



THOMSON REUTERS

ProView

Para baixar sua revista eletrônica:

1. Acesse o link www.livrariart.com.br/proview
2. Digite seu nome, seu e-mail e o CÓDIGO DE ACESSO que se encontra na etiqueta adesiva colada nesta revista.
3. Você receberá no e-mail informado a validação do código de acesso.
4. Se você já é usuário ProView, sua revista aparecerá em sua biblioteca. Caso ainda não seja, siga os passos do e-mail que recebeu para criar seu usuário OnePass, um sistema de login que permite o acesso a vários sites da Thomson Reuters com um único nome de usuário e senha.
5. Faça seu cadastro no OnePass e em seu primeiro acesso ao ProView, digite a chave que recebeu por e-mail.

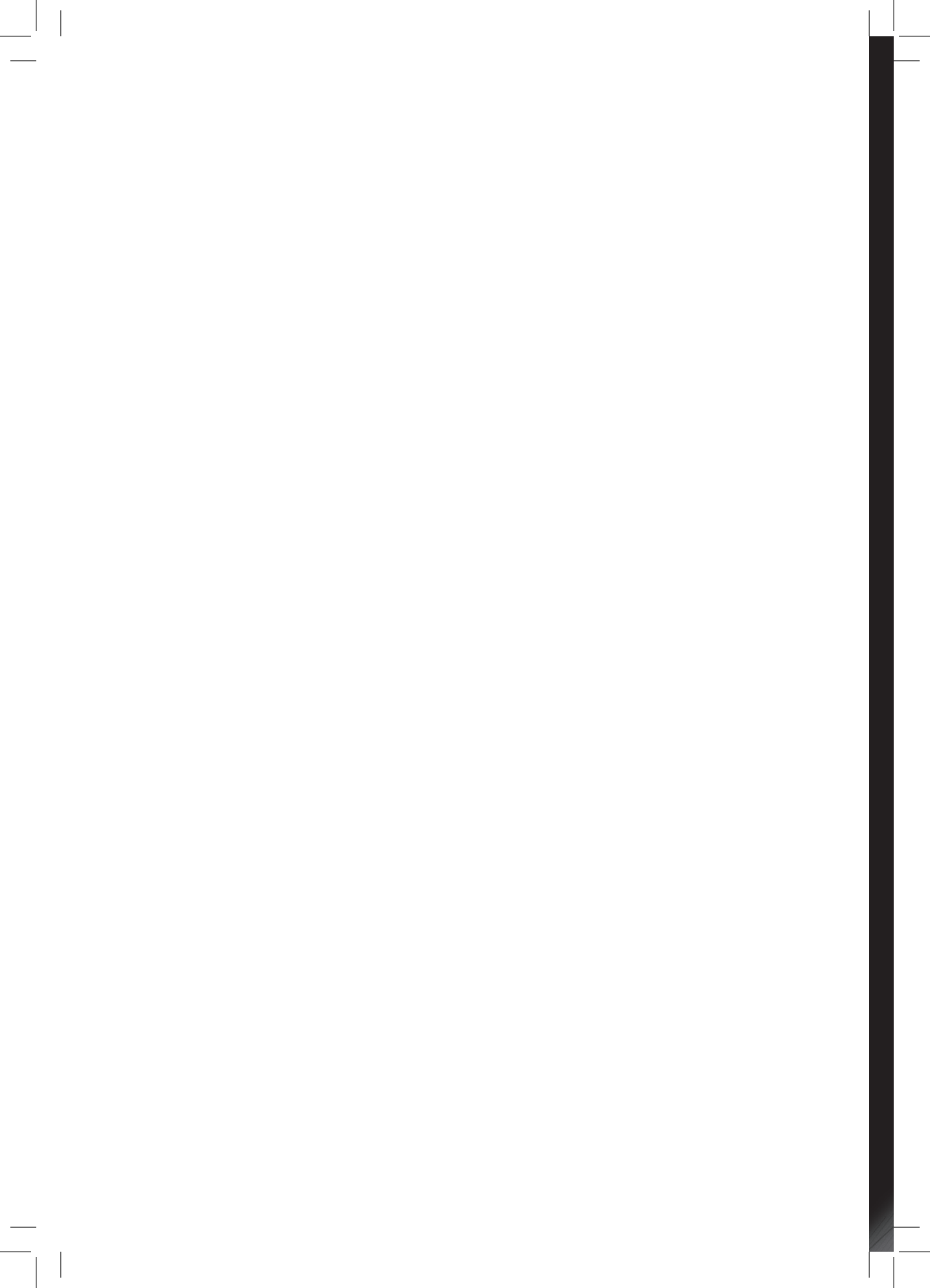
Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

ABAIXO O SEU CÓDIGO DE ACESSO:



THOMSON REUTERS





REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 80 • jan.-jun. / 2016

COORDENAÇÃO EDITORIAL

LEONARDO BRANDELLI

CONSELHO EDITORIAL

Ademar Fioranelli (SP); Adriana Espindola Corrêa (PR); Antonio Rinaldo Filho (SP); Armando Antônio Lotti (RS); Benito Arruñada (Espanha); Carlos Cini Marchionatti (RS); Carlos Fernando Brasil Chaves (SP); Carlos Kennedy da Costa Leite (MG); Christiano Cassettari (SP); Cristina Stringari Pasqual (RS); Daniel Lago Rodrigues (SP); Daniela Rosário Rodrigues (SP); Décio Antônio Erpen (RS); Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Everton Luiz Martins Rodrigues (SP); Fatima Nancy Andrighi (DF); Federico Albin (Uruguai); Fernando Pedro Méndez González (Espanha); Flávio Tartuce (SP); Francisco Eduardo Loureiro (SP); Francisco José Rezende dos Santos (MG); Frederico Henrique Viegas de Lima (DF); Helio Lobo Junior (SP); Henrique Ferraz Corrêa de Mello (SP); Hercules Alexandre da Costa Benício (DF); Javier Gomes Gállico (Espanha); João Pedro Lamana Paiva (RS); João Teodoro da Silva (MG); Jorge Renato dos Reis (RS); José Augusto Guimarães Mouteira Guerreiro (Portugal); José de Arimatéia Barbosa (MT); José de Mello Junqueira (SP); José Manoel de Arruda Alvim Neto (SP); Josué Modesto Passos (SP); Kioitsi Chicuta (SP); Leonardo Brandelli (SP); Luciano Benetti Timm (RS); Luciano Lopes Passarelli (SP); Luis Paulo Aliende Ribeiro (SP); Luiz Egon Richter (RS); Marcelo Augusto Santana de Melo (SP); Marcelo Benacchio (SP); Marcelo Guimarães Rodrigues (MG); Marcelo Terra (SP); Marco Antônio Pasqual (RS); Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio (SP); Marcos Desteffeni (SP); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP); Mario Pazutti Mezzari (RS); Mauro Bussani (Itália); Melhim Namem Chalhub (RJ); Mônica Vanderleia Alves de Sousa Jardim (Portugal); Mustapha Mekki (França); Narciso Orlandi Neto (SP); Natália Bastos Bechepeche Antar (ES); Nathalie Blanc (França); Nicolás Nogueroles Peiró (Espanha); Nicolau Balbino Filho (MG); Otávio Luiz Rodrigues Júnior (SP); Patrícia André de Camargo Ferraz (SP); Paulo de Tarso Sanseverino (DF); Rafael da Cás Maffini (RS); Rafael Domingos Faiardo Vanzella (SP); Rafael Petteffi da Silva (SC); Rebeca Carpi Martin (Espanha); Ricardo Guimarães Kollet (RS); Ricardo Henry Marques Dip (SP); Ricardo Villas Bôas Cueva (DF); Rodrigo Reis Mazzei (ES); Rodrigo Toscano de Brito (PB); Rodrigo Xavier Leonardo (PR); Romain Boffa (França); Roxana Borges (BA); Sérgio Jacomino (SP); Sergio Llebaria Samper (Espanha); Tânia Mara Ahualli (SP); Tiago Machado Burtet (RS); Ulysses da Silva (SP); Venício Antônio de Paula Salles (SP); Véra Maria Jacob de Fradera (RS); Vitor Frederico Kumpel (SP); Vitulia Ivone Salvo (Itália); Zeno Veloso (PA).

CONSELHO DE JURISPRUDÊNCIA

Antonio Rinaldo Filho (SP); Daniela Rosário Rodrigues (SP); Carlos Kennedy da Costa Leite (MG); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Everton Luiz Martins Rodrigues (SP); Herick Berger (SP); Izaías Ferro Junior (SP); Leonardo Brandelli (SP); Luciano Lopes Passarelli (SP); Luiz Egon Richter (RS); Luiza Fontoura da Cunha Brandelli (SP); Marcelo Augusto Santana de Melo (SP); Tiago Machado Burtet (RS).

CONSELHO CONSULTIVO

Ademar Fioranelli (SP); Décio Antônio Erpen (RS); Francisco José Rezende dos Santos (MG); Helio Lobo Junior (SP); João Pedro Lamana Paiva (RS); Mario Pazutti Mezzari (RS); Narciso Orlandi Neto (SP); Nicolau Balbino Filho (MG); Ricardo Henry Marques Dip (SP); Sergio Jacomino (SP).

ISSN 1413-4543

REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 80 • jan.-jun. / 2016

Coordenação Editorial
LEONARDO BRANDELLI

Publicação Oficial do
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 39 • vol. 80 • jan.-jun. / 2016

Coordenação Editorial

LEONARDO BRANDELLI

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.



