados pelo Poder Público (art. 12, § 1.º); (b) poderão ser aplicados índices diferenciados para a fixação do preço (art. 12, § 3.º); (c) os requisitos para a regularização serão averiguados por meio de declaração do ocupante, ficando dispensada a vistoria (art. 13); os títulos serão intransferíveis e inegociáveis pelo prazo de 10 anos (art. 15, § 3.º);

f) Para áreas superiores a quatro módulos até 15 módulos: (a) serão cobrados os custos relativos à execução dos serviços topográficos, se executados pelo Poder Público (art. 12, § 2.º); (b) avaliação com base no valor mínimo estabelecido em planilha referencial de preços (art. 12, § 1.º); (c) Mediante anuência do órgão expedidor, o imóvel poderá ser transferido, decorridos três anos da titulação, desde que cumpridas as cláusulas resolutivas, tendo o adquirente preenchido os requisitos previstos em regulamento (art. 15, § 4.º);

g) Pagamento do preço pelo beneficiário de forma parcelada, em até 20 anos, com carência de até três anos para pagamento (art. 17). Desconto de até 20% para pagamento à vista (art. 17, § 2.º);

h) Dispensa da certificação para o ato de abertura de matrícula (art. 10). Os atos registrares subsequentes deverão ser feitos em observância ao art. 176 da Lei 6.015, de 31.12.1973 (art. 10, parágrafo único, da Lei 11.952/2009);

i) Para áreas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, incidentes sobre terras da União: (a) Previsão de doação da área aos Municípios interessados (art. 21); (b) Dispensa do georreferenciamento do remanescente da área (art. 26, § 5.º);

j) Previsão da realização de acordos de cooperação técnica, convênios ou outros instrumentos congêneres, entre a União, Estados e Municípios, para a aplicação das atividades previstas na Lei (art. 32);

l) Previsão da criação de comitê, composto por representantes da sociedade civil organizada que atue na região amazônica, para a implementação das disposições da Lei (art. 35);

m) Alteração procedidas na Lei 6.015/1973: Previsão da averbação do destaque de imóvel de gleba pública originária (art. 167, II, 24); A Certificação do memorial descritivo de glebas públicas será apenas do perímetro originário (art. 176, § 6.º, da Lei 6.015/1973); Dispensa-se a retificação do memorial descritivo da área remanescente, quando da efetivação do registro do imóvel destacado de glebas públicas, que somente ocorrerá a cada três anos, contados a partir do primeiro destaque, englobando todos os destaques realizados no período (art. 176, § 7.º, da Lei 6.015/1973).

Por derradeiro, considerando que a outorga do *título definitivo de domínio* constitui-se em ato vinculado para o Poder Público, e não discricionário, decorrendo de norma constitucional expressa que prevê a alienação e a concessão de terras públicas como instrumento da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (art. 188, *caput* e § 1.º, da CF/1988), entendemos possível o ajuizamento da ação de adjudicação compulsória contra o Poder Público, preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, não podendo ficar a outorga da titulação à livre disponibilidade do administrador, em atenção ao princípio da função social da propriedade.

11. OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS PRÓ-REGULARIZAÇÃO

I – A Lei 6.969/1981, que vigia antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, previa a usucapião especial rural, de áreas de até 25 hectares, comprovada a posse *ad usucapionem* há mais de cinco anos, inclusive com a previsão expressa da possibilidade de usucapir-se terras devolutas (art. 2.º). Considerando que a sentença da usucapião possui natureza declaratória, há possibilidade de reconhecimento da posse *ad usucapionem* sobre ocupações havidas no período compreendido entre 1981 a 1988.

II – A Lei 6.739/1979 regulamenta o pedido de cancelamento administrativo de matrículas e registros vinculados a título nulo de pleno direito, por parte do Órgão de Terras do Estado, direcionado a Corregedoria-Geral de Justiça.

III – Prevê o § 5.º do art. 214 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) a convalidação da nulidade do registro pelo decurso do tempo, conforme segue:

“Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta. (...)”

§ 5.º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.”

Referido dispositivo, introduzido pela Lei 10.931/2004, que criou, dentre outros, institutos como o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, a Letra de Crédito Imobiliário, a Cédula de Crédito Imobiliário, e a Cédula de Crédito Bancário, visando fomentar o mercado imobiliário, através da criação de mecanismos que garantem segurança jurídica às partes nos contratos de comercialização de bens imóveis, caracteriza-se um novo marco legislativo para a segurança jurídica do registro de imóveis e para o processo de regularização, ao proporcionar a convalidação de vícios existentes no registro, pelo decurso do tempo, permitindo, portanto, a verificação da implementação dos requisitos para a usucapião, com a finalidade de evitar a decretação da nulidade do assento.

12. DA MUDANÇA DE PARADIGMAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Percebe-se atualmente haver uma mudança de paradigmas pelo Poder Judiciário, ao aplicar o princípio da função social da propriedade contra o Poder Público.

O princípio da função social constitui-se em um dos elementos definidores do domínio, sem o qual a propriedade deixa de subsistir. Caracterizando-se como princípio norteador da propriedade, cabe a sua aplicação contra o Poder Público.

Nos termos do art. 186 da CF/1988, 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.

Na mesma linha, prescreve o Estatuto da Terra, Lei 4.504/1964:

“Art. 2.º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1.º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;

d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.”

A seu turno, determina o § 2.º do art. 2.º do Estatuto da Terra, que é dever do Poder Público:

“a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferência nas regiões onde habita, ou, quando as circunstâncias regionais, o aconselhem em zonas previamente ajustadas na forma do disposto na regulamentação desta Lei;

b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.”

Dessa forma, cumpre ao Poder Público assegurar que a propriedade cumpra com sua função social, devendo-se interpretar os institutos jurídicos sempre em consonância com este princípio norteador da propriedade, a função social, conclamada como princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, III, CF/1988), visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; para garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, consoante prescreve o art. 3.º da CF/1988, ao relacionar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Nesse diapasão, é importante citar recentes julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores, aplicando o instituto da função social da propriedade em detrimento da desídia do Poder Público, conclamando ainda a segurança jurídica como princípio norteador do sistema formal de registro da propriedade imobiliária.

12.1 Do reconhecimento da usucapião de terras devolutas

Constituindo uma inovação na esfera jurisdicional, precedente do TJSP reconheceu a possibilidade de usucapião sobre terras devolutas (TJSP, EI 9172311-97.2007.8.26.000/50000, 9.ª Câm. de Direito Privado, j. 22.05.2012, rel. Lucila Toledo).

Referido julgado ampara-se na doutrina de Wagner Inácio Freitas Dias, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, e Silvério Ribeiro, que prescrevem a

necessária reclassificação da definição de bens públicos, em bens materialmente públicos e bens formalmente públicos, caso em que as terras devolutas enquadrar-se-iam como bens formalmente públicos, já que não atreladas a uma finalidade pública, sendo, portanto, passíveis de usucapião.

Segue ementa da decisão:

“Embargos infringentes – Possibilidade de usucapião de público dominial desafetado – Embargos rejeitados. (TJSP, EI 9172311-97.2007.8.26.000/50000, 9.^a Câmara de Direito Privado, j. 22.05.2012, rel. Lucila Toledo).”

No corpo do acórdão:

“Doutrina recente, interpretando a Constituição de forma sistemática e teleológica, busca nos princípios a flexibilização de normas que, interpretadas literalmente, geram injustiças em determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, argumenta-se pela possibilidade de usucapião do bem público, com base na função social da propriedade.

Wagner Inácio Freitas Dias alega que o bem pertencente ao Estado ganha a característica de público pela ‘relevância e utilidade social que possa vir a demonstrar’ (Da possibilidade (constitucional) de usucapião sobre bens públicos, *Revista Forense*, vol. 352, ano 96, p. 575 e ss., p. 583).

O bem estatal deve se reverter de forma benéfica a toda sociedade, derivando daí a especial proteção conferida a ele pela Constituição. Assim, o bem público que não cumpre com sua função social não faz jus à proteção constitucional da imprescritibilidade.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias classificam os bens públicos em bens material e formalmente públicos. Os materialmente públicos possuem uma destinação público-social específica. Já os bens formalmente públicos dispõem apenas de potencial de destinação. Nessa segunda hipótese, viabilizar-se-ia a aquisição por usucapião nos casos em que a não afetação violar a função social da propriedade, que é o parâmetro constitucional que legitima qualquer modalidade de domínio. Alegam que a impossibilidade de usucapião de bens públicos formais fere o princípio da proporcionalidade. E complementam: ‘vivenciamos uma época em que não se avalia o rótulo, mas a efetividade dos modelos jurídicos’ (*Direitos reais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 269).

Silvério Ribeiro argumenta em outro sentido pela possibilidade de usucapião de bens públicos. Defende que a imprescritibilidade dos bens públicos encontra seu fundamento em sua inalienabilidade. A partir do momento em que se torna viável a alienação, admite-se também a usucapião. ‘Se é certo que

imóveis públicos não são adquiridos por usucapião (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF), cabe lembrar que uma vez que foram desafetados, perderam o caráter de imprescritíveis, sendo possível, em tese, sejam adquiridos por usucapião' (*Tratado de usucapião*, 6. ed., Saraiva, 2008, p. 545).

(...)

A conjugação dos argumentos acima leva à conclusão da possibilidade da usucapião de bens públicos dominiais, desafetados para a alienação, cumprida sua função social pelo particular usucapiente.

Conforme exposto, a doutrina ensina que a natureza jurídica do bem público define-se pela destinação que ele recebe.

Atenho-me ao bem dominial, que é o objeto da presente demanda.

Os bens públicos dominiais são os desprovidos de afetação. São bens que podem ser destinados à alienação.

A partir do momento em que o bem entra para a esfera de disponibilidade do Estado, ele perde seu caráter público. A desafetação para alienação demonstra que o Estado já não possui mais interesse naquele bem. Significa que ele já não desfruta de interesse público. Se assim ocorre, não devem mais ser aplicadas as prerrogativas de que dispõem os bens essencialmente públicos. O imóvel destinado à alienação, como o do presente caso, torna-se apenas formalmente público. Não se pode afirmar que a sua natureza jurídica continua a mesma de, por exemplo, uma escola ou um hospital mantidos pelo Estado. Não há, portanto, razão para a sua imprescritibilidade, cuja observância, nesses casos, fere a proporcionalidade.

Se é possível ao Estado alienar certo tipo de bem, não faz sentido que ele não possa perdê-lo, pela sua própria inércia. Impedir a prescrição aquisitiva do bem desprezado pelo Estado afronta a função social da propriedade.

A função social passou do limite da propriedade para se tornar o seu conteúdo. Ela é uma cláusula geral que visa funcionalizar o direito contemporâneo.

A norma constitucional que estabelece que os bens públicos são insuscetíveis de usucapião, deve ser interpretada de acordo com a destinação do bem. E o bem já desafetado não tem mais destinação pública.”

No mesmo sentido, cite-se doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (2000, p. 222-223), sustentando a admissibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, em especial as terras devolutas, desafetadas por natureza, conforme segue:

“Os bens públicos são aqueles que pertencem ao domínio das pessoas jurídicas de direito público. No entanto, nem todos esses bens estão sujeitos a

um regime também de direito público. Pertencem ao domínio público sem que, contudo, se sujeitem às regras jurídicas a que estão normalmente submetidos os bens públicos na plena acepção da palavra. Estes são públicos pela destinação e não somente pela titularidade. As terras devolutas constituem o maior contingente que compõe essa categoria de imóveis. Nada obstante serem públicas em razão da qualidade que detém a sua titularidade, não têm essa qualificação quando se leva em conta a destinação a que estão afetas. As terras devolutas não estão vinculadas ao atingimento de um fim público. Permanecem como um estoque de terras ainda não transpassado aos particulares ou, tendo um dia estado em suas mãos, já tornaram à origem em razão do donatário ter caído em comisso. O fato é que estas terras são possuídas pelos Poderes Públicos à moda de um particular. Devem, portanto, estar sujeitas à usucapião, não colhidas, pois, pela expressão ‘imóveis públicos’ a que se refere o Texto comentado. Esta distinção entre os bens públicos e as terras devolutas já era defendida por autores de grande tomo do nosso direito público. A matéria, contudo, em face do advento da atual Constituição, parece ter-se desapegado das areias movediças dos debates doutrinários para ingressar na arena segura da positividade jurídica. Assim é que o art. 188 da Lei Maior faz referência no mesmo preceito às terras públicas e às terras devolutas, deixando certo que acolheu a distinção esposada cientificamente. Se as terras devolutas fossem públicas, não haveria necessidade da sua referência. Essa só se explica pelo fato de o Texto Constitucional ter perfilhado a tese segundo a qual só são públicos os imóveis quando sujeitos a um regime de direito público. Portanto, é forçoso reconhecer que, nada obstante um imóvel ser público por compor o domínio de uma pessoa de direito público, ele pode ser dominical do ponto de vista da sua destinação ou utilização. Esses são usucapíveis.”

Posicionando-se na mesma linha, Celso Ribeiro Bastos equaciona (BASTOS, 2000, 308):

“A imprescritibilidade diz respeito à aquisição da propriedade por usucapião. Os bens públicos não podem ser usucapidos. A Constituição da República textualmente proíbe a aquisição de imóveis públicos urbanos (art. 183, § 3.º) e rurais (art. 191, § 3.º) por usucapião. (...)”

Esta proibição não se aplica aos bens dominiais, que, nada obstante serem públicos em razão da qualidade que detém a sua titularidade, são possuídos pelos Poderes Públicos à moda de um particular, submetidos, inclusive, ao regime de direito privado. Esses são usucapíveis (nota de rodapé).”

Por derradeiro, leciona Cristiana Fortini (2004, p. 121):

“Se a inércia e descompromisso do proprietário privado são devidamente punidos, quer, via oblíqua, com o reconhecimento de que novo é o titular do

bem, configurada a hipótese de usucapião, quer com a aplicação das penas delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a Administração Pública possa negar a vocação dos bens que formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social.

(...) O critério formal, adotado pelo Código Civil, por outro lado, enobrece bens que, por estarem desvinculados do cumprimento de função social, não devem pertencer à categoria de bens públicos, mesmo que formem o patrimônio de pessoas jurídicas de direito público.”

É importante acentuar que a Constituição Federal de 1988 regula de forma diferenciada o instituto das terras públicas e das terras devolutas.

É o que se depreende da redação do art. 188 da CF/1988: “Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o Plano Nacional de Reforma Agrária”.

A seu turno, ao tratar da alienação e da concessão (art. 188, § 1.º, da CF/1988), a Constituição Federal de 1988 refere somente o termo “terra pública”, como passível de deferimento da legalização pelo Estado, pressupondo que a terra pública tenha recebido essa qualificação, após regular processo de discriminação e arrecadação.

“Art. 188. (...)

§ 1.º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.”

Para aguçar ainda mais a diferença entre os institutos, observe-se que o § 5.º do art. 225 da CF/1988 expressamente prevê a indisponibilidade (leia-se, impossibilidade de alienação e de aquisição por usucapião) das terras devolutas e das terras arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias (terras públicas já arrecadadas) necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, conforme segue:

“Art. 225. 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.

(...)

§ 5.º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.”

Na mesma linha, o art. 20 da CF/1988, caracteriza as terras públicas e as terras devolutas pertencentes à União em itens diferentes:

“Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;”

É nítida, portanto, a natureza diversa das terras públicas e das terras devolutas, impondo-se o reconhecimento da usucapião de terras devolutas, em atenção ao princípio da função social da propriedade.

De qualquer forma, não reconhecida a possibilidade de usucapião sobre terras públicas, como já referimos anteriormente, entendemos possível o deferimento da adjudicação compulsória de bens públicos, em processo judicial ajuizado contra o Poder Público, preenchidos os requisitos estabelecidos em lei para a outorga do Título Definitivo de Domínio, já que a titulação não caracteriza ato discricionário do Poder Público, mas vinculado, não ficando sujeito à livre-disponibilidade do administrador.

Para estender o raciocínio, cumpre observar que o art. 188 (*caput* e § 1.º) da CF/1988, que regulamenta a *destinação de terras públicas e devolutas*, constitui-se *norma de aplicabilidade imediata e eficácia plena*, não impondo qualquer restrição para a alienação e para a concessão de terras públicas com até 2.500 ha (dois mil e quinhentos hectares), de forma que, mesmo que omissa a lei, admite-se o ajuizamento da ação de adjudicação compulsória, observado o patamar acima estabelecido, não se podendo interpretar a omissão do Poder Público em detrimento do particular.

12.2 Da convalidação de vício existente quando da outorga da titulação.

Ausência de autorização do Senado Federal. Aplicação do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima

Em 15.03.2012, o STF julgou a ação mais antiga que se encontrava em trâmite na Corte. Trata-se da Ação Cível Originária – ACO 79, protocolada em 17.06.1959.

Pretendia-se a decretação da nulidade de títulos emitidos pelo Estado de Mato Grosso, sob a alegação de que a outorga dos títulos não respeitou o § 2.º do art. 156 da CF/1946, que condicionava à prévia autorização do Senado a alienação de terras públicas com mais de 10 mil hectares.

O objeto do pedido abrangia uma área com mais de 200 mil hectares, alienados a 20 empresas colonizadoras da região, em que se instalou cidades, fa-

mílias, construindo-se hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços etc.

O STF, embora tenha reconhecido a ilegalidade do ato de outorga, conclamou o princípio da *segurança jurídica* e da *proteção à confiança legítima*, convalidando o vício de nulidade que cominava a titulação, conforme ementa que segue:

“Ementa. Ato administrativo. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Áreas superiores a 10 mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2.º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços etc. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços etc. (STF, ACO 79/MT, Pleno, j. 15.03.2012, rel. Min. Cezar Peluso (Presidente)).”

12.3 Da usucapião. Ausência de registro. Inexistência de presunção em favor do Estado de que a terra é devoluta

Consoante já decidiu o STJ, a inexistência de registro imobiliário não induz presunção de que o imóvel seja público, cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno, para refutar a pretensão à usucapião.

“Direito civil e processual civil. Usucapião. Imóvel urbano. Ausência de registro acerca da propriedade do imóvel. Inexistência de presunção em favor do Estado de que a terra é pública. 1. A inexistência de registro imobiliário do

bem objeto de ação de usucapião não induz presunção de que o imóvel seja público (terras devolutas), cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva. 2. Recurso especial não provido. (REsp 964.223/RN, 4.^a T., j. 18.10.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.11.2011).”

12.4 Da usucapião. Imóvel localizado em faixa de fronteira. Ausência de presunção de que se trata de terra devoluta

Interessante julgado proferido pelo STJ prescreve que “a simples circunstância da área objeto de litígio estar localizada na faixa de fronteira, por si só, não a torna devoluta, nem autoriza inclusão entre os bens de domínio da União”, conforme segue:

“Civil e processual civil – Recurso especial – Ação de usucapião – Faixa de fronteira – Terras devolutas – Requisito prescindível – Caracterização – Reexame de provas – Súmula 7/STJ – Impossibilidade. 1. O aresto combatido está todo lastreado no exame da prova, Conforme bem ressaltou o acórdão, o fato de estar localizado em zona de fronteira, por si só, não o caracteriza como terra devoluta. Por consequência lógica, não aplicou ao caso as normas infra-constitucionais invocadas no recurso ora em exame, uma vez que não restou caracterizada a condição de terra devoluta, tal como definido e disciplinado nos referidos diplomas legais. Assim sendo, para se infirmar tal conclusão necessariamente se teria que reexaminar o conjunto probatório, o que é inviável (Súmula 7 do STJ). 2. A simples circunstância da área objeto de litígio estar localizada na faixa de fronteira, por si só, não a torna devoluta, nem autoriza inclusão entre os bens de domínio da União. Súmula 83. 3. Recurso especial improvido. (REsp 736.742/SC, 3.^a T., j. 10.11.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23.11.2009).”

12.5 Da usucapião tabular. Registro realizado sem a apresentação da certidão negativa do INSS. Nulidade do assento. Bloqueio administrativo da matrícula. Escoamento do prazo de 10 anos. Prescrição aquisitiva

Nos termos do precedente do STJ, julgado em 27.03.2012, “se após 10 anos a partir do bloqueio da matrícula, o INSS não requer a declaração de nulidade da compra e venda, não executa o crédito previdenciário que mantém perante o vendedor do imóvel, não requer o reconhecimento de fraude à execução, não penhora o bem controvertido, enfim, não toma providência alguma, é possível reconhecer, ao menos em status assertionis, a ocorrência de usucapião tabular,

de modo que o indeferimento da petição inicial da ação que a requer é providência exagerada”, conforme ementa que segue:

“Civil. Usucapião tabular. Requisitos. Mero bloqueio de matrícula. Apresentação de certidão do INSS inautêntica pelos vendedores. Longa inatividade por parte do órgão. Ausência de tentativas de anulação do ato ou recebimento do crédito. Decurso de tempo. Cabimento da usucapião. 1. A usucapião normalmente coloca em confronto particulares que litigam em torno da propriedade de um bem móvel. 2. Na hipótese dos autos, a constatação de que os vendedores do imóvel apresentaram certidão negativa de tributos previdenciários inautêntica levou o juízo da vara de registros públicos, em processo administrativo, a determinar o bloqueio da matrícula do bem. 3. O bloqueio da matrícula não colocou vendedores e compradores em litígio em torno da propriedade de um bem imóvel. Apenas promoveu uma séria restrição ao direito de propriedade dos adquirentes para a proteção do crédito financeiro do INSS. 4. Pelas disposições da Lei de Registros Públicos, o bloqueio da matrícula é ato de natureza provisória, a ser tomado no âmbito de um procedimento maior, no qual se discute a nulidade do registro público. A lavratura de escritura de compra e venda sem a apresentação de certidão previdenciária é nula, pelas disposições do art. 47 da Lei 8.212/1991. Assim, o bloqueio seria razoável no âmbito de uma discussão acerca dessa nulidade. 5. Do ponto de vista prático, o bloqueio produz efeitos em grande parte equivalentes ao do cancelamento da matrícula, uma vez que torna impossível, ao proprietário de imóvel com matrícula bloqueada, tomar qualquer ato inerente a seu direito de propriedade, como o de alienar ou de gravar o bem. 6. Se o INSS ou qualquer outro legitimado não toma a iniciativa de requerer o reconhecimento ou a declaração da nulidade da escritura, o bloqueio da matrícula, por si só, não pode prevalecer indefinidamente. Na hipótese em que, mesmo sem tal providência, o bloqueio acaba por permanecer, produzindo efeitos de restrição ao direito de propriedade dos adquirentes do bem, a inatividade do INSS deve produzir alguma consequência jurídica. 7. Num processo de usucapião tradicional, o prazo de prescrição aquisitiva só é interrompido pela atitude do proprietário que torne inequívoca sua intenção de retomar o bem. Se, por uma peculiaridade do direito brasileiro, é possível promover a restrição do direito de propriedade do adquirente para a proteção de um crédito, a prescrição aquisitiva que beneficia esse adquirente somente pode ser interrompida por um ato que inequivocamente indique a intenção do credor de realizar esse crédito. 8. Se, após 10 anos a partir do bloqueio da matrícula, o INSS não requer a declaração de nulidade da compra e venda, não executa o crédito previdenciário que mantém perante o vendedor do imóvel, não requer o reconhecimento de fraude à execução, não penhora o bem

controvertido, enfim, não toma providência alguma, é possível reconhecer, ao menos em status assertionis, a ocorrência de usucapião tabular, de modo que o indeferimento da petição inicial da ação que a requer é providência exagerada. 9. Recurso especial conhecido e provido, reformando-se a decisão que indeferiu a petição inicial do processo e determinando-se seu prosseguimento, com a citação dos interessados, nos termos da lei.

(REsp 1.133.451/SP, 3.^a T., j. 27.03.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18.04.2012).”

A usucapião tabular, neste caso, foi o instituto utilizado para desonerar a matrícula do imóvel de restrição lançada sobre a mesma, que resultou insubsistente pelo transcurso do tempo, que acarretou o perecimento do direito de requerer-se a desconstituição do registro pelo vício de nulidade que contaminava a validade do registro.

12.6 Título deslocado. Anuência dos confinantes. Não oposição de eventuais terceiros interessados. Viabilidade da retificação

No Estado de Mato Grosso, observando as peculiaridades locais, em que se mostrou bastante comum a existência de títulos deslocados e sobrepostos, por equívocos cometidos quando da implantação das ocupações, decorrente da dificuldade de acesso e da precariedade das formas de medição e de localização, sendo que as demarcações e as titulações eram efetivadas em sua maior parte na prancheta, sem identificação “in loco” dos imóveis rurais, autorizou-se, em procedimento de suscitação de dúvida, a retificação de matrícula deslocada em relação a seu título de origem, nos casos em que não houvesse oposição e prejuízo a quaisquer terceiros interessados.

Trata-se de decisão em suscitação de dúvida, prolatada pela Dra. Rosângela Zacarkim dos Santos, MM. Juízo de Direito, datada de 01.06.2011, nos autos do processo 1569-87.2009.811.0018 – Código: 34002, na Comarca de Juara, Estado de Mato Grosso, em que se autorizou a retificação da matrícula de título deslocado, para a adequação de suas medidas perimetrais à situação ocupacional real do imóvel.

“Fundamento da decisão:

A Suscitante, devidamente qualificada nos autos propôs a presente consulta visando esclarecimentos acerca do procedimento a ser adotado pelos Oficiais de Registro de Imóveis quando do registro de georreferenciamento em que há divergências em relação as certidões de legitimidade de origem de área.

O Instituto de Terras de Mato Grosso (Intermat), prestou esclarecimentos acerca do assunto em epígrafe, mencionando que se ocorrer apenas sobreposi-

ção em outro título não haverá óbice ao registro do georreferenciamento desde que o interessado demonstre de forma inequívoca a posse mansa e pacífica sobre a área.

Todavia, caso haja deslocamento do georreferenciamento em face do título definitivo primitivo, explica o intermat que não haverá possibilidade de ser registrado, em razão de ausência de origem da área.

O Ministério Público de Mato Grosso, por meio do Promotor de Justiça, manifestou-se no sentido de que no caso em epígrafe deve o interessado utilizar-se da via administrativa ou judicial, para fins da identificação correta do imóvel, de forma a evitar prejuízos futuros a terceiros e aos confinantes (f.).

É sabido que no Estado de Mato Grosso é comum a dificuldade na regularização das áreas rurais, em razão de diversos fatores, sejam eles ambientais ou fundiários.

Comum também é a questão da sobreposição ou deslocamento de áreas em relação ao título definitivo, principalmente diante da realidade em que estes últimos foram confeccionados, ou seja, numa época em que não havia a tecnologia dos sistemas digitais utilizados na atualidade, que denotam maior precisão nas informações.

Acerca da averbação dos registros públicos, assim dispõe o inc. II do art. 213 da Lei 6.015/1973:

“Art. 213. O Oficial retificará o registro ou averbação:

(...)

II – a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – Crea, bem assim pelos confrontantes.”

Tendo em vista que devemos nos atentar a verdade real, outra alternativa não há, senão o disposto no artigo supracitado, devendo o Oficial de Registro proceder a retificação na matrícula sempre que estiver comprovado a posse sobre o imóvel nos limites das coordenadas indicadas no memorial descritivo e planta confeccionados por profissional habilitado.

Destarte, em caso de sobreposição e/ou deslocamento de área em relação ao título definitivo, deve o proprietário do imóvel providenciar a documentação comprobatória da localização correta do imóvel, acompanhada de assinatura de todos os confrontantes e encaminhar ao Cartório para regularização e/ou retificação na matrícula do imóvel.

Afinal, a anuência dos confrontantes, diante do caso concreto em que há alteração da área georreferenciada em relação ao título definitivo, indispensável a ciência inequívoca não só dos possuidores, mas também dos titulares de domínio das respectivas áreas sobre as quais há sobreposição e/ou deslocamento, já que, nos termos da lei civil, embora a posse seja uma forma de aquisição da propriedade, esta efetivamente só se transmite mediante o registro imobiliário, e assim, o titular do domínio é legalmente o proprietário das áreas confrontantes.

É nesse sentido a jurisprudência do E. TJMT, vejamos:

“Ementa – Apelação cível – Mandado de segurança – Pedido de averbação do memorial descritivo do georreferenciamento – Registro indeferido diante da controvérsia sobre os limites e a propriedade da área – Atuação da autoridade coatora realizada de forma pertinente – Art. 213, II, §§ 4.º e 10 da Lei federal 6.015/1973 – Apelo improvido. Existindo controvérsia acerca do direito de propriedade, a Lei de Registros Públicos determina de forma peremptória a remessa do interessado para as vias ordinárias, até porque a mesma só poderá ser dirimida pela via judicial, e não pela via administrativa, pois poderá demandar instrução probatória, para verificação do fato relativo à sobreposição, ou não, de áreas (...)” ApCiv 34.730/2007 – Classe II – 19 – Comarca de Sorriso – Rel. Dr. Antonio Horácio da Silva Neto.

No entanto, havendo divergência entre os confrontantes, entendo que o litígio deverá ser solucionado judicialmente, por meio da ação cabível, de forma a evitar possíveis prejuízos a terceiros, bem como garantir a segurança jurídica quando da averbação.

Dessa forma, com fulcro nos arts. 213 e 246, ambos da Lei 6.015/1973, bem como no Dec. 5.570/2005, deve a Suscitante tomar as providências aqui elencadas de forma a realizar o registro do georreferenciamento com as devidas retificações na matrícula, atendendo assim ao princípio da verdade real e garantindo ao mesmo tempo o direito de propriedade dos interessados.”

A decisão referida constitui-se em um importante instrumento de regularização fundiária, proporcionando a adequação da descrição do imóvel à sua real localização, de forma rápida e eficaz, sem a necessidade de recurso ao processo contencioso, estando amparada pela consensualidade da retificação administrativa no cartório de registro de imóveis.

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regularização fundiária é a grande fórmula para o desenvolvimento econômico, o que viabiliza o acesso ao sistema formal de crédito, fomentando a

realização de investimentos, proporcionando a geração de capital e renda para a população, transformando, por fim, o imóvel em ativo financeiro.

Outrossim, a regularização fundiária é um pré-requisito importante para a implementação do processo de licenciamento ambiental das propriedades rurais. Sem uma base fundiária confiável, ficará difícil o desenvolvimento de um programa que busque licenciar as atividades agrárias.

A regularização fundiária deve ser compreendida como um instrumento da reforma agrária, protegendo a propriedade privada (pequena, média ou grande) que esteja cumprindo a sua função social, exigindo-se apenas a aprovação do Congresso Nacional para áreas superiores a 2.500 ha.

A ausência de informações públicas e de um cadastro consistente sempre impediram que o Estado brasileiro se assenhorasse de todo o território nacional.

Decorre daí a necessidade da formação de um Sistema Nacional de Cadastro Rural seguro e confiável, como pressuposto necessário para a implementação de políticas públicas voltadas ao ordenamento territorial, regularização fundiária, eliminação de conflitos, e para a promoção do desenvolvimento econômico e social da nação.

Para a plenitude do processo de regularização, impõe-se a atuação conjunta entre os entes federativos, para, mediante a união de esforços e de recursos, resolver os problemas de interesse rural. Imprescindível também a participação da sociedade civil no processo de regularização.

Como instrumento de regularização, elencou-se a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária; a destinação de terras públicas e devolutas; a usucapião; o cancelamento administrativo de matrículas e registros; a convalidação da nulidade do registro pelo decurso do tempo, dentre outros.

Ao final, apontou-se a mudança de paradigmas pelo Poder Judiciário, ao aplicar o princípio da função social da propriedade contra o Poder Público, utilizando-se o princípio da função social como um dos elementos definidores do domínio, sem o qual a propriedade deixa de subsistir.

14. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Falta de reforma fundiária fez Brasil perder o equivalente a 30% do PIB. Notícia. Disponível em: [www.amatra3.com.br/interna.aspx?id=2&idt=3&cont=4125&ic=1]. Acesso em: 05.08.2012.

ALVES, Pedro Assumpção; MARRA, Thiago Batista. *A aplicação dos dados demográficos na regularização fundiária da Amazônia Legal*. Trabalho apresentado no

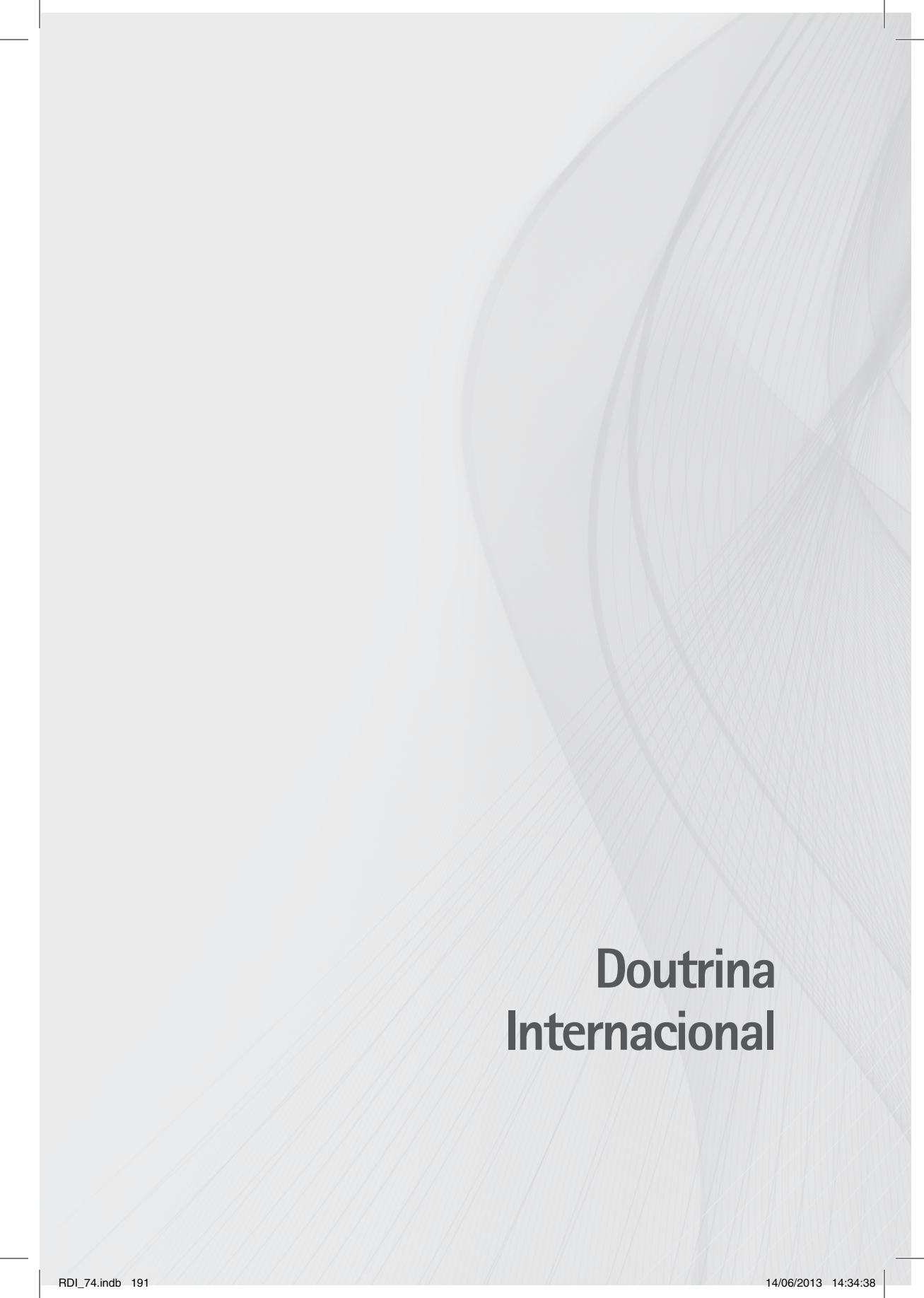
- XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP. Caxambu, de 20 a 24.09.2010. Disponível em: [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs_pdf/tema_1/abep2010_2623.pdf]. Acesso em: 10.08.2012.
- BARROS, Carlos Juliano. Uma gigantesca anarquia fundiária: Maioria dos latifúndios da Amazônia Legal não tem documentação regularizada. *Revista Problemas Brasileiro*. 2009. Disponível em: [http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=334&breadcrumb=1&Artigo_ID=5208&IDCategoria=5]. Acesso em: 10.08.2012.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, volume 7: arts. 170 a 192*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRITO, Brenda; BARRETO, Paulo. Os riscos e os princípios para a regularização fundiária na Amazônia. 2009. Disponível em: [www.imazon.org.br/publicacoes/o-estado-da-amazonia/os-riscos-e-os-principios-para-a-regularizacao]. Acesso em: 10.08.2012.
- FERNANDES, Edésio. O mito da zona rural. IRIB. *Boletim Eletrônico BE0758*. Disponível em: [<http://www.irib.org.br/html/boletim/boletim-detalle.php?be=3080>]. Acesso em: 15.08.2012.
- FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal*. n. 12. vol. 5. p. 113-122. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- IMPARATO, Ellade; SAULE JR., Nelson. Regularização fundiária de terras da União. In: ROLNIK, Raquel et al. *Regularização fundiária plena – Referências conceituais*. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. Disponível em: [http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/RegularizacaoFundiar/Livro_Regularizacao_Fundiaria_Plena_Referencias_Conceituais.pdf]. Acesso em: 01.09.2012.
- IPAM – INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA. *A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira*. Brasília: MMA, 2006.
- Isto é Dinheiro*. Os problemas valem US\$ 10 trilhões: economista diz que a regularização dos imóveis das pessoas carentes, uma das principais propostas de Lula na área social, pode injetar no Terceiro Mundo uma quantia equivalente ao PIB dos Estados Unidos. Entrevista a Hernando de Soto. 05.02.2003. Disponível em: [http://www.istoedinheiro.com.br/entrevistas/9632_OS+PROBLEMAS+VALEM+US+10+TRILHOES]. Acesso em: 10.08.2012.
- ITERPA – INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DO PARÁ. Análise dos registros de imóveis rurais bloqueados no Pará: Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/reforma-agraria/politica-de-desapropriacao/mapa_grilagem_para.pdf]. Acesso em: 10.08.2012.

- MDA – MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO. Reforma agrária e regularização Fundiária. Disponível em: [https://i3gov.planejamento.gov.br/textos/livro2/2.3_Reforma_Agraria.pdf]. Acesso em: 10.08.2012.
- PORTELA, Bruno Monteiro. A regularização fundiária como espécie do gênero reforma agrária. Artigo. 2010. Disponível em: [<http://www.prestjur.com.br/node/1041>]. Acesso em: 30.08.2012.
- RIBEIRO, Catarina; PAIXÃO, Silvane; BARROS, Erison; CARNEIRO, Andrea. *Ação discriminatória de terras públicas: procedimentos legais, administrativos e técnicos*. III Simpósio Brasileiro de Ciências Geodésicas e Tecnologias da Geoinformação. Recife/PE, 27-30.07.2010.
- SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Mangabeira Unger defende legalização de propriedades da Amazônia. Notícia. 2009. Disponível em: [<http://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/1106836/mangabeira-unger-defende-legalizacao-de-propriedades-da-amazonia>]. Acesso em: 10.08.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A regularização fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis – O reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo, de Bruno Becker – *RDI* 72/17;
- Breve estudo sobre a situação fundiária e registrária da comarca de Iguape/SP, de Célio Caus Júnior – *RDI* 69/81;
- Política Nacional de Regularização Fundiária, de Edésio Fernandes – *RDI* 56/241; e
- Variações sobre a usucapião tabular: art. 1.242, parágrafo único, do novo Código Civil, de Diogo Leonardo Machado de Melo – *RIASP* 20/80.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

Doutrina Internacional

LAS INSTITUCIONES DEL INTERCAMBIO IMPERSONAL

1

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário

RESUMEN: Las naciones prosperan cuando los inversores se sienten seguros y están, por ello, dispuestos a invertir en actividades productivas. Pero prosperan aún más si pueden comerciar fuera de su círculo de conocidos, de igual modo que las empresas invierten y se especializan más cuando pueden vender lo que producen en un mercado más extenso. Unas instituciones jurídicas eficaces facilitan estos dos factores esenciales del desarrollo, pues no sólo hacen que los inversores se sientan seguros al invertir, sino que también permiten a cualquiera comerciar impersonalmente, generando así riqueza. El análisis en este artículo fundamenta una teoría de los registros públicos según la cual éstos posibilitan que el cumplimiento del contrato recaiga directamente sobre los bienes o activos, de modo que los contratantes no precisen información sobre sus contrapartes y puedan, por tanto, comerciar de manera impersonal.

PALABRAS CLAVE: Derechos de propiedad – Costes de transacción – Intercambio impersonal – Registros – Análisis económico del derecho.

ABSTRACT: People prosper when investors feel secure and are therefore willing to invest in productive activities. But they prosper even more if they can trade beyond their personal circles of known people, as producers invest and specialize more when they can sell their production in a larger market. Good institutions facilitate these two key factors for development, as they not only make investors feel secure in their investments but also enable everybody to trade impersonally, thus creating wealth. The analysis in this article builds a theory of public registries according to which registries make it possible to ground contract enforcement directly on assets, in such a way that transacting parties need no personal information about each other and can therefore trade impersonally.

KEYWORDS: Property rights – Transaction costs – Impersonal exchange – Registries – Economic analysis of law.

SUMARIO: 1. El intercambio impersonal requiere que los derechos recaigan sobre activos y no sólo que permitan dirigirse contra personas – 2. ¿Qué significa que los derechos recaigan sobre los activos? La diferencia entre derechos sobre activos y derechos sobre personas – 3. Diferencias entre las visiones económica y jurídica del *enforcement*: por qué la Economía ha ignorado el Derecho de la propiedad – 4. La especialización y las transacciones precisan de la concurrencia de múltiples derechos sobre el mismo activo, lo que entorpece los intercambios impersonales – 5. Generalización del análisis: 5.1 La estructura informativa de los intercambios individuales y secuenciales; 5.2 Los efectos de los intercambios secuenciales en el intercambio y la especialización – 6. La generalidad del intercambio secuencial y su grado variable de dificultad contractual: 6.1 Intercambios secuenciales en las transacciones empresariales; 6.2 Intercambios secuenciales en transacciones sobre inmuebles – 7. El problema informativo del intercambio secuencial y su resolución mediante la aplicación selectiva de reglas de propiedad y responsabilidad: 7.1 El problema: asimetría informativa en transacciones subsiguientes; 7.2 La solución: protección del tercero y consentimiento verificable – 8. Conclusión – 9. Referencias.

1. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL REQUIERE QUE LOS DERECHOS RECAIGAN SOBRE ACTIVOS Y NO SÓLO QUE PERMITAN DIRIGIRSE CONTRA PERSONAS

Alcanzar las ventajas¹ que procura la especialización requiere que los derechos, cualquiera que sea su clase, se transmitan a quienes los utilizan de forma más productiva y, por ende, que se agoten las posibilidades de intercambio.² Por desgracia, las oportunidades de realizar intercambios provechosos pueden malograrse cuando no hay confianza entre las partes.

Para evitar esta desconfianza, las partes agudizan su ingenio, tanto para afianzar su conducta futura como para conocer mejor a sus eventuales socios

1. Este artículo, publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (vol. 89, núm. 736, mar.-abr. 2013, p. 649-687) es una traducción ligeramente adaptada del primer capítulo de Benito Arruñada, *Foundations of impersonal exchange: the theory and policy of contractual registries* (University of Chicago Press, Chicago, 2012), cuya traducción al español será publicada próximamente por Thomson Reuters. Además de los reconocimientos ya expresados en el libro, agradezco muy especialmente la ardua labor de traducción inicial realizada por Áurea Suñol Lucea, así como los comentarios de Asunción Arruñada Sánchez y Pedro Pernas Ramírez, a quienes eximo de responsabilidad alguna por las simplificaciones, neologismos y hasta, seguramente, errores que la obra aún pueda contener, todos los cuales son responsabilidad exclusiva de su autor.
2. La antigua hipótesis que vinculaba la seguridad de la propiedad y el crecimiento (por ejemplo, SMITH, 1776) fue reformulada por North (1981, 1990) y contrastada, entre tantos otros, por Knack y Keefer (1995); Chong y Calderón (2000); Acemoglu, Johnson y Robinson (2001); y Rodrik, Subramanian y Trebbi (2002).

contractuales. Cuando las partes se conocen bien, sufren menor asimetría informativa sobre el valor de sus respectivas promesas, por lo que es menos probable que se susciten conflictos. También conocen mejor las salvaguardas que se activarán si finalmente se origina un conflicto, y que pueden basarse en soluciones de ordenación tanto pública como privada (*public* y *private ordering*) –es decir, soluciones que cuentan o no con la ayuda de un sistema judicial independiente–. Todo ello facilita los intercambios económicos; pero sólo los de naturaleza personal, puesto que las partes precisan conocer sus respectivas características, incluidas su solvencia y su reputación. Necesitan, en suma, un cierto conocimiento “local”.³

Este carácter personal de los intercambios es un atributo más o menos constante, dependiendo de la naturaleza más o menos personal que tengan las garantías establecidas para asegurar el cumplimiento del contrato. A su vez, la naturaleza de las garantías afecta a la cantidad de información que las partes precisan obtener antes de comprometerse al intercambio. En una escala de mayor a menor carácter personal (y haciendo aquí abstracción de los atributos morales),⁴ a las expectativas de futuros intercambios y a la reputación de que gozan las partes en el mercado, le seguirían los sistemas de responsabilidad indirecta (incluidos el recurso a intermediarios de servicios privados de aseguramiento y los sistemas de responsabilidad comunitaria) y, por último, el *enforcement* judicial imparcial de los contratos.

Primero, la mayoría de los intercambios celebrados entre partes que se conocen son completamente personales, en tanto que se asientan en su mutuo conocimiento y en las expectativas de sus futuros intercambios. Este aspecto afecta generalmente a las soluciones de ordenación privada (*private ordering*) que establecen las propias partes (WILLIAMSON, 1985, p. 163-205). Del mismo modo, muchos de los intercambios con desconocidos también exigen reunir información a fin de conocer las garantías que éstos ofrecen para asegurar su cumplimiento (por ejemplo, su historial o antecedentes y su reputación). Por lo tanto, son también principalmente personales.

3. Sobre la importancia del intercambio impersonal, véase principalmente, North y Thomas (1973), Granovetter (1985), North (1990), Seabright (2004), y para una tratamiento más fundamental, Hayek (1982).

4. Son importantes en este sentido los sistemas morales. Por ejemplo, los datos que proporciona las encuestas sugieren que los valores protestantes favorecen más los intercambios impersonales que los valores católicos (ARRUÑADA, 2010a). No obstante, la mayoría de las partes pueden hacer poco para modificarlos, y convertirse a otra religión, al margen de tener efectos dudosos, es, en muchos casos, impensable.

Segundo, los intercambios siguen siendo personales cuando las garantías previstas para asegurar su cumplimiento no han sido establecidas por las partes, sino por intermediarios especializados en ese aseguramiento, tales como instituciones financieras, agencias de crédito, entidades aseguradoras de créditos y títulos de propiedad, agencias de calificación de riesgos, auditores, etc. En estos casos, los intercambios siguen siendo personales en la medida en que se basan en la reputación de que gozan estos intermediarios y en el conocimiento que éstos tienen de sus clientes. De forma parecida, también son de naturaleza personal los intercambios efectuados bajo sistemas de responsabilidad comunitaria, en los cuales todos los miembros del grupo (por ejemplo, los comerciantes de una determinada plaza en la baja Edad Media) responden por el comportamiento y las obligaciones contractuales de los demás miembros.⁵ Este sistema permite que los desconocidos puedan efectuar intercambios con miembros del grupo, pero también lo hacen sobre la base de información de carácter personal: la suficiente para saber de forma inequívoca qué individuos son miembros de qué grupo y qué grupos son fiables. Además, dicho sistema requiere también controlar las características de los individuos que forman parte de cada grupo. Así pues, tanto los intermediarios de aseguramiento como los sistemas de responsabilidad comunitaria hacen que las transacciones sean más impersonales, pero éstas todavía retienen importantes atributos personales.

Por último, los intercambios suelen considerarse impersonales cuando las partes pueden dirimir sus conflictos ante un juez independiente.⁶ Pero esta posibilidad tan sólo reduce la cantidad de información de carácter personal que necesitan para contratar, toda vez que las partes aún precisan saber al menos cuán solventes son sus contrapartes. Incluso con jueces perfectos, el acreedor debe preocuparse por la probabilidad de que, pese a que el juez le haya reconocido la deuda, el deudor desaparezca o sea insolvente y, por tanto, no pueda recuperar su dinero. Hoy en día la insolvencia apenas genera estigma, pero incluso en los viejos tiempos, cuando el deudor insolvente terminaba en prisión, su encarcelamiento tampoco debía hacer especialmente feliz a su acreedor. Por tanto, como en los demás casos, el *enforcement* judicial aún depende de atributos personales, y la naturaleza de los intercambios asistidos por una posible intervención judicial continúa siendo sustancialmente personal.

5. Véase Greif (2002, 2004, 2006a, 2006b).

6. Véase, por ejemplo, North (1990, p. 34-35; 1991). También Wallis (2011), quien subraya la importancia de que los tribunales traten a los ciudadanos en condiciones de igualdad.

Habida cuenta de que los atributos personales se dan cita en todos estos casos, las partes han de invertir recursos en establecer salvaguardias personales y obtener información sobre sus contrapartes. Además, en la medida en que esas garantías siguen siendo débiles, el cumplimiento contractual es poco fiable, proclive a originar conflictos y, por lo tanto, costoso. Por último, cuando existe riesgo de incumplimiento del contrato, las partes desechan y malgastan oportunidades de intercambio. De ello se sigue, que basarse en intercambios de carácter personal impide que puedan realizarse intercambios provechosos entre partes que no se conocen entre sí, y limita las oportunidades de especialización y asignación eficiente de los recursos, todo lo cual frena el crecimiento económico.

Para ampliar el abanico de transacciones y agotar los beneficios que proporciona la ventaja comparativa, las partes han de poder comerciar sin necesidad de conocer sus características personales. Ello requiere que el cumplimiento contractual sea independiente de tales características, un logro que sólo puede alcanzarse si se atribuye a los adquirentes un derecho directo sobre los activos adquiridos, en lugar de atribuirles un derecho que sólo puedan hacer valer frente a los vendedores; esto es, exige concederles un derecho *in rem* (del latín *res*, cosa), en lugar de un derecho *in personam*. Sin embargo, la atribución de un derecho *in rem* a los adquirentes pondría en peligro los derechos de los propietarios, quienes pueden acabar ostentando meros derechos *in personam* (por ejemplo, contra un vendedor fraudulento). Tómese, por ejemplo, el caso de una simple venta en la que el vendedor no es el propietario del activo vendido. El adquirente se verá favorecido si se le concede un derecho *in rem*, de modo que, por ejemplo, los eventuales defectos de que pueda adolecer la relación que media entre el propietario y el vendedor no afecten a su adquisición. Por el contrario, si se le atribuye un derecho *in personam*, estos defectos podrían suponerle tener que devolver el activo a su propietario, y disponer únicamente de una mera acción contra el vendedor. Sucede lo contrario, obviamente, con los propietarios.

En suma, los sistemas jurídicos encaran una difícil elección, pues los derechos sobre activos son necesarios para conseguir tanto la seguridad de los propietarios como el intercambio impersonal. Pero estos dos objetivos colisionan entre sí, porque entrañan proteger, respectivamente, a los actuales propietarios y a los adquirentes, mientras dejan desprotegida a la otra parte. La elección no resulta más sencilla por el hecho de que los propietarios de hoy hayan sido los adquirentes de ayer: pese a que ambos comparten un interés común en términos abstractos, tendrán intereses contrapuestos en cualquier conflicto que se suscite entre ellos. Proteger los intereses de los propietarios y

adquirentes requiere instituciones y, en concreto, registros contractuales. Por ejemplo, si los jueces atribuyen la propiedad de los activos a quienes figuran inscritos como propietarios en un registro público, los adquirentes pueden superar la asimetría informativa sin más que consultar el registro.

Antes de analizar con mayor detalle la lógica que subyace a los registros contractuales, examinaré, en los dos apartados siguientes, qué significa el que los derechos recaigan directamente sobre activos en lugar de sobre personas; las ventajas comparativas que ofrecen ambas estrategias de *enforcement*; y qué tratamiento les confieren las dos disciplinas a las que apelo para respaldar el análisis, esto es, la Economía de los *property rights* y el Derecho de la propiedad.

La razón de que mi análisis se centre en la dicotomía entre activos y personas estriba en que ésta reviste una importancia capital para los registros contractuales. No obstante, dado que los activos son heterogéneos físicamente, el despojarlos de elementos personales no agota las posibilidades de convertirlos en una mercancía o *commodity*, lo que favorece los intercambios. Establecer estándares para la medición física de los activos facilita significativamente los intercambios. Es éste el caso, por ejemplo, de los estándares desarrollados recientemente para subcontratar tareas de fabricación (ARRUÑADA; VÁZQUEZ, 2006) o del uso de una cuadrícula uniforme para deslindar fincas (LIBECAP; LUECK, 2011a y 2011b). De modo similar, al eliminar elementos personales, haciendo que los derechos recaigan sobre activos, se “comoditizan” atributos jurídicos en vez de atributos físicos.⁷

2. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE LOS DERECHOS RECAIGAN SOBRE LOS ACTIVOS?

LA DIFERENCIA ENTRE DERECHOS SOBRE ACTIVOS Y DERECHOS SOBRE PERSONAS

Un derecho *in rem* es más valioso que un derecho *in personam* con igual contenido, aún cuando ambos asignen a su titular los mismos derechos de uso (esto es, le otorguen los mismos derechos de decisión sobre qué hacer con el activo), porque los derechos *in rem* pueden hacerse cumplir más fácilmente.⁸ Será útil examinar algunos ejemplos que ilustran esta ventaja de *enforcement*.

7. Este esfuerzo de “comoditización” jurídica, puede concebirse también como parte de un proceso más amplio de modularización (véase, en general, SIMON, 1962; y, en la literatura jurídica, SMITH 2006, 2007, 2008, 2009 y 2011).

8. Me centro en el atributo de los derechos *in rem* por el cual éstos sobreviven a transacciones adversas por ser el atributo nuclear en la función que desempeñan los

Imaginemos, en primer lugar, el caso del arrendamiento de inmuebles, que en muchos sistemas jurídicos puede configurarse como un derecho *in rem* o como un derecho *in personam*⁹ (conviene recordar que el análisis no presupone un marco normativo concreto, como es habitual en algunas obras jurídicas). Imaginemos además que ambos derechos definen y asignan a su titular las mismas facultades de uso de los activos, incluida su posesión.¹⁰ Si el derecho arrendaticio se configura como un derecho *in rem*, el arrendatario conserva la facultad de usar y disfrutar del inmueble a menos que consienta en desocuparlo. Por su parte, el comprador dispondrá de un derecho a obtener del vendedor una indemnización en caso de que la venta del inmueble se hubiera realizado libre de arrendamientos. Desde la óptica del arrendatario, el comprador simplemente se subroga en la posición del vendedor, sin que el derecho arrendaticio se vea alterado, pues, como suele decirse, “sigue a la finca” y subsiste intacto tras su venta. Por el contrario, si el derecho arrendaticio se configura como un derecho *in personam*, como en el derecho romano, el arrendatario pierde la facultad de uso y disfrute cuando el inmueble arrendado se vende durante la vida del arrendamiento, de acuerdo con el principio “*emptio tollit locatum*” o “venta quita renta”. En su lugar, el arrendatario tendrá derecho a obtener una indemnización del arrendador.

Lo mismo sucede cuando la propiedad se utiliza como garantía de los créditos de los propietarios. Por ejemplo, el propietario de una finca puede darla en garantía de un préstamo constituyendo una hipoteca sobre la misma en favor del prestatario. Alternativamente, puede contratar un préstamo no garantizado. En ambos supuestos, el acreedor tiene derecho a realizar el valor de la finca si el deudor no cumple con su obligación de pagar la deuda. No obstante, el acreedor hipotecario conserva el mismo derecho sobre la finca incluso si el deudor la vende o constituye una segunda hipoteca sobre ella. Por el contrario, cuando el propietario contrata un préstamo sin garantía hipotecaria, si bien la finca también garantiza la transacción, lo hace de una

registros contractuales. Véase Merrill y Smith (2001b, p. 780-789) para un análisis de otros atributos, tales como el derecho a excluir a los demás.

9. Esta opción no se deriva, con frecuencia, del Derecho de propiedad en sentido estricto, sino de regulaciones específicas sobre, por ejemplo, los arrendamientos de viviendas, las cuales persiguen proteger a los actuales arrendatarios. Merrill y Smith (2001b, p. 820-833) analizan la naturaleza mixta, real y personal, del derecho arrendaticio.
10. Indicativa de esta potencial igualdad de las utilizaciones de los activos es la práctica de denominar a los derechos *in personam* como derechos *ad rem*, como opuesto a los derechos *in rem*.

forma mucho más débil, puesto que al acreedor se le atribuyen únicamente derechos *in personam* condicionados sobre los activos del deudor. Por lo tanto, en un préstamo personal, cuando el deudor no paga la deuda, el prestatario puede activar el embargo y venta de la propiedad del deudor para satisfacer la deuda, pero sólo si la propiedad no ha sido transmitida lícitamente a un tercero de buena fe antes de que el deudor incumpliera. Las acciones personales del acreedor no “siguen a la finca”.

Finalmente, quizá el ejemplo más importante es la propiedad en sí misma, la cual, aun cuando la ostente una sola persona, es distinta tanto del derecho a utilizar y disfrutar del activo (es decir, el usufructo en el derecho civil continental) como del derecho a controlarlo (esto es, el equivalente, a la posesión, en sentido amplio). Por lo tanto, si quien dice ser el propietario vendiera la finca de forma fraudulenta y el propietario la recuperase, el comprador obtendría tan sólo una acción personal contra el vendedor fraudulento. De hecho, la propiedad es hasta tal punto el prototipo de derecho *in rem*, que parece insólito referirse al propietario como propietario *in personam*. No obstante, es una “propiedad *in personam*” la que ostenta un aspirante a propietario cuando el juez establece (o establecería en caso de que tuviera que resolver un conflicto) que no es el propietario legítimo; y, por tanto, atribuye (o atribuiría) a otro la propiedad de la finca, el derecho *in rem* sobre la misma.

Como muestran todos estos ejemplos, los “derechos *in rem*” gozan de ventajas de *enforcement* decisivas, puesto que establecen relaciones más directas sobre los activos. Se ejercen directamente sobre los activos y, por lo tanto, obligan a todos, gozan de eficacia *erga omnes*. Esta eficacia universal significa, siguiendo con los ejemplos anteriores, que el nuevo propietario –quienquiera que sea–, que ha adquirido la finca ha de respetar el derecho arrendaticio *in rem* y la hipoteca y, en particular, la posesión del arrendatario y el derecho del acreedor hipotecario a ejecutar la hipoteca si el deudor no paga. Y en caso de que adquiriera la finca de un no propietario, únicamente obtiene una acción contra el vendedor, sin que el derecho del propietario resulte afectado. Ello explica que los derechos *in rem* “sigan a la finca”, puesto que se mantienen inalterados aunque se produzcan transacciones o transformaciones que afecten a otros derechos que puedan existir sobre la misma finca o sobre una finca vecina. La eficacia de un derecho *in rem* es independiente de quien ostente este o aquel derecho sobre la misma finca, incluido el propietario, toda vez que “los derechos y obligaciones *in rem* no se refieren a personas... en el sentido de que la tutela normativa que proporcionan no atiende a nada que esté relacionado con la *personalidad de un individuo en particular*” (PENNER, 1997, p. 26, énfasis en el original).

Una consecuencia de especial relevancia para la especialización y, por ello, para el funcionamiento de la economía es que los titulares de derechos *in rem* no sufren el eventual “riesgo moral” de sus agentes. Por ejemplo, cuando el propietario cede la posesión de un activo al agente, no se expone al riesgo de perderlo en caso de que este último se haga pasar por propietario y lo venda a un tercero. Es verdad que los derechos *in rem* pueden debilitar el *enforcement* en una dimensión, a saber: todos los propietarios actuales han sido adquirentes y pueden perder el activo si otros sujetos con mejor título lo reclaman o reivindican. Pero este riesgo se halla acotado, pues pertenece al pasado, y también decrece con el transcurso del tiempo, como consecuencia de la aplicación de ciertas reglas que automáticamente depuran los títulos, como es el caso de la usucapión o prescripción adquisitiva.

En cambio, los derechos meramente *in personam* establecen obligaciones entre los contratantes y, por tanto, sólo pueden hacerse valer contra esas mismas personas, esto es, *inter partes*. Además, las personas perduran menos y se mueven más que los activos duraderos, y su fiabilidad sufre todo tipo de riesgos adicionales. En términos de los ejemplos anteriores: si el derecho arrendaticio fuera *in personam*, el arrendatario debe obtener del arrendador una indemnización, y no puede descartarse que este último haya desaparecido o sea insolvente. Otro tanto puede suceder con todo tipo de deudores y vendedores fraudulentos.