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Responsável

MARISA HARMS

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

e-mail para submissão de originais

aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site

www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [06-2016]

Profissional

Fechamento desta edição: [17.05.2016]



IRIB 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.irib.org.br

Editorial – editorial@irib.org.br

FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS)

Vice-Presidente: Francisco Ventura de Toledo (SP)

Secretário-Geral: Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad (SP)

1.º Secretário: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ)

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); Expedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Rubens Pimentel Filho (ES); Kaison Neves de Freitas (GO); Francisco José Resende dos Santos (MG); Alexandre Rezende Pellegrini (MS); José de Arimatéia Barbosa (MT); Cleomar Carneiro de Moura (PA); Fernando Meira Trigueiro (PB); Valdecy José Gusmão da Silva Júnior (PE); José Augusto Alves Pinto (PR); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN); Décio José de Lima Bueno (RO); Mario Pazutti Mezzari (RS); Sérgio Pompilio Eckert (SC); Estelita Nunes de Oliveira (SE); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP); Marly Conceição Bolina Newton (TO)

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 39 • vol. 80 • jan.-jun. / 2016

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editoras: Aline Darcy Flôr de Souza e Marcella Pâmela da Costa Silva

Produção Editorial

Coordenação

DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Jordão Magalhães, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriel Henrique Zeledon Salas, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mauricio Zednik Cassim, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Analistas de Operações Editoriais: Felipe Augusto da Costa Souza, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão

Coordenação

LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecino e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

O princípio da cindibilidade do título e os limites de sua aplicação no registro de imóveis <i>The principle of title parting and the limits of its application on registry of land registration</i>	
CRISTIANO DE CASTRO DAYRELL.....	15
As cláusulas abusivas e os limites da qualificação registral <i>Unfair clause and limits of notarial eligibility</i>	
EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO.....	35
A função notarial na atualidade <i>Notarial function nowadays</i>	
LEONARDO BRANDELLI	55
Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? <i>Proof of discharge of property transmission tax inter alive: before the notary's office or the registry of real estate?</i>	
MAURÍCIO BARROSO GUEDES	79
Limites da prerrogativa de purgação da mora nos contratos de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária <i>Limits to the prerogative of purging of arrears in loan agreements with lien clauses of chattel mortgage</i>	
MELHIM NAMEM CHALHUB.....	101
Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico <i>Electronic public registration and invoices: risks and opportunities in migrating the physical documental inventory to electronic environment</i>	
PAULO JOSÉ LEONESI MALUF.....	125
Nótulas sobre a responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos <i>Short notes about civil and disciplinary liability of public notaries and registrars</i>	
RICARDO HENRY MARQUES DIP	143

Purgação da mora em contratos de alienação fiduciária e o registro de imóveis <i>Default purge on chattel mortgage contracts and the real estate registry</i> RODRIGO PACHECO FERNANDES	151
A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo <i>The judicial decisions of the Court of Sao Paulo on the social role of property: complementary information to discuss different forms of land occupation</i> THIAGO DOS SANTOS ACCA.....	167

DOCTRINA INTERNACIONAL

Tráfico jurídico y delimitación de derechos <i>Legal procedures and legal delimitation</i> FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ.....	193
O efeito do registro das acções e respectivas sentenças que as julguem procedentes <i>The effect of actions and their judgments that are claimed granted</i> MÓNICA VANDERLEIA ALVES SOUSA JARDIM.....	207
Le funzioni della pubblicità immobiliare nel sistema italiano: la trascrizione <i>The function of the real estate publicity in the italian system: la trascrizione</i> VITULIA IVONE.....	235

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO IMOBILIÁRIO

Os desafios impostos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em razão das modificações na teoria das incapacidades e os seus reflexos na atividade de registradores e notários <i>Challenges imposed by the statute of persons with disability due to modification on the theory of disabilities and its impacts on notaries and registrars' activities</i> CHRISTIANO CASSETTARI	259
O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil <i>Statute of persons with disabilities as an instrument of protection from vulnerability and the new regulation of legal disability</i> CRISTINA STRINGARI PASQUAL e MARCO ANTONIO PASQUAL.....	273
O atendimento prioritário da Lei Federal 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e o princípio da prioridade do registro de imóveis <i>The priority of access entitled to people with disabilities by Federal Law 13.146/2015 and the land registry's priority principle</i> IVAN JACOPETTI DO LAGO	293

A qualificação notarial após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência <i>Notarial eligibility requirements after enactment of the disabled person statute</i> JOSÉ LUCAS RODRIGUES OLGADO.....	319
Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral <i>Statute of The Person with Disability: reflections about notarial and registral law</i> LUCIANO LOPES PASSARELLI.....	345

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Distrato de compra e venda de bem imóvel: análise prática do negócio e da jurisprudência atual <i>Rescission of real estate purchase and sale agreement: practical Analysis of the Business and its Jurisprudence</i> FELIPE SIQUEIRA DE QUEIROZ SIMÕES E LUIZA FONTOURA DA CUNHA.....	389
As incorporações imobiliárias e o art. 53 do CDC <i>The real estate developments and the art. 53 of the CDC</i> MARCELO TERRA.....	409

MEMÓRIA DO DIREITO IMOBILIÁRIO

A reforma hipotecária do Conselheiro Nabuco de Araujo JOAQUIM NABUCO	431
---	-----

PRÁTICA FORENSE

Pedido de providências – Averbação de restabelecimento de cláusulas restritivas ADEMAR FIORANELLI.....	441
---	-----

JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Alienação fiduciária – Inadimplemento – Liquidação extrajudicial de imóvel que tem suspenso seus leilões por irregularidade das intimações – Exegese da legislação contratual que configura injusta a manutenção da posse do devedor, ainda que não tenha havido as hastas. Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI: <i>Alienação fiduciária: é possível que o credor fiduciário obtenha a reintegração de posse do imóvel anteriormente ao leilão extrajudicial</i>	449
---	-----

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – Imóvel garantido por alienação fiduciária e ocupado por mutuário inadimplente – Taxa de ocupação – Incidência antes da alienação extrajudicial do bem – Valores que são devidos somente após o leilão da propriedade.

Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI: *Alienação fiduciária: é cabível a cobrança de taxa de ocupação entre o período da data da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário e a data da efetiva reintegração de posse.*

Comentários ao REsp 1.155.716/DF e REsp 1.401.233/RS, por José ANTONIO CETRATO: *O STJ e o procedimento extrajudicial da Lei 9.514/97..* 460

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compra e venda de propriedade com recursos de Fundo de Arrendamento Residencial – Legislação que confere personalidade jurídica à entidade e sua capacidade de assumir obrigações – Arcabouço legislativo, ademais, que afasta a ofensa aos princípios da continuidade e disponibilidade registrária.

Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI: *Registro de Imóveis: Fundo de Arrendamento Residencial possui personalidade jurídica para adquirir imóveis.....* 477

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compra e venda de propriedade com recursos de Fundo de Arrendamento Residencial – Instrumento particular com efeito de escritura pública – Norma que afere personalidade jurídica à entidade e sua capacidade de assumir obrigações.

Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI: *Registro de Imóveis: Fundo de Arrendamento Residencial possui personalidade jurídica para adquirir imóveis.*
Comentário por ADEMAR FIORANELLI: *Os Fundos Fiduciários, o Trust e o FAR, em comento aos Acórdãos da ApCiv 0002444-63.2014.8.26.0083 e da ApCiv 0026929-03.2014.8.26.0577.....* 482

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – Corregedoria Geral de Justiça – Normas de serviço que disciplinam sobre condomínios de lotes – Regramento que possui função de explicitar o teor da legislação – Órgão, ademais, que não pode agir como legislador positivo e criar normas sem base legal.

Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI: *Registro de Imóveis: Não se admite a existência dos chamados “condomínios de lotes”, por ausência de previsão legal.*
Comentário por JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA: *Do condomínio horizontal de lotes - Previsão legal e a realidade fática.....* 493

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 517

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA..... 521

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying sizes. A dense pattern of fine, light gray lines is overlaid on the circles, creating a complex, textured effect. The lines are most prominent in the lower right quadrant, where they form a grid-like pattern that follows the curves of the circles.

Doutrina Nacional



O PRINCÍPIO DA CINDIBILIDADE DO TÍTULO E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS

THE PRINCIPLE OF TITLE PARTING AND THE LIMITS OF ITS APPLICATION ON REGISTRY OF LAND REGISTRATION

CRISTIANO DE CASTRO DAYRELL

Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Mestrando em Direito, Instituições e Desenvolvimento na Universidade Católica de Brasília-DF. Membro do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB). Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil das Pessoas Físicas e Jurídicas de Aruanã-GO. cdayrell@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da cindibilidade do título e os limites de sua aplicação no registro de imóveis. Começa mostrando a diferença entre o sistema de transcrição revogado e o atual sistema de matrículas que rege o atual sistema de registro de imóveis. Em seguida, faz uma incursão nas teorias da causalidade contratual para concluir que os contratos coligados e as cláusulas essenciais ao negócio jurídico imobiliário são negócios unidos pela causa que os criaram. Aborda as limitações à utilização do princípio da cindibilidade do título nestes casos. Por último, informa algumas regras para a aplicação deste princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis – Princípio da cindibilidade do título – Causalidade contratual – Contratos coligados – Cláusula essencial.

ABSTRACT: This article deals with the principle of title parting and the limits of its application on registry of land registration. It starts showing the difference between the transcription system repealed and the current enrollment system that governs the current real estate registration system. Then it makes a foray into the theories of cause of contracts to conclude that the related contracts and contract with essential clauses are business united because of the cause that created them. The article explains the limitations on the use of the principle of title parting in these cases. At last, informs some rules for the application of this principle.

KEYWORDS: Land Registry – Title Parting – Cause of Contracts – Related Contracts – Contract's Essential Clause.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O registro de atos e negócios jurídicos no sistema matricial. 3. O princípio da cindibilidade do título. 4. Limitações à aplicação do princípio da cindibilidade do título. 4.1 A causalidade nos contratos. 4.2 Os contratos coligados e as cláusulas essenciais ao negócio jurídico imobiliário. 5. Regras para a aplicação da cindibilidade. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da Lei 6.015/1973 revolucionou toda a sistemática do registro de imóveis no Brasil.

O sistema revogado (Dec. 4.857, de 09.11.1939) era o da transcrição do título nos livros registrais. Tal sistema trazia transtornos e dificuldades para os adquirentes de imóveis, além de gerar situações de extrema falta de segurança jurídica.

A reiterada alienação de partes ideais de um mesmo imóvel era um problema nesta sistemática. Para compor-se o todo de um imóvel, era preciso procurar registros espalhados em vários livros. O próprio sistema gerava um óbice à segurança jurídica.

O sistema em apreço pautava-se na transcrição do título, de sorte que qualquer vicissitude em seu bojo invalidava-o por completo. Assim, se vários imóveis fossem adquiridos por meio de um mesmo título, qualquer vício de qualquer dos negócios – indisponibilidade, por exemplo – inviabilizaria a sua transcrição no registro de imóveis. Destarte, o princípio que vigia nesta sistemática era o da incindibilidade do título.

Com o advento da Lei 6.015/1973, o sistema de transcrição foi alterado para o sistema matricial em que todos os dados relevantes sobre um imóvel devem estar demonstrados na matrícula que o representa (arts. 227 e 176, § 1.º, I, da Lei 6.015/1973).

Decorrência lógica do sistema matricial é o princípio da unitariedade da matrícula que informa que cada imóvel deve ser representado por uma única matrícula e cada matrícula deve representar um único imóvel.

Essa nova sistemática trouxe uma maior segurança jurídica para o registro de imóveis. Isto porque por meio da leitura do inteiro teor da matrícula, o intérprete compreende toda a história de um determinado imóvel. A mutação da área se existente, as garantias reais, os proprietários passados, as averbações variadas ou qualquer outro dado que influa na identificação do imóvel e das pessoas que detêm direitos sobre o mesmo devem estar presentes na matrícula.

Diferente do sistema anterior, o novo sistema trouxe para a matrícula todos os dados que interessam diretamente ao imóvel, evitando, destarte, uma busca por vários livros diferentes pelos registros passados do imóvel.

2. O REGISTRO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS NO SISTEMA MATRICIAL

Em decorrência do sistema matricial, o ato *lato sensu* de registro passa a expressar o ato ou negócio jurídico que é extraído do título apresentado na

serventia. Não se registra o título no sistema matricial. Registra-se o negócio jurídico expressado por meio do mesmo.

Destarte, o papel do registrador de imóveis nesta nova sistemática é de relevância ímpar, uma vez que deve interpretar o título e registrar somente aquilo que interessa ao fôlio real. Obviamente, o registrador está adstrito a sua circunscrição de competência.

É de bom alvitre lembrar que o ato jurídico de registro é ato administrativo haja vista que o registrador de imóveis exerce uma função pública delegada pelo Estado. Todos os serviços prestados por esse são serviços públicos.

Assim, o registro, por tratar-se de ato administrativo, está adstrito ao regime jurídico dos atos administrativos. E mais, esse ato administrativo é vinculado já que o registrador não detém margem para decidir dentro de sua conveniência ou oportunidade, se registra ou não, determinado ato jurídico. Uma vez analisado e interpretado o título, o registrador deverá necessariamente proceder ao registro do negócio ou ato jurídico devidamente protocolado quando esse estiver revestido de todos os requisitos legais, ou seja, ou o registrador realiza o registro se o título observar as determinações legais, ou emite nota devolutiva – art. 198 da Lei 6.015/1973 – informando os motivos que o levaram a qualificar negativamente o título. Não há meio-termo.

Corolário desse raciocínio é que o registrador de imóveis não poderá em qualquer hipótese iniciar um procedimento de dúvida quando não houver certeza acerca do acesso ou não do negócio jurídico entabulado no título ao fôlio real.

O nome dúvida utilizado pela Lei 6.015/1973 não é o tecnicamente correto, uma vez que dúvida, no sentido literal da palavra, é exatamente o que não ocorre neste procedimento. Na verdade, o procedimento de dúvida parte de uma qualificação negativa do título pelo registrador, ou seja, esse tem convicção de que o título não pode adentrar o fôlio real. Tanto é verdadeira essa assertiva que o registrador deverá informar na suscitação as razões dessa qualificação negativa do título (art. 198, IV, da Lei 6.015/1973).

O registrador de imóveis como profissional e operador do direito tem o dever de analisar todos os aspectos do título prenotado e qualificar o título positiva ou negativamente. Ele pode, internamente, até duvidar da melhor interpretação. Mas, a partir do momento da sua declaração, por meio do registro ou da nota devolutiva, aquela é a sua posição sobre o tema.

Relevante ressaltar que o registrador deve ter o máximo cuidado ao interpretar o título. Isso porque o reconhecimento de nulidade de uma cláusula contratual essencial ou de um contrato coligado a outro pode resultar na alteração do próprio negócio jurídico acertado entre as partes. À frente, essa questão será abordada com maior atenção.

3. O PRINCÍPIO DA CINDIBILIDADE DO TÍTULO

Diante da sistemática matricial, em que o registro é do próprio negócio jurídico em uma matrícula individual referente a um só imóvel (unitariedade), salta aos olhos que é irrelevante a existência de negócios ou atos jurídicos justapostos em um mesmo instrumento ou mesmo a ocorrência de um só negócio em vários instrumentos. O que importa ao registrador de imóveis é extrair dos instrumentos qual é o negócio ou ato jurídico e registrá-lo.

Assim, é irrelevante se o proprietário acerta em uma única escritura a venda de cem lotes de sua propriedade. Nesse caso, há cem negócios jurídicos justapostos e dissociados em um único instrumento. Igualmente, não importa o fato de duas escrituras se completarem para formar um único negócio jurídico. É o caso da escritura de rratificação, em que a segunda escritura, além de confirmar a primeira, acrescenta novo elemento ao negócio. O que é relevante para se adentrar o fólho real é a essência do negócio ou do ato jurídico e não o número de instrumentos existentes.

Corolário desse raciocínio é a cindibilidade do título que ocorrerá quando o registrador extrair do título o que tem acesso ao álbum imobiliário, deixando de registrar a parte do negócio ou do ato que, por algum motivo, não possa ser registrada naquele momento.

Diante do sistema anterior de transcrição, vigorava o princípio da incindibilidade do título. A lógica daquele sistema não permitia essa cisão uma vez que o título era transcrito por inteiro. Dessa sorte, se houvesse um vício em qualquer dos negócios entabulados em um mesmo instrumento, o título não poderia ser transcrito.

No sistema matricial, em que a matrícula identifica um único imóvel e demonstra todas as relações jurídicas entre as pessoas relativas a este imóvel ao longo do tempo, é irrelevante se há vários atos jurídicos em um mesmo instrumento. O importante é que o registrador consiga extrair os negócios jurídicos a partir da interpretação do título.

A cindibilidade, neste caso, ocorrerá quando o título versar sobre mais de um negócio jurídico sem vínculos de interdependência e, por algum motivo, um desses negócios não seja registrado. Nessa hipótese, o registrador identifica o negócio dissociado presente no título e o registra na matrícula referente ao imóvel objeto desse negócio específico. É o caso da compra e venda de dois lotes em que o comprador requer ao registrador o registro de apenas uma das alienações. Há dois negócios jurídicos válidos, mas o comprador, por motivo pessoal, interessa em registrar apenas um deles.

Os negócios jurídicos dissociados, tratados no mesmo instrumento, não encontram dificuldades acerca da possibilidade da aplicação do princípio da cindibilidade do título. É porque esses negócios, na realidade, são autônomos. Simplesmente, encontram-se no mesmo instrumento. Isso quer dizer que os contratantes, por simples comodidade, resolveram juntar vários negócios em um só contrato. Poderiam ter optado por um instrumento para cada negócio.

Outro aspecto da cindibilidade do título diz respeito à possibilidade de, em um único imóvel, registrar-se parte do ato ou do negócio que está de acordo com os princípios registraes, desconsiderando a outra parte que extrapola os dados previstos na matrícula.

É o caso de uma carta de arrematação que descreve o imóvel e sua construção. Na matrícula, não existe a averbação dessa construção. Nada impede o registro da carta, transferindo o domínio do imóvel como lote para construção para o arrematante, deixando para momento posterior a regularização da matrícula com a averbação da construção.

Tem-se defendido, nessas circunstâncias, a aplicação do princípio em apreço sob o argumento de que é possível o registro do ato jurídico legal, bem como a recusa do ilegal, desde que sejam dissociados (FANTI, 2006, p. 8). Entretanto, importa esclarecer que não é a ilegalidade do ato que impede o seu registro. Mesmo porque ilegalidade não há. No exemplo dado, a carta de arrematação descreve o imóvel da forma como ele se apresenta fisicamente. Não há ilegalidade nenhuma nessa descrição. Como não haveria ilegalidade se, em um negócio jurídico, contivesse a informação de que sobre o lote existe uma centena de árvores plantadas. Simplesmente, esses atos não interessam ao sistema registral.

Corroborando esse argumento com o exemplo dado, não há como se garantir que a construção descrita no título seja aquela que será averbada posteriormente. Aliás, a prática nos mostra que normalmente não é. Dessa sorte, essa descrição da construção em nada interessa ao registro de imóveis. O título hábil para caracterizar a construção será o termo de habite-se a ser expedido pelo município que trará para a matrícula, após o seu registro, todas as informações da construção existente sobre o imóvel. O que deve restar claro é que a descrição da construção constante no título, além de estar dentro da legalidade, nunca adentrará o fôlio real. Não é título hábil para isso. Daí ser incorreto, neste caso, afirmar que se registra ato legal, deixando de registrar outro ilegal, desde que dissociados.

O que realmente ocorre é que a parte do ato que preencha os requisitos legais para registro e que está de acordo com os dados constantes na matrícula é aproveitada e a que os exceda desconsiderada, ou seja, é a interpretação do

título para extrair-se o próprio negócio jurídico. À evidência, os dados extras previstos no título em nada importam ao sistema registral. Estão alheios ao sistema. Além disso, conforme demonstrado, esse título não é o documento hábil para alterar os dados da matrícula.

Analisando o acima afirmado, salta aos olhos que não é do princípio da cindibilidade que se trata. É porque não há nada a ser cindido no caso especificado. Simplesmente, interpreta-se o título e registra-se o que tem acesso ao fôlio real, deixando-se de registrar aquilo que não o tem e nunca o terá. Não há parte do ato que seria registrável, mas que, por algum motivo, não adentrou o fôlio real. Daí não se poder falar em cindibilidade.

De qualquer sorte, tratou-se aqui deste tema em razão da doutrina e da jurisprudência considerar que nestes casos há a cindibilidade do título.

Outro exemplo de cindibilidade de ato referente a um mesmo imóvel, dado pela doutrina de qualidade (FANTI, 2006, p. 12), seria o caso de compra e venda de diversas frações ideais por diversos condôminos, em que é possível cindir-se o título para registrar somente os atos translativos de propriedade cujos vendedores detinham disponibilidade do bem.

Na verdade, os negócios jurídicos acima citados são simplesmente justapostos, ou seja, por mero acaso encontram-se no mesmo título. São independentes. Poderiam estar em títulos separados. Se duas pessoas compram por meio de escritura pública um único imóvel em partes iguais, ocorrem dois negócios jurídicos de compra e venda justapostos e independentes, ou seja, são duas alienações de 50% (cinquenta por cento) da fração ideal do imóvel.