Consecuentemente, los derechos *in personam* proporcionan escasa seguridad, y su valor depende de quiénes sean las personas obligadas y de cómo se comporten. Disponer de información sobre estas personas en particular es, pues, necesario para aliviar las asimetrías informativas que padecen las partes y que pueden provocar problemas de selección adversa y riesgo moral. Es más, el cumplimiento de los derechos *in personam* sigue estando condicionado por todos estos elementos personales por más que termine materializándose en los usos del activo objeto del derecho de que se trate. Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta última idea. El arrendamiento de una finca configurado como un derecho *in personam* se concreta en las mismas facultades de uso de la finca que el arrendamiento configurado como un derecho *in rem*, pero es más difícil de hacer valer y respetar. Debido a esta mediación personal en el acceso a los activos los derechos *in personam* son menos eficaces en cuanto al *enforcement* que los derechos *in rem*, cuyos usos sobre los activos se hacen valer con independencia de cualquier condición de carácter personal. Por lo tanto, los derechos *in rem* son intrínsecamente diferentes y más valiosos que la simple adición de un correspondiente conjunto de derechos *in personam* que atribuyan al titular los mismos posibles usos del activo (MERRILL; SMITH, 2001b, p. 786-787).

Los derechos *in rem* gozan de esta ventaja en términos de *enforcement*, porque su titular sólo puede ser privado de ellos con su consentimiento. Esto asegura su eficacia, pero resulta costoso cuando sobre el mismo activo concurren múltiples derechos que pueden colisionar. En particular, los potenciales adquirentes de derechos sufren una incertidumbre adicional, pues, si el vendedor les transmite más derechos de los que ostenta, los derechos *in rem* incompatibles que puedan coexistir sobre el mismo activo sobrevivirán a su adquisición. Estos eventuales derechos incompatibles son todos aquellos que colisionan con la transacción proyectada. Así, en los anteriores ejemplos, tales derechos serían los ostentados por el arrendatario y el acreedor hipotecario cuando la finca se vende supuestamente libre tanto del arrendamiento como de la hipoteca. En el caso de la venta fraudulenta, el derecho incompatible sería el derecho de propiedad que ostenta el propietario legítimo. En todos estos casos, si los titulares no han consentido la transacción, sus derechos permanecen inalterados y el adquirente sólo obtiene una acción contra el cedente por la diferencia no satisfecha (que es todo lo que obtiene el adquirente en el caso de una venta fraudulenta).

Desde esta perspectiva, tanto las partes como las instituciones tienen que solventar la difícil interacción que se produce entre *enforcement* y costes de transacción, esto es, entre los derechos de propiedad *in rem* y los costes de transacción que originan. Los derechos *in personam* proporcionan un *enforcement* menor, pero pueden transmitirse más fácilmente, puesto que sólo afectan a las partes. En cambio, los derechos *in rem* ofrecen un *enforcement* más fuerte, pero son difíciles de transmitir, toda vez que afectan y, por tanto, precisan el consentimiento de todos.¹¹ Además, la diferencia es importante porque el valor de la facultad de uso de un derecho que goza de eficacia *in rem* es mayor que la que tiene esa misma facultad de uso en un derecho *in personam*. Las personas pueden incluso desaparecer o ser insolventes, haciendo que los derechos *in personam* sean ineficaces, en tanto que sólo conceden un derecho a ser indemnizado por esas personas concretas. Los sistemas jurídicos proporcionan a las partes diversos mecanismos para transmitir derechos *in rem* de forma más o menos sencilla, de manera tal que puedan beneficiarse de su mayor eficacia. En otro caso, tienen que contentarse con derechos meramente

11. El compromiso entre la fortaleza de los derechos y su transmisibilidad a bajo coste es más o menos explícito, entre otros, en Calabresi y Melamed (1972), Baird y Jackson (1984), Epstein (1987), Levmore (1987) y Rose (1988), y también en trabajos posteriores que se han centrado en la función del *numerus clausus* de derechos de propiedad, como es el caso de Heller (1999), Merrill y Smith (2000, 2001b), Hansmann y Kraakman (2002), y Dnes y Lueck (2009).

in personam. Existen, por tanto, dos compromisos distintos, a escala social e individual. Primero, la sociedad ha de decidir cuánto quiere invertir en instituciones que faciliten la transmisión de derechos *in rem*, tales como, por ejemplo, un registro de hipotecas. Segundo, dadas estas instituciones, las partes han de decidir cuánto invertir en costes de transacción (por ejemplo, en examinar el contenido de dicho registro), de modo que se transmitan derechos *in rem* o, en términos continuos, derechos que, por su mayor contenido *in rem*, puedan hacerse cumplir y valer más fácilmente.

Esta interacción entre el *enforcement* y los costes de transacción, que se halla en el núcleo del Derecho de la propiedad, no encaja bien en el análisis económico de los derechos de propiedad, puesto que al tratar el *enforcement*, suele desatender lo que bien puede considerarse su elemento esencial: los remedios jurídicos de que dispone su titular. Para estos economistas, el *enforcement* suele ser una cuestión que estriba en definir de manera precisa el contenido y la asignación de los derechos, dos aspectos que generalmente debieran reducir los costes de transacción (es decir, una mayor precisión debería reducirlos). Mi siguiente tarea es clarificar esta diferencia entre la Economía y el Derecho de la propiedad, la cual, lejos de ser semántica, revela que sus perspectivas, aunque complementarias, son claramente distintas.

3. DIFERENCIAS ENTRE LAS VISIONES ECONÓMICA Y JURÍDICA DEL ENFORCEMENT: POR QUÉ LA ECONOMÍA HA IGNORADO EL DERECHO DE LA PROPIEDAD

Todos los autores convienen en que asegurar la propiedad es esencial para el desarrollo. Los propietarios desean que sus derechos sean respetados universalmente. Si no se sienten seguros, si sus derechos son débiles, son reacios a invertir, y ello obstaculiza el crecimiento económico. No obstante, el aseguramiento de la propiedad tiene varias dimensiones, principalmente de índole pública y privada, que están relacionadas, respectivamente, con fallos del sistema político o del mercado.¹²

La economía se ha centrado principalmente en el aspecto público de la propiedad. En primer lugar, del modo en que destacan North et al, una

12. Esta caracterización del aseguramiento de la propiedad en la dimensión público-privada simplifica la cuestión en exceso. Los registros son necesarios porque existe un fallo de mercado: esto es, un fallo del hipotético mercado de la teoría de precios, falta de instituciones eficaces. Pero los gobiernos también fallan porque a menudo son incapaces de proporcionar registros funcionales, que son el pilar de ese apoyo institucional.

política bien organizada impide el recurso a la violencia y la confiscación, y sujeta la expropiación a estrictas condiciones, incluido el satisfacer una compensación adecuada.¹³ En segundo lugar, como han analizado muchos trabajos influenciados por Coase (1960), el Derecho y, en gran medida, los gobiernos y la política establecen la asignación inicial de los derechos, lo que permite a las partes comerciar fácilmente en el mercado y lograr así una mejor asignación de los recursos. Muchos de estos análisis económicos se centran en cómo los fallos de la política conducen a instituciones inadecuadas. Su preocupación central es que estos fallos de la política pueden poner en peligro la propiedad. Y ello, porque los gobiernos no sólo se muestran incapaces de asignar los derechos de propiedad de manera clara, de impedir el recurso a la violencia y de defender la propiedad frente a usurpaciones privadas, sino porque también tienden a confiscar la propiedad de sus ciudadanos.¹⁴

El Derecho de la propiedad, en cambio, se centra en los aspectos privados.¹⁵ En particular, se preocupa fundamentalmente por el riesgo de que la propiedad

13. Véase, principalmente, North y Thomas (1973), North (1981, 1990), y North, Wallis y Weingast (2009).

14. Esta aproximación ha iluminado diversas cuestiones, incluidas, entre otras, las siguientes: las fuerzas que hay detrás del surgimiento y precisión de los derechos de propiedad, tales como los incrementos en el valor de los recursos (DEMSETZ, 1967; LIBECAP, 1978; SMITH, 2002), los costes de exclusión (ANDERSON; HILL, 1975) y los costes de medir los distintos atributos de los recursos (BARZEL, 1997); los determinantes políticos de los resultados alternativos que se obtienen en problemas de recursos comunes (LIBECAP, 1989); regímenes informales de propiedad común (OSTROM, 1990); situaciones específicas, tales como los asentamientos de los colonos estadounidenses, (ANDERSON; HILL, 1990; ALLEN, 1991) y sus fronteras (ALSTON; LIBECAP; MUELLER, 1999); acuerdos contractuales como la aparecería (CHEUNG, 1969; ALLEN; LUECK, 2003); y una variedad de soluciones institucionales que van desde la posesión como origen de propiedad (LUECK, 1995) al establecimiento de restricciones a la alienabilidad (EPSTEIN, 1985; ROSE-ACKERMAN, 1985; BARZEL, 1997). Lueck y Miceli (2007) proporcionan una revisión exhaustiva al respecto. Asimismo, pese a que se interesa por cuestiones diferentes, como las fronteras de la empresa, la literatura más alejada de esta materia impulsada por Grossman y Hart (1986), también suele considerarse englobada dentro de los análisis de los “derechos de propiedad”, pero se centra en cómo la asignación residual de derechos sobre bienes afecta a los incentivos de las partes, mientras que las posibles transacciones de bienes con terceros sólo afecta a su poder de negociación. Es éste por tanto un problema específico que apenas guarda relación con los que aquí nos interesan.

15. Algunos aspectos del Derecho de la propiedad son claramente públicos (por ejemplo, la expropiación), pero este Derecho se ocupa básicamente de transacciones privadas. Una muestra de diversos manuales sobre Derecho de propiedad revela

pueda peligrar como consecuencia de un fallo del mercado consistente en que los individuos se valgan de las transacciones para apropiarse la propiedad ajena. Puede suceder así porque los titulares adquieren sus derechos de otros y, en algún momento y especialmente en una economía moderna, los transmiten a otros. Pero las transmisiones ponen en riesgo tanto a los propietarios como a los adquirentes, por lo que los primeros temerán ser desposeídos de sus derechos y los segundos temerán ser engañados en sus adquisiciones. Para evitar sus mutuos temores e incentivarles a invertir y a realizar intercambios, incluso impersonales, una economía de mercado precisa instituciones que procuren algo más que una asignación inicial de los derechos. En particular, es menester que tales instituciones también procuren un *enforcement in rem* efectivo y, como consecuencia, lo que en el marco coaseano pueden denominarse asignaciones “recurrentes” de los derechos.

Sin embargo, el análisis económico de los derechos de propiedad ha prestado escasa atención a la eficacia *in rem* de esos derechos y a la necesidad de efectuar reasignaciones en un contexto de transacciones de mercado frecuentes. La razón primordial reside en que esta rama de la literatura económica, mucha de la cual “continúa ignorando el Derecho de la propiedad” (LUECK; MICELI, 2007, p. 187), omite la distinción entre derechos *in rem* y derechos *in personam*,¹⁶ de tal modo que, de hecho, se ocupa únicamente de estos últimos.

Esta omisión resulta lógica en estos análisis económicos, puesto que se centran en la aparición de la propiedad y el examen de externalidades. Sus temas principales son la transición a la propiedad privada desde regímenes de libre acceso y propiedad común, y las condiciones necesarias para que los participantes puedan negociar externalidades, desatendiendo el problema más ordinario, pero no menos importante, que plantean las transacciones rutinarias sobre propiedades privadas ordinarias. Para alcanzar esos objetivos,

que el elemento público predomina, a lo sumo, en la cuarta parte de sus capítulos (básicamente aquéllos que tratan cuestiones relacionadas con la normativa de usos urbanísticos, políticas sociales, la reticencia de los tribunales a considerar conflictos entre departamentos de una empresa y expropiación), y, a menudo, mucho menos que eso.

16. Estos fallos pueden contribuir en gran medida a explicar por qué “el análisis económico del Derecho de la propiedad no ha sido tan bien acogido entre los juristas de Derecho de la propiedad como entre los de Derecho de defensa de la competencia, Derecho de contratos y Derecho de la responsabilidad extracontractual” (LUECK; MICELI, 2007, p. 249). Merrill y Smith (2007, 2010) ofrecen una introducción pionera al Derecho de la propiedad, fundada sólidamente en el análisis económico.

tiene sentido, siguiendo a Coase (1960), concebir la propiedad como un mero haz de derechos de uso y entender que estos derechos son fuertes siempre que se definan adecuadamente, que su contenido se encuentre perfilado de manera precisa y que se asignen con claridad a los individuos. Esto equivale a considerar que los derechos sobre activos sólo son válidos frente a determinadas personas, esto es, *in personam*. En otras palabras, no se distingue entre la fuerza del derecho y el conjunto de partes contra las que el propio derecho puede hacerse valer. Por el contrario, el *enforcement* tiende a equipararse a la eficacia de las decisiones judiciales y las acciones policiales de ejecución, ignorando que muchos individuos desaparecen o son insolventes. En consecuencia, los remedios de que disponen los titulares siguen sin estar definidos en una dimensión crucial. Y, a pesar de que se analiza detenidamente cuál debe ser en cada caso la cuantía adecuada de la indemnización a pagar, se presta escasa atención al problema más básico: que la persona obligada realmente la pague.

En cambio, el Derecho de la propiedad se centra en las transacciones estándar sobre la propiedad privada y concibe los remedios jurídicos como la dimensión clave del *enforcement*. Por consiguiente, aborda directamente el problema básico, al obviar a las personas y hacer recaer los derechos directamente sobre los activos (esto es, *in rem*). Estos derechos son fuertes porque se requiere el consentimiento de su titular para afectarlos, lo que crea el más firme de los vínculos posibles entre sus titulares y los activos.

Este *enforcement* vía consentimiento, proporciona un nexo conceptual con el modelo contractualista coaseano, en la medida en que para adquirir derechos *in rem* han de otorgarse todos los consentimientos relevantes, lo que entraña dos consecuencias para el proceso contractual y las instituciones que le asisten. La primera es que, habida cuenta de que los adquirentes están interesados en adquirir derechos *in rem*, tratan de recabar los oportunos consentimientos, y las instituciones se estructuran de forma que sea posible obtenerlos. La contratación se convierte así en un proceso que consta de dos fases: una primera fase, de carácter personal, en la que las partes del contrato acuerdan efectuar la transacción proyectada; y una segunda fase, de carácter real, en la que los titulares de derechos *in rem* que entrarían en colisión con la transacción planeada han de otorgar su consentimiento. Por ejemplo, el comprador de una casa no contrata sólo con el vendedor de la misma; si ambas partes quieren transmitirla libre del arrendamiento configurado como derecho *in rem*, antes deben recabar el consentimiento del arrendatario.

La segunda de las consecuencias es que el adquirente puede sentirse inseguro acerca de la universalidad de los consentimientos obtenidos. Reducir esta incertidumbre residual requiere soluciones institucionales que, en esencia,

reasignen *publicamente* los derechos *in rem*. El adquirente estará especialmente preocupado por la eventual existencia de derechos incompatibles abstractos, como la hipoteca, que pueden permanecer ocultos con facilidad. Además, la propiedad es también abstracta en sí misma, y puede provocar la pérdida máxima. Por lo tanto, el adquirente estará especialmente deseoso de conocer la identidad y las facultades representativas del vendedor, pues, en el peor de los casos, no obtendrá nada *in rem*, sino sólo una mera facultad para dirigirse contra el vendedor, y el valor de ese derecho *in personam* será, con frecuencia, nulo. Es comprensible, por tanto, que esta incertidumbre residual haya conducido a establecer soluciones institucionales. Una estrategia común, que suele utilizarse para las hipotecas, consiste en que sólo gocen de eficacia *in rem* desde que se inscriben en un registro público, o incluso que esta inscripción sea constitutiva, como sucede en muchos países, incluida España. Esto obviamente facilita que se puedan obtener de forma más exhaustiva todos los consentimientos relevantes. Alternativamente, son llamados a establecer explícitamente esta asignación de los derechos *in rem*, bien unos registros con funciones cuasi judiciales, bien los propios jueces. En todo caso, tratándose de derechos *in rem*, no basta con su asignación inicial y se producirán asignaciones recurrentes, explícitas o implícitas. En resumen, puesto que los derechos *in rem* gozan de eficacia frente a todos, no pueden nacer simplemente de un contrato privado entre las partes, sino que su constitución y adquisición ha de incluir, además, una intervención pública que reasigne los derechos. (Alternativamente, podría decirse que los derechos *in rem* pueden adquirirse a través de un contrato privado, pero sólo obligan *in rem* a las partes que lo han suscrito. Sin embargo, esta afirmación tiene poco sentido si se tiene en cuenta que la esencia de la eficacia *in rem* reside en que genera un deber universal).

Por último, cabe destacar que el hecho de que el Derecho de la propiedad se centre en los activos, en poner a disposición del titular remedios *in rem*, hace de esta rama del Derecho el principal fundamento institucional del intercambio impersonal, puesto que sólo esos remedios *in rem* hacen que el intercambio sea verdaderamente impersonal. Esta relación entre derechos *in rem* e intercambio impersonal resulta natural para el Derecho de la propiedad (por ejemplo, PENNER, 1997). En cambio, el análisis económico convencional de los *property rights* (que son entendidos como derechos *in personam*) inspira una visión distorsionada de la división del trabajo entre el Derecho de la propiedad y el Derecho contractual, en la que el Derecho de la propiedad sólo sirve para asignar recursos y el Derecho contractual para efectuar transacciones. Por ejemplo, una revisión del análisis económico del Derecho contractual afirma que:

“Mientras que el Derecho de la propiedad determina la configuración de los derechos que constituyen la base de la producción y el intercambio, y el Derecho de la responsabilidad extracontractual protege esos derechos de agresiones involuntarias y de expropiaciones, es el Derecho contractual el que establece las reglas para intercambiar reivindicaciones individuales de derechos y, por tanto, el que determina en qué medida la sociedad puede disfrutar de los beneficios del intercambio” (HERMALIN; KATZ; CRASWELL, 2007, p. 7).

Esta aproximación sólo es válida respecto a una parte del análisis económico de los derechos de propiedad y, en particular, respecto a aquella que se centra en la asignación inicial de los derechos, y presta, en cambio, escasa atención a las dificultades de las transacciones y el *enforcement*. Resulta insostenible, en cambio, respecto a las funciones que asumen ambas ramas del Derecho.

4. LA ESPECIALIZACIÓN Y LAS TRANSACCIONES PRECISAN DE LA CONCURRENCIA DE MÚLTIPLES DERECHOS SOBRE EL MISMO ACTIVO, LO QUE ENTORPECE LOS INTERCAMBIOS IMPERSONALES

Como muestran los ejemplos anteriores, las dificultades provienen de la concurrencia de múltiples derechos en el mismo activo (en los ejemplos, el arrendamiento, la hipoteca y la propiedad). Si, sobre cada activo, un solo sujeto ostentara la titularidad de un solo derecho, éste podría hacerse cumplir *in rem* con facilidad y sin que ello aumentase los costes de transacción. Los gobiernos y los jueces únicamente tendrían que garantizar la posesión pacífica de los activos e impedir que los individuos pudieran verse privados de ellos en contra de su voluntad, mediante violencia o fraude. Pero, en ese caso, la posesión sería el único derecho que podría recaer sobre un activo, lo que impediría la existencia de derechos múltiples y abstractos, y haría inviables incluso los tipos más simples de especialización.¹⁷

No es de extrañar, por ello, que generalmente concurren múltiples derechos en un mismo activo, pues el deseo de especialización lleva a las partes a establecer de forma voluntaria múltiples derechos sobre los mismos activos. Este proceso engloba todos los acuerdos que separan la propiedad del control, cuyo objetivo último es alcanzar las ventajas que la especialización ofrece al definir derechos sobre determinados usos del activo

17. La equiparación de la propiedad con la posesión (como hacen, por ejemplo, NORTH, 1990, p. 33; DEMSETZ, 1998, p. 144) abstrae pues elementos esenciales del sistema económico.

o por períodos limitados de tiempo. Estos acuerdos abarcan desde el contrato más elemental entre el propietario y el inquilino de un inmueble, hasta las más sofisticadas estructuras de gobierno corporativo, en las que miles de accionistas son propietarios de forma indirecta y conjunta de activos controlados por administradores profesionales.¹⁸ Además, también pueden crearse múltiples derechos sobre un activo a través de lo que suele ser una consecuencia involuntaria de transacciones defectuosas. Así, por ejemplo, cuando el vendedor transmite más derechos de los que ostenta, entrarán en conflicto sobre el mismo activo diversas pretensiones *in rem*. Antes de que el conflicto se resuelva, y en tanto que esas pretensiones puedan triunfar en el juicio, el activo estará sujeto a derechos *in rem* múltiples e incompatibles (derechos éstos que pueden ser incluso de la misma naturaleza, como sucede, por ejemplo, en casos en los que se disputa la propiedad del activo).

Cualesquiera que sea el origen, voluntario o involuntario, de la existencia de múltiples derechos, la asimetría que sufren los adquirentes empeora como consecuencia de la multiplicidad de derechos cuando se hacen cumplir *in rem*. De entrada, las personas que utilizan el activo están en posesión del mismo y, por tanto, pueden arrogarse fácilmente la condición de propietarios. Ello significa, por ejemplo, que los compradores nunca pueden estar completamente seguros de si están negociando con el legítimo propietario, puesto que no pueden inferir la propiedad de la posesión del activo. En consecuencia, incluso los verdaderos propietarios afrontan dificultades cuando intentan vender el activo por sí mismos y todas las transacciones incurren en costes de transacción, tanto si la venta del activo se realiza a través de representantes como si no, pues todas las transacciones son, *de facto*, multilaterales. De modo similar, los vendedores pueden ocultar a los potenciales adquirentes que, sobre el activo, existen diversos derechos *in rem* que colisionan con los que pretenden transmitir. Puesto que los adquirentes están inseguros, la sombra de eventuales gravámenes pesará, también en este caso, incluso sobre activos que no tienen gravamen alguno. Y, en general,

18. Mi análisis sobre la concurrencia de múltiples derechos en un mismo bien incluye, como caso particular, la situación hipotética que plantea la tragedia de los “anticomunes”, tal y como la identifica Heller (1998), en la que diversos individuos ostentan derechos de exclusión sobre el mismo bien o sobre el mismo derecho. Se trata de situaciones de titularidad conjunta como es, por ejemplo, la copropiedad. Mi análisis incluye también los casos, más numerosos, en que distintos individuos ostentan derechos separados y, en principio (antes de que se realicen transacciones adversas), compatibles, sobre un mismo bien.

cuantos más tipos de derechos *in rem* haya, mayores serán las posibilidades de que se produzcan fraudes y conflictos.¹⁹

Este riesgo es especialmente grave y es difícil que las partes puedan solventarlo por sí mismas, pues la multiplicación de derechos, tanto voluntaria como involuntaria, genera derechos de naturaleza abstracta que, por tanto, pueden permanecer ocultos. Así, la transmisión voluntaria de la posesión de un activo a quien no es propietario hace de la propiedad una abstracción, y la especialización financiera conduce a derechos abstractos en forma de hipotecas y otras garantías reales, así como a relaciones corporativas. De manera similar, las disputas sobre la titularidad de un activo o derecho pueden mantenerse ocultas durante mucho tiempo antes de que salgan a la luz.

En suma, la multiplicidad de derechos es indispensable para la especialización y está omnipresente en la economía actual. Puesto que esta multiplicidad de derechos incrementa los costes de transacción originados por los derechos *in rem*, los contratantes necesitan soluciones institucionales, tales como los registros, que les permitan alcanzar las ventajas que ofrecen tanto la existencia de múltiples derechos como el que éstos puedan hacerse cumplir *in rem*. Así, por ejemplo, si los jueces atribuyen la propiedad de un activo basándose en un registro público, sus meros poseedores tendrán más difícil hacerse pasar por propietarios para engañar a terceros de buena fe.

5. GENERALIZACIÓN DEL ANÁLISIS

Para descubrir la naturaleza de estas soluciones y generalizar el análisis, examinaré, a continuación, la estructura secuencial de las transacciones, empleando para ello el marco de una relación de “agencia”, en el sentido económico de este término. Ello me permitirá clarificar cómo se asignan los derechos de manera recurrente y mostrar que la interacción entre las ventajas de *enforcement* y los costes de transacción está ampliamente extendida en todo tipo de transacciones económicas.

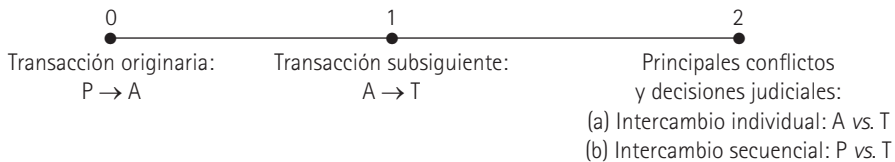
19. El papel relativo que desempeñan aquí la especialización y el *enforcement* puede causar cierta confusión. Por ejemplo, el trabajo de Dnes y Lueck (2009) sobre servidumbres acentúa el equilibrio entre las ventajas de la especialización y la asimetría informativa. Sin embargo, en principio, se podrían lograr esas mismas ventajas de especialización sin generar una asimetría informativa adicional a los futuros compradores si los usos de la finca a los que la servidumbre faculta se hicieran cumplir como derechos *in personam*. La ventaja diferencial que proporcionan las servidumbres no reside en la especialización, sino en el hecho de que se hacen valer *in rem*.

5.1 La estructura informativa de los intercambios individuales y secuenciales

Los jueces resuelven dos principales tipos de conflictos contractuales, que se corresponden con dos estructuras de intercambio diferentes: el intercambio “individual” y “secuencial”. Los conflictos sobre intercambios individuales entrañan una sola transacción: por ejemplo, la que tiene lugar entre un vendedor que suministra un bien o presta un servicio a un cliente. Los conflictos relacionados con intercambios secuenciales entrañan al menos dos intercambios individuales interrelacionados. Por consiguiente, además de la relación que media entre el cliente y el vendedor, el juez deberá examinar, por ejemplo, la que existe entre el vendedor y el propietario del bien o entre el vendedor y su empleador.

El intercambio secuencial comprende, por tanto, al menos tres partes en dos transacciones individuales que denominaré “originaria” y “subsiguiente”. Si denominamos a las partes de acuerdo con la función económica que desempeñan, la transacción originaria tiene lugar entre un “principal” (el propietario o el empleador en el ejemplo) y un “agente” (el vendedor), mientras que la correspondiente transacción subsiguiente tiene lugar entre el agente y un tercero (el cliente) ajeno a la transacción originaria. En consecuencia, el agente desempeña una función contractual y no sólo una función productiva. Como se muestra en la figura 1, ambos intercambios –individual y secuencial– generan conflictos. Pero en cada tipo de intercambio la asimetría informativa que los provoca es distinta, por lo que su respectiva resolución requiere la asistencia de distintos tipos de instituciones.

Figura 1. Cronología de los intercambios secuenciales genéricos con dos transacciones y tres partes



Nota: Las flechas representan relaciones de agencia, no transmisiones. Los números 0, 1, y 2 indican los momentos 0, 1 y 2, respectivamente. A, agente; P, principal; y T, tercero.

La asimetría informativa que se genera en los contratos individuales se muestra bien en el influyente análisis del mercado de los “limones” de Akerl f (1970), en el cual el propietario trata de vender un coche usado. Los posibles compradores son, con razón, reacios a comprar, puesto que, como el propietario

conoce mejor la calidad de su coche, los coches usados que se ponen en venta tienden a ser los de peor calidad. En estas situaciones de selección adversa, que son mucho más frecuentes de lo que el ejemplo del coche deja traslucir, la asimetría informativa que se produce respecto a la calidad material del coche supone una grave amenaza para el intercambio. En consecuencia, las partes tienen que dedicar muchos recursos para idear soluciones, divulgar y obtener información y establecer todo tipo de garantías que aseguren la calidad.

Muchas de estas soluciones las pueden adoptar las propias partes, por ejemplo, plasmando los contratos por escrito (lo que denomino “formalización documental”), verificando la calidad del bien e investigando cuál es la reputación de la contraparte. También pueden acudir a un juez para completar y hacer cumplir el contrato. En particular, las partes pueden especificar en el contrato el funcionamiento esperado del coche. Además, el vendedor puede garantizar un nivel mínimo de calidad, comprometerse a que las reparaciones futuras vayan a su cargo o a devolver una parte del precio si se produce una avería grave. Especificar y verificar todos estos extremos relevantes del funcionamiento del coche es costoso. Por ejemplo, las partes tienen que pactar las cláusulas, ponerlas por escrito, y conservar una copia del contrato para, llegado el caso, poder usarla en el futuro. Pero si las obligaciones contractuales no se cumplen, la parte perjudicada puede acudir al juez para que haga cumplir el contrato, utilizando esa copia como medio de prueba para sustentar la decisión judicial.

Una variante de este ejemplo de intercambio individual de “limones” ilustra el problema de asimetría informativa que provocan los intercambios secuenciales. ¿Cómo puede saber el comprador si el vendedor es realmente el propietario o, en general, si tiene poder de disposición para vender el coche? En caso negativo, el comprador podría perder todo el precio de compra. Por lo tanto, esta asimetría informativa, a la que me referiré como relativa al “título” jurídico (asociada, por ejemplo, a la transacción originaria previa entre el anterior propietario y el vendedor actual) puede ser incluso más grave que la relativa a la calidad material del activo, la cual suele conducir a que el comprador pierda sólo una parte del precio de compra.

Un aspecto esencial para mi análisis es que resulta también más difícil para las partes resolver esta clase de asimetría informativa por sí mismas, ya que, por mucho que quienes examinan los “títulos” se esmeren en clarificarlos y asegurarlos, su prueba puede mantenerse oculta en ausencia de registros públicos. Y desarrollar registros plantea las dificultades propias de toda acción colectiva. Crearlos, no suele estar al alcance de las partes y, por tanto, se necesita una iniciativa pública. Es más, una vez que empieza a funcionar el registro, los individuos se benefician de que sea fiable, pero cada individuo se

beneficiaría aún más si el registro fuera fiable selectivamente y, por ejemplo, fuera indulgente con él pero estricto con sus contrapartes.

La tarea del juez es también más difícil y más importante. Más difícil, porque el juez ha de decidir basándose en el contrato originario entre el principal-propietario y el agente-vendedor, un contrato que pueden manipular con facilidad, sobre todo si no ha estado a disposición del tercero-adquirente. Más importante, porque en lugar de resolver simplemente un conflicto entre las partes del contrato, comparando el cumplimiento real con las obligaciones pactadas, ahora el juez ha de adjudicar el activo a uno de los dos supuestos propietarios: o bien al propietario original aplicando una regla de propiedad, o bien al comprador, aplicando una regla de responsabilidad. El juez concederá a la parte “perdedora” un mero derecho a ser indemnizado por el vendedor, quien, con frecuencia, habrá desaparecido o será insolvente. Y, de hecho, la mayoría de disputas sobre la titularidad de un activo o derecho surgen porque esa acción es mucho menos valiosa que su alternativa.

5.2 Los efectos de los intercambios secuenciales en el intercambio y la especialización

Esta disparidad en el valor explica que este tipo de decisión judicial tenga efectos sustanciales en toda la secuencia de transacciones. Las expectativas sobre cómo se resolverán casos similares define los incentivos de todas las partes potencialmente implicadas en este tipo de activo a la hora de invertir, comerciar y especializarse. Los potenciales compradores serán más reacios a adquirir en el momento 1 si creen que en el momento 2 el juez fallará en favor de los propietarios. Pero, en el momento 0, los propietarios estarán menos dispuestos a invertir y a especializarse si creen que el juez fallará en favor del comprador (véanse las figuras 1 a 3). Ambos adoptarán también más precauciones si temen que los jueces fallen en contra de sus pretensiones: los compradores investigarán más los títulos y preferirán tratar con personas que conozcan. Por consiguiente, habrá menos intercambios impersonales.

En particular, los esfuerzos realizados por los propietarios para evitar colocarse en una posición en la que corren el riesgo de ser desposeídos obstaculizarán la especialización. Los propietarios contratarán de modo más directo, en lugar de hacerlo a través de intermediarios, puesto que es la separación entre propiedad y control (o sea, la posesión por no propietarios) la que origina ese riesgo. También serán más cautelosos al seleccionar a sus agentes contractuales, prefiriendo a quienes conozcan personalmente o, más en general, les ofrezcan mejores garantías personales. Además, esta menor separación entre propiedad y control representa sólo el ejemplo más básico de un fenómeno más general: desde la

óptica individual, será mejor establecer menos derechos sobre cada activo, con la consiguiente pérdida de oportunidades de especialización. Aun más, muchos de estos efectos entrañan costes en términos de pérdida de oportunidades de intercambio y, por tanto, permanecerán invisibles, por lo que será más difícil construir soluciones adecuadas.

Todos estos efectos indican que las decisiones judiciales sobre intercambios secuenciales tienen gran impacto en decisiones económicas de vital importancia. Además, este tipo de intercambio es predominante y afecta a la mayor parte de la actividad económica, como evidenciaré en el siguiente apartado mediante una muestra representativa de transacciones empresariales y sobre inmuebles. Por lo tanto, es esencial que las decisiones judiciales sobre estos intercambios se basen en pruebas contractuales fiables.

Esta muestra de transacciones típicas revelará también que el nivel de dificultad para solventar estos problemas de prueba varía y reclama soluciones distintas según de qué transacción se trate. La prueba verificable de los contratos originarios está disponible fácilmente para algunos tipos de transacción, pero no para otros.²⁰ En este contexto, la función esencial de los registros es proporcionar pruebas a los jueces cuando no resulten fácilmente disponibles como subproducto de los procesos contractuales y productivos. Basándose en estas pruebas, los jueces pueden decidir las disputas aplicando reglas que favorecen a las partes menos informadas, lo que les estimulará a realizar transacciones impersonales y, a su vez, animará a todos los participantes a especializarse. Además, esas pruebas fiables permiten a los jueces aplicar esas reglas de manera eficiente, sin lesionar los derechos de propiedad, incluso cuando concurren y se hagan cumplir derechos múltiples y abstractos sobre el mismo activo.

6. LA GENERALIDAD DEL INTERCAMBIO SECUENCIAL Y SU GRADO VARIABLE DE DIFICULTAD CONTRACTUAL

El ámbito de los intercambios individuales está seriamente limitado porque la especialización suele entrañar necesariamente una secuencia de transacciones interrelacionadas, originarias y subsiguientes, y una sola transacción puede

20. Adviértase que en la teoría económica de los contratos el término “verificabilidad” suele hacer referencia a la observabilidad del cumplimiento del contrato por los terceros y, en particular, por el juez. Aquí, aludo, en cambio, a la verificabilidad del contenido de los contratos y, en particular, al hecho de que los jueces puedan verificar el consentimiento que los principales han prestado en los contratos originarios a las reglas (de propiedad o responsabilidad) que los jueces habrán de aplicar al adjudicar los contratos subsiguientes.

tener varias transacciones originarias. De entrada, las transacciones sobre activos duraderos son inevitablemente secuenciales, pues, debido a su durabilidad, los derechos sobre ellos son potencialmente valiosos. Por tanto, los titulares prefieren hacer valer sus derechos *in rem* en lugar de *in personam*. Incluso la simple transmisión de estos activos entraña implícitamente transacciones originarias en forma de transmisiones totales o parciales así como “principales” en forma de posibles titulares incompatibles, desde un potencial propietario a cualquier titular potencial de otros derechos sobre el activo. Más en general, la mayoría de intercambios incluyen varias partes en una secuencia de transacciones, debido al interés de quienes participan en la actividad económica en alcanzar las ventajas que se derivan de la especialización. Todo ello sólo resulta más obvio cuando una de las partes actúa expresamente como agente económico de alguna de las otras partes.

Así pues, en todos estos casos los intercambios incluyen al menos a tres partes en una secuencia de, al menos, dos transacciones (figura 1).²¹ Este intercambio secuencial es necesario para especializar las tareas desempeñadas por el principal *P* y su agente *A*, incluidos todos los tipos de delegación y separación de la propiedad y el control (por ejemplo, entre accionistas y administradores, propietarios y poseedores, hipotecantes e hipotecados). Pero la especialización crea nuevos costes de transacción, derivados principalmente bien del riesgo de que el agente no esté facultado para vincular al principal o lo esté y se exceda en su ejercicio, bien de que el propietario o el tercer adquirente, *T*, sean desposeídos o engañados. Estos terceros adquirentes sufren ahora mayor asimetría informativa de la que sufrirían si sólo hubiera incertidumbre acerca de la calidad material del bien o servicio entregado o prestado por el agente. Y para que los mercados impersonales puedan funcionar bien, es preciso superar esta asimetría informativa acerca del título o de las facultades de representación del agente.

6.1 Intercambios secuenciales en las transacciones empresariales

Quizás el intercambio secuencial más sencillo es aquel en el que un fabricante encomienda a un distribuidor la venta de sus productos a los clientes de este

21. La importancia de los intercambios secuenciales no significa, sin embargo, que el análisis de las transacciones individuales sea irrelevante. En realidad, todos los intercambios secuenciales están compuestos por series de transacciones individuales. Es más, cuando las partes no pueden mejorar las instituciones necesarias para solventar problemas de títulos o cuando estas instituciones funcionan bien, puede resultar apropiado centrarse en los conflictos entre partes que caracterizan a estas transacciones individuales.

último (figura 2, fila *a*). Primero tiene lugar una transacción entre el fabricante, P_r , y el distribuidor, D , y, posteriormente, otra transacción subsiguiente entre el distribuidor y el cliente, C . Estos acuerdos logran obtener las ventajas derivadas de la especialización, puesto que el recurso a distribuidores permite a los fabricantes centrarse en producir y alcanzar un mercado más extenso. A su vez, los distribuidores pueden centrarse en la distribución, vender una gama más amplia de productos y acercarse al cliente.

Sin embargo, estos acuerdos también originan costes de transacción. En principio, los clientes desconocen la calidad del título jurídico del vendedor. Idealmente, querrían que, en caso de conflicto (relacionado, por ejemplo, con el impago del distribuidor al fabricante), el juez les permitiera conservar el bien y concediera al fabricante una mera acción de resarcimiento por los daños y perjuicios que el distribuidor le haya ocasionado. Esta es, probablemente, una solución sensata si el fabricante ha elegido voluntariamente al distribuidor, en especial si ambos –fabricante y distribuidor– son profesionales que realizan elecciones similares reiteradamente. Los fabricantes tendrán entonces incentivos adecuados para escoger distribuidores fiables, y los distribuidores tendrán también buenos incentivos para ofrecer las salvaguardas adecuadas.

El segundo caso de intercambio empresarial es igual de simple: las relaciones laborales comprenden una transacción originaria por la que un determinado principal o empleador, E_r , contrata a un empleado, E , lo que conduce a transacciones subsiguientes en las que el empleado interactúa con un tercero, T (figura 2, fila *b*). (Adviértase que no es necesario que las transacciones subsiguientes sean contractuales. Por ejemplo, E puede vincular a E_r porque sus actos dañan a T , haciendo que E_r responda extracontractualmente, debido a que E es un empleado de E_r). En cualquier caso, el tercero debiera preocuparse por el poder de representación que ostenta el empleado y por cómo resolverá el juez el conflicto en caso de que el empleado se exceda en las facultades que tiene atribuidas. De igual modo que en el caso del fabricante y el distribuidor, será sensato que el juez proteja al tercero, porque, también en este caso, son los empleadores los que libremente eligen y controlan a sus empleados.

En estos dos casos, el juez tendrá pocas dificultades para verificar que tanto el fabricante como el empleador han consentido en quedar vinculados por los actos realizados, respectivamente, por el distribuidor y el empleado. Tales consentimientos se hacen verificables por el hecho observable de que los bienes han sido confiados al distribuidor, y el empleado ha venido actuando manifiestamente como tal.

En cambio, los contratos realizados en el ámbito de las sociedades mercantiles carecen, con frecuencia, de consecuencias verificables. Imaginemos, por

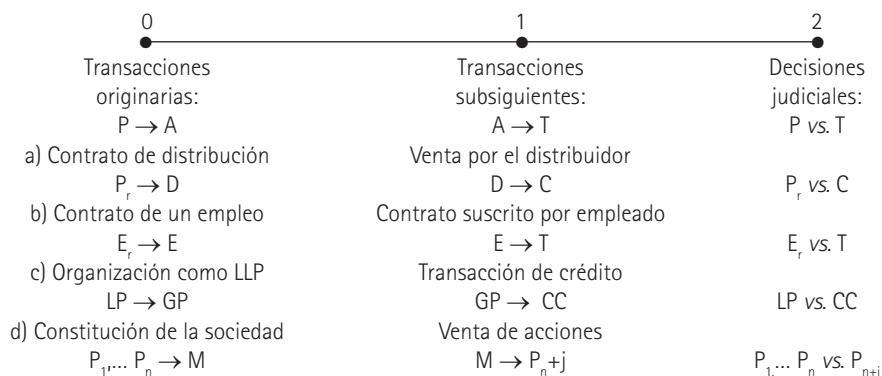
ejemplo, un tercer caso en el que dos personas constituyen una *limited liability partnership* (LLP), una sociedad en buena medida similar a nuestra sociedad comanditaria, con un socio colectivo o *general partner*, GP, que responde de manera ilimitada de las deudas sociales, y otros socio comanditario o *limited partner*, LP, que responde limitadamente (figura 2, fila c). Imaginemos, además, que en la transacción subsiguiente, el socio colectivo pide dinero en préstamo a los acreedores, CC, haciéndoles creer, falsamente, que el socio comanditario está sujeto a un régimen de responsabilidad ilimitada. En casos como éste, el juez tropezará con graves dificultades si el contrato originario se mantiene oculto y por ello genera consecuencias equívocas. En los dos casos precedentes, tanto la posesión del bien como la circunstancia de actuar como un empleado eran hechos que podían advertirse de forma manifiesta. Pero en este tercer caso el régimen de responsabilidad del socio es una característica abstracta del contrato originario, que puede permanecer oculto y, por tanto, puede manipularse de forma oportunista. Ese régimen, al menos tendría que incluirse expresamente en todos los contratos subsiguientes para que pudiera aplicarse con unas mínimas garantías, una inclusión que sería costosa.

Muchas otras transacciones realizadas por sociedades mercantiles plantean dificultades similares, puesto que a menudo no está claro quién ostenta el poder de representación para vincular a la sociedad. Normalmente, los socios delegan ese poder en –para simplificar– un administrador que denotaré como M, quien, posteriormente, celebra todo tipo de contratos con terceros. Así, por ejemplo, podría vender acciones no autorizadas a terceros (que devendrían así nuevos accionistas), P_{n+j} , o exceder los límites del objeto social (figura 2, fila d). En algunas sociedades y transacciones, puede ser fácil verificar las facultades de representación de los agentes de la sociedad; en otras, en cambio, pueden permanecer ocultas y no ser verificables. Además, también puede ser difícil verificar otros atributos societarios. En particular, tanto la sociedad como los acreedores de los socios estarán interesados en conocer qué activos son de la sociedad y cuáles son de los socios. Asimismo, los participantes suelen tener motivos para comportarse de forma oportunista, ya que a los incentivos que tienen los socios para exagerar los activos se añaden los que tienen para moverlos dentro o fuera de la sociedad en función de la situación financiera de ésta última y de la suya propia.

En principio, como sucede con el régimen de responsabilidad de los socios y accionistas, podrían incluirse cláusulas en los contratos subsiguientes para esclarecer todos estos aspectos. Pero su inclusión será costosa y poco fiable. La inscripción de los actos y contratos originarios de las sociedades mercantiles en un registro público suele ser una solución más eficiente. Pese a que sea

costosa, el registro de estos contratos los incorpora implícitamente en todos los contratos subsiguientes, y de modo fácil de verificar o, lo que es lo mismo, difícil de manipular.²²

Figura 2. Cronología de una muestra de intercambios secuenciales típicos en el ámbito empresarial



Nota: Las flechas representan relaciones de agencia, no transmisiones. Los números 0, 1 y 2 indican los momentos 0, 1 y 2, respectivamente. A, agente; C, cliente; CC, acreedores de la sociedad; D, distribuidor; E, empleado; E_r , empleador; GP, socio colectivo o *general partner*; LLP, sociedad comanditaria; LP, socio comanditario o *limited partner*; M, administrador societario; P_r , fabricante; P_i ($i = 1, \dots, n$), antiguos accionistas; P_{n+j} ($j = 1, \dots, m$), nuevos accionistas; y T, terceros.

6.2 Intercambios secuenciales en transacciones sobre inmuebles

Es momento ahora de volver a dirigir la atención a los bienes inmuebles, para reformular el análisis inicial de los derechos de propiedad en términos del marco general que acabo de desarrollar.

La esencia de la estructura de los intercambios sobre inmuebles es idéntica a la que muestran las transacciones empresariales de la sección precedente: (1) un principal, y lo que en el sentido económico de la palabra es aún un “agente”, celebra un contrato originario de compraventa, hipoteca, arrendamiento o cualquier otro en el que se transmitan derechos o se dividan derechos sobre un inmueble; (2) el agente contrata con un tercero en un

22. Véase, para un análisis más profundo, Arruñada (2010b).

contrato subsiguiente –por ejemplo, el propietario vende de nuevo la finca o constituye una segunda hipoteca sobre ella–; y (3) un juez puede ser llamado a resolver quién se queda con la finca. En los casos de bienes inmuebles, el agente a menudo engaña ocultando o tergiversando la transacción previa relevante y finge transmitir un derecho que, aparentemente, no resulta afectado por la transacción que encubre. Por ejemplo, pretende transmitir la finca sin ser propietario, o constituir una primera hipoteca sobre una finca ya hipotecada, o venderla falsamente libre de gravámenes. Como en las transacciones empresariales anteriores, la decisión del juez, en esencia, asignará la propiedad o bien al principal o bien al tercero, y concederá a la parte “perdedora” una mera acción contra el agente.

No obstante, en los intercambios de bienes inmuebles, las funciones de principal y agente son, en comparación con lo que sucede en los intercambios empresariales, más implícitas y alternantes. Por ejemplo, en la doble venta de una finca, es útil contemplar al propietario que la vende dos veces como un agente que falta a sus deberes para con el primer comprador, respecto al cual tiene el deber de no venderla de nuevo (figura 3, fila *a*). El juez asignará la propiedad de la finca, bien al principal (el primer comprador), bien al tercero (el segundo comprador), y concederá a la parte “perdedora” el derecho a reclamar una compensación al antiguo propietario (el agente). Sucedería algo similar con una segunda hipoteca que se constituyese sin hacer referencia a la primera: el primer acreedor hipotecario actuaría como principal, el propietario como agente y el segundo acreedor hipotecario como tercero (figura 3, fila *b*). (Conviene recordar que las flechas de estas figuras representan relaciones de agencia, no transmisiones, y que el análisis no presupone un marco normativo concreto).

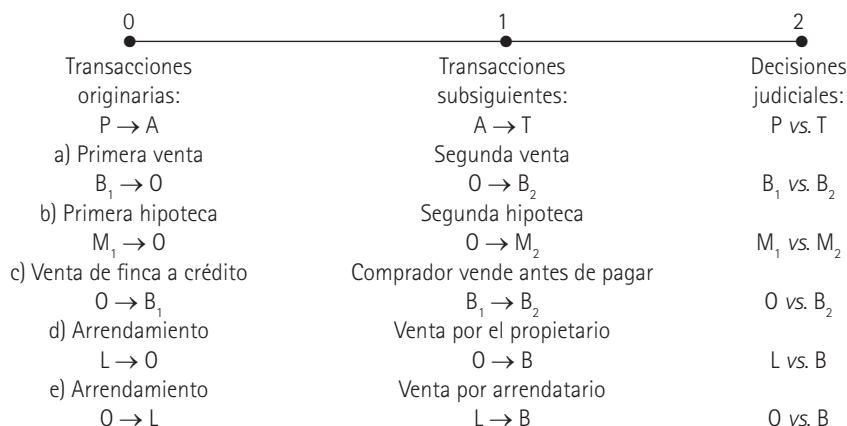
Es comprensible que, aplicado a la propiedad, el uso del término “agencia”, basado en los conceptos económicos de principal y agente, pueda desconcertar a los lectores más familiarizados con el concepto jurídico de agencia.²³ No obstante, ambas nociones se hallan próximas, aunque la estructura de agencia sea más obvia en las transacciones empresariales que en las de propiedad, ya que, para las empresariales, suele darse una relación más explícita de agencia o laboral. En cambio, en las de propiedad, incluso el que una parte desempeñe el papel de agente o de principal depende de la clase de engaño potencial que se considere en cada transacción. Ello no impide, sin embargo, que todas las transacciones de la propiedad tengan una estructura de agencia. Basta observar,

23. Véase, en este sentido, por ejemplo, Jensen y Meckling (1976).

por ejemplo, que, en una segunda venta, el vendedor está actuando como un agente en términos económicos para el primer comprador, pese a que este uso del concepto de agencia sea poco convencional en sentido jurídico, en tanto que el primer comprador no pretende que el vendedor actúe en calidad de agente y el vendedor no se presenta a sí mismo como un agente del comprador.

Por otra parte, al margen de que en este ámbito el concepto de agencia esté implícito y sea atípico, en muchas transacciones originarias sobre inmuebles, tanto los compradores como los vendedores se alternan en los papeles de principal y agente en diferentes circunstancias, con relación a diferentes transacciones subsiguientes. De hecho, cada uno de los casos anteriores sólo presenta un conflicto típico de cada transacción y no a la transacción en sí misma. Por ejemplo, en la doble venta, el propietario, O , es un agente respecto de su obligación de no vender la finca a otro comprador, B_2 , una vez que la ha vendido al primer comprador, B_1 , que actúa como principal (figura 3, fila *a*). No obstante, un comprador de inmuebles también puede actuar como agente si está obligado, por ejemplo, a no disponer del inmueble hasta haberlo pagado. Imaginemos, que el comprador, B_1 , revende la finca a un tercero de buena fe, B_2 , antes de haber pagado el precio al propietario y vendedor, O (figura 3, fila *c*). De modo similar, un arrendamiento puede plantear riesgos en ambas direcciones, esto es, tanto al arrendador como al arrendatario. El propietario arrendador, O , puede vender la finca a un tercero, B , quien puede entonces tratar de desahuciar al arrendatario, L , u obtener sólo una acción contra el vendedor si el juez así lo decide (figura 3, fila *d*). En dirección opuesta, el arrendatario puede abusar de su facultad para poseer el bien, haciéndose pasar por propietario de la finca y vendiéndola a otro sujeto (figura 3, fila *e*). Además, esta alternancia de papeles es común, porque la subsistencia de la propiedad propicia largas cadenas de transacciones, de modo que, en la mayoría de casos de propiedad, una transacción subsiguiente actual será la transacción originaria de futuras transacciones subsiguientes sobre el mismo activo. Igualmente, lo que hoy es una transacción originaria fue en el pasado una transacción subsiguiente de una originaria previa.

Figura 3. Cronología de una muestra de intercambios secuenciales típicos sobre bienes inmuebles



Nota: Las flechas representan relaciones de agencia, no transmisiones. Los números 0, 1 y 2 indican los momentos 0, 1 y 2, respectivamente. A , agente; B , compradores; L , arrendatario; M , acreedores hipotecarios; O , propietario; P , principal; y T , tercero.

7. EL PROBLEMA INFORMATIVO DEL INTERCAMBIO SECUENCIAL Y SU RESOLUCIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN SELECTIVA DE REGLAS DE PROPIEDAD Y RESPONSABILIDAD

7.1 *El problema: asimetría informativa en transacciones subsiguientes*

Todas las transacciones empresariales y de propiedad comparten, pues, una estructura común: las decisiones de especialización e intercambio que adoptan los propietarios y sus agentes conducen a transacciones originarias que multiplican y reasignan derechos, originando asimetrías informativas que pueden perjudicar a las transacciones subsiguientes de carácter impersonal, ya que los terceros pueden albergar dudas sobre las facultades del agente para comprometer al principal. La realización de transacciones subsiguientes fraudulentas es posible porque, como consecuencia de la transacción originaria, los agentes adquieren la posesión (en nombre ajeno) de los activos o se les coloca en una posición que genera la apariencia de que gozan de facultades para contratar en nombre del principal. Por ejemplo, a un empleado tenderá a vérselo como un sujeto autorizado para vincular a la empresa. De modo similar, un arrendamiento faculta al arrendatario a poseer la finca y le sitúa en buena posición para hacerse pasar por propietario al venderla a un tercero de buena fe. Estas situaciones generan una tensión entre proteger a los propietarios con reglas de propiedad, que potencian la inversión y la especialización, y proteger a los adquirentes con reglas de responsabilidad, que impulsan el intercambio impersonal.

Lo anterior puede expresarse en términos de negociación coaseana si observamos que, en un intercambio secuencial, el juez adjudicará en algún momento derechos *in rem* y derechos *in personam* de un valor marcadamente distinto. En la medida en que esta adjudicación se asienta en los contratos originarios, son estos contratos los que determinan la estructura informativa y las dificultades de las transacciones subsiguientes. Las aproximaciones que ponen el acento en la asignación inicial de los derechos corren el riesgo de oscurecer el proceso, puesto que la mayoría de los contratos están relacionados con derechos que fueron al menos reasignados por las partes en la transacción originaria previa. Y el hecho de que los derechos *in rem* sean más valiosos que los derechos *in personam* conduce a los que participan en el mercado a solicitar asignaciones públicas recurrentes –o sea, una adjudicación judicial o, al menos, la información verificable que serviría de base para decidir esa reasignación–. Proporcionar esta información verificable constituye la función mínima y esencial de los registros contractuales, especialmente respecto a las transacciones originarias que generan derechos abstractos, las cuales pueden mantenerse ocultas fácilmente.

Adviértase también que he centrado mi atención en aspectos distintos en las transacciones empresariales que en las de inmuebles, pero los problemas que plantean son iguales. Para las transacciones empresariales, he supuesto que el agente tiene facultades para contratar, mientras que, en las transacciones sobre inmuebles, me he centrado en situaciones en las que el agente carece de poder de disposición. Sin embargo, podía haber comparado igualmente la caso de un comerciante que suscribe con otro comerciante un contrato de depósito de mercancías con pacto expreso de no venderlas, un caso que se asemejaría más al del comprador de una finca que permite conservar la posesión al vendedor. Pese a que en la mayoría de sistemas jurídicos la posesión genera efectos distintos según se trate de bienes muebles o inmuebles, esta diferencia no afecta a la estructura del problema. Tampoco es distinto el potencial de que se produzca una colusión entre las partes del contrato originario, pues puede darse tanto en una sociedad mercantil como en la segunda venta de una finca o en la segunda hipoteca que se constituya sobre ella. En estos últimos casos, las partes simplemente ocultan el contrato previo hasta que el dinero cambia de manos en el contrato subsiguiente, engañando al tercero de buena fe. Es más, las partes pueden incluso escoger de manera oportunista en función de la evolución del precio de mercado, especialmente si la cuantía de la indemnización no viene determinada por el precio de mercado, sino por el precio de venta.

Además, la caracterización en términos de derechos *in rem*, es aparentemente inexacta para algunas transacciones empresariales, en la medida en que en

ellas no hay activos directamente involucrados. Sí los hay en otras muchas transacciones empresariales, como es el caso, por ejemplo, de las que tienen por objeto toda clase de bienes, títulos valores o acciones de una sociedad mercantil; pero no en otras, en las que las transacciones sólo modifican la prioridad de las obligaciones personales (por ejemplo, la responsabilidad extracontractual), haciendo responsable al principal. Sin embargo, incluso para estas últimas, el problema tiene la misma estructura informativa y las mismas soluciones institucionales. En puridad, el Derecho no consigue que estos intercambios sean plenamente impersonales, pero logra unos intercambios personales más seguros, puesto que son impersonales respecto a los agentes: los adquirentes saben quién responde por los actos del agente, por lo que será útil que actúen como principales individuos y empresas fiables (especialmente empresas, pues normalmente perduran durante más tiempo y son más fiables que las personas). También hace que sea más fácil salvaguardar los intercambios con la reputación y la ayuda de especialistas en el aseguramiento.

Por otra parte, también conviene destacar un supuesto implícito del análisis: que las transacciones subsiguientes son más impersonales que las originarias. Este supuesto es coherente con la realidad, pues cabe suponer, por ejemplo, que el conjunto de transacciones originarias con las que se crea la empresa (incluida su constitución como sociedad mercantil así como la contratación de empleados y la conexión con proveedores) tienen una naturaleza más personal –se basan, sobre todo, en interacciones repetidas– que las transacciones subsiguientes que se realicen con terceros. En otros casos, como el de los inmuebles, todas las transacciones son igual de impersonales si se consideran individualmente. No obstante, incluso en este caso, principales y agentes disponen de mejor información que los terceros sobre las transacciones previas, lo que causa una asimetría informativa, situando a los terceros en desventaja y haciendo que las transacciones subsiguientes sean diferentes. Expresado en otros términos, las transacciones impersonales se convierten *de facto* en personales cuando se las contemplan como transacciones originarias de futuras transacciones subsiguientes.

Por último, tratándose de bienes inmuebles, en lugar de realizarse una transacción originaria, se producirá en ocasiones una simple asignación de derechos, que puede ser explícita, proveniente de algún poder político (por ejemplo, una concesión estatal de tierras), o implícita (por ejemplo, la ocupación como regla de adquisición originaria de la propiedad). De hecho, si echamos la mirada atrás en la cadena histórica de títulos, habrá siempre al menos una asignación inicial de esta índole, y, a menudo, muchas más, no sólo cuando se rompe la cadena contractual de títulos, sino también cuando se

solicita del Estado que clarifique el derecho, esto es, que asigne los derechos *in rem* de manera clara (recuérdese la demanda de asignaciones públicas recurrentes que antes hemos analizado).

A pesar de estos matices, todos los conflictos que provocan estas secuencias de transacciones empresariales y de propiedad son de la misma naturaleza, pues el juez ha de adjudicar, o bien derechos *in rem* sobre el activo (la propiedad), y dejar a la parte “perdedora” con la posibilidad menos valiosa de reclamar una indemnización al agente, o bien, en aquellas transacciones empresariales que no involucran derechos *in rem*, adjudicar al tercero un derecho *in personam* contra el principal o meramente contra el agente. Si los jueces fallan siempre en favor del adquirente desinformado, mediante la aplicación de una regla de responsabilidad, lograrán que la asimetría informativa devenga irrelevante para los terceros, pero los propietarios correrán el riesgo de ser desposeídos. Este resultado sería negativo incluso para los adquirentes, puesto que estarán seguros frente a eventuales reivindicaciones de propietarios pasados, pero inseguros respecto a la mala conducta de futuros agentes. De modo similar, si los jueces siempre fallan en favor de los principales-propietarios, aplicando una regla de propiedad, la asimetría informativa que sufrirán los terceros perjudicará el intercambio impersonal. Incluso los legítimos propietarios tendrán dificultades para vender sus activos o utilizarlos como garantía del crédito. En cierto modo, la reducción de los costes de transacción requiere debilitar los derechos de propiedad, y fortalecer estos derechos aumenta los costes de transacción.

Por consiguiente, emplearé estos conceptos de “regla de propiedad” y “regla de responsabilidad” para identificar las dos soluciones en las que el juez concede al propietario un derecho, respectivamente, superior o inferior al derecho incompatible que ostenta el adquirente de buena fe. Parece razonable denominar “regla de propiedad” a la solución en la que la prioridad se establece según la propiedad legítima, y “regla de responsabilidad” a su alternativa, en la que se establece según el contrato de transmisión.²⁴ Esto puede causar confusión, pero cierta dosis de confusión resulta inevitable, puesto que en todos los casos se asignan tanto derechos *in rem* como derechos *in personam*. Por ejemplo, al aplicar una regla de responsabilidad, el juez atribuye a los

24. Empleo el término “regla de responsabilidad”, que ya está siendo usado por autores españoles, para traducir la expresión *contract rule* de la obra original, pese a que sería quizá más exacto traducirlo por “regla contractual”, reflejando así la simetría de su naturaleza con la “regla de propiedad”, y clarificando sus diferencias respecto al concepto de *liability rule* acuñado por Calabresi y Melamed (1972).

propietarios un derecho *in personam* y a los adquirentes un derecho *in rem*. Por lo tanto, cualquiera que sea la denominación con la que se designe a las reglas, ésta se ahorrará mejor a una determinada perspectiva y creará el riesgo de ser percibida como confusa cuando se observe desde la perspectiva opuesta, esto es, la de la otra parte de la transacción. En particular, las denominaciones que utilizo son intuitivamente más coherentes con la perspectiva de los antiguos propietarios, puesto que las reglas de propiedad confirman sus derechos *in rem*. Puede parecer menos coherente, sin embargo, para los adquirentes (los “nuevos” propietarios), por ser la regla de responsabilidad la que les lleva a obtener derechos *in rem* en lugar de derechos *in personam*. Con todo, empleo estas denominaciones para designar reglas y no derechos, que siempre son derechos *in rem* para el “ganador” e *in personam* para el “perdedor”. Y este uso, al implicar que al propietario anterior se le asigne un derecho *in personam*, realza la dilución voluntaria de los derechos de propiedad que considero una característica esencial de los mercados impersonales.

Asimismo, he de señalar que estas reglas son similares pero distintas de las reglas de “propiedad” y “responsabilidad” que introduce el trabajo clásico de Calabresi y Melamed (1972), puesto que no afectan sólo a las partes de un contrato, sino que se definen en un contexto de una secuencia de dos transacciones con tres partes. Además, mi análisis se centra en el papel que desempeñan las partes en cada transacción y deja al margen el hecho de que los actuales terceros a menudo actuarán como principales en futuras secuencias de transacciones. Así, cuando un tercero de buena fe triunfa en una disputa sobre su transacción adquisitiva (esto es, cuando se le atribuye un derecho *in rem*), éste no sale exitoso como consecuencia de haberse activado una regla de propiedad, la cual, por definición, hubiera atribuido el bien al propietario original. En este caso, al tercero no se le obliga a resarcir al propietario original, como sucedería al aplicar la regla de responsabilidad de Calabresi y Melamed. Por último, la regla de propiedad de Calabresi y Melamed es más débil, pues se refiere sólo a la capacidad para forzar a un potencial invasor del derecho de propiedad a negociar una transmisión consensuada parecida al cumplimiento específico, lo cual cabe argumentar que tiene poco que ver con un derecho *in rem* (MERRILL; SMITH, 2001a).

7.2 La solución: protección del tercero y consentimiento verificable

Retomando la discusión principal, conviene recordar que aparentemente la elección clave es la de proteger a los propietarios o a los adquirentes, esto es, en conceder un *enforcement in rem* a los derechos de propiedad o reducir

los costes de transacción. La aplicación de reglas de propiedad favorecería a los propietarios anteriores en detrimento de los posteriores y, viceversa, la aplicación de reglas de responsabilidad favorecería a los propietarios posteriores en detrimento de los anteriores. Sin embargo, el crecimiento económico no sólo se potencia, sino que puede requerir ambas ventajas: unos derechos de propiedad seguros, que estimulen la inversión, y unos costes de transacción reducidos, que faciliten la asignación y especialización de los recursos. Por tanto, es a menudo eficiente instrumentar instituciones que, aun incurriendo en un cierto coste, puedan superar este compromiso, maximizando el valor para los adquirentes sin dañar a los propietarios.

Estas instituciones lo logran aplicando reglas de propiedad o de responsabilidad a un determinado contexto, pero sujetándolas a condiciones adecuadas, lo que reduce en gran medida los efectos negativos sobre, respectivamente, la seguridad de la propiedad o los costes de transacción. En términos generales, la aplicación de reglas de responsabilidad, que favorecen a los adquirentes, está condicionada al consentimiento verificable de los propietarios, a fin de protegerles; mientras que la aplicación de reglas de propiedad, que favorecen a los propietarios, está condicionada a que el contrato sea público y verificable, a fin de proteger a los adquirentes.

Cuando el Derecho aplica una regla de responsabilidad, lo hace después de que el propietario lo haya consentido, y la libertad para otorgar o no su consentimiento permite a los propietarios proteger su propiedad. Esta fue, por ejemplo, la solución que se ideó en la Edad Media bajo la *lex mercatoria*: cuando los comerciantes confiaban la posesión de sus mercancías a otros comerciantes, el juez atribuiría esas mercancías al tercero de buena fe que las hubiera adquirido en una transacción subsiguiente. De forma parecida, cuando los fundadores constituyen una sociedad mercantil y nombran a sus representantes, están consintiendo que sus derechos de propiedad se debiliten en favor de cualquier tercero que contrate con la sociedad. Pero, como este debilitamiento potencial de los derechos de propiedad es decidido por sus titulares, no debiera provocar demasiados daños.

Por el contrario, cuando el Derecho aplica una regla de responsabilidad, lo hace sólo una vez que el propietario ha cumplido con los requisitos de publicidad que aseguran tanto que los jueces puedan verificar los contratos originarios como que se reduzcan los costes de transacción de todos los potenciales terceros que participan en el mercado. Por ejemplo, en la doble venta de una finca, el juez atribuirá la finca no al primero que la haya adquirido, sino al primer comprador que haya hecho pública la compra. En otras palabras, al no hacer pública la compra, el primer comprador está consintiendo implícitamente que su derecho de propiedad se vea debilitado, por lo que se aplicará una regla de

responsabilidad para adjudicar la finca en una eventual segunda venta que se haga pública primero. Soluciones similares se aplican a todos los ejemplos que hemos visto anteriormente.

La cuestión clave es que el juez no aplica estas reglas automáticamente, sino que su aplicación está sujeta a condiciones, las cuales son necesarias para superar el compromiso entre el *enforcement* de la propiedad y los costes de transacción. En particular, dada la naturaleza secuencial de los intercambios, todos los sistemas han de asegurar que los principales permanezcan comprometidos con las decisiones que hayan adoptado. Para ilustrarlo, basta con imaginar a un comerciante que, tras no haber cobrado una mercancía que había entregado a un distribuidor, arguye que éste no estaba autorizado para venderla; o a un accionista que otorga un poder general a un administrador pero que, cuando este último comete un error grave, reniega de él y esgrime que no carecía de poder para representarle. El compromiso es la esencia en estos ejemplos, como lo es también en las transacciones sobre fincas. Por ejemplo, en la doble venta de una finca, el propietario y el primer comprador podrían confabularse para emerger con la primera venta sólo si el valor de la finca sube por encima del coste esperado de la indemnización. Es más, cuando se aplica una regla de propiedad, el compromiso de los propietarios debe alcanzar también a todos los terceros potenciales.

La condición común es que el juez tiene que poder verificar el consentimiento prestado o la publicidad realizada respecto a las transacciones originarias. Ello puede hacerse de manera informal, cuando es inevitable que o bien la transacción originaria, por sí misma, o bien las actividades que desencadena hagan pública, como un subproducto, la información relevante. Una transacción con efectos informativos de este tipo es, por ejemplo, aquélla por la que un comerciante adquiere la posesión de la mercancía que vende. De forma parecida, el ámbito de las facultades de representación de los empleados puede advertirse fácilmente al observar cómo desempeñan sus funciones habituales en su puesto de trabajo. En caso contrario, se hace necesario poner en funcionamiento organizaciones y procedimientos explícitos y costosos para, en esencia, hacer públicos los elementos consensuales que puedan afectar a los terceros. Esos elementos comprenden, al menos, la fecha y la información necesaria para activar la regla correspondiente. Por ejemplo, la constitución de una sociedad mercantil exige hacer público, entre otros extremos, la fecha, el nombre de la sociedad, el de sus fundadores, el capital social y el régimen de adopción de acuerdos; y, por su parte, las adquisiciones de fincas y la constitución de hipotecas requieren identificar, al menos, la finca y las partes contratantes.

En consecuencia, la solución radica en basarse en el conocimiento público de los contratos originarios y, cuando ese conocimiento no esté

Una característica esencial de estas decisiones judiciales es que se basan en información relativa al consentimiento prestado por los titulares, y no en el valor que puedan tener los recursos en litigio en manos de cada uno de los litigantes.²⁵ Por tanto, el Derecho y, en particular, los registros, permiten que funcione el mercado sin que el juez haya de valorar asignaciones alternativas, evitando así el peligro de que jueces y gobiernos puedan de hecho asignar los recursos según sus propias preferencias y supeditados por su limitada capacidad para valorarlos (POLINSKY, 1980). En su lugar, la asignación está gobernada por el consentimiento prestado por los propietarios, bien en la transacción originaria, cuando nombran al agente y, por tanto, activan la eventual aplicación de reglas de responsabilidad a transacciones subsiguientes; o bien en la transacción subsiguiente, cuando acuerdan transmitir sus derechos a los adquirentes en los casos en los que el Derecho aplica reglas de propiedad. Por tanto, en ambos casos, el elemento básico de la contratación privada –el consentimiento voluntario– no sólo se preserva, sino que además se potencia. Ello asegura que mejore la posición de los propietarios respecto a un sistema jurídico alternativo que, al resolver los conflictos siempre en favor de los propietarios anteriores, perjudicaría la especialización y el intercambio.

8. CONCLUSIÓN

En conclusión, el Derecho sigue dos estrategias para alcanzar un compromiso entre los beneficios que procura el *enforcement* y los costes de transacción inherentes a los derechos *in rem*: (1) aplica reglas de propiedad –esto es, resuelve los conflictos en favor de los propietarios– a condición de que esos derechos se hagan públicos y puedan verificarse; o (2) aplica reglas de responsabilidad –esto es, resuelve el conflicto en favor de los terceros– a condición de que concurra el consentimiento verificable de los propietarios. En términos generales, éstas son las dos estrategias que se aplican, respectivamente, a las transacciones inmobiliarias y a las empresariales. Este tratamiento diferenciado sugiere que el fundamento de ambas estrategias está relacionado con la naturaleza mercantil o civil de las partes que intervienen en la transacción.

25. Como se ha analizado en la literatura sobre reglas de propiedad y de responsabilidad (véanse, por ejemplo, Ayres y Talley, 1995, y Kaplow y Shavell, 1996; así como Krauss, 1998, para un resumen), que se centra en una situación en la que un derecho en disputa ha de ser asignado o a su titular o a un posible invasor (en lugar de a un tercero de buena fe), una situación en la que la aplicación de la regla de responsabilidad (entendida en el sentido de Calabresi y Melamed 1972) lleva a que el invasor indemnice al titular.

Estas diferentes estrategias entrañan una serie de consecuencias para el tratamiento de la mayoría de transacciones, tanto sobre inmuebles como empresariales. Primero, los propietarios otorgan su consentimiento de formas muy distintas. En las transacciones empresariales y, en particular, en las relacionadas con sociedades mercantiles, el consentimiento se presta en las transacciones originarias, por lo que es aplicable a muchas eventuales transacciones subsiguientes. En las transacciones sobre inmuebles, los propietarios, con sólo proporcionar una prueba de sus derechos de manera pública, preservan su facultad de otorgar o no su consentimiento en el futuro, concediendo o denegando efectos *in rem* a cualquier aspecto de las transacciones subsiguientes que colisione con sus propios derechos. El consentimiento se otorgará o denegará en el momento en que tengan lugar las transacciones subsiguientes y de manera específica para cada una de ellas.

Segundo, la reasignación de los derechos es, pues, más automática en las transacciones empresariales que en las realizadas sobre inmuebles. La aplicación de reglas de responsabilidad implica que los derechos *in rem* que colisionen con la pretendida transacción subsiguiente se transformen automáticamente en derechos *in personam*. Por consiguiente, la reasignación tiene lugar en cada una de las transacciones subsiguientes. En las transacciones sobre inmuebles, se produce una reasignación similar únicamente en sistemas de registro de derechos, mientras que en sistemas de privacidad y de registro de documentos pueden subsistir derechos en conflicto a menos que las partes soliciten la intervención del juez.

Tercero, la principal actividad de aseguramiento de los adquirentes (por ejemplo, la contratación por las partes de todo tipo de agentes) también difiere según se trate de transacciones sobre inmuebles o empresariales. En las empresariales, puesto que el Derecho aplica reglas de responsabilidad y los consentimientos de los titulares se conceden de antemano, los adquirentes no precisan recabarlos, sino sólo comprobar que se han otorgado de tal modo que, llegado el caso, serían verificables por un juez. En cambio, dado que para las transacciones sobre inmuebles el Derecho suele aplicar reglas de propiedad, los adquirentes de derechos *in rem* precisan que los titulares consientan la transacción planeada. Y este consentimiento lo recaban bien facultativamente (cuando el Derecho exige publicidad independiente en sistemas de registro de documentos) o bien obligatoriamente (cuando el Derecho, además, reasigna los derechos *in rem* tras cada transacción, como sucede en los sistemas de registro de derechos). Esta tercera consecuencia, relativa al tipo de aseguramiento necesario para contratar en cada uno de los dos ámbitos –empresarial e inmobiliario– explica muchas de las diferencias que se observan entre registros

de la propiedad y registros mercantiles, diferencias cuyo tratamiento he de dejar para otra ocasión.²⁶

9. REFERENCIAS

- ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon; ROBINSON, James. The colonial origins of comparative development: an empirical investigation. *American Economic Review* 91/1369-1401, 2001.
- AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics* 84/488-500, 1970.
- ALLEN, Douglas W. Homesteading and property rights; or, “How the West was really won”. *Journal of Law and Economics* 34/1-23, 1991.
- _____; LUECK, Dean. The nature of the farm: contracts, risk and organization in agriculture. Cambridge: MIT Press, 2003.
- ALSTON, Lee J.; LIBECAP, Gary D.; MUELLER, Bernardo. *Titles, conflict and land use: the development of property rights and land reform on the Brazilian Frontier*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.
- ANDERSON, Terry L.; HILL, Peter J. The evolution of property rights: a study of the American West. *Journal of Law and Economics* 18/163-180, 1975.
- _____. The race for property rights. *Journal of Law and Economics* 33/177-197, 1990.
- ARRUÑADA, Benito. Protestants and Catholics: similar work ethic, different social ethic. *The Economic Journal* 120/890-918, 2010a.
- _____. Institutional support of the firm: a theory of business registries. *The Journal of Legal Analysis* 2/525-576.
- _____. Fundamentos institucionales de la contratación empresarial: una teoría del registro mercantil. Traducción española adaptada. *Revista de Derecho Mercantil* 278/1291-1369, 2010b.
- _____. *Institutional foundations of impersonal exchange: the theory and policy of contractual registries*. Chicago: University of Chicago Press. Traducción española, en prensa: Cizur Menor: Thomson Reuters, 2012.
- _____; VÁZQUEZ, Xosé H. When your contract Manufacturer Becomes Your Competitor”. *Harvard Business Review* 84/135-145. 2006.
- AYRES, Ian; TALLEY, Eric. Solomonic bargaining: dividing a legal entitlement to facilitate coasean trade. *Yale Law Journal* 104/1027-1117, 1995.
- BAIRD, Douglas G.; JACKSON, Thomas H. Information, uncertainty, and the transfer of property. *Journal of Legal Studies* 13/299-320, 1984.

26. El lector interesado puede consultar Arruñada (2012, capítulos 2 y 3, p. 43-107).

- BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, [1989] 1997.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review* 85/1089-1128, 1972.
- CHEUNG, Steven N. S. *The theory of share tenancy*. Chicago: University of Chicago Press, 1969.
- CHONG, Alberto E.; CALDERÓN, César A. Causality and feedback between institutional measures and economic growth. *Economics and Politics* 12/69-81, 2000.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics* 3/1-44, 1960.
- DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *American Economic Review* 57/347-359, 1967.
- _____. Property rights. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 3/144-155. London: Macmillan, 1998.
- EPSTEIN, Richard. Inducement of breach of contract as a problem of ostensible ownership. *Journal of Legal Studies* 16/1-41, 1987.
- GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *American Journal of Sociology* 91/481-510, 1985.
- GREIF, Avner. Institutional foundations of impersonal exchange: from communal to individual responsibility. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 158/168-204, 2002.
- _____. Impersonal exchange without impartial law: the community responsibility system. *Chicago Journal of International Law* 5/109-138, 2004.
- _____. The birth of impersonal exchange: the community responsibility system and impartial justice. *Journal of Economic Perspectives* 20/221-236, 2006a.
- _____. *Institutions and the path to the modern economy*. New York: Cambridge University Press, 2006b.
- GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver. The costs and benefits of ownership: a theory of lateral and vertical integration. *Journal of Political Economy* 94/691-719, 1986.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights. *Journal of Legal Studies* 31/S373-S420, 2002.
- HAYEK, Friedrich A. von. *Law, legislation, and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Chicago: University of Chicago Press; London: Routledge & Kegan Paul (reprint). [1973-1979] 1982.
- HELLER, Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review* 111/621-688, 1998.

- _____. The boundaries of private property. *Yale Law Journal* 108/1163-1223, 1999.
- HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. Contract Law. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (eds.). *Handbook of Law and Economics* 1/3-138. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics* 3/305-360, 1976.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Property rules versus liability rules: an economic analysis. *Harvard Law Review* 109/713-790, 1996.
- KNACK, Stephen; KEEFER, Philip. Institutions and economic performance: cross-country tests using alternative institutional measures. *Economics and Politics* 1/207-228, 1995.
- KRAUSS, Michael I. Property rules vs. liability rules. In: BOUCKAERT, B.; GEEST, G. de (eds.). *Encyclopedia of Law & Economics* 2/782-794. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 1998.
- LEVMORE, Saul. Variety and uniformity in the treatment of the good-faith purchaser. *Journal of Legal Studies* 16/43-65, 1987.
- LIBECAP, Gary D. Economic variables and the development of the law: the case of Western Mineral Rights. *Journal of Economic History* 38/338-362, 1978.
- _____. *Contracting for property rights*. New York: Cambridge University Press, 1989.
- _____; LUECK, Dean. Land demarcation systems. In: KENNETH, Ayotte; SMITH, Henry E. (eds.). *Research Handbook on the Economics of Property Law*, p. 257-295. Cheltenham: Edward Elgar, 2011a.
- _____; _____. The demarcation of land and the role of coordinating property institutions. *Journal of Political Economy* 119/426-467, 2011b.
- LUECK, Dean. The rule of first possession and the design of the Law. *Journal of Law and Economics* 38/393-436, 1995.
- _____; MICELI, Thomas J. Property Law. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (eds.). *Handbook of Law and Economics* 1/183-257. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- MERRILL, Thomas W.; SMITH, Henry E. Optimal standardization in the law of property: the *numerus clausus* principle. *Yale Law Journal* 110/1-70, 2000.
- _____; _____. What happened to property in Law and Economics? *Yale Law Journal* 111/357-398, 2001a.
- _____; _____. The property/contract interface. *Columbia Law Review* 101/773-852, 2001b.
- _____; _____. *Property: principles and policies*. New York: Foundation Press, 2007.

- _____.; _____. *Property*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- NORTH, Douglass C. *Structure and change in economic history*. New York: W. W. Norton, 1981.
- _____. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- _____. *Institutions*. *Journal of Economic Perspectives* 5/97-112, 1991.
- _____.; THOMAS, Robert P. *The rise of the Western World: a new economic history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.
- _____.; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PENNER, James E. *The idea of property in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- POLINSKY, Mitchell A. Resolving nuisance disputes: the simple economics of injunctive and damage remedies. *Stanford Law Review* 32/1075-1112, 1980.
- RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development. *Journal of Economic Growth* 9/131-165, 2002.
- ROSE, Carol M. Crystals and mud in Property Law. *Stanford Law Review* 40/577-610, 1988.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Inalienability and the theory of property rights. *Columbia Law Review* 85/931-969, 1985.
- SEABRIGHT, Paul. *The company of strangers: a natural history of economic life*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.
- SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Indianapolis: Oxford University Press/Liberty Press, [1776] 1981.
- SMITH, Henry E. Exclusion versus Governance: two strategies for delineating property rights. *Journal of Legal Studies* 31/S453-S487, 2002.
- _____. Modularity in contracts: boilerplate and information flow. *University of Michigan Law Review* 104/1175-1222, 2006.
- _____. Intellectual property as property: delineating entitlements in information. *Yale Law Journal* 116/1742-1823, 2007.
- _____. Governing water: the semicommons of fluid property rights. *Arizona Law Review* 50/445-478, 2008.
- _____. Modularity in property, intellectual property, and organizations. *Harvard Law School Working Paper*, 17.09.2009.
- _____. Standardization in Property Law. In: AYOTTE, Kenneth; SMITH, Henry E. (eds.). *Research Handbook on the Economics of Property Law*, p. 148-173. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

WALLIS, John Joseph. Institutions, organizations, impersonality, and interests: the dynamics of institutions. *Journal of Economic Behavior and Organization* 79/48-64, 2011.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Registro imobiliário, contrato, organização social e fortalecimento institucional, de Luís Paulo Aliende Ribeiro, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, dez. 2011, vol. 2, p. 431.

Veja também do mesmo Autor

- El seguro de títulos de propiedad, de Benito Arruñada – *RDI* 58/167.
- A escolha do sistema de titulação em terras, de Benito Arruñada e Nuno Garoupa, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Gilson Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, dez. 2011, vol. 6, p. 239; e
- Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento, de Benito Arruñada, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Gilson Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, dez. 2011, vol. 2, p. 121.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

Responsabilidade Civil

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

1

RENATO LUÍS BENUCCI

Doutor e Mestre e pela USP. Registrador imobiliário em Gaspar, Santa Catarina.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Análise da responsabilidade civil decorrente dos serviços notariais e de registro. Reconhecimento da potencialidade de lesão a terceiros em razão da atuação do notário ou do registrador. Estudo da legislação que trata da responsabilidade civil de notários e registradores e reconhecimento da sua complexidade. Verificação da subsunção, ou não, dos atos notariais e de registro e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Serviços notariais e de Registro – Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: Analysis of civil responsibility arising out from notary and registry services. Acknowledgment of the potentiality of harm to third parties as a result of the acts practiced by a notary or registrar. Study of the legislation which deals with the civil responsibility of notaries and registrars and recognition of its complexity. Verification of subsumption, or not, of notary and registry acts. Application of the Consumer Protection Law.

KEYWORDS: Civil responsibility – Notary and registry services – Consumer Protection Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As normas legais que regem a responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro – 3. Os atos notariais e de registro e a relação com o Código do Consumidor – 4. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro: 4.1 A responsabilidade direta e objetiva do Estado e subjetiva de notários e registradores; 4.2 A responsabilidade direta do notário e do registrador: 4.2.1 A responsabilidade direta e objetiva dos notários e registradores; 4.2.2 A responsabilidade direta e subjetiva dos notários e registradores; 4.2.3 Responsabilidade direta do "cartório?"; 4.2.4 A responsabilidade subsidiária do Estado pelos atos notariais e de registro; 4.2.5 A excepcional responsabilidade solidária do Estado pelos atos notariais e de registro – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os serviços notariais e de registro, conquanto essenciais para formalizar atos jurídicos extrajudiciais de interesse da sociedade, bem como para assentar títulos, de interesse privado ou público, para sua constituição ou para a garantia da oponibilidade *erga omnes*, podem, eventualmente, causar danos a terceiros.

Com efeito, se da atuação do notário ou do registrador – a par de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, possibilitando a prevenção de litígios, e cumprindo importante papel para a pacificação social – resultar prejuízos a outrem, é imperativo que haja a recomposição do patrimônio da vítima, na exata extensão do que esta perdeu, ou daquilo do que deixou razoavelmente de ganhar.

Neste sentido, se há consenso quanto à recomposição do patrimônio da vítima lesada, por outro giro, a imputação da responsabilidade civil em razão de danos decorrentes de atos praticados por notários e registradores tem gerado significativa discussão na doutrina, refletida na jurisprudência produzida sobre a matéria, que ainda se encontra distante de uma sedimentação.

Uma primeira dificuldade surge com a própria legislação que trata da responsabilidade civil de notários e registradores, complexa, contraditória e dispersa, e que se reflete diretamente na formação de correntes doutrinárias e jurisprudenciais distintas. Outra questão importante diz respeito à subsunção, ou não, dos atos notariais e de registro aplicação do Código do Consumidor, bem como a responsabilidade do Estado, como principal, solidária ou apenas subsidiária.

2. AS NORMAS LEGAIS QUE REGEM A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Um breve delineamento histórico indica que a responsabilidade civil dos tabeliães de notas já era disciplinada desde as Ordenações Filipinas – que, como visto, vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916 – em seu Título LXXX, do Livro I, sendo que a responsabilidade civil era direta e exclusiva, uma vez que era prevista a prestação de uma caução pelo tabelião nomeado, para que pudesse exercer as funções notariais. O Estado, assim, não respondia pelos atos dos tabeliães de notas.¹

1. BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 226.

Uma vez promulgado o Código Civil de 1916, foi editado o Dec. 18.542, de 24.12.1928, que também previa expressamente, no art. 312, para o exercício da função tabelioa, uma caução de 20 contos de réis, sendo que o art. 343 vinculava esta caução ao ressarcimento de danos ocasionados no exercício das funções e ao pagamento de quaisquer multas ou encargos legais. Por sua vez, o art. 37 do mesmo Dec. 18.542/1928 previa:

“Além dos casos expressamente consignados, os officiaes serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem os seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados no registro.”

Em seguida, foi editado o Dec. 4.857, de 09.11.1939, que dispôs sobre a responsabilidade dos notários e registradores do mesmo modo que o Dec. 18.542/1928.

Foi então editada em 31.12.1973 a atual Lei de Registros Públicos, ou seja, a Lei 6.015/1973, e, após a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu as diretrizes básicas do tema, no art. 236, surgiram outras leis que regularam especificamente a matéria referente à responsabilidade civil de notários e registradores, como as Leis 8.935, de 18.11.1994 e 9.492, de 10.09.1997.

Verifica-se, portanto, quanto às normas legais que dispõem sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, que há vários dispositivos em vigor que dispõe sobre o tema, o que dificulta sobremaneira uma sistematização, traduzindo-se na jurisprudência vacilante acerca da responsabilidade civil de notários e registradores, bem como em variadas posições doutrinárias.

De fato, a atual Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) previu a responsabilidade civil dos registradores, de maneira genérica, em seu art. 28:

“Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Parágrafo único. A responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem.” Este dispositivo sinaliza um critério de aferição de responsabilidade direto e subjetivo.

Os arts. 108 e 157, da mesma Lei 6.015/1973, também tratam da responsabilidade de registradores, mas agora de forma específica, para determinadas especialidades de registro, sempre sob o critério subjetivo.

Também regulam a responsabilidade civil por atos notariais e de registro, o art. 22 da Lei 8.935/1994, que dispõe sobre a responsabilidade civil de no-

tários e registradores, também de forma genérica, ao dispor que “os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos da própria serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”, dispositivo este que, por sua vez, parece indicar um critério de aferição de responsabilidade direto e objetivo.

Para tornar o tema ainda mais complexo e controverso, há ainda o art. 38 da Lei 9.492/1997, que estabelece a responsabilidade civil dos tabeliães de protesto, nestes termos: “Os Tabeliães de Protesto de Título são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso”, e prescreve, claramente, para os tabeliães de protesto, um critério de aferição de responsabilidade direto e subjetivo.

3. OS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO E A RELAÇÃO COM O CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Uma questão intimamente relacionada à responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro diz respeito à sua subordinação, ou não, ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esta questão tem grande importância, pois caso entendamos que os atos notariais e de registro caracterizem uma relação de consumo, a tese da responsabilidade objetiva pelos atos notariais e de registro redobraría seu vigor, tendo em vista o disposto nos arts. 12 e 14 da Lei 8.078/1990, que dispõem:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Verifica-se, portanto, que a Lei 8.078/1990 estabeleceu, de forma clara e inequívoca, a responsabilidade objetiva dos produtores e fornecedores da cadeia produtiva, não levando em consideração a existência da culpa frente aos danos provenientes de acidentes de consumo ou vícios na qualidade ou quantidade dos mesmos, ou na prestação dos serviços.

Desta forma, uma vez constatado o fato gerador do dano, proveniente da relação de consumo, bem como o próprio dano, caberá ao responsável pelo mesmo, a sua reparação, não havendo necessidade do consumidor apresentar qualquer prova da culpa.

Tais normas previstas na Lei 8.078/1990 têm por desiderato, como muitas outras previstas no Código Consumerista, proteger, de forma privilegiada, a parte mais fraca da relação de consumo, o consumidor, considerado como parte hipossuficiente, visando evitar abusos dos comerciantes, fabricantes ou prestadores de serviços.

Destarte, qualquer produto introduzido no mercado de consumo deve atender a exigências mínimas em relação à qualidade e quantidade, para que não cause prejuízos ao consumidor. Caso tais prejuízos venham a ocorrer, o fornecedor responde independentemente de culpa, pois que, pela teoria do risco, aquele que gerou a situação de risco deve assumir o dano em razão da atividade que realiza, e não por agir com culpa. A responsabilidade objetiva decorrente da relação de consumo tem como fundamento, portanto, a teoria do risco do negócio. Isto porque para a teoria do risco, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, e deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Neste sentido, Nelson Nery afirma que:

“(...) toda indenização derivada de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.”²

Cabe, então, verificar se os atos notariais e de registro sujeitam-se ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A este respeito, a 3.^a T. do Superior de Justiça, no REsp 625.144/SP, em decisão por maioria, decidiu que os atos notariais e de serviço não se caracterizam como relação de consumo.

De fato, os Ministros Nancy Andrigli e Castro Filho, vencidos, entenderam que os serviços notariais devem ser regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois seriam serviços públicos impróprios ou *uti singuli*, pois além de serem prestados por delegação a particulares (característica dos serviços públicos impróprios), são serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, sendo remunerados por taxa, e não por imposto.

Deste entendimento divergiram os Ministros Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, que referendaram a tese vencedora, de que os Cartórios de Notas e Registro não são fornecedores segundo

2. NERY JR., Nelson. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 725.

o art. 3.º da Lei 8.078/1990, mas sim prestadores de um serviço público típico, que não constitui relação de consumo. Tal serviço é remunerado por tributo, tendo em vista que a jurisprudência do STF já definiu como taxa – que é uma das três espécies de tributo – os emolumentos que remuneram os serviços notariais e de registro. Além do que, também concluíram os Ministros que aqueles que se utilizam dos serviços notariais e de registro não são consumidores, segundo o art. 2.º da Lei 8.078/1990, mas sim contribuintes, que remuneram o serviço público prestado mediante pagamento de uma taxa de serviço.

Portanto, pela tese vencedora, que comungamos integralmente, a Lei 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) não se aplica à atividade notarial e de registro.

4. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Há importante controvérsia quanto à responsabilidade civil pelos atos praticados por tabeliães e notários, fruto da ambiguidade normativa existente.

Podemos agrupar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em três correntes principais (embora não se desconheça a existência de variações e nuances no âmbito de cada um destes três posicionamentos).

A primeira, que é a corrente majoritária, vem sendo aceita pelo STF, e defende a responsabilidade direta e objetiva do Estado, sob o argumento de que os cargos notariais e de registro são criados por lei, providos por concurso público, e os atos destes agentes são sujeitos à fiscalização estatal e dotados de fé pública, prerrogativas inerentes à ideia de poder delegado do Estado.

À esta corrente de pensamento majoritária contrapõem-se outras duas, que entendem que a responsabilidade é direta e pessoal do notário e do registrador, com a diferença de que a primeira, lastreada no art. 22 da Lei 8.935/1994, defende que a responsabilidade do notário ou do registrador é objetiva; enquanto que a segunda, minoritária, sustenta que a responsabilidade do notário e do registrador é direta e pessoal, mas subjetiva, ou seja, baseada no dolo ou culpa.

4.1 *A responsabilidade direta e objetiva do Estado e subjetiva de notários e registradores*

A corrente doutrinária majoritária quanto à responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, que é acompanhada por reiterada jurisprudência do STF, sustenta que os notários e os registradores, inobstante o caráter privado do exercício de sua atividade, permanecem com *status* de servidores públicos,

cabendo ao Estado responder diretamente pelos atos de titulares de serventias extrajudiciais.

Integram esta corrente de pensamento doutrinadores de escol, como Caio Mário da Silva Pereira,³ Yussef Sahid Cahali,⁴ Rui Stoco,⁵ Walter Ceneviva,⁶ Carlos Roberto Gonçalves,⁷ Roberto Senise Lisboa,⁸ entre outros.

Esta corrente majoritária de pensamento entende que notários e registradores exerceriam função pública em nome do Estado, e não em nome próprio. Como consequência deste entendimento, a autonomia dos notários e registradores seria limitada pela intensa fiscalização exercida pelo Poder Judiciário, sendo que o Estado seria o verdadeiro controlador das atividades notariais e de registro, ao normatizar administrativamente a atividade. Sob este enfoque, qualquer dano decorrente da atividade notarial ou de registro jamais poderia ser considerado alheio ao Estado.

A análise da iterativa jurisprudência do STF, em relação ao tema, é fundada na qualidade de agentes públicos dos titulares das serventias extrajudiciais, o que resultaria, forçosamente, na responsabilidade do Estado, proveniente de danos causados a terceiros pelos serviços delegados notariais e registrais.

Na vigência da ordem constitucional anterior (EC 1/1969, que tem *status* de verdadeira Constituição), a Corte Suprema já sustentava que os titulares de ofícios de registro e de notas, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial (o que inclui registradores e tabeliães), seriam servidores públicos, e pelos atos praticados, nessa qualidade, pelos danos por eles causados a terceiros, respondia o Estado, com base no art. 107 da EC 1/1969, embora não houvesse impedimento a que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público, com fundamento no art. 159 do CC/2002 (com este entendimento há vários arestos do STF, como, por exemplo, o RE 99.214/RJ, 2.^a T., rel. Min.

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 172.

4. CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 349.

5. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil dos notários e registradores – Comentários à Lei 8.935, de 18.11.1994*. RT 714/50.

6. CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e registradores comentada (Lei 8.935/94)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 145-146.

7. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 470-474.

8. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 191-192.

Moreira Alves, publicado no DJ 20.05.1983; o RE 116.662/PR, 1.^a T., rel. Min. Moreira Alves, publicado no DJ 16.10.1998, entre outros).

A promulgação da Carta de 1988 em nada alterou tal entendimento do STF, conforme se verifica no AgRg no RE 209.354/PR, 2.^a T., rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ 16.04.1999, com a seguinte ementa:

“Constitucional. Servidor público. Tabela. Titulares de Ofício de Justiça: Responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado. CF art. 37, § 6.^o.

I. Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6.^o).

II. Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.”

Tal posicionamento jurisprudencial afasta qualquer alteração no regime da responsabilidade estatal em decorrência do previsto no art. 236, § 1.^o, da CF/1988, pois tal responsabilidade continuaria, por este entendimento, sendo regida pelo art. 37, § 6.^o, da CF/1988, que definiu a responsabilidade direta do Estado pelos atos notariais e de registro, pois a lei regulamentadora, prevista no art. 236, § 1.^o, do Texto Constitucional, apenas poderia disciplinar aquilo que a própria Constituição permitiu.

A responsabilidade civil dos notários e registradores, por tal entendimento, somente seria possível de caracterizar-se mediante a comprovação da culpa ou dolo, e de forma independente da previsão do art. 22 da Lei 8.935/1994.

Assim, se preferir propor a ação indenizatória em face do agente público, o ofendido estará obrigado à comprovação da culpa ou do dolo do titular da serventia, ou de seu preposto. Estaria dispensado dessa prova, contudo, bastando que demonstrasse a existência do dano e do nexo causal, caso resolvesse direcionar a demanda contra o Estado. A contrapartida desta dispensa de prova da culpa em face do Estado viria com o processo executivo, sabidamente muito mais dificultoso quando intentado em face do Poder Público.

Por tal entendimento, na hipótese de dirigir sua pretensão contra o preposto, o prejudicado deve, assim como quando dirige sua pretensão contra o agente público, arcar com o ônus da prova da culpa ou do dolo, e também com o risco de sua solvência.

4.2 A responsabilidade direta do notário e do registrador

A corrente de pensamento majoritária, que atribui responsabilidade civil direta e objetiva do Estado pelos atos notariais e de registro, é refutada por par-

cela minoritária da doutrina, que entende que a fiscalização do Poder Público e a elaboração de uma disciplina administrativa básica, não afastaria a responsabilidade direta do notário e do registrador pelos atos produzidos nas serventias não oficializadas, uma vez que as concessionárias e permissionárias prestariam serviços públicos também sujeitos à fiscalização estatal, sem esquivar-se da responsabilidade direta pelos seus atos.

O titular do serviço extrajudicial, segundo este pensamento, não agiria pelo Estado, mas por sua própria conta e risco, contratando seu pessoal e remunerando-o de forma autônoma, o que apartaria o notário e o registrador da figura do funcionário público. A delegação da atividade extrajudicial, assim, não se confundiria com a representação (como ocorre no mandato), e tampouco com a imputação, que é o modelo que caracteriza o vínculo entre os servidores públicos e o Estado.

Isto porque o fato de os notários e registradores serem submetidos à obrigatória fiscalização do Poder Público, por meio do Poder Judiciário, não implicaria qualquer subordinação hierárquica, nem qualquer submissão. O fato de exercer tal atividade pública, por sua própria conta e risco, com independência gerencial, administrativa e financeira, e remunerando-se de forma autônoma, tem por consequência a responsabilidade direta do tabelião e do registrador, cabendo apenas a responsabilidade subsidiária do ente estatal.

Ora, a outorga da delegação implica, necessariamente, atribuição de responsabilidade direta ao delegado pelos seus atos. Caso o Estado respondesse diretamente pelos danos causados por notários e registradores, restaria sem qualquer razão a inovação constitucional que atribui caráter privado ao exercício dessas atividades.

Dessa forma, considerando que tais profissionais possuem autonomia administrativa e financeira, e percebem integralmente os emolumentos pagos como contraprestação dos serviços, não há que se falar em responsabilização direta do ente estatal.

Por este entendimento, a responsabilidade subsidiária do Estado afastaria a aplicabilidade do art. 37, § 6.º, *in fine*, quando tal dispositivo se refere a “agentes”, uma vez que notários e registradores não seriam equiparáveis a tais agentes do Texto Constitucional.

É preciso também, desde já, ressaltar que entre os que entendem que a responsabilidade pelos atos notariais e de registro é direta dos notários e registradores, há duas posições distintas, quais sejam, os que entendem que tal responsabilidade é objetiva, e os que entendem que esta responsabilidade é subjetiva.

4.2.1 A responsabilidade direta e objetiva dos notários e registradores

Vários são os doutrinadores que entendem que a responsabilidade direta e objetiva dos notários e registradores decorreria do próprio Texto Constitucional, uma vez que o art. 37, § 6.º, da CF/1988, responsabilizaria objetivamente as pessoas prestadoras de serviço público, e, como corolário, a teria ocorrido a não recepção do art. 28 da Lei 6.015/1973, como, por exemplo, Hely Lopes Meirelles,⁹ Humberto Theodoro Jr.,¹⁰ Roberto Senise Lisboa,¹¹ entre outros.

Outros doutrinadores entendem que a responsabilidade objetiva dos notários e registradores apenas teria sido inserida no ordenamento jurídico nacional com o advento do art. 22 da Lei 8.935/1994, como, por exemplo, José Renato Nalini,¹² Luis Paulo Aliende Ribeiro,¹³ Youssef Sahid Cahali,¹⁴ entre outros.

De um modo geral, pode-se dizer que a doutrina que defende a responsabilidade objetiva de notários e registradores, independentemente de sua adoção a partir do advento da Constituição Federal de 1988, ou da Lei 8.935/1994, fundamenta-se, basicamente, na teoria do risco, quer seja o risco envolvido na prestação de um serviço pelo notário ou registrador (risco-criado), quer seja o risco decorrente da própria remuneração dos serviços prestados, que é realizada direta e imediatamente pelos usuários do serviço, por meio dos emolumentos (risco-proveito).¹⁵

Assim, o elemento financeiro, a apropriação direta e integral dos emolumentos cartorários seria a maior justificativa da responsabilização objetiva dos notários e registradores, e seria um modo meio de compensar o usuário do serviço da exploração da atividade econômica pelos notários e registradores.

A posição de Hely Lopes Meirelles traduz de modo exemplar a defesa pela tese da responsabilidade direta e objetiva dos notários e registradores, ao afirmar que “não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma

9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 535.

10. THEODORO JR., Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *RT* 662/10.

11. LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 191-192.

12. NALINI, José Renato et al. *Registro de Imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 92.

13. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124-125.

14. CAHALI, Youssef Said. *Op. cit.*, p. 348.

15. BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Op. cit.*, p. 258.

obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado”.¹⁶

Renato Nalini acrescenta ainda que:

“É da essência da delegação a transferência da prestação, com todos os seus ônus e riscos, não apenas das vantagens que ela acarrete. Seria *sui generis* essa delegação que reserva para o delegado os emolumentos e para o Estado todos os ônus decorrentes do serviço.”¹⁷

Convém ressaltar que, embora não explicitado, o entendimento daqueles que admitem a responsabilidade objetiva dos notários e registradores, apenas a partir do advento do art. 22 da Lei 8.935/1994, ou seja, por obra do legislador ordinário, só se justifica se, por coerência lógica, o fundamento normativo da responsabilidade dos titulares de serventias extrajudiciais estiver lastreada no art. 236, § 1.º, da CF/1988, que é norma constitucional de eficácia limitada,¹⁸ e não no art. 37, § 6.º, da CF/1988, pois, pela classificação de José Afonso da Silva, o art. 37, § 6.º, da CF/1988, é uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata.¹⁹

Isto porque se a responsabilidade objetiva dos notários e registradores tivesse fundamento constitucional no art. 37, § 6.º, da Carta Magna, seria forçoso concluir que a responsabilidade objetiva dos notários e registradores estaria já definida desde a promulgação da atual Carta Política.

4.2.2 A responsabilidade direta e subjetiva dos notários e registradores

Inobstante a força dos argumentos da teoria da responsabilidade direta e objetiva dos notários e registradores, existe uma corrente doutrinária que, apesar de reconhecer que notários e registradores responderem diretamente pelos danos causados a terceiros, defende que esta responsabilização deve se basear em critérios subjetivos, em razão das características únicas da atividade exercida por notários e registradores.

Assim, tal corrente doutrinária, mesmo entendendo descaber responsabilidade estatal direta em face dos atos notariais e de registro (uma vez que os

16. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 535.

17. NALINI, José Renato et al. Op. cit., p. 92.

18. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 118.

19. Idem, p. 99.

agentes delegados agem por sua própria conta e risco), sustenta que a responsabilidade de notários e registradores não oficializados deve ser deduzida pelo método subjetivo, ou seja, com a comprovação de dolo ou culpa.

O Desembargador do TJSP, jurista e filósofo Ricardo Dip, chama atenção para o fato de que a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atuação registral ou notarial, e demonstra a total falta de harmonia entre os serviços registrares e as teorias da responsabilidade objetiva, ao enumerar problemas práticos de difícil superação com a adoção da teoria da responsabilidade objetiva. Um dos exemplos citados é o caso da negativa de um registrador de imóveis, em averbar na matrícula de imóvel, um protesto contra alienação de bens, e em que este imóvel é posteriormente alienado, e o adquirente alega que a falta de averbação do protesto na matrícula do imóvel causou-lhe dano econômico. Caso se admita, *in casu*, a responsabilização objetiva, de nada adiantaria o registrador sustentar que a Lei de Registros Públicos não prevê a averbação requerida, pois, embora a falha seja normativa, é efetivada com a negativa do registrador, e caberia, em tese, a responsabilização objetiva do registrador de imóveis.²⁰

Ricardo Dip aprofunda o exemplo, e imagina que o interessado, com a negativa, requeira a suscitação de dúvida, e o juiz decida contrariamente ao entendimento do registrador, e que seria o caso de efetuar o assento de averbar o protesto contra a alienação de bens. Assim, uma vez realizado o assento, o proprietário poderia reclamar do prejuízo que a publicidade registrária do ato gerou, embaraçando negócios jurídicos, e pleiteando indenização por lucros cessantes. Do mesmo modo, caso seja aceita a tese da responsabilidade objetiva do registrador, poder-se-ia responsabilizá-lo pelo prejuízo causado pela publicidade do registro, inobstante a averbação tenha sido efetivada por ordem judicial, após a decisão do procedimento de dúvida.²¹

Outro exemplo citado por Ricardo Dip é o de um registro baseado em uma certidão notarial aparentemente hígida, mas falsa. Uma vez registrada, e salvo o advento de causa de exclusão da ilicitude, como o dolo do beneficiado, caberia a responsabilização sem culpa do registrador.²²

Ricardo Dip indaga: “Será que a ideologia vai a ponto de sustentar objetivamente justas essas hipotéticas responsabilizações?”²³ À tal indagação respon-

20. DIP, Ricardo Henry Marques. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Irib: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 365-366.

21. Op. cit., p. 366.

22. DIP, Ricardo Henry Marques. Op. cit., p. 365-366.

23. Idem, *ibidem*.

demos que tais situações, de fato, afrontam o senso comum de justiça, o que leva à conclusão que a responsabilização do notário e do registrador, embora direta, deve se basear em critérios subjetivos, com o pressuposto de conduta dolosa ou culposa, pela falta, deficiência ou intempestividade na execução do serviço de registro.

De fato, o cariz único e inconfundível, da delegação do serviço notarial e de registro, já demonstrado, em que se descentraliza não uma atividade material, mas sim uma atividade jurídica, pode implicar prejuízos aos usuários pela mera aplicação, por parte do notário ou do registrador, de dispositivos normativos, tanto da lavra do legislador parlamentar, quanto daqueles elaborados pelas Corregedorias dos Tribunais, em sua função fiscalizadora, e que devem ser obrigatoriamente seguidos pelos notários e registradores (como é o caso dos Códigos de Normas e das Ordens de Serviço expedidas pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça).

Nestas circunstâncias, não se pode defender a teoria objetiva da responsabilidade de notários e tabeliães sem ofender a um senso comum de justiça, e o Direito não pode estar dissociado do conceito de justiça e da promoção do bem estar da sociedade, sob o risco de se transformar em instrumento de arbítrio e degradação do ser humano. O positivismo ideológico é uma etapa já superada na história do Direito.

Todavia, é necessário admitir que, em face da relatividade do conceito de justiça, esse confronto com a norma jurídica não pode ser visto sem ressalvas, pois “a ideologia da justiça não cabe, pois no exame racional das normas”,²⁴ ou seja, não se pode admitir interpretações *contra legem* pelo simples fato de que determinada norma seria injusta, uma vez que tal postura acarretaria insegurança jurídica.

A defesa da responsabilidade civil direta e subjetiva de notários e registradores, contudo, longe de se caracterizar como uma interpretação *contra legem*, é uma das interpretações possíveis do art. 22 da Lei 8.935/1994. E diante de duas interpretações possíveis, como a responsabilidade civil direta e subjetiva e a responsabilidade civil direta e objetiva, derivadas do art. 22 da lei 8.935/1994, deve-se sempre preferir aquela interpretação que atenda a princípios éticos.

A ordem jurídica estabelece referenciais valorativos, e graças a processos de interpretação e aplicação, o jurista pode buscar neutralizar, ou atenuar, os efeitos de uma norma injusta.

24. Ross, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 331.

Por outro giro, deve ser lembrado que, não obstante o art. 22 da Lei 8.935/1994 sugira o critério objetivo de responsabilidade de notários e registradores (e, em tese, tenha revogado o art. 28 da Lei 6.015/1973), a Lei 9.492/1997, por seu art. 38, estabelece, expressamente, a responsabilidade civil subjetiva dos tabeliães de protesto.

Os adeptos da corrente direta e objetiva poderiam argumentar que a regra geral da responsabilidade objetiva, de notários e registradores, ainda subsistiria, pois o art. 38 da Lei 9.492/1997, embora seja norma posterior e de mesma hierarquia que o art. 22 da Lei 8.935/1994, não poderia ser utilizado como critério geral para os demais tabeliães e registradores, uma vez que se restringiria a regular a responsabilidade civil dos tabeliães de protesto, pelo que apenas em relação a estes revogaria a Lei geral (Lei 8.935/1994).

Outros defensores da corrente objetiva também defendem a inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 9.492/1997, por ofender ao princípio da isonomia.²⁵

Contudo, como bem lembra Hércules Alexandre da Costa Benício: “Nessa linha de raciocínio da utilização do critério da especialidade para a solução de antinomias jurídicas (pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial – ou excepcional –, prevalece a segunda), a lei especial não revoga a lei geral do mesmo modo que a lei geral também não revoga a lei especial. Como se sabe, o art. 157 da Lei 6.015/1973 é claro ao definir a responsabilidade subjetiva dos registradores de títulos e documentos, pelo que a Lei geral 8.935/1994, por seu art. 22, não pode ter revogado aquele dispositivo normativo”.²⁶

De fato, se o art. 157 da Lei 6.015/1973, que estabelece a responsabilidade civil subjetiva para os registradores de títulos e documentos, não foi revogado pelo citado art. 22 da Lei 8.935/1994, por ser uma norma especial, e esta define a responsabilidade dos registradores de títulos e documentos como subjetiva. Assim, o que se tem de modo insofismável é que, pelo menos para duas categorias do gênero “notários e registradores”, temos que a legislação hoje vigente é clara ao determinar a aferição da responsabilidade civil pelo critério subjetivo, de forma explícita, quais sejam, os registradores de títulos e documentos e os tabeliães de protesto.

Cabe também analisar se tais normas específicas configurariam hipóteses de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia, em face do que dispõe o § 6.º do art. 37 do Texto Constitucional. Luis Paulo Aliende Ribeiro afirma que:

25. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. Op. cit., p. 124-125.

26. BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. Op. cit., p. 266-267.

“(...) a Lei 8.935/1994, no seu art. 22, cumpriu, de forma exaustiva, o comando expresso no § 1.º do art. 236 da Constituição Federal de 1988. (...) Consumada a atribuição dada ao legislador constituinte com a opção legislativa por este regramento geral e uniforme, comum aos delegados de todas as especialidades notariais e de registro, com este não se mostra compatível a posterior edição, parcelada e veiculada em leis editadas para regular os serviços de uma dada especialidade, de regras que possam se identificar como específicas e modifiquem, apenas para os delegados que exerçam tal especialidade, questões inerentes à própria delegação, objeto de privativa definição na mencionada lei geral. (...) A regra que fixou definição de responsabilidade extracontratual distinta da prevista na Lei 8.935/1994 apenas para os tabeliães de protesto, sem tratar dos tabeliães de notas e dos registradores, juridicamente iguais no que se refere à delegação, consta de lei que define competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e que não poderia tratar de matéria relativa à própria delegação de modo diverso do estabelecido na Lei 8.935/1994, razão pela qual não se ajusta ao sistema e caracteriza flagrante ofensa ao princípio da igualdade.”²⁷

Discordamos frontalmente deste entendimento. Não se pode olvidar, como já referido, que notários e registradores são pessoas físicas, profissionais do direito, que exercem uma função pública delegada, mediante concurso público prévio, e que tais atividades não se amoldam ao art. 37, § 6.º, da CF/1988, dispositivo que, ademais, é destinado apenas às pessoas jurídicas (de direito público ou de direito privado), *verbis*:

“§ 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Assim, a baliza constitucional, acerca da responsabilidade civil de notários e registradores, encontra-se no § 1.º do art. 236, e não no § 6.º do art. 37, motivo pelo qual a alegação de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 9.492/1997, com a devida vênia, perde qualquer sentido, pois a responsabilidade civil de notários e tabeliães não é estabelecida constitucionalmente, mas é, em realidade, objeto de uma norma constitucional de eficácia limitada.

Ora, as Leis 9.492/1997 e 8.935/1994 são leis ordinárias, de mesma hierarquia. Não há como defender, juridicamente, a impossibilidade de que a lei especial disponha diferentemente da lei geral (se é que, de fato, há esta anti-

27. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. Op. cit., p. 124-125.

nomia, questão também sujeita a debate doutrinário, conforme já analisado *infra*).

Assim, uma vez admitida a plena vigência e a constitucionalidade do art. 38 da Lei 9.492/1997, bem como do art. 157 da Lei 6.015/1973, a questão seguinte a ser resolvida é: qual seria o traço distintivo das atribuições previstas nestes dispositivos que justificaria um tratamento diferenciado na apuração da responsabilidade?

A conclusão a que se chega é que, por qualquer critério que se utilize, inexistente qualquer motivo razoável a justificar tal *discrímen* entre as espécies de serviços notariais e de registro, para efeitos de apuração da responsabilidade, pois todas as atribuições, de uma forma geral, constituem serviços de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, conforme prescreve o art. 1.º da Lei 8.935/1994.

Outro ponto a ser destacado é que o art. 22 da Lei 8.935/1994 admite interpretação que conduz a um critério subjetivo para a responsabilidade civil de notários e registradores, pelo simples fato de que tal dispositivo não prevê, de forma expressa, o critério de responsabilidade objetiva.

Rui Stoco é enfático ao defender que o art. 22 da Lei 8.935/1994 não prescreve a adoção do princípio da responsabilidade objetiva de notários e registradores, pois:

“Um texto de lei ordinária não pode ser interpretado pelo que nele não se contém, se dessa exegese decorre situação gravosa. (...) se conclui que o citado art. 22 da Lei em comento harmoniza-se com a Carta Magna que a precede e, portanto, como não poderia deixar de ser, acolheu, à sua imagem a teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa dos agentes da Administração Pública quando, nessa qualidade, causarem danos a terceiros.”²⁸

Ricardo Dip, em ensaio sobre o tema, compatibiliza o art. 28 da Lei 6.015/1973 (que prevê expressamente a responsabilidade civil subjetiva de notários e registradores) com o art. 22 da Lei 8.935/1994, ao verificar que este último dispositivo legal:

“Não indica a espécie fundacional da responsabilização objeto e apenas rende ensejo à direta responsabilidade civil do registrador pelos atos próprios de

28. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 443-444.

seus prepostos, contra estes assegurado ‘direito de regresso no caso de dolo ou culpa’ (...). Responsabilidade direta – equivale a dizer, sem cabimento de convocação solidária ou secundária (salvas as hipóteses de insolvabilidade do registrador – tal o observou agudamente Décio Erpen – e, aqui controvertidamente, na bitola de erro clamoroso *in vigilando*) – não implica a ideia de responsabilidade objetiva.”²⁹

Décio Antônio Erpen é outro doutrinador que, embora seja adepto da responsabilidade direta e exclusiva de notários e registradores (com a responsabilidade apenas subsidiária do Estado nas hipóteses de insolvência), defende intensamente o critério subjetivo de responsabilidade dos delegados de serviço extrajudicial, argumentando que a estes não se aplicaria o art. 37, § 6.º, da CF/1988, por desempenharem atividade pública atípica, com regramento próprio estabelecido pelo art. 236 da CF/1988, cujo § 1.º delegou à lei ordinária a regulação da disciplina da responsabilidade civil.³⁰

Como na responsabilidade objetiva não se analisa, para fins de sua incidência, se houve falha no sistema normativo ou má execução dos serviços, os notários e registradores seriam, injustamente, responsabilizados pela má elaboração normativa dos serviços, na qual sequer intervieram. A tese da responsabilidade objetiva poderia levar, assim, a situações em que a indenização seja devida pelo notário e pelo registrador quando estes cumprem fielmente a lei.

Neste caso, a responsabilidade civil decorrente do próprio sistema, por falha legislativa, deveria ser suportada direta e exclusivamente pelo Estado-legislador ou pelo Estado-corregedor.³¹

A conclusão a que se chega é que a responsabilidade civil de notários e registradores deve ser lastreada em critérios subjetivos e não objetivos, pois os delegados de serviço extrajudicial que seguirem fielmente o sistema jurídico não podem ser responsabilizados civilmente por danos que eventualmente decorram desta prestação do serviço, pois não devem responder pelas falhas do sistema legal, erigido pelo Estado-legislador.

Destarte, apenas a falha na execução dos serviços notariais e de registro (por dolo ou culpa em sentido estrito) é que deveria gerar o dever de indenizar ao notário e ao registrador.

29. DIP, Ricardo Henry Marques. Op. cit., p. 365-366.

30. ERPEN, Décio Antônio. A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores. *Boletim do Colégio Notarial do Brasil – Seção Rio Grande do Sul*. n. 1. Rio Grande do Sul, 1999. p. 3-6.

31. Idem, *ibidem*.

Décio Antônio Erpen defende que a análise da responsabilidade civil do notário e do registrador deve realizar-se caso a caso, para, topicamente, concluir-se o prejuízo ocorreu por da falha legislativa (das leis e demais atos normativos) ou por falha na execução da atividade notarial e de registro (por omissão, excesso, desídia, emulação, imprudência ou negligência).³²

Caso venha a prevalecer a tese da responsabilidade objetiva para as atividades notariais e de registro, chegaríamos a essa extrema incongruência, ou seja, a responsabilização civil do notário e do registrador que atuou em fiel cumprimento do dever legal.

Por derradeiro, para aplacar o dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre a responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, seria desejável a edição de uma norma que a explicitasse de forma clara, inequívoca e circunstanciada. Neste sentido, deve ser lembrada a afirmação de Hércules Alexandre Costa Benício, que entende oportuna a edição de uma norma que defina de forma clara a responsabilidade civil de notários e registradores, norma esta que:

“Deve ser fundada na noção de culpa em sentido lato, admitindo-se a inversão do ônus da prova em favor da vítima, para que caiba ao cartório o dever de comprovar que não houve falha no serviço, ou seja, que o serviço normalmente organizado foi prestado de forma correta e não lhe era possível, nem razoavelmente exigível, impedir o evento danoso.”³³

4.2.3 Responsabilidade direta do “cartório”?

A questão referente à responsabilidade direta pelos atos notariais e de registro implica também, necessariamente, a discussão sobre a legitimidade passiva da própria serventia extrajudicial em ações indenizatórias. Embora não seja desiderato deste trabalho ilações sob a ótica processual, faz-se necessário, contudo, tecer alguns comentários acerca do tema, eis que intimamente conexo à responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro.

De fato, caso se admita a possibilidade de inclusão da própria serventia extrajudicial – o vulgar “cartório” – no polo passivo de ações indenizatórias, a consequência deste posicionamento é a aceitação da existência de sucessão entre os titulares de serventias extrajudiciais, mesmo em caso de má prestação de serviços.

A este respeito já decidiu o STJ no REsp 476.532/RJ, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, da 4.^a T., que o cartório de notas, conquanto não detentor

32. Idem, ibidem.

33. BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. Op. cit., p. 179.

de personalidade jurídica, equipara-se a uma das várias figuras denominadas pessoas formais, tais como a massa falida, o espólio, a herança jacente e o condomínio edilício.

Posteriormente, entretanto, tal posicionamento foi inteiramente revisto pela mesma 4.^a T. do STJ, no julgamento do REsp 545.613/MG, relatado pelo Min. Cesar Asfor Rocha, em que ficou estabelecido que o serviço extrajudicial não detém personalidade jurídica ou mesmo judiciária, nos termos da ementa:

“Processo civil. Cartório de notas. Pessoa formal. Ação indenizatória. Reconhecimento de firma falsificada. Ilegitimidade passiva. O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia. No caso de dano decorrente de má prestação de serviços notariais, somente o tabelião à época dos fatos e o Estado possuem legitimidade passiva.”

Tal jurisprudência consolidou-se com o REsp 911.151, relatado pelo Min. Massami Uyeda, onde restou consignada, inequivocamente, a ilegitimidade passiva do serviço extrajudicial em ser demandado em juízo, nos termos da ementa:

“1. O art. 22 da Lei 8.935/1994 não prevê que os tabelionatos, comumente denominados ‘cartórios’, responderão por eventuais danos que os titulares e seus prepostos causem a terceiros.

2. O cartório extrajudicial não detém personalidade jurídica e deverá ser representado pelo respectivo titular.

3. A possibilidade do próprio tabelionato ser demandado em juízo, implica admitir que, em caso de sucessão, o titular sucessor deveria responder pelos danos que o titular sucedido ou seus prepostos causarem a terceiros, nos termos do art. 22 da Lei dos Cartórios, o que contrasta com o entendimento de que apenas o titular à época do dano responde pela falha no serviço notarial.”

Tais arestos acompanharam a doutrina, uníssona, em afastar o novo titular de serventia extrajudicial da condição de sucessor do titular anterior, ou mesmo de pessoa designada para responder pela unidade vaga, tanto no que se refere à prestação de serviços, como no que se refere ao cumprimento de obrigações fiscais e contratuais correspondentes a período anterior à nova outorga.

Luís Paulo Aliende Ribeiro, em alentada obra sobre a atividade notarial e de registro, em relação ao tema é enfático ao afirmar que:

“(…) antes da nova outorga, o Estado recebeu de volta a delegação, e o designado pelos serviços atuou em nome do Estado, do que resulta que a subsequente nova outorga a um concursado deve se dar, no que respeita ao ge-

renciamento administrativo e financeiro, isenta de dívidas e responsabilidade pretéritas.”³⁴

De fato, o profissional de direito, particular a quem se confere a delegação para o exercício dos serviços extrajudiciais, não os recebe por transmissão do antigo titular, como se assumisse órgão com personalidade jurídica e dívidas próprias, mas sim recebe a delegação do Estado, sem qualquer vínculo anterior que o faça responsável por obrigações precedentes.

É indefensável a ideia de que existam “cartórios” com personalidade jurídica distinta da pessoa física do delegado ou daquele provisoriamente designado para responder por expediente vago até a nova outorga, razão pela qual inexistente sucessão entre o antigo e o novo titular, e inconcebível que se imponha ao novo titular obrigações que tenham origem em período que preceda a sua investidura, como se fora um “sócio” que assumisse uma “empresa” com todo ativo e passivo respectivo.

Pelo regime legal, especialmente após a Lei 8.935/1994, na esteira no previsto no art. 236 da CF/1988, o regime jurídico instituído para a prestação dos serviços de notas e de registro pressupõe, de forma indubitável, que a titularidade permaneça com o Poder Público, que outorga seu exercício de tais serviços a um profissional de direito, para tanto concursado. É um particular a quem se delega o exercício de uma função pública, mediante concurso público, não se podendo cogitar, portanto, de uma unidade de serviços com personalidade própria, a quem sejam afetos direitos e obrigações comunicáveis entre seus titulares.

Desposa o mesmo entendimento Sérgio Cavalieri Filho, que afirma “a Lei 8.935/1994, que regula os serviços notariais e de registro, dispõe sobre a responsabilidade pessoal dos titulares de serviços notariais e de registro, não reconhecendo qualquer personalidade jurídica aos cartórios”.³⁵

Não se pode olvidar, ainda, da previsão do art. 21 da Lei 8.935/1994, segundo o qual o gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é de responsabilidade exclusiva do delegado dos serviços extrajudiciais, motivo pelo qual todas as despesas dos serviços extrajudiciais, como aquelas referentes a aluguel, pessoal, manutenção, equipamentos, entre outras, são custeadas diretamente pelo delegado dos serviços extrajudiciais, que assume todas as obrigações e direitos pessoalmente.

34. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. Op. cit., p. 69.

35. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 290.

Por derradeiro, cabe ainda afirmar que a delegação outorgada por concurso público caracteriza uma investidura originária, que, por definição, não pode ser transferida, o que impossibilita qualquer sucessão tributária, trabalhista ou civil.

Assim, as obrigações atinentes ao serviço extrajudicial, anteriores à investidura de um novo titular, devem, portanto, ser carreadas à pessoa do antigo delegado e ao Estado, subsidiariamente, por ser o autêntico titular da investidura, mas jamais ao novo titular aprovado em concurso público, que recebeu a investidura originária.

4.2.4 A responsabilidade subsidiária do Estado pelos atos notariais e de registro

Ao admitirmos a tese da responsabilidade direta do notário e do registrador pelos atos praticados no exercício da atividade notarial e de registro, independentemente da adoção da corrente objetiva ou subjetiva, resta responder à questão sobre o direito aplicável em caso de insuficiência do patrimônio do notário ou do registrador.

Hely Lopes Meirelles aponta a solução para esta questão:

“(...) entendemos que o Estado tem responsabilidade subsidiária pelos atos funcionais lesivos aos usuários ou terceiros, desde que a vítima comprove a insolvência do delegado, devedor principal. Note-se que a responsabilidade do delegante não é conjunta nem solidária com a do delegado, é subsidiária, ou seja, supletiva da do causador do dano na execução da delegação, se este se revelar incapaz de satisfazer a indenização devida.”³⁶

Destarte, pode-se afirmar que uma consequência lógica da adoção da tese da responsabilidade pessoal e direta do notário e do registrador pelos danos causados – independentemente da adoção da corrente objetiva ou subjetiva – é a responsabilização subsidiária do Estado pelos danos causados pela atividade notarial e de registro, em caso de insolvência do delegado ou do registrador.

Assim, a responsabilização subsidiária e supletiva do Estado ocorrerá apenas nos casos em que o patrimônio dos delegados do serviço extrajudicial não seja suficiente para reparar os danos causados no exercício da função pública, quer tais danos sejam causados pessoalmente pelo notário ou registrador, quer tais danos sejam causados por seus prepostos.

36. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 81.

4.2.5 *A excepcional responsabilidade solidária do Estado pelos atos notariais e de registro*

Excepcionalmente, quando adotada a tese da responsabilidade direta e pessoal do notário e do registrador pelos atos praticados no exercício da atividade notarial e de registro – independentemente se a filiação é pela corrente objetiva ou subjetiva – há casos em que haverá responsabilidade solidária do Estado.

Luís Paulo Aliende Ribeiro arrola duas destas situações. A primeira, quando houver falha na fiscalização e controle da atividade e dos delegados pelo Poder Público outorgante. A segunda, na situação de vacância, ocasião em que o Estado designa uma pessoa para, provisória e precariamente, responder pelo expediente da unidade vaga até seu provimento mediante realização de concurso público.³⁷

De fato, o dever de controle e fiscalização da atividade notarial e de registro, a cargo do Poder Público, faz com que, mesmo quando adotada a tese da responsabilização direta e pessoal do notário ou do registrador, em caso de falha ou omissão do Estado na fiscalização e controle da atividade notarial e de registro, a responsabilidade estatal deixa de ser subsidiária e supletiva e passa a ser responsabilidade solidária, pois o Poder Público, neste caso, concorreu para o evento danoso, mesmo que de forma indireta.

A consequência deste raciocínio é que, mesmo quando adotada a tese da responsabilidade civil direta e pessoal do notário e do registrador, quando tiver havido falha ou ausência na fiscalização por parte do Poder Público, o lesado pode incluir no polo passivo da ação indenizatória tanto o Estado, quanto o delegado do serviço extrajudicial, ou ambos, porque, neste caso, terá o Poder Público contribuído para o dano causado, respondendo ambos de forma solidária.

Do mesmo modo, uma vez que a unidade de serviço notarial ou de registro se torne vaga, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 236, § 3.º, a impossibilidade desta vacância perdurar, sem abertura de concurso, por mais de seis meses.

A fixação deste prazo de seis meses tem por desiderato impedir a manutenção, por tempo indefinido, daquele que foi designado interinamente, sem que haja outorga a um novo titular concursado. De fato, como o provimento na unidade vaga não é imediato, porque depende de realização de concurso público, a autoridade competente, no âmbito do Poder Judiciário, deverá de-

37. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. Op. cit., p. 128-130.

signar uma pessoa para, interina e precariamente, responder pela Serventia, designação esta que deverá recair sobre o substituto mais antigo, conforme estabelecido no art. 39, § 2.º, da Lei 8.935/1994.

Ocorre que tal designação é precária, e fundada na confiança depositada pelo Poder Público, e deveria se dar por um curto período. Contudo, não raras vezes, esta designação acaba por se prolongar no tempo, por prazo muito superior aos seis meses previsto na Constituição Federal de 1988, e isto ocorre não apenas pela lentidão do Poder Público em realizar os concursos, mas também pela adoção de medidas judiciais por parte daqueles que se encontram na situação de designação precária.³⁸

É evidente que a situação jurídica destes interinos não guarda qualquer similitude com a situação jurídica do notário ou do registrador, pois aqueles exercem função pública independentemente de concurso público, e sem que lhes tenha sido outorgada a delegação.

Tais interinos designados não são funcionários públicos, mas como agem em nome do Estado, que os nomeou provisoriamente, como se fossem seus prepostos, o Estado passa a ser solidariamente responsável por eventuais danos causados por aqueles.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1989. vol. II.
- BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e registradores comentada (Lei 8.935/94)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Irib/Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

38. Idem, p. 132-133.

- ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. p. 103. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1999.
- _____. A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores. *Boletim do Colégio Notarial do Brasil – Seção Rio Grande do Sul*. n. 1. Rio Grande do Sul, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- NALINI, José Renato et al. *Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- NERY JR., Nelson et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- _____. Responsabilidade civil dos notários e registradores – Comentários à Lei 8.935, de 18.11.1994. *Revista dos Tribunais*. vol. 714. p. 44. São Paulo: Ed. RT, abr. 1995.
- THEODORO JR., Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 662. p. 7. São Paulo: Ed. RT, dez. 1990.

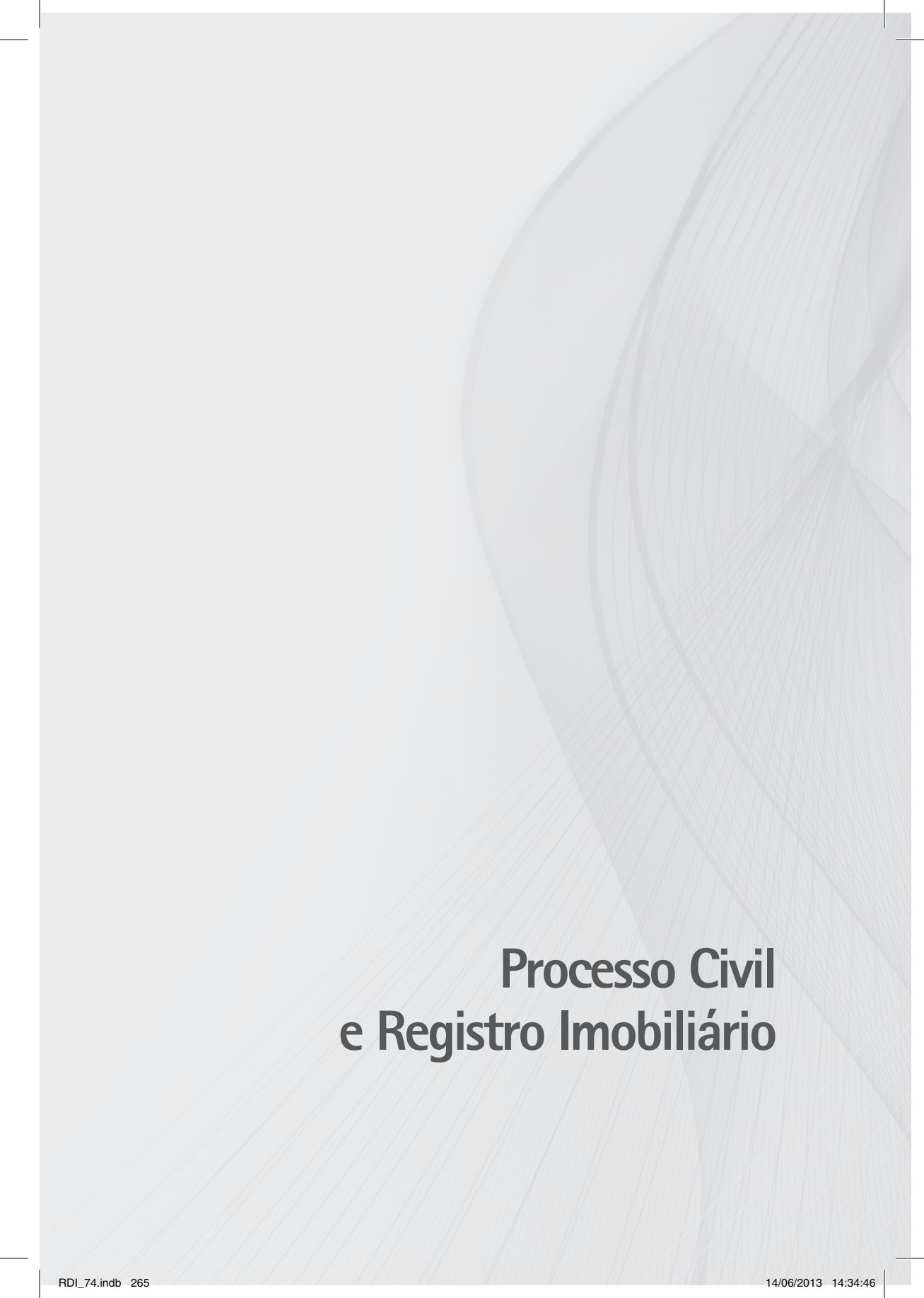
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores, de Ivan Ricardo Garisio Sartori – *RDI* 53/102;
- Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores, de Flauzilino Araujo dos Santos – *RDI* 49/11; e
- Tabeliães e oficiais de registros, de Marli Aparecida da Silva Siqueira e Bruno Luiz Weiler Siqueira – *RT* 779/719.

Veja também Jurisprudência

- Responsabilidade civil de agentes notariais: *JRP* 2000\163. Disponível em: [www.revis-tadotribunais.com.br].

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

Processo Civil e Registro Imobiliário

A PRESCINDIBILIDADE DE ALVARÁ JUDICIAL NOS CASOS DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ANTERIORMENTE PACTUADA

1

JÚLIA CLÁUDIA RODRIGUES DA CUNHA MOTA

Mestre pela Fadisp. Doutoranda em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral; Processual

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar que os poderes inerentes do inventariante, inclusive no que tange a sua nomeação por escritura de inventário e partilha extrajudicial, abrangem os de cumprir obrigações assumidas em vida pelo proprietário do bem, evitando, desta forma, que o promitente comprador de um imóvel quitado tenha que obter uma autorização judicial, tão somente para o inventariante outorgar a escritura definitiva. A releitura de alguns artigos e normas deve ser realizada visando o total cumprimento da Lei 11.441/2007, que busca desburocratizar e agilizar procedimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Escritura – Alvará – Promessa – Inventariante – Obrigação.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate that the power intrinsic of the administrator, including what concerns his nomination by conveyance of inventory and extrajudicial apportionment embraces those of fulfilling obligations that had been take over while the owner was alive, avoiding, therefore, that the promiser buyer of a quits real estate have to obtain a judicial authorization, just for the administrator entitle the official deed. Some articles and rules must be given another interpretation, so that Law no. 11.441/2007, that aims debureaucratization and speed for legal actions, be executed.

KEYWORDS: Conveyance – Court order – Promise – Administrator – Obligation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve histórico – 3. Noções fundamentais: 3.1 Bens integrantes do espólio; 3.2 Poderes do inventariante – 4. Posicionamentos legislativos: 4.1 Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça; 4.2 Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo – 5. Decisão judicial: requisitos necessários – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.441 de 04.01.2007 foi promulgada sem *vacatio legis*, aplicou-se, desta forma, imediatamente após a sua publicação, não se utilizando o art. 1.º da LINDB.

Até a promulgação da referida lei, a atribuição e competência para a realização de inventário era exclusivamente judicial. Contudo, nos dias atuais, com a grande demanda nos foros judiciais, o legislador optou, dentre outros procedimentos, o de possibilitar, nos casos em que não houver interesse de incapazes nem a existência de testamento, e estando todos os herdeiros concordes, a realização de inventário e partilha de bens por morte administrativamente, por meio de escrituras públicas lavradas pelas serventias extrajudiciais.

As serventias extrajudiciais, popularmente conhecidas como “cartórios”, vêm acumulando muitas funções, antes entregues somente à esfera judicial, o que valoriza a fé pública conferida aos notários, que agem, assim como os juízes, com imparcialidade na composição de soluções para os problemas rotineiros da população, tais como: vender um carro, comprar uma casa, lavrar uma procuração para retirar o benefício da previdência social etc.

Entretanto, a lei trouxe poucos artigos para uma mudança tão significativa de procedimentos, acarretando, assim, vários questionamentos. Afinal, uma realidade é o procedimento judicial realizado na presença do juiz, com um rito todo especial e fases que necessariamente têm de ser observadas, e outra é o procedimento administrativo realizado perante um tabelião de notas, com rito surpreendentemente mais rápido e sem maiores questionamentos, em face da inexistência de litígio entre as partes e da disponibilidade desses profissionais do direito, que não acumulam inúmeros processos, um mais complexo que o outro, para despachar.

Dentre outros questionamentos surgidos, um me parece simples, mas tem deixado vários notários e registradores receosos de realizá-lo, que é a lavratura de escritura pública de venda definitiva, cuja promessa de venda foi realizada em vida pelo seu proprietário, sendo agora o espólio vendedor representado pelo inventariante constituído por escritura pública de inventário, sem a necessidade de autorização judicial por alvará.

Essa indagação se fez presente, porque, antes da promulgação da Lei 11.441/2007, todo o procedimento de inventário, de partilha, bem como da nomeação de inventariante era feito judicialmente. Porém, como os processos eram demorados e nem sempre os herdeiros estavam concordes, a venda de imóvel e/ou a representação do espólio em uma escritura de venda, ainda que a promessa tivesse sido realizada em vida pelo *de cujus*, deveria ser autorizada

pelo juízo do feito, nos termos do art. 992, I, do CPC, até porque o magistrado deveria ouvir os interessados.

Eram outros tempos! A lei impunha a burocracia, a demora e a fiscalização do Poder Judiciário, o qual analisava e autorizava todo o processo. Agora, o legislador procurou facilitar, agilizar, promover efetivamente o direito à Justiça, previsto constitucionalmente. Então, se todo o procedimento, inventário e partilha dos bens do falecido podem ser feitos extrajudicialmente, de forma rápida e fácil, por que encaminhar o promitente comprador à Justiça para obter autorização judicial, para que o inventariante, já constituído por todos os herdeiros na escritura pública de inventário, assine a escritura definitiva representando o espólio?

O inventariante representa ativa e passivamente o espólio, nos termos do art. 12 do CPC, logo, parece demasiado, após um procedimento todo administrativo, mandar o interessado à Justiça para obter tão somente a confirmação de algo que já fora pactuado em vida.

Em decorrência da realidade anteriormente exposta, a questão primordial a ser respondida no artigo científico aqui proposto é: há a necessidade de se exigir alvará judicial para a assinatura de escritura pública de venda, em cumprimento de promessa anteriormente firmada pelo *de cujus*, nos casos de o inventário deste ter sido realizado por escritura pública?

A inquirição sugere, para ser desvendada, diversos outros questionamentos, tais quais:

a) O inventariante constituído por todos os herdeiros concordes por meio de escritura pública de inventário tem ou não poderes de representar o espólio na assinatura da escritura pública de venda nos casos de a promessa de venda ter sido firmada em vida pelo *de cujus*?

b) O inventariante, constituído por escritura pública, poderá assinar a escritura de venda, representando o espólio, passados alguns meses e até anos do encerramento do inventário?

c) Sendo possível ao inventariante nomeado por escritura pública assinar, representando o espólio, a escritura de venda, quais os requisitos necessários a serem observados?

d) Há decisão administrativa e/ou normas que prevejam a possibilidade de representação pelo inventariante nesses casos?

e) O que pretendeu a Lei 11.441/2007? Facilitar a vida do cidadão ou, mesmo procedendo-se ao inventário extrajudicial, mandá-lo de volta à esfera judicial?

f) Se na escritura pública de inventário todos os herdeiros já foram ouvidos pelo Tabelião, concordaram com a nomeação do inventariante e estão cientes

da promessa antes pactuada pelo *de cujus*, que prejuízo poderão alegar no futuro? Teriam eles alguma legitimidade para alegar qualquer suposto prejuízo, uma vez que o bem já fora alienado em vida pelo falecido a terceiros?

g) Haverá algum prejuízo fiscal, se não houver a autorização judicial?

O objetivo geral do trabalho será um exame crítico das responsabilidades tanto do inventariante, quanto do tabelião e do registrador quando acatar a representação do espólio sem a autorização judicial. Pretende-se analisar o problema, a fim de demonstrar que o inventariante, ao assinar a escritura definitiva sem a autorização judicial, não estará extrapolando os seus poderes. O tabelião e o registrador, ao realizarem esse procedimento, só estarão cumprindo a lei, por mais que não haja a expressa referência na legislação federal quanto a esse procedimento.

Para alcançar os objetivos gerais, serão perquiridas:

a) a legislação pertinente ao tema, no intuito de detectar avanços e/ou retrocessos na forma como o instituto é tratado pelos legisladores no tempo e no espaço;

b) a doutrina, no sentido de verificar o posicionamento dos diversos cientistas do Direito, trazendo as coincidências e/ou divergências de opiniões, que enriquecem o saber jurídico; e

c) a jurisprudência, no intuito de identificar os diversos argumentos utilizados pelos magistrados ao exercerem o mister de aplicar a lei ao caso em concreto.

Justifica-se a pesquisa pelo seu valor teórico, social e jurídico, imprescindíveis ao conteúdo de um trabalho científico na seara do Direito, porquanto se abre um campo de discussões a respeito do real objetivo da legislação aprovada, o que colabora para facilitar a vida da população, pois é sabido que há leis que dificultam o entendimento, ora por ser prolixo demais, ora por ser demasiado sucinto, como neste caso em estudo.

A relevância social da pesquisa repousa na ideia de assegurar à população realmente o direito à justiça, que não se consubstancia apenas no direito de ingressar judicialmente e/ou ser assistido por um Defensor Público, mas, sim, em ter um pronto atendimento para a solução de seus problemas e ver o seu direito assegurado com eficiência, em curto espaço de tempo.

No âmbito jurídico, é proeminente, porque agiliza procedimentos onde há consenso, onde inexistente litígio. Então, não há razão para assoberbar ainda mais o Poder Judiciário com questões que já foram decididas pelo legislador, basta que se interprete, que se leia a lei sob o ponto de vista do direito constitucional ali assegurado, e não mais como aquele interprete que só enxerga o que a lei

diz literalmente. A era da normatividade excessiva já passou e todos têm de se adequar a essa nova realidade jurídica.

2. BREVE HISTÓRICO

Os processos de inventário e partilha de bens por morte no Brasil, até a promulgação da Lei 11.441 de 04.01.2007, eram realizados unicamente pela via judicial. Com isso, era necessária a manifestação do Juiz de Direito competente, bem como do representante do Ministério Público nos casos em que houvesse interesse de menores ou incapazes, para resolver todo e qualquer problema relacionado aos bens em nome do *de cujus*.

Até mesmo quando a partilha era feita por escritura pública pelos herdeiros, nos termos do art. 2.015 do CC/2002, ela precisava ser homologada pelo juiz no curso do processo de inventário judicial.

Com a promulgação da Lei 11.441/2007, os inventários e partilhas de bens deixados por falecimento, desde que não exista testamento, todos os herdeiros sejam maiores, capazes e estejam de acordo, podem ser realizados por escritura pública sem necessitar de homologação judicial.

Essa inovação legislativa demorou a acontecer e o Poder Judiciário encontrava-se, a cada dia, mais sobrecarregado de pendências judiciais sem fim.

O Poder Legislativo tem, paulatinamente, dado prosseguimento ao que se tem denominado de desjudicialização, que nada mais é que a transformação de procedimentos antes exclusivamente judiciais para a esfera administrativa, em sua maioria com a colaboração das serventias extrajudiciais, desde que não haja litígio, desburocratizando e agilizando procedimentos simples, que antes levavam anos para ter uma solução da Justiça.

Entretanto, é fato que toda mudança legislativa faz surgir dúvidas e com essa lei não foi diferente. Uma das indagações surgidas foi: tendo sido todo o inventário processado extrajudicialmente, se houver uma obrigação a ser cumprida pelo espólio, tal como a assinatura de uma escritura pública de venda, será necessário remeter o interessado à esfera judicial para obter um alvará judicial?

“O processamento e o julgamento de inventários e partilhas, até então judiciais, de apreciação e competência exclusivas do magistrado, têm agora desdobramentos, na via administrativa, para os quais a atual lei não prevê solução explícita”.¹ Então caberá aos notários e registradores a interpretação das

1. CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei n. 11.441/2007*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 111.

normas como um todo, para apontar a solução correta e sugerida pela lei, deixando de lado o positivismo extremado, pois problemas simples requerem soluções também simples.

3. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

3.1 *Bens integrantes do espólio*

Inventário decorre do verbo *invenire*, do latim: encontrar, achar, descobrir, inventar, e do verbo *inventum*, que significa: invento, invenção, descoberta. Logo, o inventário tem por finalidade fazer o levantamento dos bens deixados pelo falecido, ativo e passivo, herdeiros, cônjuges etc.²

Como bem observa Mario Roberto Carvalho de Faria, “o acervo hereditário é constituído dos bens que estão em nome do autor da herança ou de terceiros, mas que pertençam ao *de cujus*”.³

Alguns notários, quando procurados pelas partes, mesmo diante da escritura pública de inventário lavrada em sua serventia, com a nomeação do inventariante, estando todos os herdeiros concordes, recusam-se a lavrar a escritura pública definitiva de imóvel quitado prometido à venda antes do falecimento do *de cujus* sem a apresentação de alvará judicial.

Diante da reclamação das partes, alguns notários e/ou registradores sugerem a sobrepartilha do imóvel, quando a promessa de venda não estiver registrada, como forma de facilitar e agilizar o procedimento em vez de esperar a liberação do alvará judicial.

Nem um, nem outro procedimento estão corretos. O bem prometido à venda em vida e devidamente quitado não integra o acervo hereditário do falecido, não pode, por isso, ser partilhado, sobrepartilhado ou considerado sonegado pelo inventariante.

Segundo Maria Luiza Póvoa Cruz, a partilha é o complemento lógico do inventário, que tem por finalidade repartir os bens deixados pelo *de cujus*, os bens de sua propriedade.⁴

A partilha não é elemento essencial ao inventário, pois é possível inventário sem partilha e até mesmo inventário negativo.

2. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Coleção Direito Civil, vol. 7, p. 37.

3. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 266.

4. CRUZ, Maria Luiza Póvoa, op. cit., p. 115.

Não haverá, ainda, nenhum prejuízo ao Fisco, pois, nesse caso, não incidirá o imposto *causa mortis* sobre tais bens,⁵ porquanto não integram o montante a ser partilhado, incidindo tão somente o imposto de transmissão *inter vivos*,⁶ devido em razão da venda do bem pelo falecido a terceiro.

O TJSP já decidiu que o cálculo do ITCMD (*causa mortis*) “só pode ser realizado com base no patrimônio deixado pelo *de cujus*, apurados o ativo e o passivo existente à data do óbito”.⁷ Então, se o bem já foi vendido anteriormente pelo *de cujus* e não será partilhado a nenhum dos herdeiros, pois o falecido não era mais seu proprietário, como exigir a inclusão desse bem na partilha, ou a sua sobrepartilha?

Conforme a Súmula 113 do STF, o imposto *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação, ou seja, se o adquirente tiver comprado

5. “Agravo de instrumento. Sucessões. Inventário. Decisão liminar. Negativa de expedição de alvará. Outorga de escritura de bens alienados em vida – patrimônio da *de cujus*. Quarenta e seis imóveis. Compromisso de compra e venda. Quarenta e três dos terrenos. Pactos anteriores ao falecimento. Lotes restantes. Ausência de prova da alienação. – recolhimento dos tributos. *Inter vivos* quanto aos alienados. *Causa mortis* relativamente aos demais. Necessidade. Quitação. Inexistência de elemento probatório. Requisito essencial para outorga. – decisão mantida. Recurso desprovido”. TJSC, AgIn 2010.081354-9, 5.^a Câ. Civ., j. 01.12.2011, rel. Des. Henry Petry Junior. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21108734/agravo-de-instrumento-ai-813549-sc-2010081354-9-tjsc/inteiro-teor]. Acesso em: 08.04.2013.
6. “Apelação cível. Alvará. Transferência de bem imóvel perante o registro imobiliário. Desnecessidade de inventário. 1. A matéria versa não sobre promessa de compra e venda, mas sim sobre a necessidade ou não da abertura de inventário para regularizar a venda de imóvel, já realizada através de contrato de promessa de compra e venda, razão pela qual é deste 4.^o Grupo Cível a competência para apreciar o recurso. 2. Tendo a alienação do imóvel em questão sido realizada anteriormente ao falecimento do *de cujus*, por contrato de promessa de compra e venda formalizado por escritura pública, e tendo o adquirente efetuado o pagamento do saldo remanescente perante o agente financeiro ao qual hipotecado o bem, nada obsta que seja, por meio de alvará, autorizado o registro definitivo da escrituração do imóvel em nome do comprador. De igual sorte, o imposto incidente sobre a transferência do bem não será o ITCMD, mas sim o ITBI, a ser recolhido quando da emissão das guias respectivas pelo registro de imóveis, o qual deverá onerar o adquirente, e não os sucessores do alienante. Apelo provido”. TJRS, ApCiv 70028385268, 8.^a Câ. Civ., j. 04.03.2009, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Disponível em: [www.centraljuridica.com/jurisprudencia/t/204/p/1/acao_de_inventario.html]. Acesso em: 06.04.2013.
7. TJSP, AgIn 495.679-4/9-00, 4.^a Câ. de Direito Privado, j. 12.06.2008, rel. Des. Fábio Quadros. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJSP/IT/AI_5488923420108260000_SP_1302781251625.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.

um lote e agora já tiver erguido uma casa às suas expensas, terá de se recolher o *causa mortis* sobre o maior valor? Valorização essa feita às suas custas!

A Res. 35 do CNJ determinou, em seu art. 15, que o recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder à lavratura da escritura, contudo isso não inclui o *causa mortis* sobre um bem que não integra o acervo hereditário!

Dessa forma, pode-se concluir que não cabe a exigência de partilha ou sobrepartilha de bem que não mais pertencia, em vida, ao falecido, ainda que a escritura de promessa não tenha sido registrada no registro imobiliário.

3.2 Poderes do inventariante

Como se poderia, então, efetivar a escritura de venda ao promitente comprador sem o respectivo alvará judicial? O inventariante teria poderes para isso?

A representação processual do espólio é feita pelo inventariante. O espólio é tão somente uma entidade com personalidade anômala ou reduzida,⁸ tal como o condomínio, por exemplo.

O inventariante é a pessoa nomeada pelo Juiz ou indicada pelos herdeiros, no caso de inventário extrajudicial, para gerir o espólio e representá-lo ativa e passivamente, promovendo o regular andamento do inventário até a partilha final. No caso de inventário judicial, o Juiz deverá observar a ordem de nomeação constante do art. 990 do CPC, por ser ordem preferencial, podendo em casos excepcionais não ser observada pelo Juiz.

Entretanto, o art. 11 da Res. 35 do CNJ determina que é obrigatória a nomeação de interessado na escritura pública de inventário e partilha para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem, entretanto, haver necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do CPC.

A nomeação do inventariante nas escrituras extrajudiciais é um ato negocial, onde há consenso entre os herdeiros e todos são maiores e capazes, incumbidos de indicar quem lhes aprouver.

A inventariança caberá a uma só pessoa, não pode recair sobre pessoa jurídica, tampouco menor ou incapacitado mental.⁹

Para Mario Roberto Carvalho de Faria, é fundamental que o inventariante tenha alguma participação na herança, não deve, entretanto, a inventariança

8. VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 41.

9. FÁRIA, Mario Roberto Carvalho de, op. cit., p. 250.

recair, por exemplo, sobre quem não tenha aquestos, só possuindo o direito real de habitação.¹⁰

Quem tiver interesses colidentes com o espólio também não deve ser nomeado inventariante, por exemplo: quem for autor de ação contra o espólio.

A inventariança é um encargo público, de um *múnus*.¹¹ Ele é o administrador de bens alheios, ainda que parte deles, na maioria das vezes, lhe pertença, cabendo a ele o ônus de prestar contas ao juízo e aos herdeiros, além de descrever os bens da herança, indicar os herdeiros etc.

Até a edição da Lei 11.441/2007 a inventariança perdurava até a homologação final da partilha, se não houvesse nenhum contratempo, como a sua remoção. Contudo, o procedimento de inventário mudou, tornou-se mais ágil, portanto, por vezes, é mais fácil terminar um inventário em sete dias do que resolver todas as pendências deixadas pelo *de cujus* em um mês.

Logo, parece viável, sim, que o inventariante designado na escritura de inventário e partilha extrajudicial, assine a escritura definitiva ao promitente comprador de imóvel quitado, confirmando o negócio jurídico acertado quando o proprietário ainda estava vivo, mesmo que a escritura de inventário e partilha já tenha sido lavrada há algum tempo.

Sabe-se que o espólio possui capacidade processual e existência transitória, pois não tem personalidade jurídica, por ser uma universalidade de bens, bens estes que não lhe são próprios, uma vez que estão reunidos temporariamente, mas que pertencem aos herdeiros.¹²

O que se pretende aqui não é que o espólio exista eternamente, até porque é admissível a nomeação de inventariante, por meio de escritura pública, antes de se realizar o inventário extrajudicial, para tratar de assuntos relacionados ao espólio, sem nenhum prejuízo ao patrimônio integrante do montante.

A nomeação do inventariante não pode perdurar *sine dia*, mas não há óbice que a sua nomeação seja utilizada para a prática de alguns atos, inclusive assinar escritura de venda de imóvel.¹³

Logo, apesar de o inventário ter sido finalizado por meio de escritura pública, em seu bojo há a nomeação de inventariante para resolver qualquer entrave

10. Idem, p. 251.

11. VENOSA, Silvío de Salvo, op. cit., p. 41.

12. CASSETARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 129.

13. CRUZ, Maria Luíza Póvoa, op. cit., p. 113.

à concretização e finalização do espólio. Dessa forma, porque o inventariante ali nomeado não poderia assinar a escritura definitiva para o promitente comprador de imóvel quitado vendido em vida pelo falecido?

O inventariante aqui não venderá um bem à revelia dos demais herdeiros, pois, se assim o fizesse, poderia ser destituído, já que é causa de remoção. Trata-se de inventário extrajudicial, no qual não há litígio e todos os herdeiros são maiores e capazes, e não lhes há nenhum prejuízo, uma vez que não existe nada para receber, em termos monetários, nem o bem pertencia mais ao falecido.

Como já foi dito acima, o inventariante pode ser nomeado até mesmo antes do inventário, pelos herdeiros. Logo, por esta escritura, ele poderia representar o espólio para dar cumprimento à obrigação de outorgar a escritura pública definitiva, onde mencionaria tal representação, assim como se procede quando um vendedor é representado por procuração pública.

Maria Luiza Póvoa Cruz sugere que a lavratura de escritura pública de indicação de inventariante, com a participação de todos os herdeiros do falecido, deverá assinalar prazo de validade de 90 ou 120 dias, tal como ocorre nos alvarás judiciais,¹⁴ para que o inventário e a partilha não demorem a se concretizar.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, prevê, no art. 287 e 88 da Consolidação Normativa, essa possibilidade de nomeação de inventariante apenas “nas hipóteses em que haja a necessidade de representação do espólio junto a estabelecimentos bancários e/ou instituições fiscais”. No entanto, deve constar na escritura declaratória obrigatoriamente o compromisso do meeiro e do(s) herdeiro(s) de realizarem a escritura pública de inventário e partilha no prazo improrrogável de 60 dias, sob pena de encaminhamento, pelo Tabelião, de ofício instruído com cópia da referida escritura e de informação gerada por pesquisa pelo CPF e nome do *de cujus* através da “Página das Serventias – Link do Selo ao Ato” do Banco de Informação sobre escrituras lavradas na forma prevista na Lei 11.441/2007, ao juízo competente, em face do disposto no art. 989 do CPC.

Para relembrar, o art. 989 do CPC prevê que o juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário se nenhuma das pessoas legitimadas o requerer no prazo legal.

Todavia, a mesma Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 304, admite a “nomeação de interessado com poderes de inventariante, para que possa agir em nome do Espólio, com o comparecimento de todos os interessados na sucessão, uma vez apresentados os documentos previstos no artigo 298, alíneas *a* a *d*, desta Consolidação”, ficando a dúvida para quem ne-

14. Idem, p. 114.

cessita observar a regulamentação daquele Estado, qual seja: se é ou não possível a nomeação de inventariante por escritura pública para dar cumprimento às obrigações, já quitadas, deixadas pelo falecido?

Apesar da confusa redação da Consolidação Normativa daquele Estado, entende-se ser possível a nomeação do inventariante por escritura, antes da partilha, para que ele assine a escritura definitiva ao outorgado comprador de imóvel quitado, cujo compromisso fora firmado ainda em vida pelo proprietário, devendo tão somente ser observado o prazo estipulado pela legislação local de 60 dias improrrogáveis.

A autorização judicial é necessária apenas quando o processamento do inventário estiver sendo feito pela via judicial,¹⁵ sobretudo se houver interesse de incapazes, porque caberá ao Juiz avaliar se realmente não trará prejuízos futuros aos herdeiros e se o saldo do preço a receber, se for o caso, será devidamente partilhado.

É relevante lembrar que “a outorga de escritura definitiva de compra e venda é obrigação do espólio, um encargo da herança, sendo que seu cumprimento é de responsabilidade de seu inventariante”,¹⁶ e isso não pode ser renegado a um segundo plano ou tornar essa obrigação excessivamente onerosa àquele que já adimpliu a sua parte.

Segundo Maria Luiza Póvoa Cruz, com a alteração legislativa, a escritura “equivalerá ao formal de partilha e ao alvará judicial como título hábil para comprovação do direito de propriedade, nos termos do artigo 1.031, § 2.º, do CPC, que deverá ser aplicado por analogia”.¹⁷

15. “Alvará. Indeferimento. Requerimento formulado pela inventariante, de forma autônoma, para a outorga de escritura. Compromisso particular de compra e venda de bem imóvel firmado anteriormente ao falecimento do autor da herança, juntamente com a cônjuge supérstite. Interesse de incapazes e saldo do contrato de compra e venda a receber, sendo o juízo do inventário o único habilitado a autorizar a outorga da escritura pela inventariante em nome do espólio. Discussão que exige pedido, em via processual adequada, nos próprios autos do inventário, o qual, aliás, já estava em curso. Decisão mantida. Recurso desprovido”. TJSP, ApCiv 0019051-11.2011.8.26.099, 8.ª Câm. de Direito Privado, j. 24.10.2012, rel. Des. Salles Rossi. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22530360/apelacao-apl-190511120118260099-sp-0019051-1120118260099-tjsp]. Acesso em: 06.04.2013.

16. TJRJ, ApCiv 0062535-45.2009.8.19.0001, 12.ª Câm. Civ., j. 25.03.2010, rel. Des. Marcos Bento de Souza. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17047006/apelacao-apl-625354520098190001-rj-0062535-4520098190001-tjrj]. Acesso em: 06.04.2013.

17. CRUZ, Maria Luiza Póvoa, op. cit., p. 21.

A Res. 35 do CNJ, em seu art. 3.º, também dispõe que as escrituras públicas de inventário e partilha não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis “para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens (...)”.

Maria Luiza Póvoa Cruz alerta que “encaminhar a parte ao Judiciário para peticionar, para que o juiz proceda unicamente à liberação do bem (quando os demais já foram inventariados e partilhados por escritura), é de todo descabido”¹⁸ e desnatura o espírito da nova lei, devendo-se invocar a boa interpretação legislativa, para atender aos fins sociais a que ela se destina, ou seja, a resolução ágil de questões em que não existem conflitos.

A atividade do tabelião “não é passiva ou meramente executiva do ato de partilha, que pode chegar por meio de minuta elaborada pelas partes ou pelo advogado que lhes preste assistência”.¹⁹ Ao tabelião cabe informar e orientar as partes e, se for necessário, inclusive o advogado. Não pode se prender ao texto da lei, porquanto a lei não excepciona expressamente esses casos.

A hermenêutica a ser aplicada deve ser a mesma feita pelo legislador, que agiu de forma extremamente simples, com apenas cinco artigos. Isto porque as indagações, as ditas omissões e lacunas legislativas não precisavam ser mencionadas, visto que o legislador já conhece as respostas, contidas no Direito de Família e no Direito Sucessório,²⁰ logo basta a aplicação da lei como se conhece.

A interpretação deve ser ontológica²¹ se a lei surgiu para desburocratizar e agilizar a composição de interesses – ressalte-se que não há litígio nesses casos, nem incapazes interessados. Assim, por que remetê-los à via judicial? Somente para “selar” um acordo já firmado quando o proprietário ainda era vivo, sendo que os seus herdeiros nada herdarão ou terão qualquer direito sobre o bem. Então, por que onerar o terceiro que adquiriu de boa-fé e só não “legalizou” completamente a situação porque houve o falecimento do alienante?

A necessidade do alvará esbarra também em outro quesito. O alvará no qual se determina que outrem representando o espólio assine a escritura de venda tem de ser requerido nos autos do inventário dos bens do *de cujus*. Em assim sendo, se o inventário todo se processou extrajudicialmente, como solicitar em juízo a abertura de inventário outrora já finalizado extrajudicialmente?

18. Idem, p. 20.

19. Idem, p. 9.

20. Idem, p. 122.

21. “Busca a razão (motivo) de ser da lei (*voluntas legis*)”. CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

O alvará contém apenas uma autorização, não pode ser confundido com mandado, ordem.

Normalmente, o alvará antecipa providência que só poderia ser tomada com a partilha. De toda a forma, não se deve expedir alvará sem a manifestação de todos os interessados, desde que tenham tido prazo para tal, e não tiverem eles eventuais direitos, decorrentes da medida, devidamente acautelados.²²

A “súplica de alvará” é diferente e não está prevista no Código de Processo Civil e se trata de uma prática forense, destinada à transferência de bens móveis deixados pelo falecido, tais como: saldos bancários, aplicações financeiras, linhas telefônicas etc. A súplica de alvará é um procedimento mais simples e menos oneroso às partes, sendo necessário apenas quando o falecido não tenha deixado bens imóveis – neste caso, impõe-se o processamento dos autos de inventário –, e todos os herdeiros estejam concordes.²³

Alguns livros publicados antes da Lei 11.441/2007 alertavam que era necessário o procedimento de súplica de alvará nos casos de morte do promitente vendedor, tendo o promitente comprador já quitado o preço. Mas, esse procedimento era processado em apenso aos autos de inventário, pois o promitente comprador não tinha legitimidade para adentrar nos autos de inventário; e o promitente comprador não poderia, em vez da súplica de alvará, impetrar ação de adjudicação compulsória, pois o inventariante não se nega a outorgar a escritura definitiva, apenas não o faz porque não poderia celebrá-la sem a devida autorização judicial. Assim, a adjudicação compulsória só seria cabível se, após a expedição do alvará de autorização, o inventariante se negasse a assinar a escritura definitiva.²⁴

O encaminhamento do promitente comprador à Justiça com inventariante devidamente nomeado em escritura de inventário extrajudicial representa contrassenso, uma verdadeira agressão à finalidade da Lei 11.441/2007.

4. POSICIONAMENTOS LEGISLATIVOS

4.1 *Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça*

Maria Luiza Póvoa Cruz anota que a venda de algum bem pode ser feita pelo inventariante nomeado por meio de escritura pública, obviamente sem

22. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 90-91.

23. FARIA, Mario Roberto Carvalho de, op. cit., p. 379.

24. Idem, 347.

a necessidade de alvará judicial.²⁵ Entretanto, deixa de tecer maiores comentários sobre o que deve ser observado nesses casos, afirma, contudo, que a lei surgiu com a finalidade de agilizar, logo não se pode burocratizar.

Em 24.04.2007, o CNJ aprovou a Res. 35 na tentativa de solucionar as dúvidas surgidas com a promulgação da Lei 11.441/2007. Dentre outras coisas, a resolução previu, em seu art. 21, que a escritura pública de inventário e partilha deverá conter a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; o pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; o dia e lugar em que faleceu o autor da herança; a data da expedição da certidão de óbito; o livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei.

Deverá constar também da escritura a apresentação dos seguintes documentos, nos termos do art. 22 da mesma Resolução: “(...) (a) certidão de óbito do autor da herança; (b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; (c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; (d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; (e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; (f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; (g) certidão negativa de tributos; e (h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR –, se houver imóvel rural a ser partilhado”.

Todavia, a referida resolução nada menciona a respeito da possibilidade de o inventariante nomeado por escritura pública assinar, sem alvará judicial, a escritura definitiva em favor do promitente comprador de imóvel quitado adquirido do proprietário ainda em vida.

Iniciativa interessante e inovadora foi a tomada pelo Colégio Notarial do Brasil, seção do Estado do Rio Grande do Sul, e pelo Colégio Registral do Rio Grande do Sul, que publicaram, em 26.05.2010, uma nota conjunta²⁶ a respeito do procedimento a ser adotado, para que os inventariantes, nomeados por escritura pública e independentemente de alvará judicial, pudessem assinar as escrituras definitivas.

A nota conjunta inicia afirmando que “os bens comprometidos à venda pelo falecido, cujo preço esteja pago, não são direitos que devam compor o acervo a

25. CRUZ, Maria Luiza Póvoa, op. cit., p. 113.

26. *Nota conjunta*. Disponível em: [www.colegioregistrals.org.br/associado_perguntae-resposta_resposta.asp?codArea=5&codPerg=825]. Acesso em: 06.04.2013.

ser partilhado, ao contrário, são meras obrigações que precisam ser cumpridas pelos sucessores, na forma legal” e, diante dessas e outras premissas, estabeleceu que:

1. A nomeação de interessado com poderes de inventariante pode incluir a outorga de poderes para representar o espólio na efetivação de venda de imóveis ou de direitos a eles relativos, sempre em cumprimento de obrigações de fazer, firmadas anteriormente pelo *de cujus*, por exemplo, cumprir contratos de promessas de compra e venda.

2. Não há necessidade de o contrato de promessa estar registrado no registro imobiliário, uma vez que estes bens não fazem parte do acervo a ser partilhado, irrelevante, assim, haver ou não o mencionado registro.

3. O contrato de promessa de compra e venda firmado pelo *de cujus* deverá conter os requisitos essenciais à perfeita constatação da vontade de alienar e à inequívoca identificação do imóvel.

4. Caso o contrato não esteja registrado no Registro de Imóveis, deverá conter prova de sua preexistência em relação ao falecimento, o que pode constituir-se em:

- a) ter sido assinado pessoalmente pelo *de cujus*;
- b) reconhecimento de firma do procurador, feito em data anterior ao falecimento;
- c) registro do contrato em cartório de títulos e documentos, feito antes do falecimento;
- d) qualquer outra prova que, de modo inequívoco, convença o tabelião de notas da formalização do contrato ainda em vida pelo falecido.

5. Competirá exclusivamente ao tabelião de notas firmar a convicção a respeito da anterioridade do contrato, caso não esteja registrado no registro imobiliário.

6. O registrador de imóveis não poderá exigir a apresentação do contrato nem, por consequência, o prévio registro da promessa de compra e venda como requisito fundamental para o registro da efetivação da venda.

7. A nomeação de representante do espólio para cumprimento destas obrigações assumidas em vida pelo *de cujus* poderá ocorrer em escritura pública específica ou como parte da escritura de partilha, desde que, em qualquer caso, contemple inequívocos poderes para a efetivação do negócio jurídico.

8. Na escritura pública de efetivação da compra e venda, o vendedor será o Espólio, em nome do qual firmará o representante nomeado, respeitadas as cláusulas e condições constantes no negócio jurídico original.

9. Na escritura pública de efetivação do negócio jurídico, celebrada nos termos da nota conjunta, dever-se-á declarar expressamente que é outorgada em cumprimento à promessa de compra e venda ou outro compromisso originário, com a expressa referência do instrumento de contrato e sua data, e ao registro público correspondente, se existir.

Como se pode observar, no Estado do Rio Grande do Sul não há dúvidas, seja para os notários, seja para os registradores, sobre a possibilidade de se lavrar e registrar escritura de compra e venda, tendo como vendedor o espólio, devidamente representado por seu inventariante designado na escritura de inventário extrajudicial, em cumprimento à escritura de promessa de venda realizada em vida pelo proprietário, independentemente de alvará judicial.

Infelizmente, poucos estados tiveram essa louvável iniciativa que extirpa qualquer dúvida e unifica os procedimentos a serem adotados por todos os profissionais do Direito.

4.2 *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo*

Christiano Cassetari entende que, nos casos em que o promitente vendedor de imóvel falecer antes de outorgar a escritura ao promitente comprador, já tendo este quitado o preço avençado, “nada mais justo do que a escritura ser outorgada pelo inventariante representando o espólio”,²⁷ sem nenhuma necessidade de se requerer alvará judicial para a assinatura de tal documento.

Essa também era a orientação da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, quando dispôs que, havendo necessidade, poderia ocorrer, na escritura pública, a nomeação de um (ou alguns) herdeiro(s), com os mesmos poderes de um inventariante, para representação do espólio no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, por exemplo: o comparecimento para a lavratura de outras escrituras, uma vez que há consenso das partes. Essa e outras orientações foram publicadas pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo antes da publicação da Res. 35 do CNJ, portanto foram superadas por esta.

Alguns cartórios paulistas²⁸ compartilham do mesmo entendimento, ou seja, apesar de superado, pois houve a regulamentação pelo órgão competente da matéria, consideram ainda válido, pois não contraria a Resolução do CNJ,

27. CASSETARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública...* cit., p. 130.

28. *FAQ – Inventários*. Primeiro cartório de notas de São José dos Campos/SP. Disponível em: [www.lcartoriosjc.com.br/index.php?pG=X19wYWDpbmFz&idPagina=82]. Acesso em: 06.04.2013.

podendo ser aproveitado. Assim, caso o falecido tenha deixado apenas obrigações a serem cumpridas, por exemplo, a outorga de escritura pública em caso de compromisso anteriormente firmado de compra e venda de bem quitado, basta que os herdeiros nomeiem um inventariante na escritura de inventário para efetivar tais obrigações.

As Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, infelizmente, não abordaram essa disposição de forma expressa, mesmo após a revisão quanto à parte notarial, que culminou na edição do Provimento CG 40/2012.

O item 105.1, Subseção VII, Seção V, do Capítulo XIV das Normas de Serviço autoriza expressamente a nomeação de inventariante extrajudicial por escritura pública autônoma, assinada por todos os herdeiros para o cumprimento de obrigações do espólio e levantamento de valores, sem, contudo, estabelecer um prazo para que o inventariante lá designado promova o inventário dos bens deixados pelo falecido, como consta da Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro.

Apesar da permissão supra para que o inventariante designado cumpra as obrigações do espólio, alguns notários recusam-se a lavrar a escritura definitiva, pois nas mesmas Normas de Serviço, no item 41, e, do Capítulo XIV – conforme redação dada pelo Provimento CG 77/2013 –, consta que o Tabelião de Notas, antes de lavrar quaisquer atos, deve “exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio” e outros que dependam de autorização judicial para dispor de bens imóveis ou direitos a eles relativos.

A redação do item acima está corretíssima, pois não se deve esquecer que o inventário pode ser processado judicialmente. Nesses casos, caberá ao juiz do feito autorizar, por meio de alvará, a venda do imóvel, designando a pessoa que assinará representando o espólio, sendo que, nos casos de cumprimento de obrigação assumida antes do óbito, não costuma recair sobre o inventariante.

A interpretação deve ser dada, verificando-se o procedimento adotado, se judicial, por alvará, se extrajudicial, por escritura.

5. DECISÃO JUDICIAL: REQUISITOS NECESSÁRIOS

Apesar de todo o embasamento até aqui levantado, na maioria das vezes, os tabeliães e registradores não têm realizado a escritura definitiva sem a devida autorização judicial.²⁹

29. “Os bens prometidos a venda pelo falecido, cujo preço esteja pago, não são direitos que devam compor o acervo a ser partilhado, ao contrário, são meras obrigações

Essa posição de cautela excessiva causa danos à imagem que se quer imprimir à nova regulamentação desses procedimentos. Se o intuito é agilizar, facilitar e baratear, encaminhar a parte ao Poder Judiciário reflete uma imagem completamente distorcida da realidade.

Em abril de 2012, a 1.^a Vara de Registros Públicos proferiu decisão confirmando a prescindibilidade de alvará judicial para a lavratura de escritura definitiva de venda de imóvel, quando for para o cumprimento de promessa de compra firmada em vida pelo *de cujus*.

Com base nessa decisão, abaixo transcrita na íntegra, podemos estabelecer quais os requisitos necessários para a dispensa do alvará pelos notários e registradores:

“Registro. Escritura Pública de Inventário e Partilha. Cumprimento de obrigações do Espólio. Alvará. Desnecessidade. O consenso dos herdeiros substitui a autorização judicial. Do contrário, esvaziaria o intuito da lei de desburocratizar o procedimento. Porém, deve haver a indicação do compromissário comprador no ato. A manutenção da negativa do registro – nesse ponto – acarreta a procedência da dúvida, que não comporta procedência ou improcedência parcial. Dúvida procedente.

Proc. 0011976-78.2012.8.26.0100

CP 95

Dúvida

Suscitante: 14.º Registro de Imóveis

Suscitado: Mauricio Leite Mirabetti

Sentença de f.:

Vistos.”

Trata-se de dúvida suscitada pelo 14.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, que recusou o registro de escritura pública lavrada em dezembro de 2011, no 14.º Tabelião de Notas desta Capital, por meio da qual o suscitado adquiriu do espólio de Walter Baldini o imóvel matriculado sob o n. 190.040.

que precisam ser cumpridas pelos sucessores *na forma legal*, e apesar disso, em que pesem interpretações em sentido contrário, entendo, s.m.j, que nos termos do artigo 992, I do CPC citado, haverá a necessidade do alvará judicial para maior segurança jurídica e validade do negócio (lembrando-se aqui e novamente o artigo 166, V, e artigos seguintes do CC)”. *Grupo Gilberto Valente*. São Paulo, 14.11.2012. Disponível em: [<http://grupogilbertovalente.blogspot.com.br/2012/11/inventariante-outorga-de-escritura.html>]. Acesso em: 06.04.2013.

Sustentou o Oficial que o registro não pôde ser efetuado em razão da falta de alvará judicial autorizando o espólio a vender o imóvel, visto que o inventário e a partilha do acervo hereditário do vendedor foram feitos por meio de escritura pública. Disse o Oficial, ainda, que a escritura pública de inventário e partilha não menciona a quem o imóvel foi compromissado.

O suscitado Maurício Leite Mirabetti impugnou a dúvida (f.).

O representante do Ministério Público opinou pela procedência da dúvida (f.).

É o relatório. Decido.

A dúvida é procedente, mas não por todos os motivos sustentados pelo Registrador. Com efeito, o item 102 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça tem a seguinte redação:

“102. É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do Código de Processo Civil.”

Esse representante do espólio, cuja nomeação é obrigatória, tem entre suas incumbências a de outorgar escritura de venda e compra em favor de compromissário comprador que, tendo quitado integralmente o preço, firmou o respectivo contrato com o falecido. Essa é justamente a hipótese dos autos. Desnecessário, no caso, a obtenção de alvará judicial para a lavratura da escritura por parte do representante do espólio. Isso porque a nomeação feita no momento da lavratura da escritura de inventário e partilha, que pressupõe consenso dos herdeiros (art. 982 do CPC), substitui a autorização judicial.

A intenção do legislador, ao criar a figura do inventário extrajudicial, foi justamente facilitar e agilizar o procedimento de transferência do patrimônio em razão da morte. Todavia, caso o alvará seja exigido para a realização de qualquer ato por parte do representante do espólio escolhido consensualmente no momento da lavratura da escritura de inventário, o escopo de desburocratizar o procedimento não será alcançado.

Nesse sentido, a doutrina:

“Porém, também poderá acontecer de ter o autor da herança deixado apenas obrigações a serem cumpridas, como, por exemplo, a outorga de escritura de venda e compra, cujo preço já foi integralmente pago quando do compromisso particular anteriormente firmado pelo falecido. Em situações como esta, mostra-se indispensável a indicação de um inventariante que, em nosso sentir, pode ser realizado através do procedimento extrajudicial, muito mais simples,

e ágil. Neste caso, os interessados nomearão, na própria escritura pública uma pessoa que ficará responsável pelo cumprimento dessas obrigações (*Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais*. Francisco José Cahali, Antônio Herance Filho, Karin Regina Rick Rosa e Paulo Roberto Gai-ger Ferreira, Ed. RT, 2. ed., p. 99).

Desse modo, não se sustenta a recusa do registro da escritura de compra e venda acostada a f., em razão de o representante do espólio vendedor ter sido indicado em inventário extrajudicial e não ter sido apresentado alvará judicial (f.).

No entanto, há outro motivo, também notado pelo Oficial, que impede o registro do título. Com efeito, o item 4 da Escritura de Inventário e Partilha dos bens deixados por Walter Baldini (f.) faz referência à celebração do compromisso de compra e venda por parte do falecido; descreve o imóvel negociado; e estabelece a obrigação do representante do espólio de outorgar a escritura. Não há menção, todavia, à pessoa que celebrou o contrato de compromisso de compra e venda com o falecido e que, por esse motivo, figuraria na futura escritura de compra e venda como comprador. Entendo que o nome da pessoa que futuramente receberá o domínio do imóvel compromissado é informação essencial, que deve constar na escritura de inventário, de modo a comprovar a anuência de todos os herdeiros.

Caso contrário, o representante do espólio receberia verdadeiro cheque em branco, que lhe daria a possibilidade de outorgar a escritura de compra e venda em favor de quem bem entendesse.

Dessa maneira, resta ao suscitado providenciar a rerratificação da escritura de inventário e partilha, a fim de que seu nome conste como compromissário comprador do instrumento celebrado pelo falecido em março de 2008 (f.).

Por fim, a manutenção da negativa do registro acarreta a procedência da dúvida, que não comporta procedência ou improcedência parcial.

Ante o exposto, pelos motivos acima expostos, julgo procedente a dúvida suscitada pelo 14.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo a requerimento de Maurício Leite Mirabetti.

Oportunamente cumpra-se o art. 203, I, da Lei 6.015/1973, e arquivem-se os autos.

P.R.I.

São Paulo, 11 de abril de 2012.

Carlos Henrique André Lisboa – Juiz de Direito

(DJc 23.04.2012).”

Pela decisão proferida, para que ocorra a representação pelo inventariante sem alvará judicial, a escritura de inventário deverá mencionar a celebração do compromisso de compra e venda por parte do falecido, indicando o imóvel negociado, o nome do promitente comprador e a obrigação do inventariante do espólio em outorgar a escritura definitiva.

Apesar de não ter sido citado expressamente também como requisito a ser observado, acrescentaria ainda a necessidade de constar, na escritura de inventário ou de nomeação de inventariante, o preço avençado, bem como a ocorrência de sua quitação, para deixar claro a todos os herdeiros que estão autorizando a representação do espólio que não há saldo de valores a receber e assegurar ao comprador que nada mais lhe poderá ser cobrado.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, não há dúvidas de que se pode lavrar escritura de compra e venda, em cumprimento à promessa firmada em vida pelo *de cujus*, em que o espólio é representado pelo inventariante extrajudicial, desde que:

a) A nomeação do inventariante para o cumprimento dessa obrigação (outorgar escritura) seja realizada por todos os herdeiros maiores e capazes;

b) O preço esteja quitado; e

c) Os dados da promessa estejam descritos na escritura de inventário ou de nomeação de inventariante, contendo todos os seus requisitos essenciais, ou seja: descrição do imóvel, preço, dados da promessa e nome do promitente comprador, a quem se outorgará a escritura definitiva.

Cumpridos esses requisitos, pode-se concluir ainda, com base nos fundamentos da nota conjunta do Rio Grande do Sul, que:

a) A promessa não precisa estar registrada no registro de imóveis;

b) A responsabilidade e competência para atestar que a promessa ocorreu em vida pelo proprietário é do Tabelião de Notas que lavrar a escritura de inventário ou de nomeação de inventariante;

c) Para que o Tabelião possa realizar essa verificação de anterioridade da promessa, vários elementos podem ser checados, e não só o registro no cartório imobiliário, tais como:

1) ter sido a promessa assinada pessoalmente pelo *de cujus*;

2) a promessa ter o reconhecimento da firma do proprietário em data anterior ao seu falecimento;

3) ter sido a promessa registrada em cartório de títulos e documentos antes do falecimento do proprietário;

4) qualquer outra prova que, de modo inequívoco, convença o tabelião de notas da formalização do contrato ainda em vida pelo falecido.

A Lei 11.441/2007 tem o firme propósito de facilitar e agilizar a vida da sociedade, que a cada dia é mais corrida e urgente, mas não é só isso. Os notários e registradores têm sido cada vez mais utilizados na solução de problemas cotidianos que não envolvam litígios, prestigiando de sobremaneira a fé pública desses profissionais do Direito que têm demonstrado a sua imparcialidade e competência à frente dos novos objetivos.

É essencial demonstrar segurança e confiança nas soluções propostas tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Legislativo, pois algumas questões que no início da lei eram tidas como certas hoje já avançaram, visto que houve a resposta positiva de toda a sociedade.

A demonstração clara do real objetivo da lei e dessa confiança dos Poderes depositada nos notários e registradores constata-se pelo Enunciado 571 da VI Jornada de Direito Civil, que dispõe: “se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal”.

Ora, no início da vigência da lei, esse posicionamento era improvável ou impensável, mas a resposta dada pelas serventias extrajudiciais foi extremamente positiva, o que gerou avanço na interpretação, pois a sociedade se sentiu acolhida e protegida, então não há motivos para retrocessos.

A justificativa desse enunciado comprova tudo o que foi dito, ao anotar que “A Lei n. 11.441/2007 é uma importante inovação legislativa porque representa novo paradigma, o da desjudicialização, para as hipóteses e cláusulas em que há acordo”, “não há por que objetar o procedimento simples, rápido, desjudicializado, que desafoga o Judiciário e dá resposta mais rápida às questões eminentemente pessoais”.

É essa nova visão, esse novo paradigma, que os notários e registradores terão de enfrentar com segurança e confiança naquilo que o legislador propôs, como já enfrentaram vários outros nesse processo de desjudicialização, tais como: o reconhecimento de paternidade nos registros civis, as retificações de metragens nos registros de imóveis etc.

7. BIBLIOGRAFIA

CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- _____. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei n. 11.441/2007*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FIGUEIREDO, Ivanildo. *Venda de imóvel do espólio*. Disponível em: [www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12603:imported12593&catid=32:artigos&Itemid=12]. Acesso em: 06.04.2013.
- Grupo Gilberto Valente. São Paulo, 14.11.2012. Disponível em: [http://grupogilbertovalente.blogspot.com.br/2012/11/inventariante-outorga-de-escritura.html]. Acesso em: 06.04.2013.
- Nota conjunta. Disponível em: [www.colegioregistrars.org.br/associado_perguntaeresposta_resposta.asp?codArea=5&codPerg=825]. Acesso em: 06.04.2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Coleção Direito Civil, vol. 7.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Inventário, partilha, separação e divórcio consular: análise primeira de sua viabilidade à luz da Lei 11.441/2007, de Francisco José Cahali – RT 865/11;
- Sobre a expedição de alvarás para alienação de bens em inventários judiciais, de Marcelo Vieira Von Adamek – RePro 212/337; e
- Terceiro pode requerer alvará em inventário, de Euclides Benedito de Oliveira – RT 692/206.

AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA À LUZ DA SÚMULA 375 DO STJ

2

ANA PAULA JARDIM TEHADA GARCIA

Pós-graduada em Direito Registral Imobiliário com ênfase em Direito Notarial pela Verbo Jurídico (2012). Registradora Substituta do Registro de Imóveis de Camaquã.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Processual

RESUMO: A presente monografia buscou abordar a importância da averbação premonitória com a introdução do art. 615-A no CPC, levando-se em consideração seus efeitos sobre o instituto da fraude à execução antes e após a edição da Súmula 375 do STJ. Definiu também quais são as finalidades e os efeitos gerados através da averbação premonitória e o que mudou após a sua introdução no Código de Processo Civil brasileiro através da Lei 11.382/2006. Trouxe um debate sobre a possibilidade de extensão da averbação do ajuizamento da execução em ações de natureza não executiva, assim como demonstrou as mudanças introduzidas ao sistema processual civil brasileiro após a aprovação da Súmula 375 pelo STJ. Desta forma, no primeiro capítulo tratou-se de uma breve noção sobre o processo executivo, do inadimplemento, do título executivo e dos princípios informativos do processo executivo. Já no segundo capítulo, foram abordados os institutos da penhora e da fraude à execução para que no terceiro capítulo fosse possível falar sobre a averbação premonitória/ou averbação do ajuizamento da execução, ressaltando a sua im-

ABSTRACT: This monograph approaches the relevance of the premonitory registration through the introduction of article 615-A of the Civil Procedure Code, taking into account its effects regarding the fraud against creditors before and after the edition of Precedent 375 of the Superior Court of Justice. It defines as well the purposes and effects created through the premonitory registration and what has changed after its introduction in the Brazilian Code of Civil Procedure through Law no. 11.382/2006. It brings a debate regarding the possibility to extend the registration of the execution filing in actions of non executive nature, as well as demonstrates the changes introduced in the Brazilian Civil Procedure system after the approval of Precedent no. 375 of the Superior Court of Justice. This way, in the first chapter it is given a brief notion of the execution process, the default, the enforcement order and, mainly, informative principles of the executive process. The second chapter approaches the pledge and fraud against creditors so then the third chapter approaches the premonitory registration

portância para ordenamento jurídico bem como mostrando as questões polêmicas a seu respeito. Com isto, conclui-se que, a averbação premonitória é uma ferramenta indispensável para a configuração de fraude à execução nos termos da Súmula 375 do STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 11.382/2006 – Averbação premonitória – Súmula 375 do STJ.

or registration of the execution action filing, highlighting its relevance in the Legal system as well as bringing the controversial issues about it. Hereupon, it follows that the premonitory registration is an indispensable tool for the configuration of fraud against creditors in accordance with Precedent no. 375 of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Law no. 11.382/2006 – Premonitory registration – Precedent no. 375 of the Superior Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dos pressupostos da execução e os princípios norteadores do processo executivo: 2.1 Breves noções sobre o processo de execução; 2.2 Do inadimplemento; 2.3 Do título executivo; 2.4 Dos princípios informativos do processo executivo: 2.4.1 Princípio da responsabilidade patrimonial; 2.4.2 Princípio da disponibilidade; 2.4.3 Princípio da menor onerosidade para o devedor – 3. Da penhora e da fraude à execução: 3.1 Do conceito da penhora, sua função e seus efeitos; 3.2 Da natureza jurídica da penhora; 3.3 Da fraude à execução: 3.3.1 Dos requisitos indispensáveis para a configuração da fraude à execução – 4. Averbação premonitória: 4.1 Apresentação do instituto; 4.2 Natureza jurídica; 4.3 Procedimento da averbação, seus requisitos e efeitos; 4.4 Possibilidade de extensão da averbação premonitória a toda e qualquer ação que resulte em fraude à execução; 4.5 Fraude à execução após a introdução do art. 615-A no Código de Processo Civil brasileiro; 4.6 Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sendo matéria relativamente nova na esfera jurídica brasileira, a averbação premonitória ou averbação do ajuizamento da execução como é tratada no art. 615-A do CPC, vem sendo timidamente abordada por nossos doutrinadores como sendo uma ferramenta de grande valia para a configuração da fraude à execução, haja vista seja esta uma problemática comumente enfrentada pelos credores brasileiros.

Pode-se dizer que este instituto vem a ser um grande avanço introduzido pela Lei 11.382/2006 no ordenamento jurídico brasileiro, pois poderá ser utilizado pelo exequente contra eventuais fraudes por parte do executado, antes mesmo da citação, por não ser mais necessário aguardar-se o aperfeiçoamento da penhora, o que proporciona maior segurança para o exequente na busca de seu direito.

O presente trabalho versará sobre a aplicação do instituto da averbação premonitória em relação ao instituto da fraude à execução, os efeitos produzidos

por tal averbação, a possibilidade de sua extensão em ações de natureza não executiva, bem como esclarecer algumas dúvidas pertinentes à edição da Súmula 375 pelo STJ em relação à averbação do ajuizamento da execução.

Para tanto, serão abordados outros institutos jurídicos que possuem ligação com o tema, tais como, inadimplemento, título executivo, princípios informativos do processo executivo, penhora, fraude à execução, com o intuito de proporcionar primeiramente uma visão geral sobre o tema, o que é inevitavelmente necessário para uma análise crítica e objetiva sobre o assunto ora abordado.

O primeiro capítulo do presente trabalho terá início com uma breve análise sobre as modificações introduzidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 ao Código de Processo Civil, para num segundo momento falar sobre os requisitos indispensáveis para a propositura de uma demanda executiva, tais como o inadimplemento, o título executivo e seus requisitos, e alguns princípios do processo executivo que merecem destaque levando-se em consideração o tema em questão. No segundo capítulo serão analisados o instituto da penhora, sua função e seus efeitos, bem como o instituto da fraude à execução e seus requisitos.

Já no terceiro e último capítulo, será abordado o instituto da averbação premonitória, tema do presente trabalho, onde serão analisados os principais tópicos sobre o assunto tais como, a natureza jurídica, o procedimento, os requisitos, os efeitos, a possibilidade de extensão da averbação premonitória a processos de natureza não executiva, a fraude à execução após a introdução do art. 615-A no Código de Processo Civil, bem como a averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ.

2. DOS PRESSUPOSTOS DA EXECUÇÃO E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO EXECUTIVO

2.1 *Breves noções sobre o processo de execução*

As Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 provocaram modificações na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro, gerando uma dicotomia da execução (cumprimento da sentença e execução de título extrajudicial), transformando a forma de execução das sentenças e dos demais títulos executivos.

Para os títulos executivos judiciais, reservou-se o instituto do cumprimento de sentença, que passou a configurar-se como continuação do processo de conhecimento, numa simbiose que se tem denominado de *processo sincrético*. O cumprimento da sentença continua a ser *execução da sentença*, mas como

continuação do processo de conhecimento, isto é, mediante ação de execução *sine intervallo*.¹

Já para a execução fundada em título extrajudicial exerce-se mediante *processo autônomo de execução*, regulado pelo Livro II do CPC. Em ambos os casos, portanto, não houve alteração de essência, de conteúdo, pelas reformas, pois continuam a existir ações e pretensões executórias fundadas em título judicial ou extrajudicial. Continua a ser correto falar em *processo de execução*, para significar a execução fundada em título extrajudicial, e em *ação de execução e pretensão executória*, para significar o cumprimento da sentença e a execução fundada em título extrajudicial.²

Não só no processo de execução como em todo ordenamento jurídico há regras das mais variadas matizes, as quais se destinam a regular um grupo orgânico de fatos conexos, que surgem através de certos pressupostos que inspiram o legislador a seguir um rumo geral. Encontram-se, dessa maneira, certas ideias, ainda que não explícitas nos textos, mas inquestionavelmente presentes no conjunto harmônico das disposições. Esse rumo visado pelo legislador representa os *princípios informativos*, cuja inteligência é de inquestionável importância para a compreensão do sistema e, principalmente, para interpretação do sentido particular de cada norma, que haverá de ser buscado sempre de forma a harmonizá-lo com os vetores correspondentes à inspiração maior e final do instituto jurídico-normativo.³

Dentre as modificações introduzidas pela Lei 11.382/2006, através do presente trabalho pretende-se estudar a averbação do ajuizamento da execução a qual está contida no art. 615-A do CPC, por tratar-se de um instituto gerador de conflitos entre os doutrinadores, não só na forma como é interpretado, mas principalmente na forma como deve ser aplicado.

2.2 Do inadimplemento

Para que o credor torne viável sua pretensão de buscar seu crédito deve seguir alguns requisitos os quais devem estar presentes para que se possa ajuizar uma ação executiva.

1. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 971.
2. Idem, *ibidem*.
3. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil – Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 135.

De acordo com o art. 580 do CPC,⁴ o inadimplemento do devedor é requisito indispensável para a admissibilidade da execução forçada, como também a apresentação do título executivo, judicial ou extrajudicial.⁵⁻⁶

Tais requisitos são exigidos de forma geral e são aplicados a todas as espécies de execução, sejam das obrigações de pagar quantia certa, sejam das obrigações de dar, de fazer ou não fazer, e somente com a conjugação dos dois requisitos é que se torna viável o manejo do processo de execução, ou o desenvolvimento dos atos de cumprimento da sentença.⁷

4. Art. 580 do CPC. “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.”

5. “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.”

6. “Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI – o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (...).”

7. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 158.

Neste sentido, assevera Araken de Assis que: “o inadimplemento é um fenômeno contrário à normalidade, à extinção natural da dívida, dá-se o inadimplemento quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não a cumprir, voluntariamente ou involuntariamente”.⁸

Sendo o inadimplemento requisito indispensável para o aperfeiçoamento da execução, só haverá interesse processual, que autorize o credor a promover a execução, quando houver a caracterização do inadimplemento do devedor relativamente à obrigação certa, líquida e exigível, estampada em título executivo extrajudicial.⁹

O entendimento jurisprudencial vem a confirmar isso:

“Execução de título extrajudicial. Extinção do feito sem julgamento do mérito. *Ausência de comprovação da mora do devedor*. Carência de ação configurada. Ausência de provas da suspeição do magistrado. Caso em que resta caracterizada a litigância de má-fé, a teor do art. 17, II, III, V e VI, e 18 do CPC. *Para propositura da ação de execução é imprescindível a configuração da mora, consoante art. 580 do CPC*, caracterizando, o contrário, a falta de interesse processual do autor, por conseguinte, carência de ação. Tratando-se de execução consensual conforme informado pelo autor, deve procurar outra via para solução que não a judicial, pois não há pretensão resistida configurada esvaziando a pretensão de prestação jurisdicional, corroborando a carência de ação. Outrossim, não há prova nos autos da suspeição suscitada pelo recorrente que preencha os pressupostos do art. 135 do CPC que, aliás, deve ser arguida através de incidente próprio. O apelo dos sedizentes executados não atende o pressuposto do interesse recursal, por ausência de decaimento, do preparo e da representação, a não ser conhecido. Negaram provimento à apelação do exequente, não conheceram a dos executados” (grifou-se).¹⁰

“Processual civil e civil. Bem móvel. Venda e compra de veículo automotor (caminhão). Posterior confirmação de ser produto de roubo. Ação de rescisão de contrato c/c pedido de reembolso, ressarcimento de danos e lucros cessantes. Execução. Embargos à execução. Rejeição. Descabimento à execução. Rejeição. Descabimento. O título não traz o signo da certeza e da exigibilidade. *Ausência de constituição em mora*. Intelacção do art. 397 do Código Civil. Anulação da sentença. Necessidade. Improviso o apelo do exequente. A exe-

8. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 186.

9. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 983.

10. TJRS, ApCiv 70025917741, 17.^a Câm. Civ., j. 04.09.2008, rel. Elaine Harzheim Macedo. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris]. Acesso em: 10.01.2012.

cução ajuizada respaldou-se em título não exigível, porque sujeito a condição suspensiva ainda não ocorrida (art. 580 do CPC), caracterizando-se a falta de interesse de agir, na modalidade de inadequação do procedimento escolhido para a cobrança” (grifou-se).¹¹

Conforme demonstrado pela doutrina e pela jurisprudência, a ideia de inadimplemento está relacionada com a de exigibilidade da prestação, de forma que, enquanto não vencido o débito, não se pode falar em descumprimento da obrigação do devedor, não havendo, todavia, necessidade de produzir-se prova do inadimplemento junto da inicial, pois, a simples verificação do título, de que já ocorreu o vencimento é a prova suficiente para a abertura da execução pelo credor.¹²

Araken de Assis afirma ainda que: “o inadimplemento integra o objeto litigioso, ou mérito, da demanda. Fato constitutivo da execução, toca ao credor o ônus de alegar o descumprimento de obrigação constante do título”.¹³

De acordo com Theodoro Jr., o inadimplemento seria uma situação de inércia culposa por parte do devedor, e caso ocorra o cumprimento voluntário por parte do devedor, o credor não poderá iniciar a execução, e mesmo que a execução forçada já tenha sido iniciada, caberá ao devedor fazer cessar a sujeição processual através do pagamento da dívida, que é, invariavelmente, fato extintivo do processo executivo.¹⁴

Faz-se necessário ressaltar que, não basta apenas a configuração do inadimplemento da obrigação para que seja possível a propositura de uma demanda executiva, sendo necessária a presença dos demais requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade contidos no art. 580 do CPC.

2.3 Do título executivo

Para que uma ação executiva seja deflagrada, não basta somente a ocorrência do inadimplemento da obrigação, sendo necessária também a presença de outro elemento essencial ao processo de execução, o título executivo.

Não há um consenso doutrinário sobre o conceito e a natureza do título executivo. Para Liebman, é ele um elemento constitutivo da ação de execução;

11. TJSP, Ap c/ Rev 1177041-0/5, 31.^a Câ. – Seção de Direito Privado, j. 21.07.2009, rel. Des. Adilson de Araujo. Disponível em: [<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3983298>]. Acesso em: 09.01.2012.

12. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 159.

13. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 185.

14. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 159.

para Zanzuchi é uma condição do exercício da mesma ação; para Carnelutti, é a prova legal do crédito; para Furno e Couture, é o pressuposto da execução forçada; para Rocco é apenas o pressuposto de fato da mesma execução etc. No entanto, em toda a doutrina e na maioria dos textos dos Códigos modernos, está unanimemente expressa a regra fundamental da *nulla executio sine titulo*. Isto é, nenhuma execução forçada é cabível sem o título executivo que lhe sirva de base.¹⁵

Embora não haja um consenso doutrinário em relação ao conceito de título executivo, Araken de Assis afirma que o título executivo “(...) constitui a representação documental típica do crédito, exigível nessas espécies de ações executivas”.¹⁶

O título executivo tem a função de definir o fim da execução, pois é ele que revela qual foi a obrigação contraída pelo devedor e qual a sanção que corresponde a seu inadimplemento, mostrando assim, o fim a ser alcançado no procedimento executivo. Desta forma, se a obrigação é de pagar uma soma de dinheiro, o procedimento corresponderá à execução por quantia certa; se a obrigação é de dar, executar-se-á sob o rito de execução para entrega de coisa; se a obrigação é de prestar fato, caberá a execução prevista para as obrigações de fazer.¹⁷

Além da função de por fim na execução, segundo o ensinamento de Ronaldo Cunha Campos, o título executivo representa “o acerto de um crédito”, do qual promana “a certeza necessária para autorizar o Estado a desenvolver o processo onde a sanção se concretiza, em benefício do credor e as expensas do devedor”.¹⁸

Já nos casos dos títulos executivos extrajudiciais, quando a lei permite o início da execução sem o prévio processo de conhecimento, tais títulos exercem função equivalente à da sentença condenatória, representando por vontade da lei uma declaração de certeza ou de acerto da relação jurídica estabelecida entre devedor e credor.

Já quanto à eficácia do título executivo cabe acrescentar a ideia de Araken de Assis:

“O título executivo constitui a prova pré-constituída da causa de pedir da ação executória. Esta consiste na alegação, realizada pelo credor na inicial, de

15. Idem, p. 154.

16. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 155.

17. Idem, ibidem.

18. Ronaldo Cunha Campos apud THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 156.

que o devedor não cumpriu, espontaneamente, o direito reconhecido na sentença ou a obrigação.”¹⁹

Tendo em vista que uma ação executória baseia-se em título executivo e, tendo ele que ser composto dos tributos da certeza, da liquidez e da exigibilidade, conforme o disposto no art. 618, I e 580 do CPC,²⁰ faz-se necessário um breve exame individual desses caracteres, haja vista, a falta de algum destes poderá inviabilizar o título à execução.

Tal inviabilização pode ser claramente demonstrada através da jurisprudência:

“Apelação cível. Alienação fiduciária. Direito civil/obrigações. Ação de execução de título judicial – *astreintes*. Sentença de extinção, sem julgamento do mérito. Processual civil. Caso concreto. Obrigação de fazer imposta a ambas as partes na demanda revisional para a concessão da tutela. Incumprimento da parte autora no tocante aos depósitos judiciais. Prova robusta nos autos. *Nulidade da execução ante a falta de inexigibilidade do título executivo. Inteligência do art. 586 do CPC*. Sentença. Por fundamentos diversos. Recurso desprovido” (grifou-se).²¹

Conforme demonstrado na ementa supra, a exigibilidade é requisito indispensável à viabilidade do título, o que no caso em tela, fica bem explicado nas palavras da Exma. Sra. Des. Ângela Terezinha de Oliveira Brito ao pronunciar seu voto, o qual foi acompanhado pelos demais desembargadores, sendo desprovido de forma unânime o recurso:

“(…) Além disso, nenhuma prova robusta e consistente foi trazida a respeito das parcelas vencidas, como imputado na obrigação de fazer a que se obrigou o apelante na demanda revisional. Nesse prisma, entendo que a pretensão do recorrente afigura-se inexigível, haja vista que a execução deve fundar-se em título líquido, certo e exigível consoante os termos do art. 586 do CPC, *verbis*: ‘Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível (redação dada pela Lei 11.382, de 2006)’. Portanto, no caso em tela, não se tem por configurados os requisitos legais para

19. Assis, Araken de. Op. cit., p. 156.

20. Art. 618 do CPC. “É nula a execução: I – se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586) (...)” e art. 580 do CPC. “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”.

21. TJRS, ApCiv 70033707498, 13.^a Câm. Civ., j. 06.05.2010, rel. Des. Ângela Terezinha de Oliveira Brito. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris]. Acesso em: 18.01.2012.

o pleito executivo das *astreintes*, frente ao incumprimento do autor/apelante dos termos contidos na ordem judicial que deferiu a antecipação de tutela no âmbito da ação revisional. Sendo assim, imputo nula a execução aforada pelo recorrente, razão pela qual desacolho a pretensão recursal por fundamentos diversos da sentença.”²²

Estes três requisitos para o reconhecimento do título a força executiva legal são definidos por Carnelutti nos seguintes termos: “o direito do credor é certo quando o título não deixa dúvida quanto a sua existência; líquido quando o título não deixa dúvida em torno de seu objeto; exigível quando não deixa dúvida em torno de sua atualidade”.²³

Quanto à forma dos títulos executivos, sob o aspecto formal, os títulos que contêm a declaração imperativa geradora do direito à execução formal, podem ser assim classificados: o original da sentença; a certidão ou cópia autenticada da sentença, nos casos de execução provisória, e, em geral, de execução civil da sentença penal condenatória, e da sentença arbitral, ou carta de sentença, em hipóteses como a do formal de partilha, e da sentença estrangeira homologada; e os documentos extrajudiciais, públicos ou particulares, sempre sob a forma escrita, a que a lei reconhecer a eficácia executiva.²⁴

Logo, o credor deverá exibir o original do título, embora de acordo com a jurisprudência, em alguns casos, a cópia autenticada tenha sido aceita e posteriormente substituída pelo original:

“Embargos de declaração em embargos de declaração. Omissões. Esclarecimentos. Recurso especial. Divergência. Confronto analítico. Necessidade. Orientação pacificada. Súmula 83. Execução. Cópia autenticada de título de crédito. *Juntada posterior do original*. Possibilidade. Título executivo. Falta de identificação das testemunhas. Irrelevância. Omissão do Tribunal *a quo*. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. 3.^a Turma do STJ. Julgado em 28.05.2002” (grifo nosso).

Após breve análise dos requisitos e forma pertinentes ao título executivo, pode-se adentrar nas especificidades dos títulos executivos extrajudiciais os quais podem ser classificados em particulares e públicos.

O título executivo extrajudicial particular é o título que tem como origem algum negócio jurídico privado o qual é elaborado pelas próprias partes, já o

22. Idem.

23. Carnelutti apud THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 157.

24. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 158.

título executivo extrajudicial público é constituído através de documento oficial oriundo de algum órgão da Administração Pública.²⁵

Há de se ressaltar que, o rol de títulos executivos extrajudiciais do art. 585 do CPC²⁶ não é taxativo, pois a lei poderá estipular expressamente quais as formalidades indispensáveis aos mesmos, atribuindo-lhes assim força executiva.²⁷

Cumpra salientar também, que o processo executivo além de seguir os requisitos formais e pressupostos processuais é recepcionado por diretrizes basilares chamadas de princípios os quais são indispensáveis quando da ocorrência de antinomias²⁸ jurídicas.²⁹

2.4 *Dos princípios informativos do processo executivo*

Nosso ordenamento jurídico é composto por uma infinidade de regras que ao expressarem os valores historicamente preponderantes, originados de prévio consenso e estabelecidos em dado sistema dão origem aos princípios.³⁰

25. Idem, p. 217.

26. Art. 585 do CPC. “São títulos executivos extrajudiciais:

I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III – os contratos garantidores por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI – o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (...).”

27. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 217.

28. De acordo com o *Pequeno dicionário jurídico*, antinomia é a contradição entre duas leis ou princípios que versem sobre a mesma matéria.

29. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 96.

30. Idem, *ibidem*.

O processo executivo é norteado por diversos princípios informativos os quais viabilizam uma correta compreensão e aplicação da lei. Levando-se em consideração o tema do presente trabalho, merece destaque os princípios da responsabilidade patrimonial, da disponibilidade e da menor onerosidade para o devedor.

2.4.1 *Princípio da responsabilidade patrimonial*

No processo executivo, embora estejam presentes o inadimplemento, a certeza, a liquidez e a exigibilidade, elementos esses que proporcionam ao credor acesso à via executiva, a satisfação do crédito na maioria das vezes só é alcançada através dos bens do executado.³¹

O princípio da responsabilidade patrimonial é também tratado por alguns doutrinadores como princípio da “realidade” da execução, isto porque, a execução recai sobre o patrimônio (as coisas, por isto, realidade), este princípio é expresso no art. 646 do CPC no qual consta: “A execução por quantia certa tem por objetivo expropriar bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”.³²

Neste sentido, Humberto Theodoro Jr. acrescenta:

“Quando se afirma que toda a execução é real, quer-se dizer que, no direito processual civil moderno, a atividade jurisdicional executiva incide, direta e exclusivamente, sobre o patrimônio, e não sobre a pessoa do devedor (...). Em linha de princípio, portanto, frustra-se a execução e suspende-se o processo quando o devedor não disponha de bens patrimoniais exequíveis (art. 791, n. III).”³³

Embora este princípio esteja contido na doutrina como regente da tutela jurisdicional executiva, o que se percebe atualmente é que através das recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil, tem-se mitigado o princípio ora examinado, fato este que pode ser melhor ilustrado através das palavras do doutrinador Cassio Scarpinella Bueno que afirma:

“(...) as ‘reformas do CPC’ têm buscado mitigar o princípio aqui examinado admitindo a prática de atos jurisdicionais executivos voltados não ao patrimônio do executado, mas diferentemente, à sua vontade, buscando criar para o

31. Idem, p. 108.

32. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18.

33. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 135.

executado uma situação tal que lhe pareça melhor cumprir as determinações judiciais do que submeter-se à prática de atos sub-rogatórios praticados pelo magistrado e por seus agentes, é dizer, de atos que substituam a sua vontade e o seu comportamento.”³⁴

Podem-se citar como exemplos destas medidas as multas expressamente admitidas pelos §§ 4.º a 6.º do art. 461 do CPC (para as obrigações de fazer e não fazer fundadas em título executivo judicial); a multa do *caput* do art. 475-J do CPC (para as obrigações de pagar quantia fundada em título executivo judicial); e as multas para compelir o executado a entregar a coisa devida impostas pelo parágrafo único do art. 621 do CPC (para as obrigações de dar coisa fundada em título executivo extrajudicial). Tais medidas atuam sobre a vontade do executado, sobre sua psique mesmo, buscando, com isto, o acatamento da determinação judicial.³⁵

Embora tais medidas coercitivas mitiguem o princípio da responsabilidade patrimonial e seus consequentes métodos sub-rogatórios não se pode dizer que as mesmas agredem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana o qual está contido no art. 1.º, III, da CF/1988, pelo contrário, pois tais medidas atuam de acordo com a vontade do executado, dando ao mesmo, opções de escolha quanto a forma de sujeitar-se a jurisdição, seja voluntariamente ou não.³⁶

2.4.2 *Princípio da disponibilidade*

O princípio da disponibilidade prevê a livre disponibilidade do credor ao processo de execução, não estando o mesmo obrigado a executar seu título nem mesmo de prosseguir com a execução forçada a que deu início.³⁷

Deve-se levar em consideração que o crédito do autor é líquido e certo e a atuação do órgão judicial procura apenas torná-lo efetivo, uma vez que, o direito do credor já fora reconhecido anteriormente através do título executivo, ficando a critério do credor provocar o exercício da atividade jurisdicional em prol de seu direito.³⁸

Uma das consequências impostas à tutela jurisdicional executiva através do princípio da disponibilidade é que o exequente pode pretender desistir de sua

34. BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 18.

35. Idem.

36. Idem, p. 19.

37. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 138.

38. Idem.

prestação, total ou parcialmente, de acordo com o art. 569, *caput*, do CPC: “O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”.³⁹

O doutrinador Araken de Assis, a respeito do assunto, faz comparação entre o processo executivo e de conhecimento e acrescenta:

“Fundando-se o processo executivo na ideia de satisfação plena do credor, parece lógico que ele, ao seu exclusivo líbito, disponha da ação. Diversamente do que sucede no processo de conhecimento, em que o réu possui interesse análogo na composição da lide e na extirpação da incerteza, excluindo ou não a razoabilidade da posição assumida ao processo, a execução almeja o benefício exclusivo do credor. Em outras palavras, processo dotado de função executiva, do ponto de vista do direito material, sempre apresentará desfecho unívoco, ‘não se concebendo que a execução venha a produzir a satisfação de eventual pretensão do executado’.”⁴⁰

Logo, pode-se concluir que o credor tem a livre escolha se quer ou não provocar a tutela jurisdicional por meio de uma ação executiva para fazer valer o direito que já se encontra reconhecido no título executivo, ou até mesmo desistir da execução forçada a que deu início, arcando obviamente com as custas processuais e os honorários advocatícios do patrono do embargante.⁴¹

2.4.3 *Princípio da menor onerosidade para o devedor*

Também intitulado por alguns doutrinadores como princípio do menor sacrifício possível, o princípio da menor onerosidade para o devedor está expresso no art. 620 do CPC o qual preceitua: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo *modo menos gravoso para o devedor*” (grifou-se).

O princípio em tela é voltado à proteção do executado, estando presente ao longo de toda a execução civil, devendo ser analisado pelo magistrado de ofício, podendo ser invocado pelo executado sempre que a execução civil estiver sendo realizada por meio mais gravoso, ou seja, por meio que ultrapasse os limites do indispensável.⁴²

39. BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 20.

40. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 110.

41. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 138.

42. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 56.

Cabe salientar, que este princípio protege a boa-fé uma vez que impede o abuso do direito pelo credor caso o mesmo venha a valer-se de meio executivo mais danoso ao executado, tendo como objetivo principal não a pessoa do executado o qual já é protegido pelas regras que limitam os meios executivos tais como aquelas que preveem as impenhorabilidades, mas sim, a proteção a ética processual, a lealdade, evitando um comportamento abusivo por parte do exequente.⁴³

O ilustre doutrinador Fredie Didier Jr. define muito bem o princípio ora estudado quando afirma que este visa a ética processual: “Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual. A identificação do valor protegido é muito importante para a ponderação que se precise fazer entre esse princípio e o princípio da efetividade”.⁴⁴

Tendo em vista a definição de Fredie Didier Jr. supracitada, ao afirmar que se deve ponderar entre o princípio da menor onerosidade para o devedor e o princípio da efetividade, faz-se necessário esclarecer que, a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados produzam a mesma eficácia.⁴⁵

Portando, para finalizar o presente capítulo, cumpre salientar que estes são alguns princípios dentre os vários abordados pela doutrina como sendo norteadores do processo executivo, mas que, levando-se em consideração o tema do presente trabalho, procurou-se dar uma atenção especial aos três princípios aqui abordados.

3. DA PENHORA E DA FRAUDE À EXECUÇÃO

3.1 *Do conceito da penhora, sua função e seus efeitos*

Estando presentes todos os requisitos para a proposição de uma ação executiva, caso o executado não cumpra voluntariamente com sua obrigação, a forma para que o exequente obtenha êxito na garantia de seu crédito é a constrição dos bens do executado por meio da penhora.

43. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 5, p. 56.

44. Idem.

45. Idem.

A penhora é o ato inicial que irá definir o bem do devedor que irá se submeter à expropriação⁴⁶ judicial para realização da sanção, que, no caso é o serviço público desempenhado pelo órgão judicial.⁴⁷

Segundo Humberto Theodoro Jr.:

“A penhora é um ato de afetação porque sua imediata consequência, de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para, ‘à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução’, que é a função pública de ‘dar satisfação ao credor’.”⁴⁸

Pode-se dizer que a penhora é o procedimento de segregação dos bens que efetivamente irão sujeitar-se à execução e responderão pela dívida inadimplida. Antes de aperfeiçoada a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas. Através da penhora é que serão individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução.⁴⁹

De acordo com a conceituação de Araken de Assis: “a penhora é o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo”.⁵⁰

Pode-se perceber através da doutrina que há diversas formas de divisão quanto aos efeitos gerados pela penhora, Araken de Assis afirma que existem duas ordens diferentes: materiais e processuais.⁵¹

Os efeitos materiais dizem respeito à ineficácia relativa dos atos de disposição, a reorganização da posse e a perda do direito de fruição, já os efeitos processuais referem-se à individualização dos bens do patrimônio do executado,

46. Art. 647 do CPC. “A expropriação consiste:

I – na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2.º do art. 685-A desta Lei;

II – na alienação por iniciativa particular;

III – na alienação em hasta pública;

IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.”

47. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 294.

48. Idem.

49. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 3, p. 254.

50. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 654.

51. Idem, p. 656 e 660.

a conservação dos bens penhorados, o direito de preferência e o desencadeamento da técnica expropriativa.⁵²

Em relação à ineficácia relativa dos atos de disposição, cabe destacar que a alienação da coisa penhorada pelo devedor, no curso da execução, existe, vale e é eficaz inter partes, podendo o produto de tal venda ser utilizado para solver o crédito executivo conforme preceitua o art. 651 do CPC.⁵³⁻⁵⁴

Cabe acrescentar entendimento jurisprudencial do TJRS o qual vem a confirmar o acima exposto:

“Ementa: Agravo de instrumento. Processual civil. Remição da execução. Prazo. Art. 651 do CPC. Antes de perfectibilizada a arrematação. o art. 651 do CPC, admite a remição da execução a qualquer tempo antes de perfectibilizada a alienação, ou seja, no caso dos autos, antes da assinatura do auto de arrematação (art. 694 do CPC). Agravo de instrumento provido.”⁵⁵

A respeito da reorganização da posse, Araken de Assis esclarece: “a penhora concede ao Estado a posse mediata imprópria do bem. Depois da penhora, o executado retém somente a posse mediata própria, ‘pois o devedor, após a penhora, não é devedor sem posse’”.⁵⁶

Juntamente com a reorganização da posse, a penhora impõe limites quanto ao uso e gozo da coisa penhorada, não podendo o devedor ou depositário utilizar livremente, ou perceber os frutos do bem penhorado.⁵⁷

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma:

“Decorre ainda da penhora a alteração no regime da posse ostentada em relação ao bem penhorado. Feita a penhora, o bem deve ser depositado em mãos de uma das partes da execução ou em mãos de terceiros, a fim de que seu estado seja preservado para a futura alienação. Este depósito, mesmo quando o depositário seja o devedor – sem, portanto, que haja alteração fática da localização da coisa – implicará modificação na situação da posse do bem. Aquele

52. Idem.

53. Art. 651 do CPC. “Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.”

54. Assis, Araken de. Op. cit., p. 657.

55. TJRS, AgIn 70025940552, 11.^a Câ. Civ., j. 18.02.2009, rel. Voltaire de Lima Moraes. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris]. Acesso em: 13.02.2012.

56. Assis, Araken de. Op. cit., p. 658.

57. Idem, p. 659.

que tiver consigo a coisa penhorada (seja o devedor, seja outra pessoa) terá posse na condição de depositário, não podendo dela se utilizar livremente, ou perceber inadvertidamente os frutos do bem etc.”⁵⁸

Já de acordo com a classificação doutrinária de Humberto Theodoro Jr.: “A eficácia da penhora irradia-se em três direções, ou seja, perante o credor, perante o devedor e perante terceiros”.⁵⁹

Levando-se em consideração os efeitos perante o credor, Humberto Theodoro Jr. diz que: “a penhora especifica os bens do devedor sobre que irá exercer o direito de realizar seu crédito, passando a gozar, sobre eles e perante os demais credores quirografários,⁶⁰ de um especial direito de prelação⁶¹ e sequela”.⁶²⁻⁶³

Já em relação ao devedor, a consequência gerada pela penhora é a imediata perda da posse direta e da livre disponibilidade dos bens atingidos pela medida constitutiva.⁶⁴

Além dos efeitos acima mencionados, Humberto Theodoro Jr. afirma que a penhora surte efeitos contra terceiros:

“(...) a penhora produz também eficácia contra terceiros, em duas circunstâncias: a) quando o crédito ou bem do executado atingido pela penhora está na posse temporária de terceiro, este fica obrigado a respeitar o gravame judicial, como depositário, cumprindo-lhe o dever de efetuar sua prestação em juízo, à ordem judicial, no devido tempo, sob pena de ineficácia do pagamento direto ao executado ou a outrem; b) além disso, há o efeito geral e *erga omnes* da penhora que faz com que todo e qualquer terceiro tenha que se abster de negociar com o executado, em torno do domínio do bem penhorado, sob pena de ineficácia da aquisição perante o processo e permanência do vínculo executivo sobre o bem, mesmo que passe a integrar o patrimônio do adquirente.”⁶⁵

58. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 255.

59. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 299.

60. “Quirografário: (...) credor que, na falência ou concordata, não possui garantia real para o pagamento de seu crédito.” PAULO, Antonio de (org.). *Pequeno dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 255.

61. “Prelação: Direito de preferência que os filhos tinham a ser providos nos cargos dos pais.” PAULO, Antonio de (org.). Op. cit., p. 241.

62. “Sequela: direito de seguir a coisa e subtraí-la do poder de quem quer que a detenha ou possua.” PAULO, Antonio de (org.). Op. cit., p. 285.

63. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 299.

64. Idem.

65. Idem.

Segundo os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini os efeitos gerados pela penhora são três: vinculação de bem específico à execução; conservação do bem que foi individualizado; e preferência ao credor em relação aos demais credores.⁶⁶

Logo, pode-se perceber que são várias as formas de classificação da penhora quanto aos seus efeitos, dependendo do foco dado pelo doutrinador, podendo-se dividir em efeitos materiais e processuais e também nos efeitos em relação ao devedor, ao credor e a terceiros.

3.2 *Da natureza jurídica da penhora*

Visto os efeitos surtidos pela penhora e sua conceituação, faz-se necessário verificar sua natureza, que de acordo com a doutrina divide-se em três correntes principais que procuram definir de forma diversa sua natureza: (a) uma que a considera como medida cautelar; (b) outra que lhe atribui unicamente a natureza de ato executivo; e (c) uma terceira que, em posição intermediária, a trata como ato executivo que tem também efeitos conservativos.⁶⁷

Deve-se descartar de imediato, segundo posição doutrinária do ilustríssimo Humberto Theodoro Jr., a primeira tese que afirma ser uma medida cautelar, haja vista, a penhora não é uma medida eventualmente usada para segurança ou cautela de interesse em litígio, como ocorre nas providências cautelares típicas do sequestro, do arresto e similares, os quais acionam através de um processo funcionalmente autônomo uma medida cautelar específica, e sim, a penhora tem uma finalidade própria bem determinada.⁶⁸

Referindo-se a terceira corrente, não se pode afirmar que a penhora seja ato de natureza mista, participando ao mesmo tempo da natureza executiva e cautelar e, por isso, é que a doutrina atual afirma ser a penhora simplesmente um ato executivo, que tem por finalidade a individualização e preservação dos bens que serão submetidos ao processo executivo.⁶⁹

Quanto à natureza da penhora, Humberto Theodoro Jr. assevera:

“Atentando, porém, à tripartição da função jurisdicional em cognição, execução e prevenção, o certo é que a penhora se manifesta como o primeiro ato

66. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2, p. 208.

67. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 296.

68. Idem, p. 295.

69. Idem, p. 296.

executivo com que o Estado, na execução por quantia certa, agride o patrimônio do devedor inadimplente, para iniciar o processo de expropriação judicial necessário à realização coativa do direito credor.”⁷⁰

De acordo com entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, a natureza da penhora é definida da seguinte forma:

“É ato público e estatal, praticado pelo oficial de justiça como *longa manus* do juiz. Não é ato privado do credor, ainda que se diga que a penhora é feita no seu interesse. O credor recorre ao Estado. Através da ação executiva, e este penhora o bem. Também não é ato de disposição do devedor: a este apenas se dá a faculdade limitada de pleitear a substituição do bem sujeito à penhora; não se lhe outorga, porém a possibilidade de não a aceitar.”⁷¹

Portanto, pode-se concluir que não há um consenso doutrinário a respeito da natureza jurídica da penhora, embora a doutrina atual tenha entendimento dominante de que se trata simplesmente de um ato executivo com finalidade de individualização e preservação dos bens objeto da ação executiva.

3.3 Da fraude à execução

Embora estejam presentes todos os elementos para a proposição de uma demanda executiva, tais como, o inadimplemento, o título executivo contendo os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, os quais foram abordados no capítulo 2 deste trabalho, o exequente poderá enfrentar uma problemática durante a busca de seu crédito: a fraude à execução.

O instituto da fraude à execução está previsto no art. 593 do CPC:

“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.”

Pode-se dizer que a fraude à execução consiste na realização de atos de disposição ou oneração de coisas ou direitos depois de instaurado um processo cujo resultado depende impreterivelmente desses bens. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, essa fraude ocorre em duas situações bem distintas en-

70. Idem.

71. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 208.

tre si: “a) alienar ou gravar com ônus real o bem sobre o qual ‘pender ação real’ (CPC, art. 593, I); b) dispor de bens ou créditos, reduzindo-se à insolvência, também a partir da pendência de um processo (art. 593, II)”.⁷²

Desta forma, pode-se perceber que na primeira hipótese abordada por Cândido Rangel Dinamarco “o devedor visa a evitar medidas judiciais futuras, mas previsíveis, que deverão incidir especificamente sobre a coisa litigiosa (execução específica para entrega de coisa certa)”, já na segunda hipótese, o devedor tem por objetivo “diminuir de tal modo seu patrimônio, que ai não restem bens suficientes para a satisfação de uma obrigação por dinheiro (execução por quantia certa)”.⁷³

A fraude a execução está diretamente ligada à responsabilidade patrimonial,⁷⁴ pois, somente os bens do devedor é que responderão por suas obrigações, conforme preceitua o art. 591 do CPC.⁷⁵ Segundo entendimento de Humberto Theodoro Jr.: “(...) o patrimônio do devedor é a garantia geral dos seus credores; e, por isso, a disponibilidade só pode ser exercitada até onde não lese a segurança dos credores”.⁷⁶

O patrimônio do executado é atingido até mesmo nos casos em que ocorrem obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, as quais abrangem comportamentos específicos do executado, “tutela específica”, pois ocorrendo a impossibilidade da realização de tais obrigações, o exequente pode optar pela “tutela genérica”, o equivalente monetário da obrigação inadimplida.⁷⁷

Conforme entendimento de Araken de Assis, tendo em vista que no art. 591 do CPC não há um congelamento patrimonial, o devedor conserva a livre disponibilidade de seus bens sendo incumbência de seus credores respeitarem-lhe os atos negociais, embora seus resultados sejam nocivos e até provoquem a insolvência, “acontece às vezes, de os atos de disposição do obrigado, em vez de retratarem alterações normais, revelarem o propósito de frustrar a realização do direito alheio”.⁷⁸

72. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. V e IV, p. 441.

73. *Idem*.

74. Ver Capítulo I, princípio da responsabilidade patrimonial.

75. Art. 591 do CPC. “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

76. THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 205.

77. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 210.

78. ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 271.

Sobre a fraude à execução, Marcelo Abelha afirma:

“A fraude à execução é uma forma especializada de fraude contra credores, assim como a alienação de bem penhorado é uma especialização em relação à fraude à execução. Tudo como se disse, decorre de uma reação mais enérgica do ordenamento jurídico às tentativas de fraudes praticadas pelo devedor/responsável que afastar o seu patrimônio da responsabilidade patrimonial, esvaziando-lhe o conteúdo para que seja infrutífero o eventual adimplemento pela garantia patrimonial.”⁷⁹

Neste contexto, faz-se necessária uma diferenciação quanto aos institutos da fraude à execução e fraude contra credores, haja vista, ambos sejam atos praticados pelo devedor que, comissiva ou omissivamente, os faz com o intuito de se desfazer de seu patrimônio de forma a impedir que o mesmo venha a servir de garantia para o adimplemento do qual se responsabilizou.⁸⁰

Pode-se dizer que a fraude contra credores afronta somente o direito do credor e não à dignidade da Justiça, pois se caracteriza pela criação ou agravamento de um estado de insolvência antes da propositura de qualquer demanda em juízo para a satisfação do crédito.⁸¹

Já a fraude à execução caracteriza-se pela alienação ou oneração de bens na pendência de um processo, que pode ser executivo, de conhecimento, monitorio ou mesmo cautelar, medidas estas que afetam não só o direito do credor, mas também dificulta ou retarda o exercício eficiente da jurisdição, rebelando-se contra a autoridade do Estado-Juiz.⁸²

Cândido Rangel Dinamarco aponta inclusive o que o instituto da fraude à execução tem em comum com o instituto da fraude contra credores no que diz respeito aos créditos pecuniários (art. 593, II, do CPC),⁸³ afirmando que:

“Uma só conduta pode enquadrar-se simultaneamente nessas duas figuras fraudulentas – o que acontece quando, na pendência de um processo, o devedor aliena bens ou direitos em conluio com o adquirente, com o objetivo de reduzir-se à insolvência. Se o processo ainda não existisse, esse ato seria somente fraude contra credores. Se pendesse, mas inexistisse a intenção fraudulenta do

79. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit., p. 83.

80. Idem.

81. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 423, 436.

82. Idem, ibidem.

83. “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: (...) II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência (...).”

adquirente, seria apenas uma fraude de execução. Mas, se concorrem o *consilium fraudis* e a litispendência, eis o duplo enquadramento; naturalmente, é sempre indispensável que o ato haja reduzido o devedor à insolvência ou produzido o agravamento desta. Em casos assim, o princípio da absorção manda que se imponham as regras mais enérgicas e mais objetivas referentes à fraude de execução, desprezando-se as da *fraus pauliana*.”

A respeito desta diferenciação entre os dois institutos, Araken de Assis assevera:

“Estas duas formas de fraude se distinguem na medida em que atos dispositivos do devedor às vezes ocorrem na pendência de uma relação processual. E urge sublinhar o primeiro aspecto, que antecede o elemento cronológico: há que ocorrer ato de disposição do obrigado. Não há fraude concebível sem a manifestação de vontade do devedor.”⁸⁴

Logo, pode-se concluir que ambos os institutos são formas de proteção ao credor com o objetivo de neutralizar onerações e alienações realizadas pelo devedor. Sendo a fraude contra credores instituto de direito material previsto nos arts. 158 a 165 do CC/2002, o qual gera uma possível desconsideração dos atos praticados pelo devedor após ter contraído dívidas, mesmo antes do início do processo; e a fraude à execução instituto de direito processual previsto nos arts. 592 e 593 do CPC, o qual incide ante a existência de um processo judicial.⁸⁵

Tendo-se definido as diferenças entre os dois institutos e levando-se em consideração que o instituto da fraude à execução está diretamente ligado ao tema principal do presente trabalho, necessário se faz apontar os requisitos indispensáveis para que haja a deflagração da fraude contra o processo executivo, ou seja, devem estar presentes a litispendência e a frustração dos meios executórios.⁸⁶

3.3.1 *Dos requisitos indispensáveis para a configuração da fraude à execução*

Os pressupostos indispensáveis para a configuração da fraude à execução estão contidos no art. 593 e incisos do CPC, ou seja, a litispendência e a frustração dos meios executórios.

84. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 271.

85. SALAMACHA, José Eli. Fraude à execução no direito comparado e a nova modalidade de fraude à execução do art. 615-A do CPC. *RDPriv* 32/79.

86. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 274.

De acordo com o contido no art. 593, I, do CPC, há fraude à execução quando a alienação ou oneração de bem ocorrer na pendência sobre ele de demanda fundada em direito real, sendo considerada alienação fraudulenta aquela que recai sobre a coisa litigiosa, ou seja, a coisa a ser entregue, independentemente nesta hipótese da demonstração de insolvência.⁸⁷

Por outro lado, pode-se observar que no art. 593, II, do CPC, é mencionada uma hipótese mais ampla de fraude à execução na qual se protege o crédito pecuniário, tendo em vista que, a alienação ou oneração fraudulenta não recai sobre a “coisa litigiosa” e sim sobre qualquer bem penhorável.⁸⁸

Fredie Didier Jr. resume os pressupostos da fraude á execução da seguinte forma:

“(...) i) a exigência de que o ato seja danoso, apto a reduzi-lo à insolvência (*eventus dammi*), e ii) que tenha sido praticado na pendência de um processo contra o devedor (*litispendência*), que pode ser condenatório, executivo, cautelar, penal, arbitral etc.; não há fraude na iminência de processo, só na sua pendência.”

Faz-se necessário mencionar as palavras de Cândido Rangel Dinamarco quando faz referência a litispendência: “conceitualmente, *processo pendente* é o que já se iniciou e ainda não se *extinguiu*. Esse é o conceito elementar de *litispendência* (...)”. E ainda nas palavras do ilustre doutrinador: “(...) reputa-se momento inicial do processo, para o fim de caracterização da fraude executiva, aquele em que é feita a *citação do demandado* e não aquele em que o processo tem início”.⁸⁹

Logo, dá-se início à litispendência através da citação válida, conforme o disposto no art. 263, 2.^a parte e 219 do CPC, não se podendo confundir esta com a constituição da relação processual, que já existe, entre o autor e o Estado, desde a propositura da ação. Em relação ao art. 593, II, do CPC, Araken de Assis diz que não há uma alusão quanto à litispendência, ensejando assim uma interpretação ambígua: “quando ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda”, o que induz a interpretação de que basta o ajuizamento, não interessando ao terceiro se ocorreu a citação.⁹⁰

Tendo em vista a ambiguidade gerada pelo art. 593, II do CPC, o STJ tem uniformizado a interpretação do dispositivo, afirmando ser imprescindível a citação válida, conforme comprova a ementa abaixo:

87. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 304.

88. Idem, p. 305.

89. Idem, ibidem.

90. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 274.

“Processual civil. Fraude à execução. Requisitos. Citação válida em ação cautelar. Insolvência reconhecida.

1. Para configurar a fraude à execução, é necessário que a alienação do bem tenha se dado após ocorrida citação válida, não importando o tipo de ação proposta – se cautelar, cognitiva ou executória.

2. Hipótese em que a insolvência do devedor já fora reconhecida no bojo do acórdão estadual recorrido, que afirma, textualmente, tratar-se de matéria incontroversa nos autos aquela relativa à inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor.

3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial” (grifo nosso).⁹¹

De acordo com o relatório, o Exmo. Sr. Min. João Otávio de Noronha enfatiza que é entendimento unânime do STJ, conforme a Súmula 375, o reconhecimento da fraude à execução somente após o registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, havendo a citação válida.⁹²

Outro ponto interessante, abordado por Cândido Rangel Dinamarco, e que vem a enriquecer o assunto em pauta, é o fato de a intenção maliciosa não residir no registro imobiliário e sim no negócio jurídico realizado entre as partes, isto quando tratar-se de bem imóvel, neste sentido, o ilustre doutrinador assevera nas palavras de Negrão-Gouvêa:

“Tratando-se de imóvel não há fraude de execução quando o ato negocial referente a ele (compra e venda, constituição de hipoteca etc.) houver sido realizado antes da citação ou ciência inequívoca, não importando se o registro imobiliário foi feito antes ou depois – porque é no negócio, não no registro, que reside a intenção maliciosa de desfazer-se do bem ou de onerá-lo em fraude de execução.”⁹³

Além do requisito da litispendência, para que seja deflagrada a fraude à execução é necessária também a ocorrência da frustração dos meios executórios, que segundo a definição de Araken de Assis:

“A ideia de frustração dos meios executórios substitui, à luz do art. 593, a de insolvência, que, na fraude contra credores, se afigura consequência imediata do

91. STJ, AgRg nos EDcl no REsp 649.139/SP (2004/0041192-0), 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23.02.2010. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?Livre=fraude+%E0+execu%E7%E3o+e+cita%E7%E3o+v%E1lida&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2]. Acesso em: 16.02.2012.

92. Idem.

93. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 443.

negócio suspeito. É que, nesta espécie de fraude, impende verificar a existência do dano. No âmbito da fraude contra a execução, ao invés, dispensável se revela a investigação do estado deficitário do patrimônio, bastando a inexistência de bens penhoráveis. Daí a noção mais adequada de frustração dos meios executórios.”⁹⁴

Diferente não é o entendimento jurisprudencial a respeito, conforme demonstra a ementa abaixo:

“Processo civil – Execução – Fraude – Caracterização – Recurso improvido. ‘Configura-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens quando corre, contra o devedor, demanda capaz de reduzi-lo a insolvência. Tal instituto tem por objetivo a defesa eficiente dos atos processuais, em andamento, evitando a frustração da atividade executória do Estado, pelo esvaziamento patrimonial do devedor’.”⁹⁵

Para um melhor entendimento da ementa acima, faz-se necessário acrescentar trecho do voto do ilustre relator, Des. Artur Marques, que ao explicar a diferenciação dos institutos da fraude à execução e fraude contra credores, afirma:

“Diferentes são os efeitos jurídicos dos institutos. Na fraude a credores anula-se o ato jurídico. Na fraude à execução mantém-se o ato jurídico, mas continuará o bem alienado (em fraude) a responder pela execução, permanecendo no patrimônio do devedor (art. 592, V, do CPC). Sua destinação, portanto, é de defesa eficiente dos atos processuais em andamento, evitando a frustração da atividade jurisdicional executória, pelo esvaziamento patrimonial do devedor.”⁹⁶

Portanto, levando-se em consideração os tópicos abordados até aqui, pode-se perceber que, para que seja possível a propositura de uma demanda executiva são necessários: a configuração do inadimplemento; o título executivo contendo os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. Além disso, caso o executado não cumpra voluntariamente com sua obrigação, a forma para que o exequente obtenha êxito na garantia de seu crédito é a constrição dos bens do executado por meio da penhora, e que, o exequente na busca de seu crédito poderá enfrentar uma problemática que é a fraude à execução. Faz-se necessário destacar que, por causa desta problemática é que a Lei 11.382/2006 acrescentou o art. 615-A no Código de Processo Civil, e devido a sua importância é que passaremos no capítulo a seguir a estudá-lo.

94. Assis, Araken de. Op. cit., p. 277.

95. TJSP, AgIn 1266448-0/7, 35.^a Câ. – Seção de Direito Privado, j. 20.06.2009, rel. Des. Artur Marques. Disponível em: [http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3947791]. Acesso em: 16.02.2012.

96. Idem.

4. AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

4.1 Apresentação do instituto

A averbação do ajuizamento da execução é um instituto jurídico de grande importância introduzido pela Lei 11.382/2006 no ordenamento jurídico brasileiro, que veio a proporcionar maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional como também segurança jurídica ao exequente na busca de seus direitos em eventuais fraudes por parte do executado, antes mesmo deste ser citado.

Atualmente, a averbação premonitória⁹⁷ tem sido utilizada com frequência pelos credores por tratar-se de uma ferramenta valiosa para a configuração da fraude de execução proporcionando instrumentos suficientes para que o credor alcance seus objetivos.

Cumprе salientar que, este instituto vem levantando questões polêmicas na área jurídica, por haver grande divergência quanto a sua aplicação, principalmente na área de registros públicos, tendo em vista que se fia na fé pública dos registros e na publicidade emanada por estes.⁹⁸

4.2 Natureza jurídica

O instituto da averbação premonitória está previsto no art. 615-A do CPC e permite ao exequente a faculdade de requerer em juízo, no ato da distribuição de uma ação executiva, certidões que comprovem a existência do referido processo para a imediata averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.⁹⁹

97. Denominação utilizada pelo Dr. Sergio Jacomino, 5.º Registrador de Imóveis da Capital de São Paulo e Diretor do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib), em breve comentário realizado no grupo de discussão virtual “outorgadelegacoes”.

98. Art. 285 da Consolidação Normativa Notarial e Registral. “Ao serviço, à função e à atividade registral imobiliária norteiam os princípios da:

I – Fé pública – a assegurar autenticidade dos atos emanados do registro e dos serviços;

II – Publicidade, a garantir os direitos submetidos a título registral a oponibilidade *erga omnes* (...).”

99. Art. 615-A do CPC. “O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1.º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

A averbação premonitória é um importante recurso que poderá ser utilizado pelo exequente contra eventuais fraudes por parte do executado, antes mesmo da citação, pois não é mais necessário aguardar-se o aperfeiçoamento da penhora, o que proporciona maior segurança para o exequente na busca de seu direito.¹⁰⁰

A *priori*, pode-se definir a averbação premonitória como sendo simples averbação com caráter meramente declaratório, ou seja, apenas noticia a existência de uma execução, não constituindo, extinguindo ou até mesmo modificando qualquer direito.¹⁰¹

Pode-se dizer que a averbação premonitória possui duas finalidades específicas: a publicidade a futuros adquirentes de boa-fé, de que determinado imóvel poderá ser objeto de execução e também, como prova inequívoca de fraude de execução, caso venha a ocorrer a venda do imóvel pelo executado ou sua insolvência.

4.3 Procedimento da averbação, seus requisitos e efeitos

Além de possuir as finalidades acima mencionadas, há de se observar a possibilidade de outorgar à averbação premonitória efeito semelhante à penhora, prevista no art. 659, § 4.º, do CPC,¹⁰² que também deverá ser averbada, produzindo um efeito coativo ao devedor o qual terá noticiada a existência de

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo, relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4.º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5.º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.”

100. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 216.

101. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Averbação premonitória introduzida pela Lei n. 11.382/2006. *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1407.

102. “Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios (...).

§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.”

execução nas matrículas de seus imóveis, o que também poderá servir como uma notificação registral para o pagamento da dívida.¹⁰³

Segundo Araken de Assis, a averbação do ajuizamento da execução opera *erga omnes*, produzindo eficácia absoluta quanto a fraude à execução. Nas palavras do ilustre doutrinador:

“O art. 615-A antecipa o efeito que, em princípio, decorreria da penhora averbada, conforme o art. 659, § 4.º. Para a finalidade de caracterizar fraude contra a execução, por conseguinte, equiparou-se a averbação da execução à averbação da penhora. No entanto, nenhum outro efeito inerente à penhora, a exemplo da preferência (art. 612), fica também antecipado por intermédio dessa medida. À semelhança do sucedido nas demais hipóteses de fraude, ademais, nenhum impedimento concreto erige-se à realização do negócio dispositivo em si, mas ele se apresentará ineficaz perante o exequente que efetivou a averbação.”¹⁰⁴

Neste sentido, a averbação do ajuizamento da execução não tira o poder de dispor do executado, mas torna eventual alienação do bem ineficaz perante a execução, conforme o disposto no § 3.º do art. 615-A do CPC. Sobre este aspecto vale mencionar o entendimento de Humberto Theodoro Jr.:

“Os bens afetados pela averbação não poderão ser livremente alienados pelo devedor. Não que ele perca o poder de dispor, mas porque sua alienação pode frustrar a execução proposta. Trata-se de instituir um mecanismo de ineficácia relativa. A eventual alienação será válida entre as partes do negócio, mas não poderá ser oposta à execução, por configurar hipótese de fraude.”¹⁰⁵

A averbação do ajuizamento da execução não é direito que poderá ser exercido de forma arbitrária pelo exequente, haja vista, existem alguns requisitos os quais são estabelecidos pelo art. 615-A do CPC, que são: a existência de ação de execução de título extrajudicial, não bastando o ajuizamento de ação de conhecimento condenatória, ou execução de títulos judiciais em razão ao disposto no art. 475-R do CPC;¹⁰⁶ e a apresentação de certidão emitida no ato da distribuição para fins de averbação.¹⁰⁷

103. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Op. cit.

104. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 487.

105. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 241.

106. Art. 475-R do CPC. “Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.”

107. MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno. Execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 98.

Para que a averbação premonitória tenha acesso ao registro imobiliário, deverá ser apresentada a certidão expedida pelo Poder Judiciário, contendo a identificação das partes e o valor da causa, sendo necessárias também outras informações úteis para a transposição da averbação como por exemplo, tipo de execução e qualificação das partes.¹⁰⁸

Levando-se em consideração o disposto no § 4.º do art. 615-A do CPC, que responsabiliza o credor por averbações indevidas, Marcelo Augusto Santana de Melo menciona a necessidade da apresentação, juntamente com a certidão para averbação, de requerimento com firma reconhecida autorizando os atos registrários e indicando os imóveis de propriedade do devedor com seus respectivos números de matrícula e ou transcrição.¹⁰⁹

É de extrema importância a apresentação do requerimento em nome do exequente indicando os imóveis que pretende gravar com a averbação do ajuizamento da execução, pois na certidão não há a indicação dos imóveis, sendo esta a única forma de afastar a responsabilidade do registrador de imóveis caso venha a ocorrer alguma averbação indevida.

Neste sentido, deve-se mencionar algumas considerações sobre os efeitos que tal medida cautelar surte ao ser gravada nos bens do devedor. De acordo com Humberto Theodoro Jr.:

“A averbação torna a força da execução ajuizada oponível ‘erga omnes’ no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que, sendo alienados, permanecerão, mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos à penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la.”¹¹⁰

Outro efeito automático gerado pela averbação premonitória, segundo Marcelo Augusto Santana de Melo, é a desnecessidade de apresentação de certidões dos distribuidores cíveis e fiscais previstos na Lei 7.433/1985 e Dec.

108. Art. 176, III, 2, da Lei 6.015/1973. “(...) III – são requisitos do registro no livro n. 2: (...).

2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da Cédula de Identidade, ou à falta deste, sua filiação;

b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda (...).”

109. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Op. cit.

110. THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 218.

93.240/1986 para a lavratura de escrituras públicas, como garantia ao adquirente de boa-fé e para garantir o direito do credor.¹¹¹

Por outro lado, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, Titular do Segundo Ofício de Teresópolis/RJ, discordando do posicionamento de Marcelo Augusto Santana de Melo, afirma ser indispensável a obtenção das certidões dos distribuidores cíveis e fiscais, pois são medidas preventivas que impedem que o adquirente venha a ser surpreendido e também permite que o mesmo comprove sua boa-fé objetiva.¹¹²

Portanto, é de bom alvitre que antes da lavratura da escritura pública o adquirente solicite as certidões dos distribuidores cíveis e fiscais, bem como as certidões negativas de ações reais e pessoais reipersecutórias em nome do vendedor, pois somente através destas é que o adquirente poderá ter a certeza de que no momento da transação não ocorra demanda capaz de reduzir o vendedor a insolvência, haja vista, a averbação premonitória ser uma faculdade do credor.

De acordo com o Vice-Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib e também Registrador Titular dos Registros Públicos e Tabelião de Protesto de Títulos da Comarca de Sapucaia do Sul, João Pedro Lamana Paiva, através da averbação premonitória o terceiro adquirente tem a sua boa-fé assegurada além do que há uma otimização e alargamento do princípio da publicidade que é agasalhado pela Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Segundo o Registrador, os bens gravados com a averbação premonitória ou acautelatória não poderão ser livremente alienados pelo devedor, valendo a eventual negociação apenas *inter partes*, não podendo ser oposta a execução, podendo o credor buscar o bem na esfera patrimonial de terceiro.¹¹³

Outro ponto importante a ser destacado é o fato de tal averbação não ser automaticamente cancelada, e sim depender de determinação judicial que con-

111. Idem.

112. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. As recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. Dispositivos relativos ao registro imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos. RDI 63/247.

113. PAIVA, João Pedro Lamana. Fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória. Inovações trazidas pelas Leis 11.382/06 e 11.419/06. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=5&id_noticias_area=1]. Acesso em: 08.01.2012.

tenha a informação de que da decisão que a determinou não houve interposição de recurso, conforme arts. 250, I e 259 da Lei 6.015/1973.¹¹⁴

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, vai além, e afirma que o cancelamento de tal averbação seria possível também através de requerimento do exequente com inteligência ao art. 250 da Lei 6.015/1973:¹¹⁵

“(...) considerando que as averbações são promovidas pelo exequente e no seu interesse (a causar a ineficácia das alienações ou onerações do bem em face do exequente), entendo que a requerimento do mesmo também possa ser promovido o cancelamento, com amparo no art. 250 da Lei 6.015/1973. Assim procedendo, o exequente se acautelará contra eventual alegação de abuso do direito de averbação. Promovido o cancelamento, deverá ser comunicado ao juízo do processo, assim como o são as averbações.”¹¹⁶

Logo, tendo em vista o acima exposto, fica a critério do registrador de imóveis se averba o cancelamento da averbação premonitória através de simples requerimento do exequente conforme o disposto no art. 250 da Lei de Registros Públicos, ou se exige para tanto a determinação judicial com inteligência do art. 615-A do CPC.