Assim sendo, a cindibilidade ora demonstrada cai na regra geral dos atos justapostos e dissociados. Independe, na classificação proposta, tratar-se de um único ou de vários imóveis. Se houver justaposição com independência de negócios jurídicos, sempre haverá a possibilidade de cindir-se o título.

Se a invalidade ocorrer em cláusula essencial ao negócio jurídico imobiliário não é possível a aplicação do princípio da cindibilidade. É que, nessa hipótese, a causa do ato ou do contrato estaria sendo alterada, modificando o próprio ato jurídico. Em tópico posterior, essa questão será abordada com maior profundidade.

Insta salientar que a regra é o registro de todos os atos constantes no negócio ou no ato jurídico. A exceção será a cindibilidade do título. Assim, para que haja transparência do ato administrativo vinculado de registro, é necessário que a parte interessada elabore requerimento pedindo o registro cindido do título. Essa exigência é essencial para que não restem dúvidas ao interessado de que o título não está sendo registrado em sua inteireza.

Assim, quando há negócios justapostos, basta o requerimento do interessado já no protocolo do título.

Por outro lado, quando o registrador de imóveis concluir que o título pode ser cindido, deverá em primeiro lugar emitir nota de devolução informando ao interessado o motivo da impossibilidade de registro de parte do ato. Nesse mesmo documento, deverá informar que o interessado poderá sanear o vício no prazo legal, possibilitando o registro simultâneo de todos os atos. Caso seja impossível esse saneamento ou não seja de interesse do requerente, a nota devolutiva deverá informar que, para o registro cindido do título, o interessado necessitará elaborar um requerimento pedindo o registro somente dos atos que detêm acesso ao fólio real (cindibilidade do título).

Acaso o título contiver parte registrável e parte trazer mais dados do que os constantes na matrícula, é desnecessário o requerimento do interessado pedindo a cindibilidade do título. É que, conforme demonstrado, não há realmente cindibilidade no caso em apreço, mas simples interpretação do negócio jurídico em que é extraído do título o que realmente detém acesso ao álbum imobiliário.

Assim, há dois momentos para o requerimento da cindibilidade: o primeiro no protocolo do título, quando o interessado já faz o requerimento do registro parcial do dos negócios jurídicos expressados por meio do título, ou após a nota devolutiva.

A atuação do registrador de imóveis diante de um título cindível deve ser sempre cautelosa visto que a naturalidade é o registro de todos os atos extraídos do título. Por isso, tão importante é o dever de informar à parte interessada sobre o que realmente tem o condão de adentrar o fólio real.

4. LIMITAÇÕES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CINDIBILIDADE DO TÍTULO

4.1 *A causalidade nos contratos*

Os contratos coligados e as cláusulas essenciais ao negócio jurídico formam relações jurídicas interdependentes, que acabam por vincular o negócio jurídico a uma causa. Assim, para melhor entendimento desses institutos, importa primeiro compreender o conceito de causa contratual.

A noção de causalidade dos contratos foi muito pouco estudada pelos doutrinadores brasileiros do século passado. O Código Civil de 1916 não adotou expressamente a causalidade. A doutrina da época defendia o anti-causalismo, uma vez que a noção de causa não era prevista no ordenamento jurídico então vigente.

Poucos doutrinadores, como Pontes de Miranda,¹ já defendiam a tese de que apesar da falta de previsão legal, a causa seria inerente à própria natureza contratual. De sorte que estaria presente mesmo na codificação anterior.

Dentre as noções de causa do contrato, destacam-se duas teorias: a subjetiva e a objetiva. A subjetiva, baseada no Código Civil francês, parte da ideia de que a causa seria a vontade interna dos contratantes quando celebram o negócio jurídico. O problema dessa teoria é que a causa se confundiria com o motivo do contrato. De sorte que seria pouco relevante para o direito, em razão da falta de juridicidade e da dificuldade em se descobrir exatamente a vontade interna de cada contratante.

Há duas teorias objetivas da causa do contrato. A primeira, teoria antivoluntarista defendida por Emilio Betti, coloca a função do contrato à frente da vontade dos contratantes. Os efeitos jurídicos de um determinado contrato somente irradiariam quando a sua função econômico-social for útil ao sistema. Aqui, a vontade perde a sua força. A função econômico-social do contrato é o que importa. É essa função objetiva que lhe dá juridicidade.

A segunda doutrina objetiva retira a função econômico-social do centro do estudo da causa para colocar a função exclusivamente jurídica. Segundo essa teoria, a função econômico-social seria conceito metajurídico e, portanto, não poderia ser utilizada para definir o conceito jurídico da causa do contrato. Nesse diapasão, a causa seria um elemento essencial ao negócio e, uma vez que todo contrato é criado para gerar efeitos jurídicos, a causa seria justamente a síntese dos efeitos jurídicos que o negócio estaria apto a irradiar.

Dentro da perspectiva dessa teoria, o elemento causa poderia ser subdividido em causa abstrata e concreta. A causa em abstrato é importante para a determinação da natureza jurídica dos contratos enquanto a causa em concreto é a “eficácia concretamente produzida pelo contrato” (MORAES, 2013, p. 13).

A causa em abstrato é de suma relevância para o presente estudo uma vez que essa é fundamental para descobrir-se a natureza jurídica de um ato. Uma compra e venda em que não haja pagamento, dependendo de alguns outros elementos, pode deter natureza jurídica de doação. A causa abstrata é justamente a síntese dos elementos mínimos de um negócio para caracterização da sua natureza jurídica. Assim, uma cláusula aparentemente acessória ao negócio pode perder essa condição se essa for essencial para gerar os efeitos pretendidos no negócio.

A causa em concreto, por sua vez, são os efeitos jurídicos concretos criados pelo negócio jurídico. Assim, um negócio jurídico pode ser pactuado de uma

1. PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 108, 128 e 136.

forma, mas os efeitos jurídicos podem estar sendo irradiados concretamente de forma diferente do previsto inicialmente. Nesse caso, estamos diante de uma causa em concreto que está sendo violada.

Maria Celina Bodin de Moraes demonstra a importância das causas abstrata e concreta, ao afirmar que: “A distinção entre tipo e causa abstrata permite inferir que não se pode, *a priori*, estabelecer que efeitos são essenciais, e quais não o são, em um particular negócio. Para a qualificação do negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser o elemento individualizador da função daquele contrato. Supera-se, desta forma, a técnica da subsunção, da forçada inserção do fato na norma e da premissa menor na premissa maior, obtendo-se, como resultado, uma qualificação-interpretação compatível com a manifestação de vontade das partes. E, em uma dinâmica atividade contratual, admite-se, a qualquer momento, a requalificação deste mesmo negócio, se sua causa concreta (os efeitos que concretamente produza) comece a se distanciar do original regulamento de vontades”.²

Nessa linha de raciocínio, a causa de um contrato, ou seja, os efeitos jurídicos que devem ser irradiados a partir do negócio, é elemento essencial do negócio jurídico. Destarte, a invalidade de uma cláusula com vínculo causal com o objeto principal do negócio jurídico, mesmo que essa cláusula seja aparentemente acessória, invalida todo o negócio.

No Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, iniciou-se a discussão se esse sistema aderiu ou não à causalidade nos contratos. Diferentemente do Código anterior, o novo previu expressamente a função social do contrato. O seu art. 421 estabelece que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Segundo grande parte da doutrina, a expressão “em razão” estabeleceu a causa do contrato como a sua função social. Outros, além da função social, também, colocam a boa-fé objetiva como causa.

É indubitável que o novo Código aderiu à causalidade do contrato. Isso porque, além do art. 421, outros artigos também reconhecem a essencialidade da causa nos contratos. O art. 187, por exemplo, admite o abuso de direito daquele que exerce um direito, excedendo os limites do fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes. A proteção ao abuso de direito é justamente a expressão da essencialidade da causa do contrato. Nesse caso, a causa, no sentido dos efeitos concretos irradiados pelo contrato, viola os princípios da

2. MORAES, 2013, p. 14.

função social do contrato ou da boa-fé objetiva. Nessa perspectiva, é possível que o Judiciário amolde o contrato inicialmente entabulado para que os seus fins atendam aos princípios em tela.

Outro artigo pouco comentado pela doutrina que evidentemente reconhece a causalidade no direito brasileiro é o art. 170 do CC/2002 que prescreve: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

Referido artigo claramente coloca a causa do contrato como elemento essencial. Tanto é verdadeira essa assertiva que mesmo um ato nulo pode prevalecer com natureza de outro ato jurídico quando se consiga demonstrar que os efeitos jurídicos desejados pelas partes eram aqueles se houvessem previsto a nulidade.

No ato simulado (art. 167 do CC/2002) prevalece o ato que se dissimulou se válido na substância e na forma. Novamente, a causa aparece implícita no referido dispositivo. É que o Código claramente abarca a segunda teoria objetiva acima especificada. Nesse caso, a causa do negócio jurídico é mantida, enquanto a parte simulada é retirada do ordenamento jurídico. Mantém-se o negócio real entabulado pelas partes, ou seja, prevalecem os efeitos jurídicos do negócio real e não os efeitos da parte simulada.

A própria boa-fé objetiva é sinal claro da causalidade dos contratos. Os deveres de lealdade, informação e transparência que as partes devem manter na contratação e na execução do contrato demonstram que a causa, entendida como os efeitos jurídicos do negócio, é essencial ao contrato. Se uma das partes infringe o dever de lealdade, a finalidade do contrato pode não ser atingida e, destarte, seus efeitos poderão não ser irradiados. Nesse caso, a parte pode requerer ao juiz a resolução do contrato justamente porque seus efeitos jurídicos – causa – podem não ser atingidos.

De outra sorte, mesmo se não existissem os dispositivos acima citados como era o caso do Código Civil de 1916, não há como desconsiderar a causalidade nos contratos. Talvez nos contratos típicos a causalidade tenha uma maior dificuldade de compreensão uma vez que os efeitos jurídicos já são predeterminados pela lei. Mas o fato é que em praticamente todos os contratos haverá uma causa juridicamente relevante. É fácil a constatação que os efeitos acertados no contrato devem ser aqueles realmente irradiados no mundo real.