De acordo com o § 5.º do art. 615-A do CPC, incumbirá aos tribunais “expedir instruções sobre o cumprimento” de tal dispositivo. Cabe salientar que, nos Estados-membros, nos quais a atividade registral é fiscalizada pela Corregedoria-Geral do respectivo Tribunal de Justiça, caberá à este órgão regular o procedimento administrativo.¹¹⁷ Para fins ilustrativos e levando-se em consideração que no Estado do Rio Grande do Sul a atividade registral se submete à fiscalização da Corregedoria-Geral da Justiça, mister se faz, acrescentar o art.

114. BRASIL. *Lei 6.015, de 31.12.1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília. Planalto. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015.htm]. Acesso em: 17.01.2012.

115. “Art. 250. Far-se-á o cancelamento:
I – em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;
II – a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião;
III – a requerimento do interessado, instruído com documento hábil;
IV – a requerimento da Fazenda Pública, instruído com certidão de conclusão de processo administrativo que declarou, na forma da lei, a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso de imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, e a reversão do imóvel ao patrimônio público.”

116. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Op. cit., p. 253.

117. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 488.

415-A da Consolidação Normativa Judicial, o qual fora introduzido através do Provimento CGJ 18/2009 e que regula o procedimento da averbação premonitória:

“Art. 415-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução de título extrajudicial, com descrição das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.”¹¹⁸

Portanto, quando se fizer uso da averbação premonitória, faz-se necessário observar, de acordo com o procedimento administrativo de cada Estado-membro, se há alguma norma regulamentadora expedida pelo respectivo Tribunal de Justiça a cerca do procedimento do art. 615-A do CPC.

4.4 Possibilidade de extensão da averbação premonitória a toda e qualquer ação que resulte em fraude à execução

Embora o art. 615-A faça parte do Capítulo I – Das Disposições Gerais, Título II – Das Diversas Espécies de Execução, Livro II – Do Processo de Execução do Código de Processo Civil, há entendimento por parte de alguns doutrinadores sobre a possibilidade de extensão da averbação premonitória a toda e qualquer ação que resulte em fraude à execução.

Marcelo Augusto Santana de Melo entende que é possível a extensão da averbação premonitória para toda e qualquer ação que possa resultar em fraude de execução, como as ações executivas, cognitivas e cautelares, pois sem dúvida merecem e devem ser objeto de averbação premonitória, tendo em vista que foi essa a intenção do legislador em introduzir esta ferramenta viabilizando a segurança a credores e adquirentes de boa-fé.¹¹⁹

Inclusive Marcelo Augusto Santana de Melo afirma que não há dúvida sobre a possibilidade de tal extensão às ações de conhecimento, uma vez que, não há mais fase cognitiva e executiva, e sim um processo único que vem sendo definido pela doutrina como processo sincrético.¹²⁰

Para corroborar o que Marcelo Augusto Santana de Melo afirma, cabe acrescentar algumas ementas de acórdãos do TJRS, nos quais há sustentação da

118. TJRS. Corregedoria-Geral da Justiça. *Consolidação Normativa Judicial*. Disponível em: www1.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/. Acesso em: 15.02.2012.

119. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Op. cit.

120. Idem.

possibilidade de averbação da demanda mesmo estando o processo em fase de conhecimento:

“Agravos de instrumento. Averbação no registro de imóveis. Possibilidade. Mesmo estando o processo em fase de recurso, é possível a averbação da demanda junto à matrícula do imóvel, objetivando a comunicação da existência do litígio, disposição do art. 615-A do CPC, assim como no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC. Agravo desprovido. Unânime” (grifou-se).¹²¹

“Ementa: agravo de instrumento. Ação de prestação de contas. Averbação da demanda nas matrículas do registro de imóvel. Possibilidade. Pretensão que encontra respaldo no art. 615-A do CPC, referente às ações de execução, e também no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, aplicando-se a medida, então, para qualquer demanda judicial. Negado seguimento ao agravo em decisão monocrática” (grifou-se).¹²²

Além do que pode-se observar nesta última ementa, cabe acrescentar parte do voto do ilustríssimo rel. Ergio Roque Menine:

“Mesmo estando o processo em fase de conhecimento, é possível a averbação da demanda junto às matrículas dos imóveis da parte ré, com vistas a comunicar a existência do litígio e até mesmo prevenir terceiros contra eventual alienação de má-fé. Tal possibilidade encontra respaldo no art. 615-A do CPC, referente às ações de execução, e também no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, aplicando-se a medida, então, para qualquer demanda judicial”¹²³ (grifou-se).

Não só no Estado do Rio Grande do Sul há o entendimento de que é possível a utilização da averbação premonitória em processos em fase de conhecimento. Em outros Estados também existe uma tendência jurisprudencial favorável à aplicação de dita averbação em processos cognitivos, conforme demonstra a ementa a seguir:

“Processo cautelar. Arresto. Ausência de prova dos requisitos do art. 813 do CPC. Possibilidade, porém, de determinar expedição da certidão prevista no art. 615-A do CPC para execução de títulos extrajudiciais. Incidência da regra ao pro-

121. TJRS, AgIn 70042026450, 20.^a Câm. Civ., j. 08.06.2011, rel. Rubem Duarte. Disponível em: [www3.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php]. Acesso em: 22.04.2012.

122. TJRS, AgIn 70028362994, 16.^a Câm. Civ., j. 20.04.2009, rel. Ergio Roque Menine. Disponível em: [www3.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php]. Acesso em: 14.02.2012.

123. Idem.

cesso de conhecimento, após a sentença, mesmo que antes do trânsito em julgado. Recurso provido” (grifou-se).¹²⁴

Para aclarar a decisão contida na ementa supra, mister se faz citar parte do voto do Ilustríssimo rel. Hamid Bdine, o qual defende a possibilidade de extensão da averbação premonitória em processos em fase conhecimento, haja vista que não há como conferir ao título extrajudicial o qual não passou pelo crivo judicial, maior efetividade do que o que é conferido ao título judicial, ainda que sujeito a recurso:

“Ora, se o título executivo extrajudicial, constituído sem qualquer manifestação judicial, goza de presunção de certeza que justifica a emissão de certidão para tornar pública a pendência da demanda, é lícito que se torne disponível o mesmo procedimento, com idêntico propósito, para os títulos judiciais, dotados de presunção de certeza de igual consistência. Não há como conferir ao título obtido fora do processo e, portanto, do crivo judicial maior efetividade do que o que é conferido ao título judicial, constituído pela manifestação judicial, ainda que sujeita a recurso. Com efeito, o título extrajudicial também está sujeito a revisão na via dos embargos e mesmo assim legitima a certidão do art. 615-A do CPC. Mais lógico, portanto, que a decisão do juiz em primeiro grau produza o mesmo efeito. *Destarte, a expedição da certidão após a sentença, antes do julgamento do recurso, tem amparo jurídico e é recomendada para contribuir com o combate à fraude de execução”* (grifou-se).¹²⁵

Por conseguinte, pode-se perceber, que além de entendimento doutrinário a respeito da possibilidade de extensão da averbação premonitória a ações em fase de conhecimento, há também entendimento jurisprudencial que vem a defender tal possibilidade, com respaldo no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC.¹²⁶

Para Fredie Didier Jr., o teor do art. 615-A do CPC, apesar de previsto para execução de título extrajudicial de quantia certa, poderá ser aplicado à execução de títulos judiciais, inclusive à fase de cumprimento de sentença,

124. TJSP, Ap 9129299-96.2008.8.26.0000, 34.^a Câ. de Direito Privado, j. 16.04.2012, rel. Hamid Bdine. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5837812&v1Captcha=uadmn]. Acesso em: 05.05.2012.

125. Idem.

126. Art. 798 do CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

conforme preceitua o art. 475-R do CPC, e de quaisquer outras obrigações.¹²⁷ Importante acrescentar as palavras do doutrinador sobre a possibilidade de aplicação da averbação premonitória não só em execução de título extrajudicial por quantia certa, como também em execuções de entrega de coisa,¹²⁸ de fazer,¹²⁹ de não fazer.¹³⁰

“O dispositivo está entre as disposições gerais para as diversas espécies de execução, o que denota que sua aplicabilidade não se restringe à execução de título extrajudicial por quantia certa, alcançando as execuções de título judicial e as execuções de entrega de coisa, de fazer, de não fazer (que são convertíveis em perdas e danos). Mas, neste caso, o cancelamento da averbação deve

127. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 319.

128. Segundo o *Dicionário jurídico de direito civil positivo*, há duas obrigações para a entrega de coisa, a de dar coisa certa que abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrato resultar do título ou das circunstâncias do caso (art. 233 do CC/2002). Neste caso se a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos (art. 235 do CC/2002). Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu (art. 235 do CC/2002). Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos (art. 236 do CC/2002). Já nas obrigações de dar coisa incerta, a coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade (CC, art. 243). Já nas obrigações de dar coisa incerta, a coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade (art. 243 do CC/2002), p. 501.

129. Segundo o *Dicionário de direito civil positivo*, as obrigações de fazer são as que têm por objeto a prestação de determinado serviço, ou ato positivo, material ou imaterial (intelectual), próprio ou de terceiro. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível (art. 247 do CC/2002). Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos (art. 248 do CC/2002), p. 502.

130. De acordo com o *Dicionário de direito civil positivo*, as obrigações de não fazer consistem em abstenções, são muito frequentes. Aparecem, no direito das coisas, como restrições legais e convencionais impostas ao direito de propriedade, como preceitos cominatórios, e, nos direitos de crédito, podem assumir diversas modalidades. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar (art. 250 do CC/2002). Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigará, o credor pode exigir dele que o desfça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos, p. 502.

ocorrer no momento do cumprimento específico da obrigação ou da penhora suficiente da quantia em que foi convertida.”¹³¹

Para elucidar o que o doutrinador Fredie Didier Jr. afirmou acima, quanto a possibilidade de aplicação da averbação premonitória à execuções de fazer, cabe acrescentar parte de um acórdão do TJSP, no qual o Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto faz referência sobre tal aplicação:

“O objetivo da certidão comprobatória do ajuizamento da execução prevista no art. 615-A, *caput*, do CPC, é manter atrelado à tutela jurisdicional o patrimônio do executado, a possibilitar alcançá-lo para eventual atuação da tutela jurisdicional (CPC, art. 591). Assim é que, averbada a certidão no registro (de imóveis, de veículos ou outros bens), antecipa-se àquela data (da averbação) o marco inicial da fraude de execução. Ora, a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva (CPC, art. 475-O, *caput*), inclusive com prática de atos de expropriação (prática de atos que importem alienação de propriedade), a certidão prevista no art. 615-A, *caput*, do CPC, *pode e deve ser fornecida ao exequente, conquanto a execução seja provisória, protegendo, assim, interesses do credor e também de terceiros de boa-fé*” (grifou-se).¹³²

Seguindo ainda a linha de pensamento de Fredie Didier Jr., embora possa-se imaginar a aplicação da averbação premonitória na execução de sentença, segundo o doutrinador, a mesma será rara, isto porque segundo ele, o credor já tendo ciência da existência de bens penhoráveis, os indicará logo à penhora, antes mesmo da intimação do executado para apresentar sua defesa, diferentemente do que ocorre na execução de título extrajudicial, onde a penhora será sempre realizada após a citação.¹³³

Para Araken de Assis, aplica-se subsidiariamente o art. 615-A do CPC ao cumprimento de sentença tendo em vista o disposto no art. 475-R do CPC.¹³⁴ Em consonância com a linha de pensamento do notável doutrinador, o TJRS já tem entendimento favorável a configuração de fraude de execução em processos de conhecimento em fase de cumprimento de sentença, *in verbis*:

131. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 56.

132. TJSP, AgIn 992.09.072417-7, 25.^a Câm. de Direito Privado, j. 04.03.2010, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto. Disponível em: [http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4359594]. Acesso em: 14.02.2012.

133. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 56.

134. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 488.

“Reconhecimento de fraude à execução. Súmula 375 do STJ. O reconhecimento de fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. *Inteligência do art. 615-A do CPC, aplicado subsidiariamente ao cumprimento de sentença (art. 475-R, do CPC). Agravo de instrumento desprovido*” (grifou-se).¹³⁵

No agravo de instrumento acima mencionado, o Des. Mário Crespo Brum ressaltou que para presumir-se, de forma relativa, a ocorrência de fraude à execução, o art. 615-A, *caput*, do CPC, preconiza que o exequente poderá, no ato da distribuição da execução, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, e que por sua vez, o art. 475-R do ordenamento processual civil estabelece que, aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial. O desembargador assevera ainda, que houve alienação realizada em cumprimento de sentença, sendo perfeitamente possível a aplicação do art. 615-A do CPC no caso em tela, de modo a tornar qualquer alienação realizada a partir da averbação, presumidamente em fraude à execução.¹³⁶

Levando-se em consideração que basta a existência de litispendência em ação judicial, seja ela de conhecimento, cautelar ou de execução, capaz de levar o devedor a insolvência, pode-se concluir que a fraude de execução não ocorre somente no processo de execução.¹³⁷

Nesse sentido, assevera Nelson Nery Jr.:

“11. Demanda capaz de levar o devedor à insolvência. O nome do instituto – fraude de execução – pode levar o intérprete a confusões. Não apenas no processo de execução que pode haver fraude de execução. Como o ato fraudulento é atentatório à dignidade da justiça, é suficiente que haja litispendência em ação judicial, qualquer que seja ela (de conhecimento – declaratória, constitutiva ou condenatória – cautelar ou de execução), em qualquer juízo (comum – federal ou estadual – trabalhista, eleitoral ou militar), desde que tenha aptidão para levar o devedor à insolvência (...).”¹³⁸

Salienta-se ainda que sendo o Código de Processo Civil norma subsidiária nas execuções fiscais e trabalhistas, a averbação premonitória deverá ser utilizada para segurança e satisfação de tais créditos.¹³⁹

135. TJRS, AgIn 70033968090, 9.^a Câm. Civ., j. 23.12.2009, rel. Des. Mário Crespo Brum. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris]. Acesso em: 15.02.2012.

136. Idem.

137. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 1002.

138. Idem.

139. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Op. cit.

Através de pesquisa jurisprudencial pode-se perceber que a averbação premonitória está sendo utilizada de forma subsidiária em ações de execução trabalhista como demonstra a ementa a seguir:

“Embargos de terceiro. Penhora de automóvel. Fraude à execução. Terceiro de boa-fé. Não se presume fraude à execução quando ao tempo da aquisição de veículo não haja averbação de restrição no registro próprio. Não comprovado o conluio com o alienante do bem ou a ciência da existência de execução trabalhista tramitando contra ele, presume-se terceiro de boa-fé o adquirente do automóvel. *Inteligência do art. 615-A do CPC. Agravo de petição provido*” (grifou-se).¹⁴⁰

No acórdão supra, a Des. Maria Helena Mallmann afirma inclusive que: “(...) o art. 615-A do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho autorizada por força do art. 769 da CLT”.¹⁴¹ Tal afirmação vem a confirmar que até nos processos de natureza trabalhista, há uso da averbação do ajuizamento da execução de forma subsidiária conforme preceitua o art. 769 da CLT.¹⁴²

Cabe lembrar que, o risco de dissipação dos bens a penhorar ocorre não só no processo de execução como também em face do cumprimento de sentença. E, levando-se em consideração que o cumprimento de sentença não sujeita-se à distribuição por não configurar nova ação, e o disposto no art. 615-A do CPC permite averbar a distribuição da execução, não menos certo é que o art. 475-R do CPC manda sejam observadas subsidiariamente as regras do processo de execução dos títulos extrajudiciais, também em relação aos títulos judiciais.¹⁴³

Desta forma, Humberto Theodoro Jr. destaca seu posicionamento quanto a utilização do novel instituto em ações de conhecimento em fase de cumprimento de sentença:

“(...) é inconteste que a fraude que se intenta coibir no art. 615-A, tanto pode ocorrer na execução do título extrajudicial como no judicial. Logo, a averbação instituída para preveni-la cabe, com adequação, em ambas as hipóteses. Se não há distribuição no caso de cumprimento de sentença, há o pedido

140. TRT-4.^a Reg., Ac 0120800-53.2007.5.04.0009 (AP), data 05.08.2009, redator Maria Helena Mallmann, participam Ricardo Carvalho Fraga, Luiz Alberto de Vargas, origem: 9.^a Vara do Trabalho de Porto Alegre.

141. Idem.

142. Art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

143. THEODORO JR., Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). *RePro* 156/31.

de expedição do mandado executivo, formulado pelo exequente, sem seguida à condenção. Uma vez formulado esse pedido, perfeitamente possível será ao credor obter uma certidão para que a execução requerida seja averbada nos moldes no art. 615-A.”¹⁴⁴

Por outro lado, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, Titular do Segundo Ofício de Teresópolis/RJ, afirma que a averbação premonitória somente será admitida quando se tratar de processo de execução:

“A averbação premonitória acessará o registro imobiliário quando se cuidar de processo de execução, devendo o registrador recusar a averbação quando lhe for apresentada certidão referente a processos cautelares ou de conhecimento (...).”¹⁴⁵

Isto porque, as demais ações devem ingressar ao fôlio real através de título admitido por lei a registro e somente após a manifestação do magistrado, sendo esta desnecessária quanto à distribuição da execução.

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, a 5.^a Câ. Civ. do TJRS, de acordo com a ementa a seguir, demonstra entendimento favorável ao emprego do disposto no art. 615-A do CPC, de forma subsidiária ao cumprimento de sentença, mas nega sua utilização quando se trata de processo de conhecimento em fase de instrução, como se pode perceber em uma de suas decisões, *in verbis*:

“Ementa: agravo de instrumento. Dissolução e liquidação de sociedade. *Processo de conhecimento em fase de instrução. Não incidência do disposto no art. 615-A do CPC.* 1. A decisão recorrida que determinou a extração de certidão, na forma do art. 615-A do CPC, para averbação da existência da ação nas matrículas números 69.541 e 69.564 do Registro de Imóveis da Comarca de Novo Hamburgo/RS, a qual foi exarada quando sequer havia sido apresentada contestação por parte do agravante. 2. Assim, inexistente até o momento qualquer dado concreto que importe na eventual responsabilização do réu, ora recorrente, pelos fatos narrados na inicial que dê suporte legal à decisão recorrida, ou sequer é possível se falar em certeza quanto ao montante e existência de débito em nome deste naquele feito. 3. Portanto, a pretensão deduzida pelo agravado nos autos principais não encontra guarida no art. 615, III, do CPC, na medida em que inexistente cumprimento de sentença em tramitação, pois o processo de conhecimento está em fase de instrução. 4. Salienta-se que, se procedente a ação, com o

144. Idem.

145. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Op. cit., p. 245.

trânsito em julgado da sentença e configurado o inadimplemento, *cabe à parte credora promover o cumprimento do título executivo judicial e após, se necessário, providenciar a averbação a que se refere o art. 615-A, do CPC, hipóteses que não ocorrem no caso em tela*. 5. Dessa forma, descabe a medida judicial autorizada com base na norma processual precitada, tendo em vista que a minguagem de maiores elementos não há como ser concedida medida restritiva de direitos. 6. A par disso, no curso da lide formada a convicção quanto ao alegado na exordial, sempre será possível ser pleiteada tutela incidental de indisponibilidade dos bens da parte demandada ou eventual ineficácia de transação realizada neste interregno de tempo, o que importaria em ato atentatório a dignidade da Justiça. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento” (grifou-se).¹⁴⁶

Já em relação ao emprego de tal averbação em ações de conhecimento, Francisco Ventura de Toledo, Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo/SP, tem o seguinte entendimento:

“Seria temerário levar para as matrículas dos imóveis a notícia de ações de conhecimento que ainda não possuam algum pronunciamento judicial, pois estaria se permitindo que quaisquer tipos de pedidos judiciais, por mais absurdos que fossem, passassem a possuir a força de inviabilizar diversos negócios imobiliários através de sua notícia estampada na matrícula do imóvel. Imaginem quantos absurdos se poderão cometer em razão da publicidade enganosa que poderão gerar.”¹⁴⁷

Por fim, pode-se considerar que a averbação premonitória, embora esteja prevista no Código de Processo Civil para ser utilizada em ações de execução de títulos extrajudiciais, é perfeitamente cabível em ações de conhecimento em fase de cumprimento de sentença, bem como em ações trabalhistas, levando-se em consideração que estas seguem subsidiariamente as normas previstas do Código de Processo Civil.

4.5 *Fraude à execução após a introdução do art. 615-A no Código de Processo Civil brasileiro*

Há de se ressaltar que a introdução do art. 615-A não alterou a regra contida no art. 593 do CPC, e sim apenas aclarou o momento de sua incidência,

146. TJRS, AgIn 70035239458, 5.ª Câm. Civ., j. 04.04.2010, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris]. Acesso em: 20.02.2012.

147. TOLEDO, Francisco Ventura de. Fraude de execução, publicidade registrária e terceiro adquirente: a Lei 11.382/2006 é um novo marco nesta relação? *RDI* 63/257.

deixando claro que não se trata de condição a declaração de fraude ao ato registário, pois o exequente tem a faculdade em proceder ou não à tal averbação.

Antes da vigência da Lei 11.382/2006, era inviável a configuração da fraude à execução sem a citação válida do devedor em demanda judicial, pois esta é requisito obrigatório para a decretação da fraude conforme o disposto no art. 593 do CPC. Contudo, atualmente são perfeitamente aplicáveis as sanções ao devedor que alienar fraudulentamente antes de perfectibilizada a lide, se o bem estiver gravado pela averbação premonitória, conforme o disposto no art. 615-A, § 3.º, do CPC.¹⁴⁸

Não obstante, antes de aperfeiçoada a penhora, a presunção legal de fraude não é absoluta, mesmo que o executado continue a dispor de bens que poderiam guarnecer o juízo executivo. Todavia, caso a execução fique desguarnecida, a fraude é legalmente presumida, independentemente da boa ou má-fe do adquirente, graças ao sistema de publicidade da averbação, no registro público, da existência de execução contra o alienante.¹⁴⁹

Para Gelson Amaro de Souza, nem mesmo após o registro da penhora a presunção de fraude é absoluta:

“Sabidamente, a presunção *juris et de jure* é aquela que não permite a mínima chance de defesa, eis que, já se parte de uma preconcebida e absolutista ideia de que tal fato ocorreu, sem qualquer possibilidade de prova e sem qualquer defesa em sentido contrário.”¹⁵⁰

De acordo com a Constituição Federal vigente, em seu art. 5.º, LIV e LV, não é admitida a presunção absoluta de veracidade em face da garantia do direito de defesa em todo o processo e procedimento e que, de acordo com o entendimento de Gelson Amaro de Souza, “se em todo processo ou procedimento deve haver o direito de defesa, logo não pode mais admitir a existência de presunção absoluta, porque esta afasta qualquer oportunidade de prova”.¹⁵¹

Por outro lado, caso o credor opte por não diligenciar a averbação premonitória, ocorrendo a alienação do bem, presume-se que quem o adquiriu o fez de

148. Art. 615-A, § 3.º, do CPC. “(...) § 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593) (...)”

149. THEODORO JR., Humberto. *Curso...* cit., p. 218.

150. SOUZA, Gelson Amaro de. Penhora e averbação – Inconstitucionalidade dos §§ 4.º e 5.º do artigo 659 do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 5, n. 28, p. 105.

151. *Idem*.

boa-fé, cabendo, neste caso, ao credor o ônus de provar que a aquisição se deu em fraude, o que exige a produção de provas, atrasando a execução e elevando os custos.

Neste sentido, deve-se mencionar algumas considerações sobre os efeitos que tal medida cautelar surte ao ser gravada nos bens do devedor. De acordo com Humberto Theodoro Jr.:

“A averbação torna a força da execução ajuizada oponível ‘erga omnes’ no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que, sendo alienados, permanecerão, mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos à penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la.”¹⁵²

Há de se observar a possibilidade de outorgar à averbação premonitória efeito semelhante à penhora, prevista no art. 659, § 4.º, do CPC, que também deverá ser averbada, produzindo um efeito coativo ao devedor o qual terá noticiada a existência de execução nas matrículas de seus imóveis, o que também poderá servir como uma notificação registral para o pagamento da dívida.¹⁵³

Gelson Amaro de Souza afirma ainda, que o sistema registrário nacional somente produz a presunção relativa, não afastando a possibilidade de discussão e prova em sentido contrário e que, o § 3.º do art. 615-A do CPC diz tão somente que se presume em fraude à execução, mas não fala em presunção absoluta, o que se deve entender como relativa.¹⁵⁴

Portanto, pode-se concluir que, tanto a averbação do ajuizamento da execução como a averbação da penhora, possuem a mesma finalidade de tornar a execução oponível “erga omnes” através da publicidade registral, embora não se possa afirmar que a presunção de fraude gerada por ambas seja absoluta, devendo portanto ser considerada relativa, até que se prove a insolvência do devedor.

4.6 Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ

Embora a introdução da averbação premonitória em nosso ordenamento jurídico tenha proporcionado maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional e segurança jurídica ao exequente na busca de seus direitos, a norma é falha quanto a configuração da boa ou má-fé do terceiro adquirente, pois não há obrigatoriedade imposta ao exequente para que o mesmo promova tal averbação.

152. THEODORO JR., Humberto. *Curso...* cit., p. 218.

153. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Op. cit.*

154. SOUZA, Gelson Amaro de. *Op. cit.*, p. 108.

Tendo em vista tal fragilidade, o STJ, em março de 2009, aprovou a Súmula 375, a qual veio a ressaltar que, não basta a alienação ou oneração dos bens para o reconhecimento da fraude à execução, é preciso que seja dada a publicidade: “Súmula 375 – STJ – O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

A referida súmula foi editada com fundamento em precedentes jurisprudenciais motivados pela fragilidade do comprador que não verifica impedimento à aquisição na matrícula do imóvel e depois se surpreende com a desconsideração da venda.¹⁵⁵

Antes da edição da Súmula 375 pelo STJ, bastava a citação do devedor para que toda e qualquer alienação fosse considerada fraudulenta. Hoje é indispensável o registro da penhora ou na falta deste a prova de que o terceiro adquirente agiu de má-fé.

Neste sentido, cabe mencionar algumas ementas de acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, nos quais é demonstrado que a averbação premonitória serve como prova de fraude a execução, complementando assim o disposto na Súmula 375 do STJ:

“Ementa: compromisso de compra e venda e rescisão contratual – Fraude de execução – Não caracterização – Compra e venda efetivada entre a agravante e os adquirentes antes do ajuizamento da ação – Inexistência de ônus sobre a matrícula do imóvel quando do posterior registro imobiliário – *Penhora não registrada* – *Ausência de publicidade* – *Reconhecimento de má-fé dos terceiros depende do registro da penhora do bem* – *Validade da alienação* – Art. 615-A do CPC e § 3.º, e art. 659, §4.º, do CPC – *Súmula 375 do STJ* – Determinação de desconstituição de penhora e cancelamento da averbação da declaração de ineficácia da alienação do imóvel no Serviço de Registro – Recurso provido, nos termos do acórdão” (grifou-se).¹⁵⁶

“Ementa: Agravo de instrumento – Fraude à execução – Decisão que não reconheceu a ocorrência de fraude à execução sob o argumento de que a alienação se deu antes do trânsito em julgado da decisão condenatória – Fiança assumida em garantia das obrigações locatícias no próprio contrato de loca-

155. COSTA, Marco de Albuquerque da Graça e. Súmula 375 do STJ. Análise das suas sérias repercussões. *Jus Navigandi*, ano 13, n. 2.144.

156. TJSP, AgIn 599.966-4/7-00, 5.ª Câmara de Direito Privado, rel. Silvério Ribeiro, j. 29.07.2009. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3963459&v1Captcha=qers]. Acesso em: 05.05.2012.

ção, não levado a averbação – Alienação do imóvel dado em garantia locatícia perpetrada a terceiros *após ajuizamento da ação de indenização*, também não levada à anotação registral – *Súmula 375 do C. STJ – Disposição sumular que se coaduna com as alterações legislativas impostas pela Lei 11.382/2006* – Ausência de averbação imobiliária de bem alienado – Presunção de boa-fé que milita em favor dos adquirentes, que não tinham conhecimento da existência de demanda capaz de levar o alienante ao estado de insolvência – *Providência condicionante ao inequívoco conhecimento de terceiros* – *Inteligência do art. 615-A e § 3.º do CPC que transfere para a averbação imobiliária, registro de veículos ou outros bens suscetíveis de constrição a sede apropriada para a veiculação da ciência inequívoca a terceiros* – Boa-fé dos adquirentes não elidida – Incumbência imposta ao redor de demonstrar a fraude – Fraude à execução não configurada, por fundamento diverso daquele utilizado na decisão agravada – Recurso improvido.”¹⁵⁷

“Ementa: agravo de instrumento. Execução fiscal. Alienação do bem penhorado. Ausência de registro da penhora ou de averbação do ajuizamento da execução. Fraude à execução não configurada. *Aplicação da Súmula 375 do STJ. A falta de registro da penhora ou de averbação do ajuizamento da execução (CPC- art. 615-A) importa elidir a presunção de conhecimento por parte de terceiros não vinculados direta e pessoalmente ao negócio jurídico, em homenagem à boa-fé e à garantia das relações jurídicas, com o que se transfere ao credor o ônus de provar a ciência do adquirente.* Agravo provido. Unânime” (grifou-se).¹⁵⁸

Como se pode perceber através das ementas supracitadas, a averbação do ajuizamento da execução é de extrema importância para a configuração da má-fé do terceiro adquirente, ainda mais que cabe ao credor o ônus de provar a ciência do adquirente. Nesta última ementa, o Des. Genaro José Baroni Borges em seu voto afirmou:

“Desde muito esta Câmara vem entendendo que a falta de registro da penhora ou de averbação do ajuizamento da execução (CPC- art. 615-A) importa elidir a presunção de conhecimento por parte de terceiros não vinculados direta e pessoalmente ao negócio jurídico, em homenagem à boa-fé e à garantia das relações jurídicas, com o que se transfere ao credor o ônus de provar a

157. TJSP, AgIn 992.09.044447-6, 31.ª Câm. de Direito Privado, j. 23.03.2010, rel. Des. Luis Fernando Nishi. Disponível em: [http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsj/getArquivo.do]. Acesso em: 04.02.2012.

158. TJRS, AgIn 70032513640, 21.ª Câm. Civ., j. 24.02.2010, rel. Genaro José Baroni Borges. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris]. Acesso em: 24.03.2012.

ciência do adquirente. Na verdade, assim averbou o STJ, ‘a alienação do bem na pendência de execução fiscal, por si só, não caracteriza fraude à execução, mormente quando não registrada a penhora, nos termos do art. 7.º, IV, da Lei 6.830/1980, eis que para a configuração da fraude é necessária a demonstração do consilium fraudis, que pressupõe o conhecimento pelo terceiro adquirente, da existência da demanda, ou da constrição ao tempo do negócio’ (RSTJ-RT 755/220)” (grifo nosso).¹⁵⁹

Levando-se em consideração que não basta apenas à citação válida do devedor para que fique configurada a fraude à execução, e que, o lapso temporal entre a distribuição da demanda executiva e a expedição de mandado ou certidão para registro da penhora é tempo suficiente para que o devedor dilapide seu patrimônio, pode-se dizer que a súmula fora editada não só para proteger o terceiro adquirente, mas também para obrigar o exequente a fazer uso do permissivo do art. 615-A do CPC.

Neste contexto, eventual forma de provar a má-fé do terceiro adquirente para o posterior reconhecimento da fraude à execução é a averbação do ajuizamento da execução nas matrículas de propriedade do devedor, como disposto pelo art. 615-A do CPC, já que ainda não houve o registro da penhora.

E para ilustrar e fundamentar o que se afirma através do presente trabalho, segue ementa de um acórdão do TJMG:

“Agravos de instrumento. Fraude à execução. Presunção. Necessidade de averbação de certidão comprobatória da execução. Art. 615-A, CPC. Prova de má-fé do adquirente. Inexistência. Declaração de nulidade indeferida. Multa art. 475-J, CPC. Execução iniciada antes da vigência do dispositivo. Inaplicabilidade. – A fraude à execução somente é presumida quando há averbação da certidão comprobatória da execução (art. 615-A, caput e § 3.º, CPC) ou o registro da penhora (art. 659, § 4.º, CPC), antes da alienação ou oneração do bem, competindo ao credor comprovar a má-fé do adquirente nos casos em que não se aplica a presunção legal (Súmula 375 do STJ aplicada por extensão). – Observado o princípio da irretroatividade da lei, a multa instituída pela Lei 11.232/2005 (art. 475-J, CPC) não pode ser imposta ao devedor que já tinha a sua situação consolidada quando do trânsito em julgado da sentença, ocorrido antes do início de sua vigência” (grifou-se).¹⁶⁰

159. Idem.

160. TJMG, AgIn 0663615-29.2010.8.13.0000, 13.ª Câ. Civ., j. 24.02.2011, rel. Luiz Carlos Gomes da Mata. Disponível em: [www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/index.jsp?]. Acesso em: 17.04.2012.

Ainda sobre o acórdão da ementa supra, o rel. Luiz Carlos Gomes da Mata, fundamentou seu voto afirmando que, não havendo a averbação de ajuizamento da execução gravada na matrícula, a única forma de se caracterizar a fraude à execução é através da prova da má-fé do terceiro adquirente pelo credor. Embora a averbação prevista no art. 615-A do CPC trate-se de uma faculdade do credor, a presunção legal de fraude à execução somente ocorre quando a alienação ocorre depois de sua efetivação, a teor do que está disposto no § 3.º do referido artigo.

Por fim, pode-se dizer que o art. 615-A do CPC e a Súmula 375 do STJ estão em sintonia, pois aquela serve de instrumento para esta na configuração da fraude à execução através da publicidade emanada dos registros públicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da averbação premonitória foi introduzido ao Código de Processo Civil através da Lei 11.382/2006 com o intuito de proteger credores e adquirentes de boa-fé, haja vista, ser comum a ocorrência de fraudes à execução na esfera jurídica brasileira.

Com a introdução do art. 615-A do CPC, aos poucos, os profissionais do ramo do direito foram fazendo uso desta ferramenta, ao passo que os doutrinadores foram desenvolvendo teses e aperfeiçoando o modo de aplicação de tal instituto o que vem sendo uniformizado através da jurisprudência.

Embora sejam muitos os pontos controversos sobre o assunto, o presente trabalho procurou se ater a apenas dois, ou seja, a possibilidade de extensão da averbação premonitória a ações de natureza não executiva e também, o que mudou após a introdução do instituto no ordenamento jurídico em relação à fraude à execução, bem como à luz da Súmula 375 do STJ.

Após vasta pesquisa doutrinária e jurisprudencial pode-se perceber que embora não haja um consenso doutrinário em relação à extensão da averbação premonitória as ações de natureza não executiva, a jurisprudência vem a confirmar que é possível sim o uso de tal instituto em ações em fase de cumprimento de sentença, em ações de execução trabalhista, e até mesmo em ações de conhecimento em fase de instrução, sendo que nestas os desembargadores se apoiam no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC.

Além da possibilidade de aplicação da averbação premonitória em ações de natureza não executiva, através do presente trabalho pode-se também concluir que com a aprovação da Súmula 375 pelo STJ, a averbação do ajuizamento da execução ganhou força, tendo em vista que a mencionada súmula afirma que

“o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Antes da edição da Súmula 375 pelo STJ, bastava a citação do devedor para que toda e qualquer alienação fosse considerada fraudulenta. Hoje é indispensável o registro da penhora ou na falta deste a prova de que o terceiro adquirente agiu de má-fé.

Levando-se em consideração que não basta apenas a citação válida do devedor para que fique configurada a fraude à execução, e que, o lapso temporal entre a distribuição da demanda executiva e a expedição de mandado ou certidão para registro da penhora é tempo suficiente para que o devedor dilapide seu patrimônio, pode-se dizer que a súmula fora editada não só para proteger o terceiro adquirente, mas também para obrigar o exequente a fazer uso do permissivo do art. 615-A do CPC.

Portanto, pode-se afirmar que o art. 615-A do CPC e a Súmula 375 do STJ estão em sintonia, pois aquela serve de instrumento para esta na configuração da fraude de execução através da publicidade emanada dos registros públicos, podendo ser utilizada de forma subsidiária em processos de natureza não executiva.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BRASIL. Lei 6.015, de 31.12.1973. *Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências*. Brasília. Planalto. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015.htm]. Acesso em: 17.01.2012.

_____. Lei 11.232/2005, de 22.12.2005. *Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências*. Brasília. Planalto. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm]. Acesso em: 12.12.2011.

_____. Lei 11.382/2006, de 06.12.2006. *Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos*. Brasília. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm]. Acesso em: 20.12.2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Marco de Albuquerque da Graça e. Súmula 375 do STJ. Análise das suas sérias repercussões. *Jus Navigandi*. ano 13. n. 2.144. Teresina, 15.05.2009. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12884]. Acesso em: 22.12.2011.

- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 5.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. IV.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 3.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno. Execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. Averbação premonitória introduzida pela Lei n. 11.382/2006. *Jus Navigandi*. ano 11. n. 1.407. Teresina, 09.05.2007. Disponível em: [jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9846]. Acesso em: 11.02.2012.
- NÁUFEL, José. *Dicionário de direito civil positivo: de acordo com o novo Código Civil e legislação complementar*. São Paulo: Ícone, 2005.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- PAIVA, João Pedro Lamana. Fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória. Inovações trazidas pelas Leis 11.382/06 e 11.419/06. Disponível em: [www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=5&id_noticias_area=1]. Acesso em: 08.01.2012.
- PAULO, Antonio de (org.). *Pequeno dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral da Justiça. Consolidação Normativa Notarial e Registral. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/]. Acesso em: 15.02.2012.
- _____. Corregedoria-Geral da Justiça. Consolidação Normativa Judicial. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/]. Acesso em: 09.06.2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- SALAMACHA, José Eli. Fraude à execução no direito comparado e a nova modalidade de fraude à execução do art. 615-A do CPC. *Revista de Direito Privado*. vol. 32. p. 75-97. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2007.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. As recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. Dispositivos relativos ao registro de imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 243. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.
- SOUZA, Gelson Amaro de. Penhora e averbação – Inconstitucionalidade dos §§ 4.º e 5.º do artigo 659 do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. vol. 5. n. 28. p. 69-79. Porto Alegre: Magister, jan.-fev. 2009.

THEODORO JR., Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). *Revista de Processo*. vol. 156. p. 11. São Paulo: Ed. RT, fev. 2008.

_____. *Curso de direito processual civil – Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOLEDO, Francisco Ventura de. Fraude de execução, publicidade registrária e terceiro adquirente: a Lei 11.382/2006 é um novo marco nesta relação? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 255. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As inovações da Lei 11.382/2006 e seus reflexos no registro de imóveis, de Marcelo Guimarães Rodrigues – *RDI* 63/273;
- A Lei 11.382/2006 e o registro de imóveis, de Valestan Milhomem da Costa – *RDI* 63/303;
- Comentários à Súmula 375 do STJ, de Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado – *RDI* 70/309;
- Fraude contra credores vs. fraude à execução e a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ, de Luiz Antonio Ferrari Neto – *RePro* 195/209; e
- Novos contornos da fraude à execução consoante a Súmula 375 do STJ, de Jefferson Douglas Santana de Melo – *RDI* 71/207.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping, semi-transparent circles and a series of fine, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more dense on the right side of the page, where it also contains the title.

Trabalhos Forenses

RESERVA LEGAL FLORESTAL NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AVERBAÇÃO

1

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Registral pela Universidade de Córdoba, Espanha e pela PUC-MG. Registrador Imobiliário em Araçatuba/São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Ambiental

Excelentíssimo Senhor Doutor Fernando Augusto F. R. Júnior.

Meritíssimo Juiz de Direito Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Araçatuba, Estado de São Paulo.

Autos n. 457/2013 (0006654-53-2013.8.26.0032)

MM. Juiz

Fernando Diniz Junqueira e sua esposa Celma Rodrigues Junqueira se insurgiram com relação à desqualificação do requerimento de retificação de registro em razão do georreferenciamento do imóvel objeto da matrícula n. 31.438. O procedimento foi regularmente autuado e encontrava-se aguardando o transcurso do prazo para impugnação dos confrontantes remanescentes que foram notificados, quando os requerentes apresentaram discordância da exigência do registrador imobiliário que, cumprindo o estabelecido em decisão normativa da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, condicionou o deferimento da retificação pretendida à apresentação do termo de compromisso de recuperação ou conservação de Reserva Legal Florestal emitida pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente.

A matéria comporta análise do novo Código Florestal que estabeleceu nova normativa com relação à averbação da Reserva Legal e merece, previamente algumas ponderações que apresentarei a seguir.

Natureza jurídica da Reserva Legal Florestal

O art. 3.º, II, da Lei 12.651, de 25.05.2012 (novo Código Florestal) conceitua a Reserva Legal Florestal como: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”. Redação semelhante ao código revogado, ressaltando-se a utilidade econômica da propriedade.¹

O novo Código Florestal reforçou a ideia constante do Código Civil (art. 1.228, § 1.º), de que o direito de propriedade deve ser exercício com observação de sua finalidade social, devendo ser preservados “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”. Em seu art. 2.º está definido que a propriedade deve ser exercida com as *limitações* que a legislação estabelecer. Embora do ponto de vista jurídico a técnica legislativa não tenha sido das melhores, uma vez que a função ambiental da propriedade é um conceito mais amplo que o de mera limitação, o simples fato de atribuir à propriedade imobiliária uma afetação ambiental deve ser considerado uma evolução para o direito de propriedade.

O § 2.º do art. 2.º dispõe que: “as obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”. Indubitavelmente, trata-se de dispositivo dos mais relevantes do Código Florestal e deve ser alvo de intenso debate jurídico, já que sempre existiu certa indefinição na natureza jurídica das obrigações ambientais. A regra é repetida na seção II, que trata do regime de proteção das áreas de preservação permanente (art. 7.º, § 2.º), obrigando o sucessor da área rural a recompor a vegetação.

1. Reserva Legal Florestal é 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 (art. 1.º, § 2.º, III, da Lei 4.771, de 15.09.1965, com a redação dada pela MedProv 2.166-67/2001).

Ao estipular que as obrigações ambientais têm *natureza real* quis dizer o legislador tratar-se de obrigações *propter rem*, acessórias do direito real ou de propriedade. Fernando Noronha leciona que “elas impõem a quem seja proprietário de uma coisa, ou titular de outro direito real de gozo sobre ela (ou às vezes até de uma mera situação possessória) o dever de realizar uma prestação, necessária para a harmonização do exercício do seu direito real com o de outro direito real, de pessoa diversa, incidente sobre a mesma coisa, ou sobre uma coisa vizinha”.²

O TJSP, por meio de sua Câmara Especial do Meio Ambiente, consagrou o entendimento daquele órgão especializado de que a Reserva Legal Florestal 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.³ O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, recentemente, interpretando o art. 1.345 do Código Civil, reconheceu que as obrigações condominiais possuem a natureza de obrigações *propter rem*.⁴

As obrigações ambientais são decorrentes dos princípios da *restauração, recuperação e reparação do meio ambiente* previstos no art. 225 da Constituição Federal. A reparação, em especial, está no § 3.º do art. 225 e a regra do § 2.º do art. 2.º do Código Florestal tornou clara a transmissibilidade do dever ambiental para adquirentes do imóvel, que não poderão alegar desconhecimento da responsabilidade ambiental. A Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, disciplina expressamente que o poluidor e o predador têm a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados (art. 4.º, VII). No entanto, não havia regra específica atribuindo às obrigações ambientais o caráter real, aliás, não mais natural do ponto de vista lógico-jurídico já que a responsabilidade civil ambiental é objetiva (art. 14, § 1.º, da referida Lei 6.938/1981).

Assim, a Reserva Legal Florestal, assim como outros espaços protegidos não são meramente limitações administrativas, a função ambiental integra o direito de propriedade. Nesse propósito, devido aos critérios elucidativos e didáticos utilizados pelo Prof. Édis Milaré, serão adotados seus conceitos e suas classificações de espaços territoriais especialmente protegidos.⁵ Segun-

2. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 317.

3. ApCiv 402 646 5/7-00/São Carlos, de 29.06.2006.

4. ApCiv 0019751-81.2011.8.26.0100/São Paulo, de 14.06.2012.

5. Édis Milaré: Os espaços territoriais especialmente protegidos aproximam-se dos espaços naturais sensíveis (Espaces naturels sensibles) do sistema francês (Cf. PRIEUS, Michel. *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991. p. 381).

do o conceituado autor, (...) espaços territoriais especialmente protegidos são espaços geográficos, públicos ou privados, dotados de atributos ambientais relevantes, que, por desempenharem papel estratégico na proteção da diversidade biológica existente no território nacional, requerem sua sujeição pela lei, a um regime de interesse público, através da limitação ou vedação do uso dos recursos ambientais da natureza pelas atividades econômicas.⁶⁻⁷

Na grande maioria das vezes, a natureza jurídica dos espaços territoriais especialmente protegidos se confunde com a limitação administrativa que (...) é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.⁸

Não obstante, o conceito daquela é muito mais abrangente e completo porque, além das propriedades particulares, também engloba as áreas públicas e outros institutos como a servidão administrativa que impõe um ônus ao proprietário de suportar a proteção.

Reserva Legal Florestal no Código Florestal de 1965 (Lei 4.771)

Antes da promulgação do novo Código Florestal, o legislador *expressamente* conferia duas formas de publicidade para a Reserva Legal Florestal: a legal, que é a presunção de que a Reserva existe na porcentagem estabelecida; e a registral, que configura a sua exata localização e permite um reforço da publicidade e potencialidade exploratória da área rural. A área de RLF era averbada na matrícula do imóvel, no registro de imóveis respectivo, 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.⁹

6. Idem, p. 233.

7. Semelhante também é a conceituação de José Afonso da Silva: “espaços territoriais especialmente protegidos são áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de todas as diversidades de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais” (SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 160-161).

8. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 568.

9. Art. 16, § 8.º, do Código Florestal, redação dada pela MedProv 2.166-67/2001.

A existência da RLF precedia à averbação e especialização no Registro de Imóveis. Uma vez aprovado o projeto no órgão ambiental estadual, o proprietário já ficava vinculado na conservação, preservação ou regeneração do espaço florestal.¹⁰

O Registro de Imóveis operava (e opera) como reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios. Importante lembrar que muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos, já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu. Porém, para segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes.

A vinculação entre cadastro ambiental e registro, operada no Brasil, recebeu inúmeros elogios em congressos internacionais e passou a ser modelo copiado na Espanha e Portugal, países que, embora não tenham uma previsão legal específica de publicidade registral, entendem ser imprescindível que a informação ambientalmente relevante em face do direito de propriedade, receba publicidade registral.¹¹

Cadastro ambiental rural – CAR e Reserva Legal Florestal

O Cadastro Ambiental Rural – CAR indubitavelmente configura uma das principais novidades no Código Florestal ao criar no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, e é “registro público

-
10. O autor português Carlos Ferreira de Almeida qualifica: “os registros públicos como os meios mais perfeitos e evoluídos da publicidade, igualando-os mesmo ao conceito técnico-jurídico de publicidade” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966. p. 163).
 11. Nesse sentido, importante relatar o *Expert córner report* publicado em 01.10.2002, denominado El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad, realizado pelo Colégio de Registradores da Espanha para a Agência Europeia de Meio Ambiente; a obra *Meio ambiente e o Registro de Imóveis*, elaborada em conjunto com registradores brasileiros e espanhóis. Sérgio Jacomino, Marcelo Augusto Santana de Melo e Francisco de Asis Palácios Criado (coords.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29; III Foro Internacional sobre ordenação do território e desenvolvimento sustentável da agricultura, ocorrido em Lisboa, em 2009, na PUC; e mais recentemente, a *Revista Registral Del Territorio do Colégio de Registradores de Catalunya*, Barcelona, 07.07.2011, na série Cadernos Ambientales de La propiedad, editada em fevereiro de 2012.

eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento”.

A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual que, nos termos do regulamento, exigirá do possuidor ou proprietário (§ 1.º do art. 29, com a redação dada pela MedProv 571/2012).

O cadastro exclui, expressamente, eventual reconhecimento do direito de propriedade (§ 2.º, art. 29), o que não poderia ser diferente em razão da atribuição constitucional prevista no art. 236 da Constituição Federal, mas, numa primeira impressão, rompe a vinculação entre cadastro e registro constante do Código Florestal anterior (§ 8.º do art. 16 do Código Florestal, redação dada pela MedProv 2.166-67/2001).

O art. 18 do novo Código Florestal determina que a área de Reserva Legal deverá ser *registrada* no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR. Já o § 4.º do referido art. 18 disciplina que: “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato” (redação dada pela Lei 12.727/2012).

Ao disciplinar o imóvel rural, o cadastro ambiental deixou também de expressamente definir qual conceito de imóvel atribuir para fins de cálculo e cômputo dos espaços territoriais especialmente protegidos. Esperamos que o regulamento trate do assunto, ou seja, se o imóvel é o definido na matrícula do Registro de Imóveis ou o utilizado no cadastro rural do Incra, respeitando o critério de aproveitamento rural da área. Para nós, ao exigir a vinculação entre matrícula do imóvel e cadastro rural, como veremos melhor adiante, bem como ainda existir a previsão de averbação no Registro de Imóveis, a autoridade ambiental deverá necessariamente utilizar o conceito de imóvel-matrícula, que difere do conceito econômico (aproveitamento) e não admite seccionamentos e descontinuidade.

Cadastro e registro. Compreensão da problemática

Para a compreensão da problemática criada pelo novo Código Florestal é imprescindível – ainda mais quando estivermos tratando de meio ambiente e Registro de Imóveis – ter em mente a diferenciação entre cadastro e registro para não haver confusão, prejudicando a verdadeira função de cada um e, por

consequente, prejudicando as respectivas funcionalidades. Com efeito, quando falamos em cadastro referimo-nos ao controle administrativo necessário e criado pela Administração com finalidade precípua de gerenciamento de algum Poder Estatal de tutela ou Poder de Polícia, bem como a arrecadação de impostos. Nesse controle, apenas se utilizam informações constantes de obrigações outras, mas com o objetivo de controle fiscal.

No Registro, porém, malgrado exista também um controle, a finalidade é totalmente distinta da cadastral. O Registro é o guardião do direito de propriedade, dos detentores de referido direito, sua extensão e efeitos. No Brasil, ele é constitutivo de direitos já que nascem no Registro de Imóveis, exercendo a função de controle do tráfico imobiliário.

No entanto, cadastro e registro possuem forte conexão no momento em que a Administração precisa utilizar as informações constantes dos livros do Registro de Imóveis, para criar ou alimentar sua base cadastral, o que é facilmente observado no cadastro fiscal dos municípios que necessitam da informação registral para promover o lançamento do imposto predial e territorial urbano. O Registro de Imóveis também necessita de informações cadastrais para conferir à publicidade registral maior credibilidade para manter uma simetria com os dados dos cadastros tributário e ambiental. Quem analisou perfeitamente a relação entre cadastro e registro foi Sérgio Jacomino. Para o conceituado registrador, os institutos são considerados “irmãos siameses” em razão da dependência que um tem do outro.¹²

No direito ambiental, a ligação entre cadastro e registro costuma ser mais íntima ainda. Primeiro, porque a grande maioria das informações ambientais consta do cadastro dos mais diversos órgãos da Administração das três esferas políticas (União, Estados-membros e Municípios). Segundo, porque as informações cadastrais transcendem muitas vezes o cadastro para o registro na medida em que alteram, significativamente, o direito de propriedade, restringindo-o de forma drástica em alguns casos.

A diferenciação entre os institutos é importante para que não haja confusão conceitual e funcional entre cadastro e registro, possibilitando-nos desenvolver a tese da utilização do Registro de Imóveis também para reforçar a publicidade ambiental.

12. JACOMINO, Sérgio. Registro e cadastro – uma interconexão necessária. In: _____ (org.). *Registro de Imóveis – São Paulo/1998 – Recife/1999*. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 256.

A publicidade da Reserva Legal Florestal permanece na Lei 6.015/1973 de forma facultativa ao proprietário e obrigatória pela autoridade ambiental

Questão interessante é a permanência na Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), da direta possibilidade de averbação da Reserva Legal Florestal (art. 167, II, 22). A Lei 12.651, de 25.05.2012, não revogou expressamente o dispositivo da Lei de Registros Públicos nem promoveu qualquer alteração, diferentemente de outros diplomas legais, como as Leis 4.771/1965, 6.938/1981, 7.754/1989 e 11.428/2006.

Interessante foi o que ocorreu com a conversão da MedProv 571, de 25.05.2012, na Lei 12.727, de 13.10.2012, que através do art. 83 revogava expressamente o item 22 do inc. II do art. 167 da Lei 6.015, de 31.12.1973, no entanto, o mesmo recebeu veto presidencial cujas razões valem ser transcritas:

“O artigo introduz a revogação de um dispositivo pertencente ao próprio diploma legal no qual está contido, violando os princípios de boa técnica legislativa e dificultando a compreensão exata do seu alcance. Ademais, ao propor a revogação do item 22 do inc. II do art. 167 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, dispensa a averbação da Reserva Legal sem que haja ainda um sistema substituto que permita ao Poder Público controlar o cumprimento das obrigações legais referentes ao tema, ao contrário do que ocorre no próprio art. 18, § 4.º, da Lei 12.651.”

O dispositivo legislativo é revogado – a teor do que dispõe o art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil –, quando é incompatível com a nova lei ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Ora, o novo Código Florestal não tratou totalmente da matéria, principalmente de publicidade dos espaços territoriais especialmente protegidos, o que é disciplinado por competência constitucional através de legislação própria, no caso, a Lei 6.015/1973. No que diz respeito à incompatibilidade, também não verificamos sua incidência porque, como vimos, cadastro e registro possuem funções distintas e o que houve foi o rompimento obrigatório da publicidade até então operada e a criação de uma nova sistemática, qual seja, da publicidade registral facultativa da Reserva Legal Florestal. A incompatibilidade deverá ser formal, de tal maneira que a execução da nova lei seja “impossível sem destruir a antiga”.¹³

Com muita clareza, Maria Helena Diniz averba que as leis não se revogam por presunção. É preciso que exista uma antinomia gritante; “havendo dúvida,

13. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

dever-se-á entender que as leis *conflitantes* são *compatíveis*, uma vez que a revogação tácita não se presume”.¹⁴ É o que pregava Carlos Maximiliano ao afirmar que a: “incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra”.¹⁵

Aliás, mesmo se não existisse expressa previsão de averbação da Reserva Legal Florestal no Registro de Imóveis, é assunto pacífico no direito registral brasileiro a não taxatividade dos atos de averbação previstos no art. 167, II, da Lei 6.015/1973, o que é considerado decorrência do efeito ou princípio da concentração.¹⁶ Como já nos pronunciámos anteriormente, “os atos registráveis (*lato sensu*) não são taxativos, malgrado os direitos sejam *numerus clausus*, aplicando-se o efeito da concentração para interpretar o art. 246 da Lei 6.015/1973, permitindo a averbação de qualquer ato que altere o registro, outorgando publicidade para casos não expressamente autorizados pela Lei 6.015/1973; mas que, de qualquer forma, mesmo reflexamente, possam limitar o direito de propriedade ou ainda de grande relevância para o direito inscrito, justificando o ingresso por meio de averbação de institutos decorrentes do direito ambiental, estabelecendo-se uma fusão entre as publicidades ambiental e registral.¹⁷ Nesse sentido, já se pronunciou a CG do Estado de São Paulo consagrando a não taxatividade do rol do art. 167, II, da Lei 6.015/1973, quando analisou a averbação da Reserva Legal (Processo CG 53.873 – decisão proferida em 30.01.1980) e áreas contaminadas (Processo CG 167/2005)”.¹⁸

Superada a possibilidade de averbação da Reserva Legal Florestal nas matrículas dos imóveis rurais no Registro de Imóveis surge outra indagação, qual seja, a de saber se a *publicidade registral é obrigatória ou facultativa*.

É preciso considerar e não esquecer da regra constante do art. 169 da Lei de Registros Públicos que determina que: “todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel”. Ora, se os atos de registro são obrigatórios, como interpretar a regra constante do § 4.º do

14. Idem, *ibidem*.

15. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 292.

16. LAMANA PAIVA, João Pedro. A autonomia registral e o princípio da concentração. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 49. p. 46. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2000.

17. É com base no princípio da concentração que a E. CG do Rio Grande do Sul autorizou a averbação de florestas no Registro de Imóveis.

18. MELO, Marcelo. *Registro de Imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

art. 18 do novo Código Florestal, que expressamente *desobriga* da averbação no Registro de Imóveis? Obviamente, *desobrigar* não é sinônimo de impedir, de sorte que, para nós, a averbação da Reserva Legal Florestal prevalece no Brasil. Os atos de registro continuam obrigatórios e o novo Código Florestal, a teor do que dispõe o art. 18, *desobriga* o proprietário de averbar a Reserva Florestal no Registro de Imóveis e não a autoridade ambiental ou qualquer interessado conforme analisaremos adiante, prova disso é a alteração do § 4.º do referido art. 18, que possibilita o proprietário averbar a Reserva de forma gratuita até a anotação no CAR. Referido dispositivo representa uma *obrigação* do proprietário ou possuidor e a *desobrigação* da averbação da Reserva é justificada em razão da centralização em um cadastro ambiental.

Na sistemática do Código Florestal revogado existia previsão expressa de dupla diligência do proprietário, a primeira no órgão ambiental que certificava e delimitava a Reserva Florestal e, posteriormente, no Registro de Imóveis, o que não podemos deixar de reconhecer como rigorosa e excessivamente desgastante, principalmente quando a retificação do registro da área era necessária.¹⁹

Finalmente, a parte final do § 4.º do art. 18²⁰ não deve ser levada em consideração para disciplinar a facultatividade ou não da averbação da Reserva Legal Florestal. Com efeito, consta do mesmo que “no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato”, configurando apenas a regra de gratuidade da averbação no caso o proprietário deseje promover a averbação antes da autoridade ambiental.

Quem deve promover a averbação da Reserva Legal Florestal após o novo Código Florestal?

Entendemos que a averbação deva ser feita pela autoridade ambiental responsável pelo Cadastro Ambiental Rural (CAR) e o regulamento deve esclarecer como a comunicação deve ocorrer (§ 1.º do art. 29). O Ministério Público – a nosso ver – poderá continuar a exigir que exista a vinculação entre registro e cadastro. Aliás, o meio ambiente configura bem de uso comum de todos, de acordo com o art. 225 da CF. Os arts. 13, II, e 246, § 1.º, da Lei 6.015/1973 permitem que o requerimento para averbações seja subscrito por qualquer in-

19. PAPP, Leonardo. *Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro (Lei 12.651/12)*. Campinas: Millennium, 2012. p. 168.

20. Redação dada pela Lei 12.727/2012.

interessado. A única observação é a dificuldade para se obter, diretamente no CAR, a prova documental para averbação.

Paulo Affonso Leme Machado perfilha da mesma opinião:

“Independentemente de ser ou não proprietário da propriedade rural, qualquer pessoa e, portanto, principalmente o Ministério Público e as associações poderão promover o registro e a averbação, incumbindo-lhes as despesas respectivas, e desde que ofereçam elementos fáticos e documentais.”²¹

O novo Código Florestal traz um dispositivo que deixa tudo isso muito claro e justificado. De acordo com o art. 2.º, “as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, *são bens de interesse comum a todos os habitantes do País*, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem” (grifo nosso). Embora em razão de princípio constitucional todos aceitassem que o meio ambiente é bem de uso comum do povo (art. 225), não existia uma vinculação direta de que florestas e espaços territorialmente protegidos eram de interesse de todos, inclusive e principalmente da população urbana.

O Cadastro Ambiental Rural – CAR será objeto de necessário regulamento e deve tratar da comunicação entre cadastro e registro, que necessariamente será eletrônica, a teor do que dispõe o art. 29 do novo Código Florestal e especialmente o art. 37 da Lei 11.977, de 07.07.2009, que criou o sistema de registro público eletrônico. Uma vez encerrado o cadastro, a autoridade ambiental responsável eletronicamente comunicaria o Registro de Imóveis que promoveria a averbação da Reserva Legal Florestal na matrícula indicada. É preciso reconhecer também que a descrição da parcela necessariamente conterà um ponto de amarração, a teor do que dispõe o § 1.º do art. 18, que reitera a necessidade de regulamentação através de ato do Chefe do Poder Executivo.

Ao contrário da sistemática do Código Florestal Anterior (Lei 4.771/1964), a comunicação entre cadastro ambiental e registro será realizada por ato do Poder Público através da autoridade ambiental estadual e, por conseguinte, não será objeto de cobrança de emolumentos, a teor do que dispõe a Lei 10.169, de 29.12.2000, que regulamentou o § 2.º do art. 236 da Constituição Federal. Nesse sentido, a decisão da E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São

21. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 723.

Paulo, de 17.04.2007, analisou e entendeu gratuita a cobrança de emolumentos das áreas contaminadas feitas diretamente pela Cetesb (Parecer 117/2007-E – Protocolado CG 167/2005).

Por que a Reserva Legal Florestal necessariamente deve ter a publicidade registral?

O Registro de Imóveis é o guardião do direito de propriedade e a publicidade registral da Reserva Legal Florestal tem outra finalidade que não a cadastral. É mediante o registro que os poderes e deveres inerentes da propriedade podem ser exercidos em sua plenitude. Se, no perímetro do imóvel, existe qualquer parcela submetida a qualquer regime especial de proteção, no caso, a Reserva Legal Florestal e área de preservação permanente, é necessário que ela integre o rol de informações registrais até para facilitar sua preservação já que, em tese, seria possível a instituição de direitos sobre o imóvel incompatíveis como servidões de passagem e mesmo parcelamentos do solo.

A Declaração do Rio de Janeiro – de 1992 – em uma das frases do Princípio 10, afirma que “no nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades”.

A averbação da Reserva Legal Florestal, que é declaratória, nasce no cadastro ambiental. A publicidade mediante averbação no Registro de Imóveis ocorre para *reforçar* o conhecimento da Reserva e para que *todos* possam fiscalizar seu cumprimento, principalmente o Ministério Público. Publicidade é sinônimo de transparência; o sistema de clandestinidade que se projeta sobre a Reserva Legal Florestal só interessa a quem não pretenda nem ao menos cumprir a Reserva Legal Florestal ora mitigada no Código Florestal.

Em alguns artigos é possível encontrar ambiguidades jurídicas que expõem totalmente a confusão operada pelo legislador entre cadastro e registro e *justificam a manutenção da publicidade registral*.

O art. 30 reconhece as averbações de Reserva Florestal constantes do Registro de Imóveis até o momento, permitindo a utilização de referidas informações diretamente no cadastro ambiental; não determina ao menos o cancelamento delas, que seguem produzindo seus regulares efeitos nos termos do art. 252 da Lei 6.015/1973. Caso o legislador desejasse realmente romper com a comunicação entre cadastro e registro teria não somente revogado a possibilidade de averbação constante do art. 167, II, da Lei de Registros Públicos, mas também teria previsto o necessário cancelamento da averbação de Reserva

Florestal, uma vez migrada a informação ao cadastro. O que ocorreu foi a manutenção dos dois sistemas.

Outro ponto interessante é o que ocorre com o excedente florestal previsto no § 2.º do art. 15, ou seja, as áreas preservadas que ultrapassem o mínimo exigido no Código Florestal poderão ser transformadas em servidão ambiental ou cota de Reserva Ambiental, e ambos os institutos recebem publicidade ambiental. Para se utilizar a cota de Reserva Ambiental é imprescindível a averbação de sua emissão na matrícula do imóvel.

Finalmente, Leonardo Papp, comentando o novo Código Florestal, traz uma indagação que merece reflexão em face da nova sistemática criada com o reconhecimento do *caráter real* das obrigações ambientais instituído pelo § 2.º do art. 2.º. “Na legislação florestal revogada não existia qualquer dispositivo específico nesse sentido” (...) e é característica do direito civil brasileiro que as obrigações reais recebam publicidade no Registro de Imóveis.²² Assim, a utilização do sistema de publicidade constante da Lei 6.015/1973 cumpriria com a necessidade inerente às obrigações reais de consequente publicidade registral.

Até a completa criação e regulamentação do CAR, a única solução possível para que não exista um vácuo operativo das Reservas Legais Florestais dos imóveis rurais, no Brasil, é que o procedimento continue a ser realizado diretamente na autoridade ambiental estadual e, posteriormente, seja encaminhado ao Registro de Imóveis. Aliás, a jurisprudência dos tribunais de diversos Estados-membros tem se posicionado nesse sentido, destacando-se a 2.^a Câmp. Reservada ao Meio Ambiente do Estado de São Paulo que decidiu que “enquanto não instituído o CAR, persiste a obrigação de se averbar a Reserva Legal no registro de imóveis, como condição necessária para proteger o meio ambiente, devido à observância do princípio da publicidade”.²³

Vinculação da averbação da Reserva Legal Florestal nas hipóteses de retificação de registro de imóveis rurais

Vigora normativamente no Estado de São Paulo a decisão proferida nos autos n. 44.347/2012, em 04.09.2012, pela Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, na qual foi determinando que os registradores imobiliários do Es-

22. PAPP, Leonardo. Op. cit., p. 40.

23. AgIn 0237312-12.2012.8.26.0000, Comarca de Casa Branca, rel. Des. Roberto Midolla, publicado em 21.03.2013.

tado exijam a averbação da Reserva Legal Florestal quando da retificação de registro.²⁴

Referida decisão teve como fundamento a modificação de entendimento do STJ, REsp 218.781 (2002/0146843-9), j. 09.12.2009, ainda sob o Código Florestal revogado. No entanto, disciplinou ainda que enquanto não criado o cadastro ambiental rural (CAR) vigorará a necessidade de averbação da Reserva Legal Florestal nas hipóteses de retificação de registro.

Outro fundamento da decisão, e nesse aspecto independentemente da criação do CAR, decorre do próprio princípio da especialidade.²⁵ Nas retificações de registro existe a especialização do perímetro do imóvel e a Reserva Legal Florestal integra o imóvel em sua essência, devendo também ser especializada suas parcelas.

Parece-nos que referido acórdão tecnicamente está correto. Vejamos. Não podemos olvidar que o imóvel é formado também de parcelas ou subárea internas que integram o mesmo. A parcela é uma fração (subárea) de um imóvel com regime jurídico único.

Nesse sentido, interessante e oportuno transcrever trecho das conclusões da Carta de Araraquara que resultou do “19.º Encontro Regional de Oficiais de Registros de Imóveis GEO-Araraquara”, realizado pelo Irib de 09 a 11.07.2004:²⁶

“O imóvel, segundo este conceito, é dividido em tantas partes (parcelas) quantas forem as áreas com regimes jurídicos diferentes. Estas podem ser áreas de domínio, de posse, áreas públicas (como estradas, rios, lagos), ou áreas de restrições como Reservas Legais, de preservação, servidões administrativas ou legais etc.

Um imóvel é formado por uma ou várias parcelas, mas uma parcela nunca é dividida em vários imóveis. A parcela é subárea do imóvel, nunca o contrário.

24. A decisão foi confirmada pela CGJSP em 25.10.2012 (Processo CG 2012/137903).

25. De origem doutrinária, esse princípio foi emprestado dos direitos reais de garantia na referência à especialização da hipoteca e está ligado diretamente na necessidade de clareza que devem conter todos os atos que recebem publicidade registral. Afrânio de Carvalho afirma que: “significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado” (CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 219).

26. Disponível em: [www.irib.org.br/notas_noti/boletimel1282.asp#3]. Acesso em: 08.12.2009.

A partir do levantamento das ‘parcelas’ poder-se-ão modelar unidades territoriais para os mais diversos fins econômicos, administrativos ou legais com as mais diversas definições do ‘imóvel’, por exemplo para o Registro de Imóveis (a matrícula registrada com uma definição (...) imóvel é unidade contínua de domínio e para o Incra imóvel é unidade econômica.”

Ora, se todo imóvel rural é formado pela parcela rural da Reserva Legal, nada mais natural que quando do levantamento técnico do perímetro do mesmo, seja também especializada sua parcela de Reserva Florestal Legal. Obviamente referida parcela necessita ser aprovada pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente, contudo, a providência seria facilitada já que para promoção da respectiva retificação é necessária a contratação de profissional habilitado para descrever através de coordenadas georreferenciadas ou topografia, metodologia ordinária para descrever o perímetro do móvel.

Assim, malgrado não exista expressamente a obrigação legal do momento oportuno para a especialização da Reserva Legal Florestal no Registro de Imóveis e afastada a possibilidade de vinculação de atos de registro estrito sendo como transmissões,²⁷ é difícil não aceitar a necessidade de identificação geodésica da parcela interna legal do imóvel que é a Reserva Legal Florestal quando da readequação descritiva do perímetro que necessariamente ocorre nas retificações de registro promovidas em decorrência do art. 213 da Lei 6.015/1973.

Posicionamento dos Tribunais de Justiça de outros Estados-membros Minas Gerais

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu ser facultativa a averbação da Reserva Legal, entendendo não existir “amparo legal qualquer exigência de prévia averbação da Reserva Legal como condição para todo e qualquer registro” (Decisão proferida nos autos n. 59.512/2012, em 12.11.2012, pelo Corregedor-Geral da Justiça Des. Luiz Audebert Delage Filho). Importante também consignar o Acórdão passado nos autos da ApCiv 1.0702.09.566738-3/001, rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, publicado em 08.02.2013, com a seguinte ementa: “O novo Código Florestal, instituído pela

27. “Atos de registro. Condição. Impossibilidade. Decisão administrativa CG 421, de 16.06.2000 – 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.”

Lei 12.651/2012, previu a obrigatoriedade do registro de todos os imóveis rurais no Cadastro Ambiental Rural e, consequentemente, a dispensa da inscrição no Cartório de Registro de Imóveis”.

Paraná

No Estado do Paraná, face o novo Código Florestal, a Corregedoria-Geral da Justiça manteve a suspensão da exigibilidade da averbação, conforme decisão proferida nos autos n. 2010.222675-9/0, publicada no Diário Oficial do Estado em 13.06.2012, pelo Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo.

Santa Catarina

Em Santa Catarina o Tribunal de Justiça através do AgIn 2011.079146-6, da Comarca de Braço do Norte (2.^a Vara Cível), através da 4.^a Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Fernando Boller, decidiu que a “averbação no Registro de Imóveis agora é facultativo”, apesar de criticar fortemente a opção legislativa: *in verbis*: “Esse dispositivo vai ao reverso da eficiência e da segurança jurídica que se teria caso se mantivesse a obrigatoriedade de averbar a Reserva. A sistemática registral no Brasil, a exemplo de outros ramos do direito, também é regida por princípios norteadores. Figura dentre eles um de grande importância, que tem o justo condão de trazer a eficiência e segurança, trata-se do princípio da concentração. O princípio da concentração consiste na convergência de todas as relevantes informações sobre o imóvel em um único lugar, que no caso seria a sua matrícula, o que facilitaria a vida dos usuários, uma vez que teriam como uma única certidão, o conhecimento preciso da situação jurídica da propriedade. Não nos olvidamos que os Registros Públicos visam justamente conceder essa publicidade e conhecimento geral da transcrição, portanto, é importante concentrar na matrícula todas as informações atinentes à propriedade”.

Existe também no Estado a Comunicação n. 211/2012 do Fatma – Fundação do Meio Ambiente, entendendo ser obrigatória a averbação da Reserva Legal nos cartórios de Registro de Imóveis enquanto não implantado o cadastro ambiental rural.

Goiás

Em Goiás os atos de registro estavam condicionados à prévia Reserva Legal Florestal, no entanto, através do Processo n. 4315456-4408781, a Corregedoria-Geral da Justiça, Nelma Branco Ferreira Perilo, em 02.04.2013, autorizou os cartórios de registro de imóveis a praticar atos de transmissão de domínio

de imóveis rurais mediante a apresentação de cópia do protocolo do pedido de inscrição no Cadastro Ambiental Rural.

Espírito Santo

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo entendeu que os oficiais dos Registros de Imóveis deverão exigir a averbação da Reserva Legal para transmissão, desmembramento, retificação ou alteração de domínio que ainda não possui comprovante junto ao Cadastro Ambiental Rural (CAR), conforme Ofício Circular n. 63/2012, publicado no *Diário da Justiça (DJ)* de 29.08.2012.

Rio de Janeiro

Em decorrência da alteração do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 por intermédio da Lei 12.727/2012, a averbação da Reserva Legal, ainda que antes da implantação do Cadastro Ambiental Rural – CAR, tornou-se facultativa. Processo n. 2012.0221690. Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro. Publicada no *Diário Oficial* em 16.04.2013. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, Juiz Auxiliar da CGJ.

O princípio da proibição de retrocesso ambiental e averbação da Reserva Legal Florestal no Registro de Imóveis

Considerando uma tendência de abrandamento da legislação ambiental em todo o mundo em face de diversas justificativas como ameaças políticas de mitigar o rigor da norma de proteção; ameaças econômicas atribuindo à preservação o empecilho para um desenvolvimento econômico; e ameaça econômica também, já que a magnitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas.

Assim, considerando o crescimento da tendência de mitigação da preservação ambiental já existente, “foi criado por um grupo de juristas, especialistas no tema, em agosto de 2010 no seio da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). Seu objetivo é compartilhar, na esfera universal, as experiências e os argumentos jurídicos capazes de frear as ameaças de retrocesso do direito ambiental”.²⁸

28. PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. *Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, em 29 de março de 2012, coordenado*

Michel Prieur leciona que “em nome da soberania dos parlamentos, o tempo do direito recusa a ideia de um direito adquirido sobre as leis: “o que uma lei pode fazer, outra lei pode desfazer”. Não estaria aí, na seara ambiental, uma porta aberta ao retrocesso do direito, capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras?”²⁹

A Constituição brasileira de 1988 possui vários dispositivos sobre a proteção de meio ambiente, conferindo uma hierarquia jurídica e, muito embora não constem expressamente dos direitos e garantias fundamentais expressamente, a doutrina brasileira considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem, tanto no plano material como no plano formal, direitos fundamentais.³⁰

É preciso ressaltar que conforme o art. 60, § 4.º, da Constituição Federal, os direitos e garantias individuais estão inseridos na chamada “cláusula pétrea”, ou cláusula de intangibilidade constitucional. Esses direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos.³¹

Antonio Herman Benjamin leciona que: “se mostra incompatível com a pós-modernidade, que enfatiza a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a segurança jurídica das conquistas da civilização, transformar direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros num ioiô legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai”.³²

O princípio do não retrocesso ambiental na Constituição brasileira também está previsto no art. 225 que disciplina 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”.

No Brasil o princípio do não retrocesso já foi admitido em alguns julgados com relação a aspectos sociais, origem imediata do princípio do não retrocesso ambiental.³³ Reconhecemos que se trata de um princípio em evolução, mas é

pelo Ministro e Professor Antonio Herman Benjamin. Senado Federal, p. 11. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559]. Acesso em: 13.04.2013.

29. Idem, *ibidem*.

30. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 256.

31. PRIEUR, Michel. Op. cit., p. 31.

32. Idem, p. 55.

33. TJRS, Processo 7002162254, j. 18.12.2008; TJSP, Processo 5878524400, j. 25.08.2009.

possível reconhecer que a Constituição Federal oferece claros e fortes indícios que o princípio do não retrocesso ambiental está implícito na mesma, comparando-se ainda que existem menos fundamentos na Constituição francesa, origem doutrinária do princípio.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, o advento do novo Código Florestal no Brasil despertará de forma intensa a discussão em nível nacional da aplicação do princípio do não retrocesso no Brasil,³⁴ porque existiu flagrante diminuição de proteção ambiental em praticamente todas as hipóteses. Importante ressaltar que o princípio do não retrocesso ambiental já está sendo debatido no STF através de três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 4.901, 4.902 e 4.903) propostas pelo Procurador-Geral da República.

No âmbito de nosso estudo, resta evidente que a tentativa de mitigação da publicidade registral da Reserva Legal Florestal *configura flagrante retrocesso ambiental* e deve ser utilizado como argumentação mais que idônea para a defesa da manutenção do sistema anterior de ampla publicidade.

Interessante que o legislador, quando do Código Florestal passado, 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. Isso já distinguindo publicidade registral da cadastral. Foi conferido ao Registro de Imóveis o reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios. Muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos, já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu, porém, para a segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, o próprio Estado não confia somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária onde a propriedade imobiliária se exterioriza em sua plenitude, visando dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes. O homem médio não possui o hábito de consultar cadastros públicos, nem tampouco ler legislativos, ainda mais dos três entes políticos, de forma que o sistema jurídico não pode se valer tão somente dessa publicidade que pode ser chamada de ilusória ou fictícia.³⁵

Patryck de Araujo Ayala³⁶ ensina que a “ordem constitucional brasileira não assegura proteção constitucional às iniciativas legislativas que se afastem do

34. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Op. cit, p. 190.

35. MELO, Marcelo. Op. cit., p. 43.

36. AYALA, Patryck de Araujo. Op. cit., p. 190.

dever de proteção dos direitos fundamentais (neste caso, do dever de proteger o ambiente), e mesmo a iniciativa do poder central que proponha semelhante redução nos níveis de proteção sem que seja proposta realidade compensatória, configurando-se os excessos em seu exercício, desvios censurados sob o ângulo dos arts. 24, *caput*, VI, §§ 2.º e 3.º e, 225, *caput*, e VII, da CRFB de 1988”.

Conclusões articuladas

I – A Reserva Legal Florestal configura espaço territorial especialmente protegido e integra a propriedade imobiliária rural, inclusive com relação ao próprio conceito jurídico;

II – Cadastro e registro são institutos que não se confundem e a distinção é fundamental para a compreensão da problemática decorrente da publicidade da Reserva Legal Florestal;

III – No novo Código Florestal a publicidade da Reserva Legal Florestal permanece na Lei 6.015/1973 (art. 167, II, 22) de forma facultativa ao proprietário e obrigatória pela autoridade ambiental (art. 169);

IV – Nas retificações de registro de imóveis rurais, em decorrência do princípio da especialidade objetiva, a especialidade do perímetro da propriedade gera, por consequência, na necessidade de especialização da Reserva Legal Florestal em razão desta integrar de forma indissolúvel a propriedade e configurar uma parcela da mesma;

V – A tentativa de retirada da publicidade registral da Reserva Legal Florestal configura flagrante afronta ao princípio do não retrocesso ambiental, contrariando, por consequência, a Constituição Federal (arts. 24, *caput*, VI, §§ 2.º e 3.º e, 225, *caput*, e VII, da CF/1988).

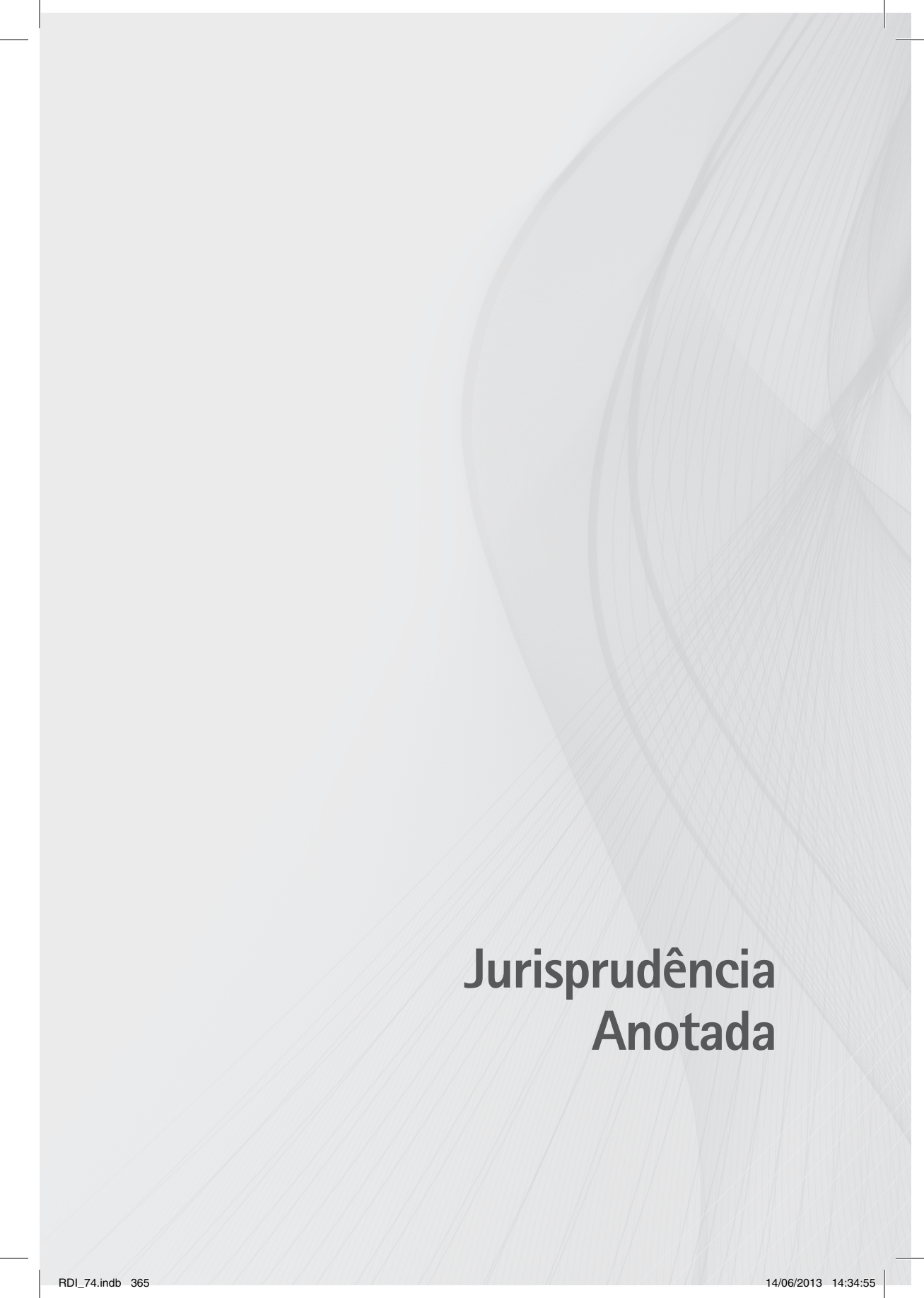
Essas são as razões que impedem, por ora, o acesso do título em questão, de forma que devolvo ao crivo jurisprudencial de Vossa Excelência a apreciação do caso, com os meus cordiais cumprimentos.

Araçatuba, 17 de abril de 2013 – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO, Registrador imobiliário de Araçatuba.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ação civil pública. Demarcação e averbação de Reserva Florestal Legal de 20%. Reflorestamento artificial das Reservas Legais. Abstenção de exploração agropecuária ou mineral nas Áreas de Preservação Permanente. Procedência, de Marcio Pelliciotti Violante – *RDA* 13/144;
- Ação civil pública – Instituição de Reserva Florestal Legal – Efetivação de reflorestamento, de Márcio Pelliciotti Violante – *RDA* 10/163;
- Medição. Demarcação e averbação de Reserva Florestal Legal. Reflorestamento artificial. Abstenção de qualquer exploração agropecuária ou mineral nas Áreas de Preservação Permanente. Multa diária. Ação civil pública ambiental, de Álvaro Luiz Valery Mirra – *RDA* 14/176; e
- O novo Código Florestal e a averbação da Reserva Legal no Registro de Imóveis, de Leonardo Castro Maia – *RDA* 70/77.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

Jurisprudência Anotada

1

ACÓRDÃOS

Conselho Nacional de Justiça

CNJ – *Procedimento de Controle Administrativo 0002118-22.2013.2.00.0000* – j. 19.04.2013 – rel. Conselheiro Neves Amorim – Área do Direito: Administrativo; Ambiental; Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Área de reserva legal – Demanda proposta para reconhecer a obrigatoriedade do registro – Admissibilidade – Faculdade do proprietário, trazida pelo novo Código Florestal, que somente é concedida quando a área está inscrita no Cadastro Ambiental Rural – Banco de dados que, por não estar em pleno funcionamento, torna a averbação necessária – Aplicação do princípio da preservação do meio ambiente que se impõe – Inteligência do art. 2.º, IV, da Lei 6.938/1981.

RESENHA

Cuida-se de decisão liminar deferida em procedimento de controle administrativo interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), para que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconheça a obrigação legal de averbar, no Registro Imobiliário, as áreas de proteção legal, cuja dispensa foi reconhecida pela Corregedoria do TJMG. Em suas razões, o MP-MG afirma que, com a publicação da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal), a averbação da área de reserva legal de bens imóveis passou a ser uma faculdade do proprietário, desde que a referida área estiver inscrita no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Uma vez que tal cadastro ainda não foi criado, subsistiria, segundo o MP-MG, a obrigação da averbação da área de reserva legal no Registro de Imóveis. O MP-MG alegou, ainda, que o TJMG editou Orientação onde afirma ser facultativa a averbação da mencionada reserva, nos termos do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012, mostrando-se sem amparo legal qualquer exigência de prévia averbação da reserva legal como condição para todo e qualquer registro envolvendo imóveis rurais. Tal entendimento, segundo o MP-MG, traz grave ameaça ao meio ambiente, pois não haverá controle do Poder Público das áreas legalmente

protegidas. Por fim, alegou que a previsão para averbação destas áreas no Registro Imobiliário encontra guarida no art. 167, II, 22, da Lei 6.015/1973, já que este dispositivo não foi revogado pelo novo Código Florestal.

Após analisar o caso, o relator Conselheiro Des. Neves Amorim entendeu que o novo Código Florestal passou a controlar a proteção das áreas de reserva legal por meio do CAR, tornando facultativa a averbação de tais áreas junto ao Registro Imobiliário. Contudo, afirmou que o CAR ainda não foi criado e, ainda que estivesse em pleno funcionamento, a legislação concede aos proprietários o prazo de um ano para adaptação às novas regras. Ademais, o relator entendeu que assiste razão ao MP-MG quando este afirma não ter havido revogação da obrigatoriedade da averbação da área de reserva legal, pois, não havendo o referido cadastro, não há faculdade da averbação. Sendo assim, afirmou que a manutenção da obrigação da averbação das áreas de reserva legal no Registro de Imóveis, enquanto ainda não disponível o CAR, atende ao princípio da prevenção ambiental, previsto no art. 2.º da Lei 6.938/1981.

Diante do exposto, o relator Conselheiro decidiu pelo deferimento do pedido de medida cautelar, suspendendo os efeitos da Orientação e do Provimento expedidos pelo TJMG até a decisão final do Procedimento de Controle Administrativo.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Conselho Nacional de Justiça.

Procedimento de Controle Administrativo 0002118-22.2013.2.00.0000.

Relator: Conselheiro Representante do TST.

Requerentes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Bergson Cardoso Guimarães; Leonardo Castro Maia; Bruno Guerra de Oliveira; Alceu José Torres Marques; Carlos Eduardo Ferreira Pinto; Mauro da Fonseca Ellovitch; Carlos Alberto Valera; Felipe Faria de Oliveira; Ana Eloisa Marcondes da Silveira; Francisco Chaves Generoso; Marcos Paulo de Souza Miranda; Marcelo Azevedo Maffra; Marta Alves Larcher e Corregedoria de Justiça do TJMG.

Assunto: CGJMG – Orientação 59.512/2012 – Provimento 242/2012.

Decisão liminar deferida.

Ementa do Editorial: Súmula da Corregedoria do TJMG que expõe entendimento no sentido de ser “facultativa a averbação da reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 (com redação dada pela Lei 12.727/2012), mostrando-se, assim, sem amparo legal qualquer exigência de prévia averbação da reserva legal como condição para todo e qualquer registro envolvendo imóveis rurais”.

Aplicação do princípio da preservação ao caso em tela que não autoriza, portanto, outra interpretação se não a que exija dos proprietários, enquanto ainda não estiver plenamente em funcionamento o Cadastro Ambiental Rural, a averbação no registro de imóveis da área de reserva legal.

Presença do perigo na demora, tendo em vista que, por ora, ainda sem o referido banco de dados, a faculdade do registro transforma-se em isenção, o que, em muito, prejudicaria o meio ambiente.

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais a fim de que este Conselho reconheça a obrigação legal de averbar junto ao Registro de Imóveis as áreas de proteção legal, cuja dispensa fora reconhecida pela Corregedoria do TJMG por meio da Orientação 59.512/2012 e do Provimento 542/2012.

Aduz o requerente que, com a publicação da Lei 12.651, de 25.05.2012 (novo Código Florestal), a averbação da área de reserva legal de bens imóveis passou a ser uma faculdade do proprietário desde que a área estive (*sic*) inscrita no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Como o cadastro ainda não foi criado, subsistiria, segundo o autor, a obrigatoriedade de que fosse averbada a área de reserva legal. O TJMG, no entanto, editou Orientação em que afirma ser “facultativa a averbação da reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 [com redação dada pela Lei 12.727/2012], mostrando-se, assim, sem amparo legal qualquer exigência de prévia averbação da reserva legal como condição para todo e qualquer registro envolvendo imóveis rurais (p., DOC. 4)”. Alega o requerente que esse entendimento traz grave ameaça ao meio ambiente porquanto não haverá controle do Poder Público das áreas legalmente protegidas. Além disso, ainda segundo o autor, não há amparo legal para a orientação exarada pelo Tribunal: a obrigatoriedade da averbação consta da Lei 6.015, de 31.12.1973, em seu art. 167, II, 22,^{NE} dispositivo que não foi revogado pelo Código Florestal, conforme veto da Presidência da República ao art. 83 da Lei 12.651. Com base no dever público de proteção ao meio ambiente e, considerando ainda subsistir a necessidade de averbação, requer o autor, liminarmente, a suspensão da Orientação 59.512/2012 e do Provimento 242/2012 a fim de manter inalterada a exigência da averbação da reserva legal às margens do registro dos imóveis rurais. No mérito, requer a desconstituição dos atos do Tribunal.

É, em síntese, o relato.

Em sede de pedido de medida cautelar, cumpre analisar se estão presentes os requisitos necessários para sua concessão. Fala-se, assim, na presença do perigo

NE. Nota do Editorial: Item 22 do inc. II do art. 167 da Lei 6.015/1973 foi revogado pela Lei 6.850/1980.

na demora, isto é, o risco de que eventual provimento, sujeito aos prazos legais de tramitação, quede-se inútil; e, bem assim, na plausibilidade jurídica, expressa em motivos de fato e de direito que, por si sós, revistam de juridicidade as alegações da parte autora.

Fruto de conturbados acordos políticos, o novo Código Florestal brasileiro trouxe importantes inovações em relação à legislação anterior. Destaque-se, por exemplo, a possibilidade de exploração econômica de áreas protegidas e a anistia a proprietários rurais de multas e sanções previstas na legislação anterior.

Relativamente ao controle das áreas de reserva legal, o antigo Código Florestal, de 1965, previa que o controle deveria ser feito por meio da averbação no Registro de Imóveis da área de reserva legal. Obrigação que, posteriormente, pela Lei 6.015/1973, foi confirmada:

“Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

(...)

II – a averbação:

(...)

22. da reserva legal;

(...)

Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel.”

A nova legislação, ao revogar o antigo Código Florestal, passou a controlar a proteção das áreas de reserva legal por meio do Cadastro Ambiental Rural. Com plantas georreferenciadas, o novo controle deve mapear todo o território nacional, o que deverá tornar mais eficaz a proteção das áreas de reserva. Por esse motivo, entendeu o legislador ser facultativa a averbação da área de proteção junto ao Cartório de Registro Imobiliário:

“Art. 18. A área de reserva legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

(...)

§ 4.º O registro da reserva legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato (redação dada pela Lei 12.727/2012).”

Ocorre, porém, que o Cadastro Rural ainda não foi criado, embora haja previsão de que até o fim do primeiro semestre de 2013 já esteja em funcionamento. Não obstante, ainda que em pleno funcionamento, a legislação concede aos proprietários o prazo de um ano para se adaptar as novas exigências da lei, sendo lícito

to perguntar se haveria, nesse interregno, obrigação de averbação a fim de garantir efetividade à proteção das áreas de reserva.

Assiste razão ao requerente quando afirma não ter havido a revogação da obrigação de averbar a área de reserva legal. Da leitura do disposto no art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012, fica evidente que a faculdade de averbar depende da opção pelo Registro no Cadastro Rural: não havendo o cadastro, não há faculdade. Subsiste, portanto, a obrigação constante da Lei 6.015/1973.

Observe-se, com efeito, que a averbação da área de reserva legal é verdadeira condição de existência do espaço protetivo, pois “o efeito da inscrição (...) no Registro de Imóveis é o de definir a área reservada, marcando a mesma com a inalterabilidade” (Paulo Affonso Leme Machado). Além disso, como destaca o Professor de direito ambiental:

“Essa inscrição é de alta relevância para a sobrevivência do ecossistema vegetal não só no Brasil como no planeta Terra. Essa afirmação não é exagerada, pois a existência e manutenção das reservas legais não têm efeitos ecológicos benéficos somente no Brasil, mas têm também consequências extremamente positivas além fronteiras” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*).

A manutenção da obrigação de averbar no Registro de Imóveis, enquanto ainda não disponível o Cadastro Rural, atende, portanto, ao princípio da prevenção ambiental, tal qual previsto pela Lei 6.938, de 1981, em seu art. 2.º:

“Art. 2.º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas.”

Há que se reconhecer, aqui, que a lei apenas dá concretude à diretriz constitucional de preservação; diretriz que, frise-se, é dever do Poder Público e da coletividade. A aplicação do princípio da preservação ao caso em tela não autoriza, portanto, outra interpretação que não a que exija dos proprietários, enquanto ainda não estiver plenamente em funcionamento o Cadastro Ambiental Rural, a averbação no Registro de Imóveis da área de reserva legal. Plena, portanto, a plausibilidade jurídica invocada pelo requerente.

Presente, também, o perigo na demora, tendo em vista que, por ora, ainda sem o Cadastro Rural, a faculdade do registro transforma-se em isenção, o que, em muito, prejudicaria o meio ambiente.

Com essas considerações, defiro, com fulcro no art. 24, I, do RICNJ, o pedido de medida cautelar para sustar os efeitos da Orientação 59.512/2012 e do Provedimento 242/2012 até decisão final neste Procedimento de Controle Administrativo.

Encaminhe-se cópia desta decisão a todos os Tribunais de Justiça.

Intimem-se (cópia da presente servirá de ofício).

Solicitem-se informações do TJMG no prazo regimental de 15 (quinze) dias.

Inclua-se em pauta para referendo do Plenário.

Brasília, 19 de abril de 2013 – NEVES AMORIM, Conselheiro.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMG – *ApCiv 1.0702.09.566738-3/001* – 2.ª Câm. Civ. – j.
29.01.2013 – m.v. – rel. p/ acórdão Des. Teixeira da Costa –
DJe 08.02.2013 – Área do direito: Ambiental.

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Ação civil pública – Cadastro ambiental rural – Imóvel rural – Desnecessidade de averbação da área de reserva legal no cartório imobiliário – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade com a implantação de banco de dados de fim específico – Inteligência do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012.

Veja também Doutrina

- Áreas consolidadas no Código Florestal (Lei 12.651/2012): uma vergonha sem precedentes no direito ambiental brasileiro, de Marcelo Abelha Rodrigues – *RDA* 69/345; e
- O novo Código Florestal e a averbação da reserva legal no registro de imóveis, de Leonardo Castro Maia – *RDA* 70/77.

RESENHA

Cuida-se, na origem, de ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG) em face de três proprietários de imóveis rurais e do Instituto Estadual de Florestas (IEF). Em suas alegações, o MP-MG afirmou que os proprietários possuem imóveis rurais localizados em Uberlândia/MG e adquiriram área de reserva legal dos referidos imóveis em Januária/MG, com a aprovação do IEF, contrariando o Código Florestal, uma vez que, tal diploma determina que as compensações devem ser feitas dentro da mesma microbacia hidrográfica. Julgado improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que as áreas averbadas pelos proprietários estão situadas na RPPN Triângulo I, o MP-MG interpôs apelação cível alegando o exposto anteriormente. Além disso, o MP-MG sustentou que os documentos que serviu o Magistrado primevo não se revestem da idoneidade necessária para o reconhecimento de que a gleba adquirida pelos proprietários encontra-se inserida na RPPN Triângulo I, pois a certidão imobiliária não fez menção a qualquer uma das reservas particulares do patrimônio natural. Alegou, ainda, que a legislação estadual declarada como inconstitucional, perante o texto da Constituição Estadual, não se mostra prejudicial ao pedido de declaração de nulidade do ato jurídico de averbação da área de reserva legal, realizado em desacordo com o art. 44, III, do Código Florestal. O MP-MG enfatizou, por fim, que o requerimento de declaração de nulidade do ato jurídico se produziu em face do descumprimento do Código Florestal e não face à inconstitucionalidade da Lei Estadual.

Ao analisar o recurso interposto, a rel. Des. Hilda Teixeira da Costa entendeu que a reserva legal constituída em razão dos imóveis localizados em Uberlândia está localizada em Januária, não havendo averbação da RPPN Triângulo I, de modo que a área localizada em Januária não pode ser aproveitada para a compensação, eis que o registro indica localização em microbacia diversa. Por-

tanto, entendeu a relatora, dando provimento ao recurso, que a nulidade da averbação é medida que se impõe, já que ilegal o ato praticado pelo IEF. Por sua vez, o rev. Des. Afrânio Vilela discordou do voto da relatora, concluindo que, pela leitura do art. 29, *caput* e § 3.º e do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012, que toda propriedade rural é obrigada a registrar a reserva legal no Cadastro Ambiental Rural (CAR), desobrigando sua averbação no Registro de Imóveis. Desta forma, para o revisor, o pedido do MP-MG não encontra mais amparo na legislação, uma vez que, o novo Código Florestal afastou a exigência da averbação da reserva legal no Registro de Imóveis, criando nova obrigação aos proprietários rurais, qual seja, o registro no CAR. Além disso, o revisor observou que o novo Código Florestal permite a compensação da reserva legal com área localizada no mesmo bioma, podendo, inclusive, pertencer a outro Estado, exigindo-se, em qualquer situação, a prévia inscrição no CAR. Diante destas considerações, o Des. Raimundo Messias Júnior acompanhou o voto do revisor. Posto isto, o TJMG, por meio de sua 2.ª Câmara Cível, decidiu negar provimento ao recurso, vencida a relatora, entendendo que a nova legislação que rege a matéria tornou facultativa a averbação da reserva legal no Registro de Imóveis.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ApCiv 1.0702.09.566738-3/001.

Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa.

Relatora p/ acórdão: Des. Hilda Teixeira da Costa.

Data do Julgamento: 29.01.2013.

Data da Publicação: 08.02.2013.

Ementa: *Apelação cível – Ação civil pública – Área de reserva legal – Averbação – Inexigibilidade – Registro no Cadastro Ambiental Rural (CAR) – Lei 12.651/2012 – Obrigatoriedade – Manutenção da sentença.*

– O novo Código Florestal, instituído pela Lei 12.651/2012, previu a obrigatoriedade do registro de todos os imóveis rurais no Cadastro Ambiental Rural e, consequentemente, a dispensa da inscrição no Cartório de Registro de Imóveis.

– O pedido de condenação à averbação de área de reserva legal no Serviço de Registro de Imóveis deve ser julgado improcedente, diante da superveniência de lei que afasta esta exigência.

Ementa do voto vencido: *Apelação cível – Ação civil pública – Instituição de área de reserva legal – Recomposição da reserva legal mediante compensação – Área localizada em microbacia diversa do imóvel rural – Impossibilidade – Dispositivos de lei estadual declarados inconstitucionais pela Corte Superior do E. TJMG – Modulação dos efeitos – Ressalva feita às reservas particulares já constituídas e publicadas à época – Inaplicabilidade da exceção ao presente*

feito – Descumprimento da determinação contida no art. 44 do Código Florestal – Sentença reformada – recurso provido.

– A Lei estadual 14.309/2002, que autoriza a implantação de reserva legal fora dos limites da microbacia, foi declarada inconstitucional pela Corte Superior deste E. Tribunal de Justiça, no julgamento da ADIn 1.0000.07.456706-6/000.

– Com a modulação de efeitos da ADIn 1.0000.07.456706-6/000, a Corte Superior reconheceu o efeito *ex tunc* da decisão, contudo resguardou as reservas particulares já instituídas e publicadas sob a égide da legislação estadual, quais sejam, “Reserva Triângulo I”, “Vereda da Caraíba”, “Aldeia”, “Porto do Cajueiro” e “Cotovelo”.

– As reservas particulares descritas no v. acórdão da ADIn (“Reserva Triângulo I”, “Vereda da Caraíba”, “Aldeia”, “Porto do Cajueiro” e “Cotovelo”), são áreas de vegetação conservada, que substituem a obrigação do proprietário de instituir a reserva legal ambiental compensatória na mesma microbacia hidrográfica.

– O art. 44, III, do Código Florestal, permite a compensação da área de reserva legal, porém, condiciona a sua validade ao fato de ser a compensação na mesma microbacia, o que não é o caso dos requeridos que adquiriram terra em Januária (Bacia do Rio São Francisco) a fim de compensar área de reserva legal própria em Uberlândia (Bacia do Rio Paranaíba).

ApCiv 1.0702.09.566738-3/001 – Comarca de Uberlândia – Apelantes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Apelados: IEF Instituto Estadual Florestas, José Francisco Mendonça, Carlos Eduardo Mendonça e outros, Juliano de Mendonça.

ACÓRDÃO – Vistos etc., acorda, em Turma, a 2.^a Câm. Civ. do TJMG, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso, vencida a relatora.

VOTO – Des. Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa (relatora): Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face de José Francisco de Mendonça, Carlos Eduardo Mendonça, Juliano de Mendonça e do Instituto Estadual de Florestas – IEF, sob a alegação de que os três primeiros requeridos são proprietários de imóveis rurais situados em Uberlândia/MG e adquiriram área de reserva legal dos referidos imóveis em Januária/MG, com aprovação do IEF, argumentando que a averbação das mencionadas áreas como reserva legal contraria o Código Florestal, que determina que as compensações tem que ser feitas dentro da mesma microbacia hidrográfica.

Em sentença de (f.), o douto Juiz *a quo* houve, por bem, julgar improcedentes os pedidos iniciais, fundamentando que as áreas averbadas pelos requeridos estão

situadas na RPPN Triângulo I e, nesse sentido, o TJMG, ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ADIn 1.0000.07.456706-6/000, acolheu parcialmente os embargos opostos pelo Estado de Minas Gerais e pela Assembleia Legislativa, declarando que não serão alcançadas pelo caráter retrospectivo da decisão apenas as RPPNs “Reserva Triângulo I”, “Vereda da Caraíba”, “Aldeia”, “Porto do Cajueiro” e “Cotovelo”. Ao final, deixou de condenar o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/1985.

O autor apelou pelas razões de (f.), relatando que propôs a presente ação pelo fato dos primeiros requeridos terem adquirido gleba a servir como reserva legal de sua propriedade rural localizada e registrada na cidade de Uberlândia/MG. Ocorrendo que a gleba adquirida encontra-se localizada fora da microbacia em que se encontra o imóvel registrado na referida cidade (Januária/MG).

Sustenta, em síntese, que os documentos que serviu o Magistrado primevo para julgar improcedentes os pedidos não se revestem da idoneidade necessária para o reconhecimento de que a gleba adquirida pelos apelados esteja, verdadeiramente, inserida na RPPN Triângulo I, uma vez que a certidão imobiliária de (f.), não faz menção a qualquer uma das reservas particulares do patrimônio natural – RPPN.

Afirma que o reconhecimento dado pelo E. TJMG de que a Lei Estadual foi declarada inconstitucional, perante o texto da Constituição Estadual, não se mostra como questão prejudicial à análise do pedido de declaração de nulidade do ato jurídico de averbação da área de reserva legal, feito em desacordo com o art. 44, III, do Código Florestal.

Enfatiza que o requerimento de declaração de nulidade do ato jurídico que redundou na averbação da área de reserva legal havida fora da mesma microbacia em que se encontra o imóvel matriz, se produziu em face do descumprimento da Lei de Federal – art. 44, III, do Código Florestal –, e não face a inconstitucionalidade que a Lei Estadual guardou com a Constituição do Estado de Minas Gerais.

Explica que considerar válido o ato jurídico averbação de área de reserva legal que considerou Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN, havida fora da microbacia em que se encontra Uberlândia, é descumprir, expressamente, o art. 44, III, do Código Florestal.

Por fim, requer o provimento do presente recurso, para que a r. sentença primeira seja reformada, julgando procedentes os pedidos deduzidos na inicial, primeiro para anular o ato jurídico de averbação da área de reserva legal, seguindo-se à condenação dos apelados para instituir área de reserva legal no prazo de 120 dias, prevendo-se multa em caso de descumprimento da obrigação.

Os réus apresentaram contrarrazões (f.), refutando as razões do apelante e pugnando pelo improvimento do presente recurso.

Às (f.), o ilustre representante do Ministério Público, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, apresentou parecer, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A controvérsia do presente feito cinge-se na validade de averbação de área de reserva legal compensatória em localidade diversa da propriedade rural matriz/instituidora.

Primeiramente, cumpre registrar que a Lei estadual 14.309/2002, que autoriza a implantação de reserva legal fora dos limites da microbacia, foi declarada inconstitucional pela Corte Superior deste E. Tribunal de Justiça, no julgamento da ADIn 1.0000.07.456706-6/000:

“Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 17, V, VI e VII e § 6.º da Lei estadual 14.710/2004. Política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Art. 19, V e VII, e § 6.º, do Dec. Estadual 43.710/2004. Regulamento. Reserva legal. Inconstitucionalidade manifesta. Extrapolação de competência suplementar. Disciplina contrária à legislação federal de regência. Ofensa ao art. 10, V, e § 1.º, I, da Constituição Estadual. Representação acolhida. Vício declarado. – A recomposição da reserva legal em imóveis rurais a ser implementada mediante compensação, consoante a legislação federal de regência, somente é possível se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia” (ADIn 1.0000.07.456706-6/000, rel. Des. Roney Oliveira, publicação 07.11.2008).

Em sede de embargos de declaração, interpostos na referida ADIn, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram modulados:

“Embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade. Alegação de existência de omissões no Acórdão. Procedência parcial. Pleito de modulação dos efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade não apreciado. Embargos acolhidos nesse ponto. Alcance da decisão delimitado. – Tendo efeito *erga omnes* a decisão do Tribunal de Justiça em sede de ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição do Estado, no caso de acolhimento da representação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada (o que importa na proclamação de sua nulidade), a sua retirada do mundo jurídico, com eficácia retroativa à data do início de sua vigência, ou outra data fixada na decisão, se faz no âmbito mesmo em que ela surgiu e atua, qual seja, no âmbito estadual – o que impede que, por haver a norma deixado de existir na esfera de ordenamento que integrava, seja reavivada em face da Carta Magna federal, questão cujo objeto já não mais existe. – Os embargos de declaração, como cedo, não têm o caráter de reavaliação da valoração das teses apresentadas, de reapreciação do julgado. Certo é, também, que não configura lacuna o fato de não haver o Acórdão comentado cada um dos argumentos levantados pelas partes, quando, no contexto geral da decisão, está nítido o afastamento de todos eles. – Tendo sido o Acórdão omissivo quanto ao pleito de modulação dos efeitos retrospectivos da declaração de inconstitucionalidade, sopesadas a boa-fé, a segurança jurídica

e a questão ambiental imanente é se acolher os embargos para excluir do alcance da decisão as RPPNs efetivamente criadas e publicadas sob a égide da legislação estadual objeto da representação, mencionadas na parte dispositiva do Acórdão” (EDcl-Cv 1.0000.07.456706-6/001, Corte Superior, j. 12.08.2009, rel. Des. Herculano Rodrigues, publicação da Súmula em 27.11.2009).

Tendo, portando, como dispositivo, o seguinte:

“Nesses termos, acolho, parcialmente, os embargos opostos pelo Estado de Minas Gerais e pela Assembleia Legislativa, apenas para, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, modular os efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade do art. 17, V, VI e VII, da Lei estadual 14.309/2002 e do art. 19, V e VI e § 6.º do Dec. 43.710/2003, declarando que não serão alcançadas pelo caráter retrospectivo da decisão apenas as RPPNs ‘Reserva Triângulo I’, ‘Vereda da Caraíba’, ‘Aldeia’, ‘Porto do Cajueiro’ e ‘Cotovelo’.”

Logo, a Corte Superior, ao acolher parcialmente os embargos declaratórios, reconheceu o efeito *ex tunc* da decisão, contudo resguardou as reservas particulares já instituídas e publicadas sob a égide da legislação estadual, quais sejam, “Reserva Triângulo I”, “Vereda da Caraíba”, “Aldeia”, “Porto do Cajueiro” e “Cotovelo”.

Nesse sentido, a respeito da Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN, a Lei. 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, estabelece, em seu art. 21, que é uma área privada, gravada com perpétuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

Dessa forma, as reservas particulares descritas no v. acórdão da ADIn (“Reserva Triângulo I”, “Vereda da Caraíba”, “Aldeia”, “Porto do Cajueiro” e “Cotovelo”), são áreas de vegetação conservada que substituem a obrigação do proprietário de instituir a reserva legal ambiental compensatória na mesma microbacia hidrográfica.

Compulsando os autos, observa-se que a reserva legal constituída em razão dos imóveis mantidos sob as matrículas 31.051 e 33.830, no Município de Uberlândia, está localizada no Município de Januária, sendo certo que não há qualquer averbação da constituição da Reserva Particular do Patrimônio Natural “Triângulo I”, conforme documentos de (f.), de modo que a área localizada no Município de Januária não pode ser aproveitada para a compensação de reserva legal de imóveis cujo registro indica estar em microbacia diversa (f.).

Assim, a reserva legal averbada no registro dos imóveis rurais de propriedade dos primeiros réus no Município de Januária, não se confunde com a RPPN Triângulo I.

Sobre tal ponto, sabe-se que o art. 44, III, do Código Florestal, permite a compensação da área de reserva legal, porém, condiciona a sua validade ao fato de ser a compensação na mesma microbacia, o que não é o caso dos requeridos que adquiriram terra em Januária (Bacia do Rio São Francisco) a fim de compensar área de reserva legal própria em Uberlândia (Bacia do Rio Paranaíba).

Esse é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

“Administrativo – Ação civil pública – Reserva legal – Compensação em microbacia diversa daquela em que situada o imóvel rural – Dispositivos de lei estadual declarados inconstitucionais por esta Corte – Modulação dos efeitos – Ausência de prova quanto ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 44, § 4.º, do Código Florestal – Ação acolhida – sentença confirmada. – A Corte Superior deste Tribunal de Justiça pronunciou a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei estadual 14.309/2002, que autorizavam a implantação de reserva legal fora dos limites da microbacia na qual se situa a propriedade rural. – Não é lícito que, modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade – Com menção específica e expressa às áreas não alcançadas pela decisão – Seja possível, no julgamento de ação individual, ampliar ou reduzir a extensão deste provimento, como pretende a segunda apelante. – A possibilidade de validação do ato administrativo que autorizou a implantação da reserva legal em litígio, somente seria possível se comprovado que, a despeito de localizada fora dos limites da microbacia a que pertence o imóvel, referida implantação houvesse observado os ditames do art. 44, § 4.º, do Código Florestal, o que não se deu” (ApCiv 1.0702.09.582931-4/001, 1.ª Câmara, Civ., j. 14.02.2012, rel. Des. Alberto Vilas Boas, publicação da Súmula em 09.03.2012).

“Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação civil pública. Possibilidade jurídica do pedido presente. Propriedade rural. Função social e ambiental. Reserva legal em outro imóvel. Bacia hidrográfica diversa. Inadmissibilidade. Prazo e multa. Fixação correta. Sentença confirmada. 1. A possibilidade jurídica está vinculada à existência, em abstrato, no ordenamento jurídico processual, de providência para a pretensão deduzida. 2. É juridicamente possível a ação civil pública para invalidar a averbação de reserva legal, com fundamento no Código Florestal. 3. O direito de propriedade deve atender a sua função social e ambiental, o que torna legítima a imposição ao proprietário rural de comportamento positivo visando à reabilitação dos processos ecológicos e à conservação da biodiversidade. 4. A averbação da reserva legal na matrícula do imóvel rural, como um desses comportamentos positivos impostos, deve ser feita no mesmo imóvel, admitida a compensação em outro desde que pertencente à mesma bacia hidrográfica. 5. É irregular a averbação de reserva legal compensatória com imóvel situado em outra bacia hidrográfica porque não atende à proteção do ecossistema. 6. Observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fixação do prazo para cumprimento da obrigação e a multa diária respectiva, devem ser mantidas. 7. Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas. 8. Sentença que acolheu a pretensão inicial confirmada em reexame necessário, prejudicada a apelação voluntária e rejeitada uma preliminar” (ApCiv c/ Reexame Necessário 1.0702.08.513369-3/001, 2.ª Câmara, Civ., j. 04.10.2011, rel. Des. Caetano Levi Lopes, publicação da Súmula em 04.11.2011).

Desse modo, resta evidente a ilegalidade do ato praticado pelo Instituto Estadual de Florestas – IEF, ora apelado, uma vez que autorizou a compensação de re-

serva legal em área localizada fora da microbacia hidrográfica onde estão situados os imóveis rurais de propriedade dos réus. Sendo assim, a nulidade da averbação é medida que se impõe.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedentes os pedidos iniciais, determinando o cancelamento do registro de averbação da reserva legal florestal à margem dos imóveis de matrícula 31.051 e 33.830, no Cartório do 1.º Ofício de Registro de Imóveis de Uberlândia, referente a reserva instituída no Município de Januária, de matrícula 16.658, devendo os primeiros réus, José Francisco de Mendonça, Carlos Eduardo Mendonça e Juliano de Mendonça, no prazo de 120 (cento e vinte) dias (art. 3.º da Lei 7.347/1985), regularem a área de reserva legal da propriedade, na forma do art. 44 da Lei 4.771/1965, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), limitada a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Por oportuno, deixo de fixar as custas processuais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/1985.

VOTO – *Des. Afrânio Vilela* (revisor): Peço vênha à eminente relator, Des. Hilda Teixeira da Costa, para divergir de seu judicioso voto e negar provimento ao recurso, pelas razões que passo a expor.

A Reserva Legal ou Reserva Floresta Legal estava prevista na Lei 4.771/1965, com redação dada pela Lei 7.803/1989, alterada pela MedProv 2.166-65, de 24.08.2001. Tratava-se, sob o ponto de vista jurídico, de uma limitação administrativa do direito de propriedade. Era limitação geral, compulsória, gratuita, perpétua e inalterável, sujeita à averbação à margem da inscrição imobiliária.

Segundo o art. 16, § 8.º, da Lei 4.771/1965:

“Art. 16.

(...)

§ 8.º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de 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.”

A finalidade da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel era a publicidade, para que futuros adquirentes soubessem sua localização, seus limites e confrontações, uma vez que podem ser demarcadas em qualquer lugar da propriedade. Não visava apenas proteger a área vegetal dos atuais proprietários, mas de toda e qualquer pessoa que pudesse vir a adquirir a propriedade, a posse ou o direito de sua exploração.

Todavia, a Lei 4.771/1965 foi revogada pela Lei 12.651, de 25.05.2012, que passou a prever o seguinte:

“Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade

de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

(...)

§ 3.º A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Poder Executivo.”

Ainda, segundo o art. 18, § 4.º, da sobredita Lei:

“Art. 18. *Omissis*

(...)

§ 4.º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis.”

Pela leitura dos dispositivos supra, tem-se que toda propriedade rural é obrigada a registrar a reserva legal no CAR, o que, conseqüentemente, desobriga a averbação no Serviço de Registro de Imóveis.

No caso em apreço, o pedido formulado pelo Ministério Público não encontra mais amparo na legislação, eis que o novo Código Florestal afastou a exigência de averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis, criando nova obrigação aos proprietários rurais, qual seja, de que se efetue o registro no Cadastro Ambiental Rural.

Ausente norma legal que ampare o pedido inicial, forçoso concluir pela sua improcedência.

Registre-se, apenas, que, quanto à compensação da reserva legal, a Lei 12.651/2012 prevê o cumprimento de novos requisitos para que seja possível, senão vejamos:

“Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:

(...)

III – compensar a Reserva Legal.

(...)

§ 5.º A compensação de que trata o inciso III do *caput* deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante:

I – aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA;

II – arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;

III – doação ao Poder Público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;

IV – cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

§ 6.º As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5.º deverão:

I – ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada;

II – estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada;

III – se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados.”

Observa-se, pois, que o novo Código Florestal permite a compensação da reserva legal com área localizada no mesmo bioma, podendo, inclusive, pertencer a outro Estado, exigindo-se, em qualquer situação, a prévia inscrição no CAR.

No caso em apreço, pela documentação carreada aos autos, não é possível aferir se estes requisitos foram ou não cumpridos, mormente porque a questão foi analisada sob a ótica do antigo Código Florestal, do qual não constavam estas exigências.

Feita esta observação, consoante acima explicitado, entendo ser o caso de desprovimento do recurso, eis que a nova legislação que rege a matéria não mais exige a averbação da reserva legal, pelo que o pedido formulado na inicial não deve prosperar.

Isto posto, com redobrada vênia à Exma. relatora, nego provimento ao recurso.

VOTO – *Des. Raimundo Messias Júnior*: Peço vênia à douta relatora para divergir de seu judicioso voto.

No julgamento do processo 1.0479.10.0096904/001, já expressei meu entendimento, no sentido de que a Lei 12.651/2012, que instituiu o novo Código Florestal, tornou facultativa a averbação da reserva legal.

Assim, acompanho o douto revisor, para negar provimento do recurso.

Sem despesas.

Súmula: “negar provimento ao recurso, vencida a relatora” (DJe 08.02.2013).

Tribunal de Justiça do Mato Grosso – Corregedoria-Geral da Justiça do Mato Grosso

TJMT – *Ap 2/2013* – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso – Decisão – j. 05.02.2013 – rel. Des. Márcio Vidal.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Suspitação de dúvida – Admissibilidade – Averbação da cartografia georreferenciada – Área levada para ser averbada que extrapola os limites do imóvel constante da matrícula – Procedimento administrativo registral que não se coaduna a causa de alta indagação – Necessidade de instrução fática e remessa à via ordinária que se evidencia – Inteligência do art. 212 da Lei 6.015/1973.

RESENHA

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face de decisão proferida pelo Juiz Diretor do Foro da Comarca de Comodoro, em suscitação de dúvida formulada pelo oficial registrador. A dúvida foi suscitada tendo em vista que o oficial indeferiu a averbação da cartografia georreferenciada sob o argumento de que a referida cartografia extrapola os limites do imóvel e que a hipótese é de alta indagação, merecendo solução nas vias ordinárias, em razão da complexidade das provas que deverão ser produzidas. Os suscitados apresentaram impugnação, sustentando que o georreferenciamento foi realizado em conformidade com as normas vigentes, e que, embora constatada diferença à maior, esta não impede a averbação da identificação geodésica do imóvel. Ao decidir sobre o caso, o Juiz Diretor do Foro da Comarca de Comodoro sentenciou em conformidade com a manifestação do Ministério Público, decidindo pela impossibilidade da averbação e remetendo as partes às vias ordinárias para propositura da ação pertinente. O suscitado, ora apelante, alegou que o georreferenciamento foi realizado por profissionais habilitados e, caso houvesse irregularidades, o pedido de georreferenciamento teria sido negado pelo Incra, não podendo o oficial registrador extrapolar sua competência, gerando dúvidas sobre documentação autêntica. Ademais, o apelante afirmou que não houve investida em áreas de terrenos vizinhos, conforme carta de anuência de todos os atuais proprietários. O oficial registrador, por sua vez, reafirmou que este procedimento não admite a produção de provas, devendo ser remetido às vias ordinárias.

Ao julgar o recurso, o Des. Márcio Vidal, Corregedor-Geral da Justiça, esclareceu, inicialmente, que a Corregedoria-Geral da Justiça qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam praticar atos de conteúdo jurisdicional e que, no caso em tela, não se discute apenas o indeferimento da averbação cartográfica georreferenciada, mas também a idoneidade do georreferenciamento apresentado e dos profissionais que o realizaram. Assim, a utilização da retificação de registro é inadequada, quando a área informada

do imóvel diverge daquela constante no Registro de Imóveis, já que, na hipótese, a retificação implica em aquisição da propriedade, não sendo este seu objeto. Além disso, o Desembargador afirmou que os próprios suscitados reconhecem que o georreferenciamento ultrapassa os limites do imóvel, argumentando, inclusive, que o excedente é fruto de posse mansa e pacífica e que é lícito ao oficial registrador negar o pedido de retificação quando houver divergência entre a descrição contida na planta e memorial descritivo em relação a constante na matrícula imobiliária.

Diante do exposto, o Desembargador decidiu julgar improvido o recurso interposto, reafirmando ser necessária a remessa às vias ordinárias para que haja a efetiva participação dos interessados, bem como seja realizada a instrução necessária para a correta identificação da área.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso.

Ap 2/2013 (PTG 0003666-75.2013.8.11.0000).

Classe: Recurso administrativo.

Origem/Comarca: Comodoro.

Recorrentes: Modesto Marafon; João Ricardo Lazerris e José Carlos Freitas Fugihara.

Recorrido: Almir Barbosa Santos.

Assunto: Recorre da decisão proferida pelo diretor do Fórum da Comarca de Comodoro, que julga procedente a suscitação de dúvida – código 34.892 – formulada pelo registrador Rogério Vilela Victor de Oliveira, indeferindo a averbação da cartografia georreferenciada 131007000002-80 a margem da matrícula do imóvel 461, denominada Fazenda Marajá.

Ementa do Editorial: Suscitação de dúvida. Averbação da certificação de georreferenciamento que não é uma simples retificação – Acréscimo e sobreposição de áreas – Apenas as provas constantes dos autos não admitem a retificação por simples procedimento voluntário – Necessário ajuizamento de ação própria.

ACÓRDÃO – Vistos, etc. Trata-se de recurso de apelação, interposto por Modesto Marafon, João Ricardo Lazerris e José Carlos Freitas Fugihara, contra a decisão proferida pelo juiz diretor do foro da Comarca de Comodoro, nos autos da suscitação de dúvida, formulado pelo Notário e Registrador Rogério Vilela Victor de Oliveira.