Por outro lado, a causa nos contratos coligados e nas cláusulas acessórias essenciais ao negócio, em razão de suas próprias naturezas, é elemento essencial ao negócio. Esse tema será analisado no tópico seguinte.

4.2 *Os contratos coligados e as cláusulas essenciais ao negócio jurídico imobiliário*

Diante de um mundo cada vez mais dinâmico, os contratos tendem a ser cada vez mais complexos. Dificilmente, é protocolado um título no registro de imóveis cujo negócio jurídico entabulado pelas partes seja simples. Normalmente, o negócio jurídico é complexo ou então a cláusula aparentemente acessória é justamente a causa do contrato. Nesses casos, releva a importância da capacidade jurídica do registrador de imóveis que deve deter os conhecimentos necessários para realizar uma interpretação condizente com a sua função.

Os contratos coligados são dotados de características diversas do contrato isolado. Esses contratos são na verdade estruturalmente autônomos, mas existe um vínculo que os une, que é justamente a sua causa (efeitos jurídicos desejados).

Aparentemente, os contratos coligados estão simplesmente justapostos e são autônomos. Entretanto, a função econômica para o qual esses foram celebrados, resulta na impossibilidade de que um prevaleça sem o outro. Assim, o método sistemático de interpretação há que ser aplicado, analisando todo o negócio jurídico uma vez que são contratos interdependentes. Segundo Orlando Gomes,³ “os dois negócios coligados conservam a fisionomia própria, produzem seus efeitos específicos, embora entre eles exista nexa que os reúne substancialmente”.

Decorrência lógica desse raciocínio é que normalmente a invalidade de qualquer dos negócios dos contratos coligados acarreta a nulidade de todos os negócios jurídicos.

Os negócios jurídicos de compra e venda, com mútuo com garantia hipotecária são, na verdade, negócios coligados. A hipoteca não é contrato acessório da compra e venda, e sim do mútuo. Apesar de serem contratos estruturalmente autônomos – compra e venda e hipoteca – são unidos pela causa que foram criados. Assim, a invalidade de qualquer desses negócios aparentemente autônomos, resulta na invalidade de todos os negócios jurídicos.

Se o registrador reconhecer a invalidade de um dos contratos nos negócios coligados e, ainda assim, registrar o outro que, aparentemente está revestido das formalidades legais, estará registrando aquilo que as partes não pactuaram, alterando o princípio da autonomia privada.

A causa que une os contratos coligados é inerente à natureza desses contratos, de sorte que a função de suas criações é justamente para que esses irradiem

3. GOMES, 1999a, p. 358.

efeitos conjuntamente. Não há eficácia isolada de contratos coligados. Assim, quando o registrador reconhecer a presença desses contratos em um instrumento, deverá realizar a qualificação registral de todos os negócios, mesmo daqueles que não serão registrados na serventia em que é titular. Se houver a invalidade de qualquer um desses contratos aparentemente autônomos, fica inviabilizada a cindibilidade do título.

Imagine-se um contrato de 15 quinze anos de idade. Na mesma escritura, existe uma hipoteca em que um terceiro, para garantir o mútuo ao comprador, dá em garantia hipotecária imóvel matriculado em outra serventia. O registrador competente para registrar o imóvel da hipoteca, ao analisar esse título, deverá reconhecer a invalidade de todos os negócios jurídicos e não registrar a hipoteca. É porque, apesar de esse contrato apresentar aparentemente todos os requisitos legais para o seu registro, por tratar-se de negócios coligados, a invalidade de um contrato aproveita todos os outros inter-relacionados. Não há que se falar em cindibilidade nessa hipótese.

Outra questão pertinente, diz respeito às cláusulas aparentemente acessórias que são essenciais ao negócio jurídico imobiliário. Exatamente como nos contratos coligados, a causa, ou seja, os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, é que faz com que essa cláusula passe de aparentemente acessória para cláusula essencial ao negócio.

Os vínculos entre a cláusula essencial e o objeto principal do negócio jurídico são tamanhos que impossível é a eficácia desse sem a eficácia daquela e vice-versa. Isto porque os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes devem ser irradiados concomitantemente, sob pena de desvirtuar a essência do negócio jurídico. É bom lembrar que, como nos contratos coligados, há uma função econômico-social que os une. É a causalidade contratual vinculando internamente as cláusulas contratuais.

Zeno Veloso citado por Humberto Theodoro Júnior, ao discorrer sobre a nulidade parcial de um negócio jurídico com fulcro no art. 184 do CC/2002, é, nesse sentido, enfático ao afirmar que, “ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só o teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. Enfim, temos de verificar e respeitar os objetivos práticos dos figurantes, atender à função econômico-social do negócio no caso concreto”.⁴

4. VELOSO, 2002, p. 95 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 636.

Destarte, não existe uma compra e venda e a instituição de uma cláusula restritiva. Esses não são atos dissociados. O negócio jurídico é uma compra e venda com a instituição de cláusula restritiva. A interpretação deve ser procedida como se de ato único se tratasse. Ou se registra todos os atos registráveis concomitantemente ou não se registra nada.

Cláusula essencial ao negócio jurídico imobiliário na definição aqui proposta é a cláusula que é vinculada ao objeto do negócio jurídico principal em razão de uma função econômico-social estabelecida entre as partes, que tenha ou deveria ter acesso ao fôlio real, de sorte que as eficácias dessa cláusula e a do objeto do negócio devam obrigatoriamente surgir ao mesmo tempo.

Assim, além dos demais requisitos, a cláusula essencial ao negócio jurídico imobiliário é aquela que foi prevista no negócio jurídico para ser registrada conjuntamente com o negócio jurídico principal. Daí poder afirmar-se que as suas eficácias devem necessariamente começar a irradiar concomitantemente.

A invalidade de uma cláusula essencial vicia todo o negócio jurídico. O raciocínio é o mesmo dos contratos coligados. É a causa do contrato, sua função econômico-social que vincula a cláusula ao objeto principal.

Consequentemente, mesmo que o registrador reconheça a invalidade da cláusula essencial que impeça o registro dessa, não pode cindir o título e registrar o objeto principal do negócio. É que não há como supor se as partes realmente teriam entabulado o contrato se soubessem que essa cláusula não teria eficácia em razão da impossibilidade de seu registro na serventia imobiliária (art. 170 do CC/2002).

Veja o caso de uma doação aos descendentes com usufruto e cláusulas restritivas em que não há no título a indicação da justa causa. O ordenamento jurídico brasileiro exige essa justa causa por tratar-se de adiantamento de legítima (arts. 1.848 e 544 do CC/2002). Claramente, essa cláusula é inválida. Entretanto, o registrador de imóveis não poderá cindir o título e registrar somente a doação. É que nesse caso, a citada cláusula é essencial ao negócio jurídico. Os efeitos jurídicos que deveriam irradiar daquele contrato estariam sendo alterados. O registro somente poderia ser realizado com a celebração de uma nova escritura, cancelando essa cláusula ou estabelecendo a justa causa.

O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo vem firmando jurisprudência em sentido diametralmente oposto ao defendido no parágrafo anterior.⁵ Entretanto, essa não é a melhor interpretação, justamente porque não foi leva-

5. CSM/SP, ApCiv 440-6/0, rel. Des. José Mário Antonio Cardinale, 06.12.2005; e CSM/SP, ApCiv 0024268-85.2010.8.26.0320, rel. Des. Maurício Vidigal, 21.12.2011.

do em consideração o elemento causal, a função econômica de contratos dessa natureza. Quando o elemento causal é retirado da interpretação, a consequência é a alteração dos efeitos jurídicos do negócio acertado entre as partes, ou seja, a alteração do próprio negócio jurídico.

Outro erro dessa decisão foi admitir dentro de um procedimento administrativo, em que o doador não é parte, o registro do título cindido. Essa decisão somente poderia ser judicial e nunca administrativa. É que, em razão do princípio do devido processo legal, a parte que doou o imóvel deveria necessariamente ser ouvida e, claro, deveria ter sido oportunizada a apresentação de sua defesa. O que não é possível no procedimento administrativo de dúvida. Não há como admitir que o registrador, praticando ato administrativo vinculado, possa alterar a vontade expressada no negócio jurídico pelas partes.

Relembre-se do caso antes exemplificado da doação a descendente com cláusula restritiva sem justa causa. Salta aos olhos que o doador, ao outorgar a escritura, agiu em erro. Ora, a escritura pública foi redigida e, também, firmada por Tabelião de Notas que deveria conhecer o direito. Era impossível ao outorgante compreender (princípio da confiança) que estava diante de erro substancial. O negócio foi elaborado por profissional do direito, com funções delegadas do Estado. Apesar de tudo isso, houve a inserção de uma cláusula ilegal na escritura. Claro que houve um vício de consentimento (erro).

Em razão da causalidade contratual, impossível é, administrativamente, substituir a vontade do doador, cindir o título e registrar somente o que preenche os requisitos legais para adentrar o fôlio real. Não há como supor no âmbito administrativo que o doador teria realizado o negócio se soubesse da nulidade desta cláusula (art. 170 do CC/2002). Ao contrário, provavelmente, não teria realizado. A incerteza dessa questão impede a sua análise sem a observância do devido processo legal.

A prudência exige que se adite o negócio jurídico antes estabelecido para se ter certeza de que a causa contratual está sendo observada, sob pena de desvirtuamento do próprio negócio jurídico. Aliás, se essa era a intenção das partes, nada mais natural do que aditar o ato. Por outro lado, caso a parte tenha falecido ou as partes não cheguem a um consenso sobre o aditamento citado, a via para a resolução desse problema será sempre a judicial.

Inconcebível diante do princípio do devido processo legal a alteração do conteúdo essencial de um negócio jurídico sem a participação das partes que o entabularam. Daí a clara inconstitucionalidade da jurisprudência que vem se consolidando no âmbito do Conselho da Magistratura de São Paulo.

Assim, além de todo o negócio jurídico ser inválido em razão da invalidade da cláusula essencial (cláusula restritiva) que é vinculada ao negócio jurídico

principal (causa) em razão de sua função econômica, o foro para a discussão da necessidade ou não de se aditar o ato inicial, e, destarte, da possibilidade de cindibilidade do título não é o administrativo e sim o judicial. É que a cindibilidade nesse caso afetaria diretamente a causa do contrato, alterando o seu conteúdo. Qualquer interpretação de forma diversa da apresentada esbarra no princípio do devido processo legal.