A suscitação se deu pelo fato de o registrador indeferir a averbação da cartografia georreferenciada da matrícula do imóvel 461, denominada Fazenda Marajá, sob o argumento de que a referida cartografia extrapola os limites do imóvel matricula-

do. Sustentou também o requerido que a hipótese é de alta indagação, merecendo solução nas vias ordinárias, em razão da complexidade das provas que deverão ser produzidas.

Nas (f.-CGJ), os suscitados apresentaram impugnação ao pedido do solicitante, sustentando que o georreferenciamento foi realizado em conformidade com as normas vigentes, e que, embora constatada diferença a maior, tal diferença não impede a averbação da identificação geodésica do imóvel.

O Ministério Público se manifestou pela não averbação do georreferenciamento apresentado ao Tabelião suscitante. O MM. Juiz Diretor do Foro sentenciou nesse sentido, remetendo as partes suscitadas às vias ordinárias para que seja provida a ação pertinente.

No recurso de apelação (f.-CGJ), alega o suscitado, ora apelante, que o georreferenciamento fora realizado por profissionais gabaritados e, caso houvesse alguma irregularidade, o pedido de georreferenciamento seria negado pelo Incra, não podendo o Cartório extrapolar sua competência, gerando dúvidas sobre documentação autêntica.

Afirma que não houve qualquer investida em áreas de terrenos vizinhos, consoante carta de anuência de todos os atuais proprietários, inexistindo qualquer vedação para a averbação da certificação.

O oficial registrador apresentou as contrarrazões ao recurso de apelação, alegando que a sentença não merece qualquer reparo e reafirmando que este procedimento não permite a produção de provas, devendo ser remetido às vias ordinárias.

É a síntese.

Fundamento e decido.

De início, faz-se mister esclarecer que a Corregedoria-Geral da Justiça, embora integrando a estrutura do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam praticar atos de conteúdo jurisdicional, capazes de assegurar direitos e interesses individualizados, passíveis de serem defendidos pelas medidas e recursos judiciais previstos na legislação material e processual.

Em se tratando de atuação administrativa, a formalidade empregada na solução dos casos submetidos à Corregedoria deve propiciar certeza, segurança, contraditório, porém, de forma simples, despido de formalidades excessivas; apenas o suficiente para garantia da perfeita e adequada prestação dos serviços públicos jurisdicionais.

No caso em tela, o que se discute não é apenas o indeferimento da averbação cartográfica georreferenciada. Analisando as razões de fato, a discussão que paira é mais abrangente, chega à idoneidade do georreferenciamento apresentado e a seus responsáveis técnicos, por consequência.

Nesse compasso, a utilização da retificação de registro é inadequada, quando a área informada do imóvel é incompatível com a constante no registro imobiliário, pois, nesta hipótese, a retificação implicação em aquisição de propriedade, não sendo este seu objeto.

A retificação de registro de área é matéria prevista nos arts. 212 e 213 da Lei 6.015/1973:

“Art. 212. Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213 facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.”

A retificação, prevista no artigo supramencionado e seguinte da Lei de Registros Públicos, tem como pressuposto a verificação de errônia no assentamento da escritura pública ou do registro. Pressupõe, portanto, a correção de erros e omissões constantes no registro do imóvel, quando este se encontra em descompasso com o título aquisitivo.

Extraí-se dos autos que os próprios suscitados reconhecem que o georreferenciamento ultrapassa os limites do imóvel matriculado 461, argumentando, inclusive, que o excedente é fruto de uma “posse mansa e pacífica ao longo de sua sucessão”.

Consoante entendimento doutrinário vigente, a ação de retificação não pode ser manuseada, visando à aquisição de propriedade, substituir a usucapião, ou mesmo acrescentar a área constante do registro.

Nesse sentido, é também o entendimento do STJ e dos principais Tribunais brasileiros, conforme se observa nos seguintes julgados:

“Recurso especial. Civil. Retificação de registro de imóvel. Art. 213 da Lei 6.015/1973. Enunciado 7 do STJ. Incabível a reapreciação do suporte fático-probatório da causa em sede de recurso especial, a teor do Enunciado 7 da Súmula deste pretório. A ação de retificação de registro não se presta para a aquisição de propriedade de imóvel sem o correspondente título dominial, nem tampouco para o acréscimo significativo da área original. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 689.628/ES (2004/0132590-5), 4.^a T., j. 06.12.2005, v.u., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 20.03.2006).

“Registro público. Retificação de área. Registro imobiliário. Hipótese que evidencia a intenção do apelante de dobrar a área de suas terras. Inviabilidade. A retificação não se destina a permitir acréscimo à propriedade, sem justo título, e não se compatibiliza com o aprimoramento administrativo previsto na Lei 6.015/1973, o qual decorre de mero erro escritural. Se a retificação que se pretende não é de simples erro existente no registro de título de domínio do imóvel, e sim implica substancial acréscimo da área constante do registro, incabível se torna o pedido, nos termos da referida Lei, já que acarreta, de forma imprópria, aquisição de

outro terreno, com área maior que a daquele constante na escritura. Ademais, a retificação de área não pode substituir o usucapião ou criar um outro modelo de aquisição de propriedade” (TJMG, ApCiv 1.0024.02.800949-6/001, 4.^a Câ. Civ., j. 24.11.2005, v.u., rel. Hyparco Immes, DJ 14.03.2006).

“Retificação de registro. Se a retificação que se pretende não é de simples erro existente no Registro de Título de Domínio de Imóvel, mas sim de área dele constante, a lhe implicar substancial acréscimo, o que importa, de forma imprópria, aquisição de outro terreno, com área maior que a daquele constante na escritura, para tal fim não se presta o procedimento regulado no art. 213 da Lei 6.015/1973” (TJMG, ApCiv 1.0720.04.014224-5/001, 5.^a Câ. Civ., j. 31.03.2005, v.u., rel. José Francisco Bueno, DJ 19.04.2005).

“Registro público. Imóvel. Retificação de área. Erro não demonstrado. Procedimento inadequado. Aproveitamento do processo. Quando ‘evidente o propósito de obter acréscimo de área, a via retificatória é inaplicável, por ser vedado tornar-se proprietário mediante transcrição, independentemente de título válido (AC 35.800, Des. Francisco Oliveira Filho)’” (TJSC, ApCiv 2007.029704-4, 1.^a Câ. de Direito Público, v.u., rel. Newton Trisotto, DJ 04.06.2008).

“Recurso de apelação cível. Ação de retificação de registro de imóvel. Aumento de área. Impossibilidade. Aplicação do art. 213, § 4.^o, da Lei 6.015/1973. Sentença anulada. Recurso provido.

Quando restar demonstrado o objetivo de obter acréscimo de área, inadequado o procedimento via ação retificadora, ante a vedação expressa desta se tornar meio de aquisição da propriedade” (TJMT, Ap 32.393/2012, 4.^a T., Câ. Civ., j. 04.09.2012, Des. José Silvério Gomes, DJe 17.09.2012). Em conformidade a doutrina notarial e registral leciona que:

“Os procedimentos de dúvida por se tratar de natureza administrativa não se admitem discussões de alta indagação para o deslinde de ações complexas (PAIVA, João Pedro Lamana, *Procedimento de dúvida no Registro de Imóveis*, 3. ed., p. 65).

A dúvida registraria se restringe à solução de dissenso entre o apresentante do título e o Oficial de Registro referente o registro, em sentido estrito, de título relativo a direito imobiliário e não causas de alta indagação, por ser este, um processo administrativo (SWENSSON, Walter Cruz. *Manual de registro de Imóveis*, Saraiva, 1991, p. 132). Não cabe a esta Corregedoria, nem ao Cartório, retificar a discrepância física afirmada no georreferenciamento, pois devem agir com cautela, sob pena de alterar, indiretamente, propriedade de terceiros.

Outrossim, é lícito e prudente que sempre que não for possível verificar que o registro corresponde ao imóvel descrito na planta e no memorial descritivo, e houver dúvidas quanto ao ato a ser retificado, a retificação seja negada pelo oficial de registro de imóveis.”

Desse modo, tendo em vista que a pretensão e o suporte fático apresentados não podem ser satisfeitos por meio da via processual manuseada, não merece aco-

lhimento o pedido delineado na inicial, em conformidade com o entendimento jurisprudencial acima.

A imediata averbação da certificação de georreferenciamento emitida pelo Incra 131003000004-37 não é uma simples retificação: haverá um acréscimo e sobreposição de áreas, e apenas pelas provas constantes dos autos, não vejo a possibilidade de se admitir a retificação por simples procedimento voluntário. Entendo, pois, ser necessário o ajuizamento de ação própria de jurisdição contenciosa.

Diante do que foi analisado, desprovejo o recurso manejado nestes autos, reafirmando ser necessário que seja remetido às vias ordinárias para que haja efetiva participação de todos os interessados, bem como seja realizada a instrução necessária para correta identificação da área objeto da matrícula 461.

Publique-se. Registre-se.

Transitado em julgado, arquivem-se os autos.

Às providências.

Cuiabá, 05 de fevereiro de 2013 – MÁRCIO VIDAL, Corregedor-Geral da Justiça.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro

TJRJ – *Processo 2012.0221690* – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Decisão – j. 05.04.2013 – rel. Juiz auxiliar Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes – DJe 17.04.2013 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Cadastro ambiental rural – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade de averbação cartorária da área de reserva legal – Período de transição, entre a publicação da nova legislação e a implantação do novo banco de dados, em que deve ser mantida a obrigação registral no cartório de imóveis – Lei novel, ademais, que não revogou o texto da Lei de Registros Públicos.

RESENHA

Trata-se de procedimento administrativo deflagrado pela Dipex/DGFEX, que teve como objetivo a análise da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal) e a possível alteração dos arts. 598 e 599 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça – parte extrajudicial – em decorrência de questionamento efetuado pela oficial registradora imobiliária quanto à necessidade de ser exigida, a prévia averbação da reserva legal, nas hipóteses de transmissão, desmembramentos, retificações etc. de imóveis rurais. Em sua manifestação, a Divisão de Instrução e Pareceres para Serventias Extrajudiciais ressaltou que há a necessidade de averbação da reserva legal no Registro de Imóveis, ainda que o novo Código Florestal estabeleceu que tal área deve ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR). A Anoreg, por sua vez, opinou desfavoravelmente às alterações dos arts. 598 e 599 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça, fundamentando que o novo Código Florestal suprimiu a obrigatoriedade da averbação da reserva legal no Registro Imobiliário e salientando que, a exigência de averbação sem amparo legal daria início a um processo de informalidade do direito de propriedade.

Ao julgar o caso, o MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, entendeu que o novo Código Florestal afastou a necessidade de averbação da reserva legal na matrícula imobiliária, de acordo com a redação do art. 18, § 4.º, do novo Código Florestal, à medida que seja feito seu registro no CAR. Contudo, observou o MM. Juiz Auxiliar, que a inscrição no CAR será obrigatória apenas um ano após a implantação do referido cadastro, dependendo, ainda, de regulamentação do Poder Executivo, conforme disposição do art. 29, § 3.º, do mesmo diploma. Sendo assim, entendeu o Magistrado que a regra prevista no art. 167, II, n. 22, da Lei 6.015/1973 (Lei

de Registros Públicos) continua em vigor, com a diferença de que o novo Código Florestal tornou facultativa a averbação em questão. Ademais, afirmou que, no período de transição entre a publicação do novo Código Florestal e a implantação do órgão responsável pelo CAR, não é possível o cumprimento do mencionado art. 18, *caput*.

Posto isto, MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça decidiu que, ante a alteração do art. 18, § 4.º, do novo Código Florestal, por intermédio da Lei 12.727/2012, a averbação da reserva legal no Registro de Imóveis, ainda que antes da implantação do CAR, tornou-se facultativa.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Processo 2012.0221690.

Assunto: Nova Lei ambiental (12.651/2012). Análise e possível alteração dos art. 598 e 599 do CNCGJ.

CGJ – Divisão de Instruções e Pareceres para Serventia Extrajudiciais.

Ementa do Editorial: Registro imobiliário – Cadastro Ambiental Rural (CAR) – Código Florestal que retira a obrigatoriedade de averbação cartorária da área de reserva legal – Período de transição, entre a publicação da nova legislação e a implantação do novo banco de dados em que deve ser mantida a obrigação registral no cartório de imóveis – Lei novel, ademais, que não revogou o texto da Lei de Registros Públicos.

DECISÃO: Trata-se de procedimento administrativo deflagrado pela Dipex/Dgfex objetivando a análise do novo Código Florestal – Lei 12.651/2012 e, consequentemente, a possível alteração dos arts. 598 e 599 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça (parte extrajudicial), em decorrência de questionamento efetuado pela Ilma. Delegatária do Ofício Único da Comarca de Silva Jardim quanto à necessidade de ser exigida, pelo oficial registrador, a prévia averbação da reserva legal nas hipóteses de transmissão de imóveis rurais, seus desmembramentos, retificações etc.

A Divisão de Instrução e Pareceres para Serventias Extrajudiciais, em sua manifestação de (f.), ressaltou que, em que pese o novo Código Florestal estabelecer que a área de reserva legal deva ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR (Cadastro Ambiental Rural), há a necessidade de se averbar a reserva legal no Registro de Imóveis.

Fundamenta a sua proposta de alteração normativa em decisão proferida pelo STJ, na qual estabelece ser imprescindível a averbação da reserva legal no registro

de imóveis, com o fim de obtenção de isenção do Imposto Territorial Rural, bem como no fato de que o novo Código Florestal não revogou o art. 167, II, 22, da Lei 6.015/1973.

Por sua vez, a Anoreg manifestou-se às (f.), opinando desfavoravelmente às alterações dos arts. 598 e 599 da Consolidação Normativa da CGJ, ao fundamento de que o novo Código Florestal suprimiu a obrigatoriedade da averbação da reserva legal no registro imobiliário, criando um cadastro denominado CAR – Cadastro Ambiental Rural, no qual serão registradas as reservas legais. Salientou, ainda, que a exigência de averbação sem amparo legal daria início a nefasto processo de informalidade do direito de propriedade.

É o breve relatório.

A questão tratada nestes autos gira em torno das alterações relativas à reserva legal decorrentes da Lei 12.651/2012 – novo Código Florestal.

Inicialmente, cumpre destacar que a Reserva Legal ou Reserva Florestal Legal estava prevista na Lei 4.771/1965 (art. 16, § 8.º), com redação dada pela Lei 7.803/1989, alterada pela MedProv 2.166/1961, de 24.08.2001, sendo sua área sujeita à averbação à margem da inscrição imobiliária.

Veja-se:

“Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

(...)

§ 8.º *A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de 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.*”

Todavia, a Lei 4.771/1965 foi revogada pela Lei 12.651/2012, que passou a regular a matéria:

“Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

(...)

§ 4.º *O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato (redação dada pela Lei 12.727, de 2012).*”

“Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, registro público eletrôni-

co de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.”

Portanto, o novo Código Florestal, instituído pela Lei 12.651/2012, expressamente afastou a necessidade de averbação da reserva legal à margem da matrícula do imóvel, à medida que seja feito o seu registro no CAR.

Ou seja, diante da nova normatização legal, a área de reserva legal deverá não mais ser averbada junto ao Serviço de Registro de Imóveis, mas sim, registrada perante o órgão ambiental competente por meio de inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR.

Entretanto, há de se destacar, ainda, que a inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR apenas será obrigatória um ano após a implantação do referido cadastro, dependendo, ainda, de regulamentação do Poder Executivo, conforme o disposto no art. 29, § 3.º, da Lei 12.651/2012.

“Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

(...)

§ 3.º A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Poder Executivo.”

Assim, há dois aspectos temporais a serem observados.

O primeiro, após a implantação do órgão responsável pelo CAR, quando a averbação da Reserva Legal no Serviço de Registro de Imóveis deixa de ser obrigatória (cf. art. 18, § 4.º, 1.ª parte, da Lei 12.651/2012).

A nosso sentir, tratando-se de regra legal de mesma hierarquia, além de mais nova e específica, não poderia a norma do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 deixar de se sobrepor à do art. 167, II, 22, da Lei 6.015/1973 (regra, aliás, incluída por força da Lei 11.284/2006), que trata da averbação da reserva legal no Serviço de Registro de Imóveis.

Outrossim, a regra do art. 167, II, 22, da Lei 6.015/1973 continua em vigor, isto é, a reserva legal continua passível de averbação no Serviço de Registro Imobiliário. A diferença é que a Lei 12.651/2012 tornou facultativo o ato de averbação, que até então era obrigatório.

O segundo, enquanto não implantado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, regis-

tro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais (cf. art. 29, *caput*, da Lei 12.651/2012).

Nesse período de transição entre a publicação da Lei 12.651/2012 e a implantação do órgão responsável pelo CAR, não se tem como aplicável a regra do seu art. 18, *caput* (“Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei”).

E, por conseguinte, passou a dispor do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012, com a redação da Lei 12.727, de 17.10.2012, que:

“§ 4.º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato (redação dada pela Lei 12.727/2012).”

A atual redação do art. 18, § 4.º deixa claro o caráter facultativo da averbação da reserva legal à margem da matrícula imobiliária, quando aponta que a averbação depende do desejo do interessado.

Em suma, por força da alteração do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 por intermédio da Lei 12.727/2012, temos que a averbação da reserva legal, ainda que antes da implantação do Cadastro Ambiental Rural – CAR, tornou-se facultativa.

Assim sendo, proceda-se à publicação deste *decisum*.

Após, voltem conclusos.

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2013 – SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES, Juiz auxiliar da CGJ.

Tribunal de Justiça de São Paulo – Conselho Superior da Magistratura

TJSP – *ApCiv 0000293-93.2012.8.26.0116* – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 08.11.2012 – v.u. – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 29.01.2013 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Procedimento de dúvida registral em que foi negado registro de escritura pública de compra e venda por ser impossível o cancelamento da cláusula de reversão de doação e a necessidade de cientificação dos interessados no documento – Condição resolúvel da propriedade que não necessita de expressa advertência às partes – Cautela exagerada configurada ante a ciência inequívoca dada pela regular averbação da disposição na matrícula do bem.

RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que julgou procedente a dúvida suscitada, mantendo a recusa para o registro de escritura pública de compra e venda por entender impossível o cancelamento de cláusula de reversão, além da necessidade da indicação expressa, no título, do conhecimento da mencionada cláusula pelos interessados. A apelante sustentou, em suas razões, não ter interesse no cancelamento da cláusula de reversão e argumentou, ao final, que a condição resolúvel da propriedade não é embaraço ou ônus que mereça indicação na escritura pública de compra e venda, ainda mais quando averbada a cláusula na matrícula imobiliária.

Após a análise do recurso interposto, o Corregedor-Geral da Justiça e relator, Des. José Renato Nalini, entendeu que, no caso em tela, a exigência de expressa advertência no título, no que diz respeito à condição resolúvel da propriedade, mostra-se excesso de cautela do oficial registrador e que o conhecimento inequívoco da condição resolúvel da propriedade decorre da regular averbação da cláusula de reversão na matrícula imobiliária, ainda que não bastasse à confissão nos autos pela apelante. Entendeu também que o donatário do bem imóvel graciosamente recebido por doação pode dispor livremente da coisa, uma vez que inexistente óbice de inalienabilidade ou qualquer outro embaraço na Lei Civil.

Posto isto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do Desembargador relator, dar provimento ao recurso, determinando o registro da escritura pública.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0000293-93.2012.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão em que é apelante Maria Lúcia Lencastre Ursaia e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, para o fim de determinar o registro da escritura, de conformidade com o voto do Desembargador relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Ivan Ricardo Garisio Sartori, Presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Francisco Roberto Alves Bevilacqua, Decano, Samuel Alves de Melo Junior, Antonio José Silveira Paulilo e Antonio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 08 de novembro de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e relator.

VOTO – *Ementa: Dúvida registral – Doação – Cláusula de reversão – Averbação na matrícula do imóvel – Dispensa de declaração de conhecimento dos interessados – Publicidade registral – Recurso provido.*

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Lúcia Lencastre Ursaia contra a sentença de procedência da dúvida proferida pelo r. Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis da Comarca de Campos do Jordão, que manteve a negativa de registro de escritura pública, sob os seguintes argumentos: impossibilidade de cancelamento da cláusula de reversão e necessidade da indicação expressa na escritura pública do conhecimento da cláusula pelos interessados.

O apelante, em suas razões de recurso, alega não ter interesse no cancelamento da cláusula de reversão, ciente dos óbices apontados, sustentando, ao final, que a condição resolúvel da propriedade imóvel não é embaraço ou ônus que mereça indicação na escritura pública de compra e venda, ainda mais quando averbada a cláusula na matrícula do imóvel.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f.).

É o relatório.

Prejudicada a questão envolvendo o cancelamento da cláusula de reversão devidamente averbada na matrícula 17.479 do imóvel objeto deste procedimento administrativo, por consenso das partes quanto a sua dispensa para fins de registro, passo a análise do outro argumento obstativo do ato registral.

A decisão do Juiz Corregedor Permanente merece reforma.

A exigência de expressa advertência às partes na escritura pública da condição resolúvel da propriedade do bem imóvel adquirido mostra-se cautela exagerada no caso em tela para fim de impedir o registro.

De fato, a propriedade tem como uma de suas características a perpetuidade. Todavia, como salienta Orlando Gomes: “a ordem jurídica admite situações nas quais a propriedade torna-se temporária. Quando sua duração se subordina a uma condição resolutiva, ou termo final, previsto no título constitutivo do direito, diz-se que há propriedade resolúvel. Quando não é adquirida para durar certo tempo, mas se apresenta potencialmente temporária, podendo seu titular perde-la por força de certos acontecimentos, diz-se que há propriedade *ad tempus*” (*Direitos reais*, 19. ed., atual. por Edson Luiz Fachin, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 265).

O donatário do bem imóvel graciosamente recebido pode dispor livremente da coisa, inexistindo óbice de inalienabilidade ou qualquer embaraço na lei civil.

A ciência inequívoca da condição resolúvel da propriedade da coisa, ainda que não bastasse à confissão nos autos pela apelante, decorre da regular averbação da cláusula de reversão na matrícula do imóvel – (f.).

“Diante da publicidade do registro do instrumento, o eventual adquirente do bem será sujeito passivo de ação reivindicatória após o óbito do alienante, na medida em que a resolução da propriedade conduz à extinção dos direitos reais concedidos pelo proprietário, devolvendo ao doador isenta de ônus e restrições (art. 1.359 do CC/2002)” (coordenador Min. Cezar Peluso, *Código Civil comentado*, 4. ed., São Paulo, Manole, p. 590).

Portanto, merece guarida o recurso administrativo interposto, para o fim de julgar improcedente a dúvida.

Pelo todo exposto, dou provimento ao recurso para o fim de determinar o registro da escritura.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

TJSP – *ApCiv 0006900-43.2010.8.26.0068* – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 13.12.2012 – v.u. – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 01.03.2013 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

COMPRA E VENDA – Registro de escritura pública em que não consta o CNPJ do vendedor – Inadmissibilidade – Empresa estrangeira que encerrou suas atividades no Brasil – Legislação registral e ato normativo da Receita Federal que não dispensam da obrigação a pessoa jurídica proprietária de bem imóvel situado no Brasil – Inteligência do art. 176, III, 2, b, da Lei 6.015/1973.

RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de sentença proferida pelo juízo *a quo*, que decidiu pela impossibilidade de registro de escritura pública de compra e venda que não indica o número do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da empresa estrangeira vendedora. O apelante, em suas razões, interpôs a apelação cível mencionada, informando que tal empresa encerrou suas atividades no Brasil, em conformidade com a legislação aplicável.

Ao analisar as razões recursais, o rel. Des. José Renato Nalini, citando precedentes jurisprudenciais, afirmou que, no Conselho Superior da Magistratura paulista, é pacífico o entendimento da aplicação da legislação em vigor no momento da realização do registro público (*tempus regit actum*) e afirmou que a indicação do CNPJ da vendedora é requisito para o registro do título. Apontou, também, a redação do art. 11, XIV, *a*, n. 1, da IN 748, da Receita Federal do Brasil, que obrigou a vendedora, pessoa jurídica estrangeira proprietária de bem imóvel situado no Brasil, a inscrever-se no CNPJ. Ademais, concluiu o relator que o encerramento das atividades da empresa estrangeira vendedora no Brasil e a dificuldade no encontro de seus representantes não tem aptidão jurídica para afastar essa exigência. Da mesma forma, afirmou que a autorização da venda do imóvel pela Secretaria do Patrimônio da União não afasta a previsão legal, uma vez que, se refere a situação jurídica absolutamente diversa.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto do Desembargador relator, julgar improvido o recurso, entendendo que a indicação do CNPJ da vendedora é requisito que não pode ser afastado, ainda que a empresa tenha sido encerrada e seja difícil encontrar seus representantes.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Ementa: Registro de imóveis – Pessoa jurídica estrangeira proprietária de bem imóvel no Brasil – Necessidade da inscrição e indicação do CNPJ na escritura pública de compra e venda em conformidade à Lei dos Registros Públicos e normas administrativas incidentes – Recurso não provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0006900-43.2010.8.26.0068 da Comarca de Barueri, em que é apelante Wafa Wehbe Spiridon e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Ivan Ricardo Garisio Sartori, Presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Carlos Augusto de Santi Ribeiro, Decano em exercício, Samuel Alves de Melo Junior, Antonio José Silveira Paulilo e Antonio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça.

VOTO – Ementa: Registro de imóveis – Pessoa Jurídica Estrangeira proprietária de bem imóvel no Brasil – Necessidade da inscrição e indicação do CNPJ na Escritura Pública de Compra e Venda em conformidade à Lei dos Registros Públicos e normas administrativas incidentes – Recurso não provido.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que reconheceu impossibilidade do registro de Escritura Pública de Compra e Venda referentemente ao imóvel constante da transcrição 86.290 em razão de não constar o CNPJ da vendedora no título.

Sustenta a apelante a possibilidade do registro em razão da empresa estrangeira vendedora haver encerrado suas atividades no Brasil em conformidade à legislação aplicável (f.).

O processo foi remetido pela Corregedoria-Geral da Justiça a este Conselho Superior da Magistratura (f.).

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f.).

É o relatório.

No Conselho Superior da Magistratura é pacífico o entendimento da aplicação da legislação em vigor no momento da realização do registro público (*tempus regit actum*).

Nesse sentido, confira-se extrato do voto do Des. Munhoz Soares na ApCiv 990.10.172.750-1, j. 03.08.2010, como segue:

“O argumento de regularidade da escritura pública quando da lavratura em cartório é anódino, pois em matéria registraria aplica-se a parêmia *tempus regit actum*: o título deve guardar conformidade com as regras do registro no momento da apresentação.”

É antiga a orientação do Conselho Superior da Magistratura sobre o tema (ApCiv 262.368, rel. Des. Acácio Rebouças, j. 22.08.1977; ApCiv 1.241-0, rel. Des. Bruno Affonso de André, j. 24.03.1983).

Diante disso, havendo norma administrativa consistente na art. 11, XIV, *a*, 1, da IN 748, da Receita Federal do Brasil, obrigando a vendedora, pessoa jurídica estrangeira proprietária de bem imóvel situado no Brasil, à inscrição no cadastro nacional das pessoas jurídicas, quando seja proprietária de imóvel, cabe concluir pela obrigatoriedade dessa providência.

De outra parte, na forma ressaltada pela D. Procuradoria Geral da Justiça, o art. 176, III, 2, *b*, da Lei 6.015/1973, tem a seguinte redação:

“III – são requisitos do registro no livro 2:

2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como:

b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.”

Nestes termos, é requisito do registro a indicação do CNPJ da vendedora nos termos da Lei dos Registros Públicos.

O encerramento das atividades da empresa estrangeira vendedora no Brasil e a dificuldade no encontro de seus representantes não tem aptidão jurídica para afastar essa exigência.

Da mesma forma, a autorização da venda do imóvel pela Secretaria do Patrimônio da União não tem o condão de afastar tal previsão legal em virtude de se referir a situação jurídica absolutamente diversa.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça.

TJSP – *ApCiv 0011879-16.2011.8.26.0132* – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 18.10.2012 – v.u. – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 17.01.2013 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

DOAÇÃO – Imóvel público – Recusa de registro de escritura pública – Admissibilidade – Município que transfere bem ao particular em desacordo com a sua lei orgânica e com a Lei 8.666/1993 – Falta de avaliação prévia e de autorização legislativa – Ofensa ao princípio da legalidade que se evidencia.

RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta objetivando a reforma de sentença proferida pelo juízo *a quo*, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo oficial registrador, mantendo a recusa do registro de escritura pública, por meio da qual a apelante adquiriu do Município um imóvel sem o cumprimento dos requisitos previstos no art. 17, I, b e II, a, da Lei 8.666/1993. Em suas razões, a apelante alegou que o título cumpre todos os requisitos registrários, não cabendo ao oficial registrador examinar a legalidade do ato nele contido. Afirmou, também, que não houve desrespeito à mencionada lei, porque os Municípios não estão sujeitos ao cumprimento de seu art. 17, I, b, conforme ADIn 927, do STF.

Ao analisar o recurso, o rel. Des. José Renato Nalini entendeu que o negócio jurídico deixou de observar os requisitos legais, conforme asseverado pelo oficial registrador. Isso porque, de acordo com o art. 97 da Lei Orgânica local e do art. 17 da Lei 8.666/1993, a alienação de bem imóvel público depende, em regra, do encontro dos seguintes requisitos: interesse público, prévia avaliação, autorização legislativa e licitação. Ademais, de acordo com o voto do Desembargador relator, o Tribunal de Justiça paulista, ao julgar outro caso, entendeu que: "o STF não suspendeu o dispositivo legal que determina a prévia realização de licitação para alienação, na modalidade concorrência (art. 17, I, da Lei 8.666/1993); a suspensão da alínea b, do inc. I do art. 17, apenas permitiu que, agora, haja doações tanto a órgãos públicos quanto a particulares, sem afastar as regras gerais do art. 17, I, que demandam autorização legislativa, avaliação prévia e licitação". Prosseguindo em seu raciocínio, afirmou que, em relação à aferição da presença do interesse público na doação do imóvel, não cabe ao oficial registrador questioná-la, presumindo-se que a municipalidade estava agindo em nome do interesse público e sob sua responsabilidade. Entretanto, em respeito ao princípio da legalidade, não pode deixar o oficial imobiliário de exigir a comprovação de prévia avaliação e de autorização legislativa para a doação em questão, por se tratar de requisitos extrínsecos do título expressamente previstos em lei, logo passíveis de sua aferição.

Sendo assim, quanto à autorização legislativa e à prévia avaliação, o Desembargador relator observou que existe razão ao oficial registrador. No primeiro caso, a legislação local não individualiza, indica ou discrimina o bem a ser doado, requisitos necessários para o negócio pretendido. No segundo, afirmou que não há qualquer indício nos autos de que a avaliação tenha ocorrido. Assim, entendeu que houve violação ao princípio da legalidade e manteve a recusa para o registro do título.

Posto isto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do Desembargador relator, negar provimento ao recurso, mantendo a decisão proferida pelo juízo *a quo*, no sentido de impedir o registro da escritura pública.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ApCiv 0011879-16.2011.8.26.0132.

Apelante: Hidrauquip Conexões de Alta Pressão Ltda. EPP.

Apelado: 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Catanduva.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0011879-16.2011.8.26.0132, da Comarca de Catanduva em que é apelante *Hidrauquip Conexões de Alta Pressão Ltda. EPP* e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores *Ivan Ricardo Garisio Sartori*, Presidente do Tribunal de Justiça, *José Gaspar Gonzaga Franceschini*, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, *Francisco Roberto Alves Bevilacqua*, Decano, *Samuel Alves de Melo Junior*, *Antonio José Silveira Paulilo* e *Antonio Carlos Tristão Ribeiro*, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 18 de outubro de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO 21.088 – *Ementa: Registro de Imóveis – Escritura pública de doação de imóvel público a particular – Ofensa ao princípio da legalidade caracterizada – Falta de avaliação prévia e de autorização legislativa – Inexistência de direito adquirido a erro – Recurso não provido.*

Trata-se de apelação interposta por *Hidrauquip Conexões de Alta Pressão Ltda. EPP*, objetivando a reforma da r sentença de (f.), que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Catanduva e manteve a recusa do registro da escritura pública de (f.) por meio da qual adquiriu do Município de Catanduva o imóvel objeto do lote 4, da Quadra 47, com frente para a Rua João Chimello, situa-

do no Conjunto do Polo Industrial e Comercial “Professor Giordano Mestrinelli”, porque não atendidos os requisitos do art. 17, I, *b*, e II, *a*, da Lei 8.666/1993.

Aduz que a recusa deve ser superada porque o título atende a todos os requisitos registrários, não cabendo ao Oficial de Registro de Imóveis examinar a legalidade do ato nele contido. Afirma, ainda, que não houve desrespeito à Lei 8.666/1993 porque os Municípios, de acordo com a ADIn 927 do STF, não estão sujeitos ao cumprimento do art. 17, I, *b*, de referida Lei e, por fim, que em outro caso idêntico ao presente o Oficial registrou o título sem qualquer questionamento (f.).

Depois de apresentadas as contrarrazões do Ministério Público (f.), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f.).

É o relatório.

Busca-se o registro da escritura pública (traslado às f.) por meio da qual o Município de Catanduva, alienou, por doação com encargos, à apelante Hidrauquip Conexões de Alta Pressão Ltda – EPP o Lote 4, da Quadra 47, com frente para a Rua João Chimello, situado no Conjunto do Pólo Industrial e Comercial “Professor Giordano Mestrinelli”.

Constou do título que a doação ocorreu de acordo com o Projeto para o Desenvolvimento Industrial de Catanduva (Prodeica), e que restou onerada com os encargos previstos no Dec. Municipal 3.636, de 16.06.1997, que regulamentou a Lei 3.268/1997.

O título foi recusado por violar o princípio da legalidade, segundo o qual a validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante.¹

E o negócio jurídico em questão deixou de observar os requisitos legais, conforme se passa a demonstrar.

A Lei Orgânica do Município de Catanduva cuida, em seu art. 97, da alienação de bens imóveis públicos:

“Art. 97. A alienação de um bem imóvel do Município mediante venda, doação com encargo, permuta ou investidura, depende de interesse público manifesto, prévia avaliação e autorização legislativa (redação dada pela Emenda 4, de 10.12.1991).

§ 1.º No caso de venda, haverá necessidade, também, de licitação.

§ 2.º No caso de investidura, dependerá apenas de prévia avaliação.”²

No âmbito Federal, a matéria está disciplinada de forma mais rigorosa, como se verifica do art. 17, da Lei 8.666/1993:

1. CARVALHO, Afranio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015/1973, de 1973, com as alterações da Lei .216, de 1975*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 269.

2. [http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3357_texto_integral].

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de Governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i (redação dada pela Lei 11.952, de 2009);
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do art. 24, X, desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de Governo (incluída pela Lei 8.883, de 1994);
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública (redação dada pela Lei 11.481, de 2007);
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição (incluído pela Lei 11.196, de 2005);
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública (incluído pela Lei 11.481, de 2007);
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais (incluído pela Lei 11.952, de 2009);

(...)

§ 4.º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado (redação dada pela Lei 8.883, de 1994).”

Extraí-se de referidas normas que a alienação de bem imóvel público depende, em regra, do encontro dos seguintes requisitos: interesse público, prévia avaliação, autorização legislativa e licitação.

Quanto à abrangência da liminar concedida nos autos da ADIn 927 do STF, este Tribunal de Justiça, ao julgar a ACP 185.157-5/5-00, mencionada pela D. Procuradoria Geral de Justiça, entendeu que o STF não suspendeu o dispositivo legal que determina a prévia realização de licitação para alienação, na modalidade concorrência (art. 17, I, da Lei 8.666/1993); a suspensão do art. 17, I, *b*, apenas permitiu que, agora, haja doações tanto a órgãos públicos quanto a particulares, sem afastar as regras gerais do art. 17, I, que demandam autorização legislativa, avaliação prévia e licitação.

Portanto, a liminar do STF não tem o alcance que a apelante pretende lhe dar.

Em relação à aferição da presença do interesse público na doação do imóvel, de fato não cabe ao oficial fazer qualquer tipo de questionamento, presumindo-se que a municipalidade, sob sua responsabilidade, ao assim deliberar, estava agindo em prol do interesse público.

Contudo, não pode o Oficial de Registro de Imóveis, em respeito ao princípio da legalidade, deixar de exigir a comprovação da prévia avaliação e da autorização legislativa para a doação em questão, por se tratar de requisitos extrínsecos do título expressamente previstos em lei, logo passíveis de aferição pelo registrador.

Em relação à autorização legislativa, razão assiste ao Oficial de Registro de Imóveis quando aduz que tanto a Lei Municipal 3.268/1997 quanto o Dec. 3.636/1997 são genéricos e não cuidam de forma específica da alienação do imóvel descrito na escritura pública de doação recusada, dizendo apenas que o Poder Executivo fica autorizado a alienar áreas de terras necessárias à implantação de empresas industriais, comerciais, prestadoras de serviço e de base tecnológica (f.).

Sabe-se, no entanto, que é preciso que a lei indique, individualize, discrimine o imóvel público a ser alienado, conforme constou do v. acórdão prolatado pelo C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça nos autos da ADIn 163.693-0/1-00, relatada pelo eminente Des. Mário Devienne Ferraz:

“Impossibilidade de previsão de desafetação de bens públicos e sua consequente doação por meio de lei genérica. Necessidade de lei específica a respeito e atendimento de outros requisitos legais, inclusive para garantia de proteção ao meio ambiente equilibrado e do princípio da participação popular na defesa deste último.”

No que diz respeito à prévia avaliação, outro requisito legal, não há qualquer indício nos autos de que tenha ocorrido.

O princípio da legalidade registral impõe que o Oficial de Registro de Imóveis, ao qualificar o título que lhe é apresentado para registro, exija a comprovação do atendimento dos requisitos legais do ato ou negócio jurídico constante daquele título.

Não pode, é verdade, ingressar na conveniência e oportunidade da celebração do negócio – no caso a doação do imóvel –, mas deve exigir a comprovação do atendimento dos requisitos legais porque integrantes dos elementos extrínsecos do título.

No caso posto, o princípio da legalidade restou amplamente ofendido porque desrespeitados os requisitos estabelecidos desde a Constituição Federal até a Lei Orgânica Municipal.

Por fim, no que diz respeito ao alegado registro passado de título em situação semelhante à presente, observe-se a firme orientação deste Conselho Superior da Magistratura no sentido de que “o erro pretérito não justifica nem legitima outros” (Apelações Cíveis 0023997-50.2010.8.26.0361, 19.492-0/8, 5.252-0, 2.033-0, 2.597-0, 2.660-0, entre muitos). Assim, eventual erro pretérito não confere ao recorrente o direito de registrar seu título à margem dos princípios dos registros públicos.

Correta, por conseguinte, a r. sentença que manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis.

Nesse sentido, a manifestação da D. Procuradoria de Justiça.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and thin, curved lines that create a sense of depth and movement, particularly on the right side.

Sentenças

1.^a VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO

TJSP – *Processo 0023003-58.2012.8.26.0100* – Decisão –
1.^a Vara de Registros Públicos de São Paulo – j. 19.02.2013
– rel. Juiz Marcelo Martins Berthe – *DJe* 21.03.2013.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Formal de partilha – Arrolamento em que foram partilhados bens de casal falecido em momentos diferentes – Inadmissibilidade – Inobservância do princípio da continuidade registral – Fato da morte do marido, casado em comunhão universal, que faz da esposa titular da metade de seu patrimônio que, só então, falecida, transmite-se a totalidade dos bens aos filhos herdeiros.

RESENHA

Trata-se de dúvida imobiliária suscitada pelo oficial registrador, que qualificou negativamente formal de partilha judicial, em virtude de ter sido feito arrolamento único, partilhando conjuntamente os bens do casal falecido, embora ambos tivessem morrido em um intervalo de quase um ano e meio, o que causaria duas sucessões distintas. No caso apresentado, a partilha foi elaborada como se tivesse havido um caso de comoriência.

Ao julgar o caso, o MM. Juiz de Direito Marcelo Martins Berthe afirmou, inicialmente, que no direito registral brasileiro, aplica-se o princípio da continuidade registral, o que significa dizer que a ordem dos acontecimentos deve ser cronologicamente respeitada nos assentamentos registrários. Além disso, entendeu que, apesar do resultado final dos registros de ambas as sucessões serem o mesmo, a transmissão dos bens, da forma como consta no formal de partilha apresentado para registro, não reflete a ordem cronológica das duas sucessões existentes. O MM. Juiz de Direito observou, ainda, que deve ser considerado, para a análise da sucessão, o regime matrimonial adotado pelos cônjuges que, no caso, é o da comunhão universal. Desta forma, entendeu o Magistrado que, quando do falecimento do marido, a viúva tornou-se titular de domínio da metade dos bens arrolados, cabendo às filhas apenas a quarta parte deles. Portanto, somente após decorrido um ano e meio desta sucessão é que a outra metade, que pertencia à viúva, foi transmitida às filhas.

Posto isto, o MM. Juiz de Direito julgou procedente a dúvida suscitada, concluindo ser acertada a exigência formulada pelo oficial registrador, no sentido de que constem duas partilhas distintas em momentos diversos, havendo necessidade de aditamento do título judicial.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

1.^a Vara de Registros Públicos de São Paulo.

Processo 0023003-58.2012.8.26.0100.

Classe – Assunto: Dúvida – Registro de Imóveis.

Suscitante: Sexto Oficial de Registro de Imóveis.

Suscitados: Darlene Martin Aloise e outro.

Ementa: Dúvida imobiliária – Arrolamento de bens feito em conjunto para marido e mulher – Ainda que em processo conjunto duas devem ser as partilhas, retratando sucessão hereditária ocorrida primeiro e a posterior, com os respectivos destinos do patrimônio em cada caso – Não se admite a partilha única feita por saltos – Com a abertura da segunda sucessão a viúva só poderia transmitir às herdeiras a parte que estivesse previamente inscrita no seu nome – A transmissão direta para as herdeiras, sem a realização da partilha do cônjuge falecido em primeiro lugar, faz faltar um elo na corrente dominial, com clara ofensa ao trato contínuo, à cadeia registral, e leva à desconsideração de uma transmissão que gerou inclusive ITCMD – Dúvida procedente.

ACÓRDÃO – Vistos. Trata-se de dúvida imobiliária suscitada pelo 6.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, por ter qualificado negativamente título judicial de formal de partilha, prenotado sob n., oriundo da 1.^a Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Bernardo do Campo/SP.

RELATÓRIO – A qualificação negativa se deu em virtude de ter sido feito um arrolamento único que partilhou conjuntamente os bens do casal falecido Vicente Martin e Wilma Pasini Martin, muito embora os dois tivessem morrido num intervalo de quase um ano e meio, entre a primeira morte, que foi a do marido e a segunda, da esposa, o que causa duas sucessões distintas. A partilha foi elaborada como se tivesse havido um caso de comoriência.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência da dúvida (f.).

É o relatório.

Decido.

No direito registral brasileiro, utiliza-se o princípio da continuidade registral, o que quer dizer que a ordem dos acontecimentos deve ser respeitada cronologicamente nos assentamentos registrários.

Esse princípio basilar foi desrespeitado no caso que se apresenta, pois apesar do resultado final dos registros de ambas as sucessões serem o mesmo, a transmissão dos bens, da maneira como está configurada no formal de partilha levado à registro, não reflete a ordem cronológica das duas sucessões existentes.

É necessário que se considere na análise das sucessões, o regime de bens do casal falecido, que era o da comunhão universal. Assim, quando do falecimento do marido, a viúva tornou-se titular de domínio da metade dos bens arrolados e às filhas coube apenas a quarta parte deles.

Decorrido um ano e meio dessa primeira sucessão é que a outra metade, até então pertencente a viúva passou agora às filhas, que se tornaram, somente neste momento, após a morte de sua mãe, proprietárias do montante total dos bens arrolados.

Portanto, a exigência posta contra o registro do formal de partilha tal como está é totalmente pertinente. Há necessidade de aditamento do título judicial para que fique constando as partilhas distintas em momentos diversos.

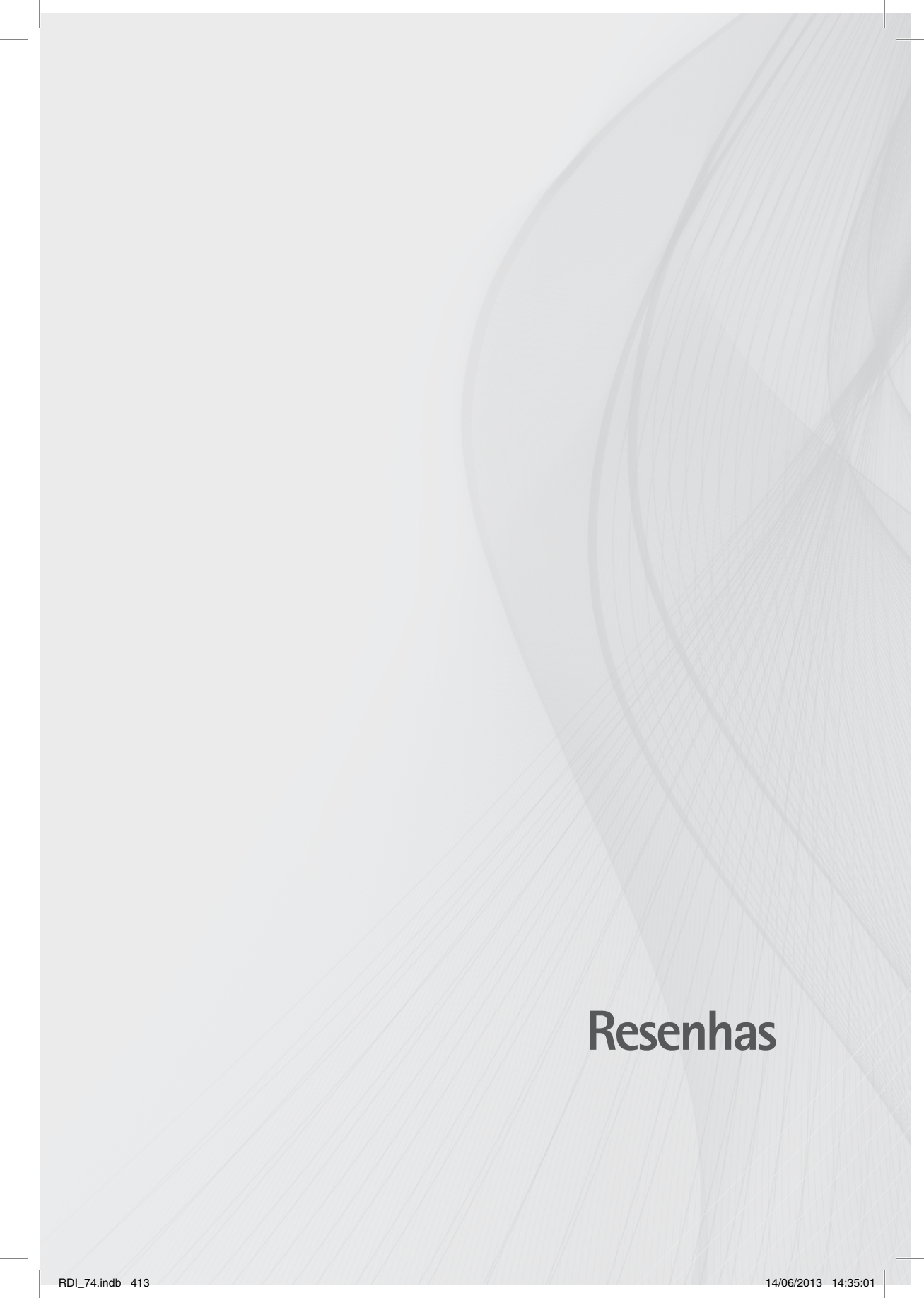
Ante o exposto, julgo procedente a dúvida suscitada pelo 6.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Cumpra-se o art. 203, I, da Lei 6.015/1973.

Oportunamente, ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2013 – MARCELO MARTINS BERTHE, Juiz de direito.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a series of fine, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more dense on the right side of the page and fades towards the left.

Resenhas

FRAUDES CONTRA CREDITORES, DE YUSSEF SAID CAHALI

1

BRUNO JOSÉ BERTI FILHO

Mestre em Direito Obrigacional pela Universidade Estadual Paulista – Unesp – *Campus* de Franca/SP. Ex-Professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor na Universidade Camilo Castelo Branco – Unicastelo – *Campus* de Fernandópolis/SP. Ex-Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Votuporanga.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: Yussef Said Cahali. *Fraudes contra credores*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Chega à 5.^a edição a obra *Fraudes contra credores*, do renomado Yussef Said Cahali, que foi Desembargador do TJSP (do qual foi Presidente) e professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da USP (São Francisco), além de ser autor de diversos livros consagrados, tais como *Prescrição e decadência*, *Dano moral*, *Divórcio e separação*, *Honorários advocatícios*, *Alimentos* etc.

O autor tem como característica a análise profunda de todos os temas que escreve, motivo pelo qual em toda a obra estão presentes todos os fundamentos legais e doutrinários das posições defendidas, sem jamais esquecer farta jurisprudência a respeito do assunto.

É preciso ressaltar que o nome do livro já diz seu conteúdo: fraudes (no plural) contra credores, não se limitando, portanto, apenas à fraude contra credores (instituto de direito civil) e abrangendo também a fraude à execução (instituto de direito processual civil), a ação revocatória falencial (instituto de direito empresarial), a fraude à execução (direito tributário) e a fraude à execução penal (direito penal e processual penal).

Para a análise de todos esses institutos, a obra é dividida em seis partes, a começar pela introdução, na qual se analisa a responsabilidade patrimonial do

devedor, a fraude e outros defeitos do ato jurídico, as medidas conservatórias do direito de crédito e ainda um estudo comparativo entre a fraude à execução e a fraude contra credores.

Na segunda parte, é feito um profundo estudo da fraude contra credores e seus requisitos, bem como da ação revocatória ou pauliana. Esta é a maior parte do livro, demonstrando toda a profundidade dos ensinamentos do autor, que traz a evolução histórica, e no direito comparado do instituto, para então analisar cada um dos requisitos para a configuração da fraude contra credores; na sequência, são vistas as características e modalidades de atos sujeitos à revocatória e os aspectos processuais da ação pauliana.

A fraude à execução ocupa a terceira parte, enquanto a ação revocatória falencial está analisada na quarta parte. Na quinta parte, temos a fraude à execução fiscal e, finalmente, na sexta temos a fraude à execução penal.

Para os que lidam com direito registral imobiliário, a lição mais importante está na primeira parte, exatamente na distinção entre fraude contra credores e fraude à execução. Como a fraude contra credores é um instituto de direito civil, uma vez havendo sua decretação judicial, deve ser expedido mandado ao Registro de Imóveis, para a prática do ato respectivo, ou seja, a averbação de cancelamento do registro do ato de transmissão da propriedade viciado pela fraude contra credores; como consequência do cancelamento do ato de transmissão do domínio, o imóvel volta ao patrimônio do devedor, podendo ser penhorado não apenas pelo autor da ação pauliana, mas também por qualquer credor.

Já com relação à fraude à execução, por ser um instituto de direito processual, ela não implica no retorno do patrimônio ao devedor, mas apenas ineficácia do ato fraudulento em relação ao credor-exequente. Assim, o ato a ser praticado no Registro de Imóveis também será uma averbação, mas tão somente da ineficácia do ato de transmissão da propriedade em relação ao exequente, motivo pelo qual o imóvel poderá ser penhorado apenas por tal credor, sem possibilidade de estender os efeitos de tal ineficácia aos demais credores, já que o ato fraudulento ocorreu após o início de um processo judicial.

Na ação revocatória falencial também poderá haver a declaração de nulidade dos atos de registro (transmissão de propriedade ou oneração desta) efetuados após a sentença de declaração da falência ou do termo legal nela fixado, nos termos do art. 215 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), nos casos previstos na Lei 11.101/2005, o que exige a expedição do respectivo mandado ao Registro de Imóveis para a prática dos atos pertinentes.

As fraudes contra credores são devidamente apreciadas, caso a caso. Como envolve vários ramos do direito, temos um livro que aplica a multidiscipli-

riedade, sendo que tal característica já estava presente na primeira edição, de 1989, revelando o espírito de vanguarda do autor. E a nova edição vem em boa hora, tendo em vista a necessidade de aplicação das regras do novo Código Civil e das alterações no processo de execução civil, além do surgimento de novos instrumentos de busca de dados imobiliários, decorrentes do início da implantação do registro eletrônico.

Assim, as hipóteses das fraudes contra credores são minuciosamente analisadas na obra, revelando-se um instrumento inestimável para todos os que lidam com tais questões no dia a dia, o que faz deste livro uma obra essencial para o operador do direito.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

Índice Alfabético- Remissivo

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Ação civil pública – Registro imobiliário – Cadastro ambiental rural – Imóvel rural – Desnecessidade de averbação da área de reserva legal no cartório imobiliário – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade com a implantação de banco de dados de fim específico – Inteligência do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 (TJMG) – p. 373

Alvará judicial – Vide: Prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada (A).

Averbação – Vide: Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação.

Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ – *Ana Paula Jardim Tehada Garcia* – p. 291

C

Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – Vide: Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A).

Certidões de ações e o dever anexo de registro (As) – *Antonio Ranaldo Filho* – p. 13

Código de Defesa do Consumidor – Vide: Responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro (A).

Compra e venda – Registro de escritura pública em que não consta o CNPJ do vendedor – Inadmissibilidade – Empresa estrangeira que encerrou suas atividades

no Brasil – Legislação registral e ato normativo da Receita Federal que não dispensam da obrigação a pessoa jurídica proprietária de bem imóvel situado no Brasil – Inteligência do art. 176, III, 2, *b*, da Lei 6.015/1973 (TJSP/CSM) – p. 397

Cumprimento contratual – Vide: Instituciones del intercambio impersonal (Las).

Custo de transação – Vide: Instituciones del intercambio impersonal (Las).

D

Direito à moradia – Vide: Regularização fundiária inominada urbana.

Direito de propriedade – Vide: Instituciones del intercambio impersonal (Las); e Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação.

Direito registral – Vide: Regularização fundiária inominada urbana.

Doação – Imóvel público – Recusa de registro de escritura pública – Admissibilidade – Município que transfere bem ao particular em desacordo com a sua lei orgânica e com a Lei 8.666/1993 – Falta de avaliação prévia e de autorização legislativa – Ofensa ao princípio da legalidade que se evidencia (TJSP/CSM) – p. 400

E

Escritura – Vide: Prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada (A).

Espólio – Vide: Prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada (A).

F

Fraude à execução – Vide: Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ.

Fraudes contra credores – Livro de Yussef Said Cahali – Resenha por Bruno José Berti Filho – p. 415

Função social da propriedade – Vide: Certidões de ações e o dever anexo de registro (As); e Regularização fundiária nominada urbana.

I

Imóvel público – Doação – Recusa de registro de escritura pública – Admissibilidade – Município que transfere bem ao particular em desacordo com a sua lei orgânica e com a Lei 8.666/1993 – Falta de avaliação prévia e de autorização legislativa – Ofensa ao princípio da legalidade que se evidencia (TJSP/CSM) – p. 400

Imóvel rural – Registro imobiliário – Ação civil pública – Cadastro ambiental rural – Desnecessidade de averbação da área de reserva legal no cartório imobiliário – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade com a implantação de banco de dados de fim específico – Inteligência do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 (TJMG) – p. 373

– Vide também: Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A).

Instituciones del intercambio impersonal (Las) – Benito Arruñada – p. 193

Inventariante – Vide: Prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada (A).

L

Legitimação de posse – Vide: Regularização fundiária nominada urbana.

Loteamento irregular – Vide: Regularização fundiária nominada urbana.

O

Obrigação – Vide: Prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada (A).

Oficial registrador – Vide: Responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro (A).

P

Prescindibilidade de alvará judicial nos casos de cumprimento de obrigação anteriormente pactuada (A) – Júlia Cláudia Rodrigues da Cunha Mota – p. 267

Preservação ambiental – Vide: Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A).

Princípio da disponibilidade – Vide: Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ.

Princípio da função social da propriedade – Vide: Certidões de ações e o dever anexo de registro (As).

Princípio da menor onerosidade para o devedor – Vide: Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ.

Princípio da solidariedade – Vide: Certidões de ações e o dever anexo de registro (As).

Propriedade rural – Vide: Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação.

Publicidade – Vide: Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação.

R

Reforma agrária – Vide: Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A).

Registro da penhora – Vide: Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ.

Registro de Imóveis – Área de reserva legal – Demanda proposta para reconhecer a obrigatoriedade do registro – Admissibilidade – Faculdade do proprietário, trazida pelo novo Código Florestal, que somente é concedida quando a área está inscrita no Cadastro Ambiental Rural – Banco de dados que, por não estar em pleno funcionamento, torna a averbação necessária – Aplicação do princípio da preservação do meio ambiente que se impõe – Inteligência do art. 2.º, IV, da Lei 6.938/1981 (CNJ) – p. 367

– Registro de Imóveis – Formal de partilha – Arrolamento em que foram partilhados bens de casal falecido em momentos diferentes – Inadmissibilidade – Inobservância do princípio da continuidade registral – Fato da morte do marido, casado em comunhão universal, que faz da esposa titular da metade de seu patrimônio que, só então, falecida, transmite-se a totalidade dos bens aos filhos herdeiros (1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo) – p. 409

– Registro de Imóveis – Procedimento de dúvida registral em que foi negado registro de escritura pública de compra e venda por ser impossível o cancelamento da cláusula de reversão de doação e a necessidade de cientificação dos interessados no documento – Condição resolúvel da propriedade que não necessita de expressa advertência às partes – Cautela exagerada configurada ante a ciência inequívoca dada pela regular averbação da disposição na matrícula do bem (TJSP/CSM) – p. 394

– Registro de Imóveis – Suspitação de dúvida – Admissibilidade – Averbação da cartografia georreferenciada – Área levada para ser averbada que extrapola os limites do imóvel constante da matrícula – Procedimento administrativo registral que não se coaduna a causa de alta indagação – Necessidade de instrução fática e remessa à via ordinária que se evidencia – Inteligência do art. 212 da Lei 6.015/1973 (TJMT/CGJ) – p. 383

– Vide também: Certidões de ações e o dever anexo de registro (As); Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A); Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação.

Registro imobiliário – Ação civil pública – Cadastro ambiental rural – Imóvel rural – Desnecessidade de averbação da área de reserva legal no cartório imobiliário – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade com a implantação de banco de dados de fim específico – Inteligência do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 (TJMG) – p. 373

– Cadastro ambiental rural – Novo Código Florestal que retira a obrigatoriedade de averbação cartorária da área de reserva legal – Período de transição, entre a publicação da nova legislação e a implantação do novo banco de dados, em que deve ser mantida a obrigação registral no cartório de imóveis – Lei novel, ademais, que não revogou o texto da Lei de Registros Públicos (TJRJ/CGJ) – p. 389

Registro público – Vide: Instituciones del intercambio impersonal (Las).

Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A) – Bruno Becker – p. 151

Regularização fundiária inominada urbana – Henrique Ferraz de Mello – p. 25

Reserva Legal Florestal – Vide: Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação.

Reserva Legal Florestal no novo Código Florestal. Averbação – *Marcelo Augusto Santana de Melo* – p. 343

Responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro (A) – *Renato Luís Benucci* – p. 329

Responsabilidade patrimonial – Vide: Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ.

S

Serviços notariais e de registro – Vide: Responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro (A).

Servidor público – Vide: Responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro (A).

T

Tabelião – Vide: Responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro (A).

Terra devoluta – Vide: Regularização fundiária de imóveis rurais, o aperfeiçoamento do Sistema registral, e o papel do Poder Judiciário no processo de regularização (A).

U

Usucapião administrativa – Vide: Regularização fundiária inominada urbana.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores oucessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Edito-

rial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

MARCOS CÁPRIO FONSECA SOARES
Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Processual; Consumidor

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do TJRS, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas gerais – Juros – Revisão contratual – Racionalidade – Rematerialização.

ABSTRACT: The present article is a result of empiric research made next to judgements of Tribunal de TJRS, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the "Sistema Financeiro de Habitação". I delimited the juridical rationality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precisig the main concept of this work (rationality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which private law is passing as a whole.

KEYWORDS: General clauses – Interest – Contractual review – Rationality – Rematerialization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A racionalização jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1 A matriz weberiana – 2.2 Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

[illegible]

6. BIBLIOGRAFIA (EXEMPLOS)

ALBERGARIA, A. *Cinco anos sem chover: história de João Louco*. Recife: Sertão, 1999.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *Código Penal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos.

ESTEFAM, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [www.damasio.com.br/?category_id=506]. Acesso em: 24.09.2008.

GOMES, Luís Gustavo et alii. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Sertão, 1999. vol. 3.

KELSEN, Hans. *Direito positivo*. 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.

OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: STOCO, Rui (coord.). *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II.

SILVA, José Augusto da. *Ação declaratória*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.

_____. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24.01.2004.

SOUZA, Artur César. As cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*. vol. 874. p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.

Diagramação eletrônica:
Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

A.S. R1637