Também, não pode ser invocado no caso em tela o art. 184 do CC/2002, como já foi demonstrado anteriormente. É que, no presente caso, a cláusula é essencial ao negócio, ou seja, os efeitos jurídicos dessa cláusula deveriam irradiar no mundo real conjuntamente com o negócio principal. Ao reconhecer a nulidade dessa cláusula, os efeitos jurídicos do negócio estariam sendo alterados desvirtuando-o por completo em razão da inobservância da sua causa contratual.

Conforme amplamente demonstrado acima, a causa contratual, no sentido dos efeitos jurídicos que o negócio jurídico deveria irradiar, vincula o contrato. Dessa sorte, é impossível ter certeza se o contrato teria sido assinado pelas partes caso soubessem da nulidade de uma cláusula essencial. A incerteza quanto ao comportamento da parte impede que o registrador de imóveis, que pratica ato administrativo, cinda o título. O procedimento de dúvida também não pode discutir essa questão por tratar-se de procedimento administrativo. Destarte, somente o Judiciário na sua função judicante é quem tem competência para reconhecer uma nulidade de uma cláusula essencial ao negócio jurídico imobiliário.

A *contrario sensu*, a cláusula não essencial ao negócio jurídico é aquela prevista no ato ou no negócio jurídico que não tenha vinculação causal ao seu objeto principal nem acesso ao fôlio real. São cláusulas que podem até importar as partes, mas não tem nenhuma vinculação com o registro de imóveis.

Voltando aos contratos coligados, a solução é a mesma dos contratos com cláusula essencial. É que naqueles contratos a aplicação do princípio da cindibilidade do título em relação a um dos negócios inválidos, alteraria diretamente a função econômico-social das partes do negócio, ferindo frontalmente o devido processo legal. Novamente, a causa que une os negócios jurídicos impede que se registre um contrato deixando de se registrar o outro. O fundamento é exatamente o mesmo: a incerteza de se saber se as partes assinariam o instrumento se conhecessem essa nulidade.

O registrador deve estar sempre atento ao negócio jurídico acertado entre as partes visto que um título pode trazer vários contratos aparentemente justapostos, mas que podem estar inter-relacionados por uma prestação única. Nesse caso, não há cindibilidade. Exemplo dessa possibilidade é um contrato

de compra e venda de dois imóveis, com preços distintos para cada um deles, com cláusula resolutiva expressa, mas com uma cláusula que vincula o pagamento total do preço para a quitação dos dois imóveis. Aparentemente, são dois contratos justapostos, mas como há a vinculação do pagamento do preço total à quitação dos dois contratos, o caso é de coligação de contratos. Assim, o princípio da cindibilidade dos títulos não pode ser aplicado para esse caso.

Em suma, o registrador de imóveis haverá sempre de analisar pormenorizadamente o título apresentado para compreender se há interdependência de cláusulas ou de contratos e, destarte, se há a possibilidade de cindir o título ou não.

É relevante ressaltar que os atos jurídicos que geram direitos reais relativos a bens imóveis só adquirem eficácia com o registro no competente serviço de registro de imóveis (art. 1.227 do CC/2002). Novamente, aparece a relevância da competência do registrador para a realização da adequada qualificação registral. Ainda mais significativo é o seu papel quando estiver em jogo contratos coligados ou cláusulas essenciais ao contrato e a possibilidade ou não de aplicação do princípio da cindibilidade registral. É que, se houver uma qualificação positiva errada e acontecer a cindibilidade do título, o registro poderá atribuir eficácia real a um direito que só poderia nascer se coexistisse com outro negócio jurídico que o registrador deixou de registrar. Seria o desvirtuamento do próprio negócio em total dissonância com a sua causa contratual.

5. REGRAS PARA A APLICAÇÃO DA CINDIBILIDADE

Diante de um título que estabelece negócios ou atos jurídicos complexos, o registrador de imóveis deve analisar, primeiramente, se os negócios entabulados são justapostos e independentes, ou seja, se são atos totalmente autônomos simplesmente presentes em um mesmo instrumento. Nesses casos, há sempre a possibilidade de cisão do título para registrar somente o que o interessado requerer.

Se o título trazer a coligação de contratos e houver, por qualquer razão, a impossibilidade de registro de um dos negócios coligados, o princípio não pode ser aplicado.

Se for o caso de um ato jurídico relativo a um único imóvel, e a cláusula essencial a esse ato for inválida, não há viabilidade do registro de todo o negócio. Também, não se aplica o princípio da cindibilidade.

Quando o título tratar de um ato jurídico *lato sensu* relativo a um único imóvel e parte do ato tiver acesso ao fôlio real e outra parte trazer dados que excedam os dados constantes na matrícula, há, na verdade, simples interpreta-

ção do negócio jurídico. Nessa hipótese, admite-se o registro somente da parte registrável como em um negócio jurídico qualquer. Não é caso de cindibilidade. Entretanto, boa parte da doutrina e da jurisprudência entende que, nesse caso, o princípio da cindibilidade está presente.

Em relação aos atos não essenciais ao negócio jurídico imobiliário, esses não têm nenhuma relevância para o registro de imóveis já que não têm acesso ao fôlio real.

Por último, insta reafirmar que o ato de registro é ato administrativo vinculado. De sorte que a qualificação registral do título realizada pelo registrador de imóveis deve sempre levar em consideração se a cindibilidade do título pode afetar a causalidade contratual. Se houver incerteza sobre essa questão, não há como administrativamente resolver o problema, seja na qualificação, seja em seu desdobramento, o procedimento de dúvida. O problema deve ser resolvido no âmbito judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, cumpre esclarecer que as regras ora propostas, bem como tudo o que se escreveu até aqui não têm a pretensão de exaurir o conteúdo do princípio da cindibilidade. Ao contrário, essa análise almeja simplesmente que esse princípio seja mais estudado pela doutrina para que os contornos jurídicos de sua aplicação fiquem bem claros.

As classificações acima propostas, bem como as regras de aplicação desse princípio, são didaticamente aqui apresentadas para que o operador do direito possa aplicar o princípio da cindibilidade com maior segurança.

A jurisprudência administrativa vem utilizando o princípio da cindibilidade desconsiderando a causalidade contratual, principalmente, em relação aos negócios jurídicos imobiliários com cláusulas essenciais. Certamente, vários negócios queridos pelas partes foram desvirtuados em suas essências. Talvez, esta visão sob o aspecto da causalidade contratual possa iniciar um estudo mais aprofundado sobre o tema.

7. BIBLIOGRAFIA

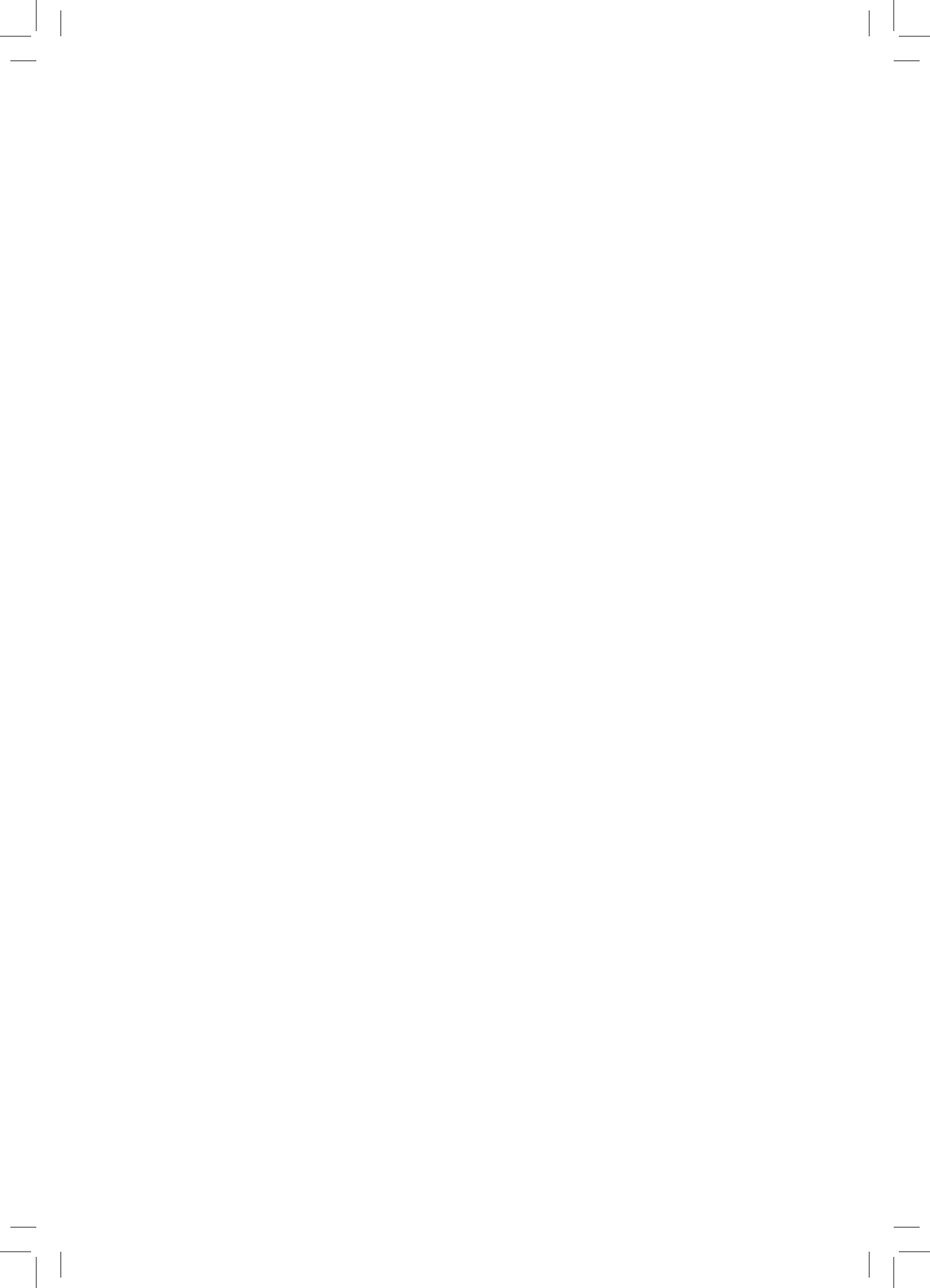
FANTI, Guilherme. O princípio da cindibilidade dos títulos e seus efeitos no Registro de Imóveis. Porto Alegre, 2006. Disponível em: [www2.colegioregistrals.org.br/_upload/TRABALHOPRINCIPIODACINDIBILIDADEDOS-TITULOSNORI_143938856036.pdf]. Acesso em: 24.08.2015.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Direito dos contratos*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 4.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2001.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Introdução ao direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LAMANA PAIVA, João Pedro. *Procedimento de dúvida no Registro de Imóveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional. Perspectiva da função social dos notários brasileiros*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2004.
- LIQUIDATO, Alexandre. *A causa dos contratos. Estudo sintético da teoria da causa no sistema brasileiro*. Disponível em: [http://rabonezeliqidato.com.br/pdf/Causa_dos_Contratos.pdf]. Acesso em: 25.08.2015.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. *Civilistica.com*. ano 2. n. 4. Rio de Janeiro, out.-dez. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>]. Acesso em: 25.08.2015.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte Geral*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. t. III.
- _____. *Tratado de direito privado. Parte Especial*. Campinas: Bookseller, 2005. t. XXXVIII.
- REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado de registros públicos*. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. vol. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III. Arts. 138 a 184*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A unitariedade matricial, de Ricardo Dip – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/915-920 (DTR\2012\450514);
- Da autonomia do direito registral imobiliário, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 75/15 (DTR\2013\10163); e
- Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis, de Adriana Gugliano Herani Deyama – *RDI* 72/127-159, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 3/531-564 (DTR\2012\44776).



AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS LIMITES DA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL

UNFAIR CLAUSE AND LIMITS OF NOTARIAL ELIGIBILITY

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO

Registrador Imobiliário.
edusocrates@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Consumidor; Imobiliário e Registral

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar os limites da qualificação dos contratos submetidos ao Registro Imobiliário, especialmente em relação às cláusulas abusivas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor – Cláusulas abusivas – Qualificação registral.

ABSTRACT: This Project aims to analyze the limits of eligibility of agreements submitted to the Real State Registry Office, especially regarding unfair terms.

KEYWORDS: Consumer Law – Unfair Clause – Notarial Eligibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As cláusulas abusivas. 3. A qualificação registral e seus limites.

1. INTRODUÇÃO¹

A “mística da autonomia da vontade”, norteadora das codificações do século XIX, que valorizavam, sobremaneira, o caráter patrimonialista do Direito, restou, em grande medida, ultrapassada e insuficiente para tutelar os desafios de uma sociedade cada vez mais complexa.

1. Trabalho apresentado no XI Seminário Luso-Brasileiro e Espanhol de Direito Imobiliário Registral, realizado em 02.12.2015, na cidade de Madri, Espanha.

A evolução social revelou o quão ilusório era o dogma da plena liberdade de contratar, um dos corolários da igualdade formal entre os homens.²

Na atual quadra da história, marcada por um modelo de mercado globalmente homogeneizado, fundado na concentração de capitais e na contratação em massa, observa-se nítida tendência de que o Direito seja conformado segundo imperativos de ordem econômica.

Não podemos esquecer, entretanto, que o Direito tem um caráter transformador da ordem social.

Se é maléfico negligenciar as razões econômicas nas relações jurídicas, grave também se afigura sobrepujar os interesses econômicos a outros valores igualmente fundamentais. Deve ser evitada a utilização demagógica e ideológica do Direito, tanto por aqueles que sustentam a falácia da autorregulamentação do mercado, quantos pelos que fazem tábula rasa dos fundamentos econômicos do Direito.

O desejável é se encontrar um justo e delicado equilíbrio entre essas forças antagônicas.

São necessários, pois, instrumentos regulatórios adequados para proteger os contratantes que apenas aderem a um estatuto contratual previamente concebido pelas grandes empresas fornecedoras de produtos e serviços.³

Nesse sentido, cabe ao Estado o papel de proteção da parte fraca dessa relação, sendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) um desses instrumentos, sem se descuidar do importante papel que a Constituição Federal exerce nesse campo, ao estabelecer uma tábua axiológica que deve impregnar

-
2. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 35. Ensina Roppo que: “Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar pra a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual”.
 3. Eduardo Takemi Kataota, denomina de projeto global social “o conjunto de fins a que se coloca uma sociedade em um dado momento histórico. O ordenamento jurídico, assim como o jurista, não pode ficar indiferente, pois é o projeto social global que fornecerá os paradigmas para o julgamento do que seja justo em determinado momento. Isto porque o ordenamento jurídico equilibra-se sobre dois valores: a justiça e a segurança; e a última é acessória à primeira” (Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 457).

as relações de consumo, sempre tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana,⁴ que repõe o homem no centro do ordenamento jurídico.⁵

O ordenamento jurídico protege o consumidor por considerá-lo vulnerável,⁶ consoante o disposto no art. 4.º, I, da Lei 8.078/1990. O Código de Defesa do Consumidor está ancorado em valores sociais que objetivam amenizar os efeitos potencialmente deletérios de relações baseadas na autonomia privada exacerbada, característica própria dos Estados Liberais, mirando sempre estimular as práticas negociais que privilegiem a boa-fé.

Pretende ser o Código de Defesa do Consumidor, pois, um instrumento jurídico tendente a equilibrar as relações de consumo, conferindo, senão igualdade de armas, meios para amenizar a natural fragilidade do consumidor⁷ em face do fornecedor⁸ de um produto ou serviço.⁹

Aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor a todas as relações jurídicas que caracterizem relações de consumo (presumidas ou reais), sem que se afaste a incidência das normas próprias dos diversos tipos contratu-

4. Nesse sentido, é a percuciente observação do jurista italiano Pietro Perlingieri: “A norma constitucional torna-se razão primária e justificadora (e, todavia, não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo-se parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (*Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 12).
5. Não se pode, obviamente, tornar absoluta essa tendência, sob pena de também se produzir resultados nefastos, ao se enfraquecer, sem a devida funcionalização, o direito de propriedade, direito igualmente fundamental do homem.
6. A vulnerabilidade pode ser de ordem técnica, econômica ou social.
7. O art. 2.º define consumidor como toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
8. O art. 3.º define o fornecedor como: “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.
9. O § 1.º do art. 3.º do CDC diz que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; ao passo que o § 2.º define serviço como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”.

ais. Assim, o intérprete deve conjugar, de maneira sistemática, os diferentes regimes jurídicos, em homenagem à técnica denominada de *diálogo das fontes*.¹⁰

*Ressalte-se que os contratos bancários,¹¹ nos quais o financiamento imobiliário com garantia hipotecária ou fiduciária se encartam, não escapam à incidência das normas consumeristas – quando pactuados com pessoas qualificadas, nos termos da lei, como consumidor –, como decidiu o STF em decisão histórica proferida na ADIn 2.591.*¹²

Indiscutível, pois, que os contratos de financiamento imobiliário com garantia hipotecária ou fiduciária devem ser regulamentados com observância das normas consumeristas.

Seria, por conseguinte, legítima a atuação mais efetiva do registrador imobiliário visando coibir eventuais cláusulas abusivas constantes dos títulos que lhe tenham sido apresentados para registro?

Esta é a questão central a ser examinada neste trabalho, sendo necessário, antes, analisar o que significa a abusividade de uma cláusula.

-
10. Essa tarefa fica facilitada em razão da dualidade do Código de Defesa do Consumidor, que, a um só tempo, é uma lei geral e também uma lei especial, como explica Claudia Lima Marques: “Na sua face *subjéctiva* é lei especial, pois só trata de alguns aspectos dos contratos de consumo (dever de informação, garantias, vícios da prestação contratual, cláusulas abusivas, dever de redação dos contratos de adesão etc.), deixando a maioria das regras sobre existência, validade e eficácia da relação para o Código Civil”, já na sua face *material* é lei geral, pois incide sobre a generalidade dos contratos que envolvam consumidores ou fornecedores, “não tratando exaustivamente de nenhuma espécie de contrato em especial, mas impondo novos patamares gerais de equilíbrio e boa-fé a todas as relações de consumo”.
 11. Antônio Carlos Efigênia ensina que: “Embora o dinheiro, em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão” (*Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 71).
 12. Ementa da ADI 2.591: “Art. 3.º, § 2.º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5.º, XXXII, da CF/1988. Art. 170, V, da CF/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação Direta de Constitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. ‘Consumidor, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito’. 3. Ação direta julgada improcedente”.

2. AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como visto, o legislador deve intervir nas relações contratuais para assegurar o predomínio dos interesses coletivos relevantes e reprimir comportamentos contrários à boa-fé.

Com relação às cláusulas abusivas, parece haver certa uniformidade conceitual nas legislações brasileira, portuguesa e espanhola. *Ocorre, todavia, uma distinção importante no direito brasileiro em relação aos outros dois sistemas: as cláusulas abusivas estão regulamentadas no Código de Defesa do Consumidor e não numa lei sobre condições gerais de contratação, de sorte que suas disposições se aplicam a todo e qualquer contrato no qual se vislumbre uma relação de consumo, não importando, pois, se a ilegalidade resulta de um contrato de adesão ou de um contrato livremente negociado.*

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em relação a essa matéria, considerou ser prática abusiva exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V), além de proclamar a nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais “que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV).

Para Paulo Netto Lôbo:¹³ “Consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual”.

Salta aos olhos, como resume Bruno Miragem, que o art. 51, IV, do CDC “é uma cláusula de abertura do sistema de reconhecimento das cláusulas abusivas no CDC, a partir da qual se dá o desenvolvimento jurisprudencial em relação à violação dos deveres decorrentes dos princípios da boa-fé, do equilíbrio ou da equidade”.¹⁴

Decorre dessa abertura estrutural que a sua aplicação eficaz depende “do labor hermenêutico do aplicador do direito para preenchimento, em concreto, do seu conteúdo”.¹⁵

13. NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 155.

14. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 224.

15. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 364.

Além dessa norma geral, há outras do Código de Defesa do Consumidor prescrevendo a abusividade, de modo direto, com conteúdo definido, não precisando de qualquer esforço interpretativo para lhes dar efetividade.¹⁶

Outra distinção entre os ordenamentos em testilha se impõe. Não temos um sistema de cláusulas negras e outras cinzas, estabelecendo apenas um critério de nulidade absoluta, fato que não traz qualquer desvantagem de ordem prática.¹⁷

-
16. “Art. 51. (...) I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III – transfiram responsabilidades a terceiros; IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – (Vetado); VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias”.
17. Alemanha, Portugal e Espanha editaram leis específicas tratando dos contratos com “condições gerais” e, nesse contexto, estabeleceram listas de cláusulas abusivas, distinguindo entre cláusulas cuja abusividade admite apreciação no caso concreto (lista cinza) e cláusulas consideradas absolutamente abusivas, que não admitem apreciação no caso concreto (lista negra). Sobre essa diferença de sistemas, Cinara Palheiros adverte que: “Diferentemente de muitos países da Europa ocidental, o Brasil não adotou duas listas de cláusulas abusivas, prevendo, para todas as hipóteses, a nulidade de pleno direito. Contudo, disso não advém qualquer prejuízo, uma vez que, na verdade, a divisão em duas listas apenas torna mais didática a separação entre situações cuja abusividade depende da apreciação no caso concreto, necessária sempre que a lei utiliza termos abertos como ‘excessivamente oneroso’ ou ‘injustificadamente’, daquelas situações cuja abusividade decorre da simples caracterização da situação descrita de forma objetiva na lei. No rol do art. 51, é possível identificar, como cláusulas ‘absolutamente’ abusivas, porque a situação descrita não depende de apreciação no caso

No próximo tópico, far-se-á o exame do alcance e limite da atuação do registrador em relações às cláusulas abusivas.

3. A QUALIFICAÇÃO REGISTRAL E SEUS LIMITES

Qualificação registral é o termo consagrado para designar o exame do título apresentado à luz dos princípios, normas jurídicas e normas técnicas editadas pelo juiz competente (art. 30, X, da Lei dos Notários e dos Registradores), decidindo o registrador, afinal, pelo seu registro ou pela sua denegação.¹⁸

Há uma tendência de se considerar a qualificação uma atividade *sui generis*,¹⁹ cujo objetivo é expurgar ilegalidades contidas nos títulos apresentados para registro.

No direito brasileiro, indiscutível que a atividade de qualificação não se circunscreve aos aspectos meramente formais do título apresentado, impondo-se a sua análise jurídica ampla, de maneira que o registrador fará o confronto do título com toda a legislação pertinente, nos mais variados aspectos.

É que, em nosso ordenamento, o oficial registrador é profissional do Direito, a quem incumbe a análise jurídica do título, na forma dos arts. 28 da Lei

concreto, aquelas previstas nos incisos I, II, III, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI, e como cláusulas ‘relativamente’ abusivas, porque a sua verificação depende da apreciação no caso concreto, aquelas previstas nos incisos IV, VI e XV. Contudo, a consequência jurídica, uma vez verificada a abusividade, é sempre a mesma: a nulidade de pleno direito, e não a anulabilidade, o que seria admitido apenas nas relações civis, já que as normas de defesa do consumidor são de ordem pública (art. 1.º, do CDC)” (PALHARES, Cinara. Sistema normativo das cláusulas abusivas. *Revista Direito Mackenzie*. vol. 6. p. 93-115. São Paulo: Mackenzie, 2012).

18. Uma das conclusões do XVI Congresso de Direito Registral realizado no ano de 2008 na Cidade de Valência, Espanha, situa com extrema felicidade o conceito de qualificação: “En un sistema em el que los asientos registrales se presumen exactos, o concordantes con la realidad jurídica, y en el que la inscripción dota de efectos frente a terceros de aquello que publica el Registro, resulta imprescindible la realización de un juicio por parte de un jurista, independiente de las partes que han otorgado el documento y de quienes lo han autorizado, en quin el Estado delega esa competencia, que examine la corrección técnica de los títulos que pretenden acceder al Registro (...) La calificación de la validez de los títulos inscribibles es la función principal del registrador y es la validez de los títulos inscribibles es la función técnico-jurídica intelectual e imparcial” (Conclusiones del XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Registradores de España, n. 45, p. 15, jul. 2008).
19. ORTIZ, José Maria Chico y. *Estudios sobre derecho hipotecario*. Madri: Marcial Pons, 2011. t. I, p. 599.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. As cláusulas abusivas e os limites da qualificação registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 35-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

8.935/1994 (Lei dos Notários e dos Registradores) e 198 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

Ademais, sendo um sistema de registro de direitos,²⁰ em que o registro apresenta caráter constitutivo do direito real, proteção em favor do adquirente de boa-fé, usucapião *secundum tabulas* e, mais recentemente, uma legislação²¹ que imuniza os adquirentes de unidades imobiliárias em loteamentos e incorporações dos riscos de perda da propriedade, se aproximando, em muitos aspectos, ao princípio da fé pública registral,²² avulta em importância o papel de qualificação.²³

Incumbe ao registrador depurar o título apresentado para registro cotejando-o com toda a legislação, qualquer que seja a disciplina jurídica aplicável, inclusive, pois, a legislação consumerista. Objetiva-se, com isso, o favorecimento do tráfico imobiliário, reduzindo custos de transação e também de demandas judiciais.²⁴

-
20. Cujas características são: (i) fôlio real; (ii) qualificação ampla; (iii) princípio da continuidade; (iv) exclusão de títulos contraditórios. A extensão da garantia conferida pelo registro vai variar segundo cada legislação. Em oposição, existem os denominados registros de documentos, cujas características são, em linhas gerais, as seguintes: (i) fôlio pessoal; (ii) efeitos de mera oponibilidade; (iii) qualificação limitada; (iv) ausência do princípio da continuidade e (vi) não exclusão de títulos contraditórios.
 21. Art. 55 da Lei 13.097/2015: “A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei 8.078/1990”.
 22. Aproxima-se, assim, o direito brasileiro daquele grupo de países que *conferem proteção forte aos terceiros*, segundo classificação proposta por Mônica Jardim (*Efeitos substantivos do registro predial*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 140).
 23. Os sistemas brasileiro, português e espanhol se encartam na classificação de registros de direito que possuem, no geral, as seguintes características: (i) fôlio real; (ii) qualificação ampla; (iii) princípio da continuidade e (iv) exclusão de títulos contraditórios.
 24. Pondera Flauzilino Araújo dos Santos que se “*não existisse a função qualificadora, os assentos do registro somente serviriam para enganar o público*, favorecendo o tráfico ilícito e provocando novos litígios. Por sua posição na estrutura jurídica nacional como fiador da autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos que lhe são acometidos pela legislação (cf. art. 1.º da Lei 6.015/1973), em sede registral, a qualificação empreendida pelo Registrador se constitui, concretamente, em uma apreciação técnica imparcial, que transcende aos interesses privados ocasionalmente em

Essa tarefa de *verdadeira profilaxia jurídica*, especialmente no âmbito consumerista, também é afeta à atividade notarial, como demonstram diversos trabalhos especializados produzidos sobre o tema.²⁵

O controle de legalidade²⁶ não é restrito ao Poder Judiciário, incumbindo igualmente aos órgãos administrativos zelar pela sua aplicação. No que toca ao direito do consumidor, o controle prévio e abstrato de cláusulas é medida absolutamente salutar.²⁷

jogo, visto que da publicidade registral emerge, claramente, o interesse público de obter a satisfação de certos fins comunitários com a máxima dose de credibilidade, além do que, se lançar um ato indevido, fica sujeito à responsabilização civil, penal e administrativa” (SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Princípio da legalidade e registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 60. ano 29. p. 307. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006).

25. Cite-se, dentre outros, os seguintes trabalhos: (i) MENDEZ, Pedro Luis Landestoy. Las cláusulas abusivas y el control de la legalidad que ejerce el notario. *Revista de Direito Notarial*. n. 6. p. 283-325. São Paulo: Quartier Latin, 2015; (ii) ALFONSO, Bolás. La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor. *Revista Jurídica del Notario*. n. 24. oct.-dic. de 1997.
26. Diogo de Melo observa que são “vários os métodos possíveis de controle das cláusulas abusivas, com vistas à sua eliminação, sobretudo daquelas que se inseriram em contratos padronizados e de adesão”. Segundo António Pinto Monteiro, os problemas eventualmente existentes nos contratos de adesão formados por cláusulas contratuais gerais são, fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, é possível o aumento considerável do risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, é possível a inserção de cláusulas chamadas abusivas, no plano; no plano processual, mostra-se inadequada e insuficiente o controle judiciário, que atua apenas *a posteriori*, a depender da iniciativa processual do lesado, tendo efeitos circunscritos ao caso concreto. Assim, comenta o civilista português que: “Um controle eficaz terá de actuar em três direções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um efectivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas, e pela atribuição de legitimidade processual activa a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como associações de defesa do consumidor) para desencadear um controlo preventivo” (MELO, Diogo Leonardo Machado de. Cláusulas abusivas, leoninas e potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Rumo a uma teoria geral de controle de abusividade? In: LOTUFO, Renan (coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239-240).
27. O TRF da 3.^a Região, no julgamento da ApCiv 0058493.18.1999.4.03.6100/SP, reconheceu a legalidade da Portaria 03/1990 da Secretaria de Direitos Econômicos, sob argumento de que ela não cria direitos, não tendo carácter de lei, limitando-se apenas a orientar os órgãos integrantes do Serviço Nacional de Proteção ao Consumidor, na

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. As cláusulas abusivas e os limites da qualificação registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 35-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

É que o controle prévio (*ex ante*) se mostra muito mais eficiente e menos custoso do que o controle feito, *a posteriori* (*ex post*), pelo Poder Judiciário.

O controle não implica a invasão de competência do Poder Judiciário, porque todos, especialmente os delegatários/funcionários de serviços públicos, têm o encargo de zelar pela legalidade dos atos e negócios²⁸ jurídicos que são submetidos à sua análise. Tanto mais porque caberá, sempre, a possibilidade de revisão judicial dos atos registrares.

É comum aos ordenamentos jurídicos em exame a existência de um controle administrativo das cláusulas gerais de contratação, sem prejuízo do inevitável controle judicial, por meio de ações individuais ou coletivas.

Em Portugal, adotou-se o modelo inspirado no alemão, tendo o Dec.-lei 446/1985 estabelecido uma lista de normas absolutamente proibidas (lista negra), ao lado de normas cuja proibição é relativa (lista cinza). O sistema é complementado com a “consagração de uma cláusula geral, assente na boa-fé”.²⁹

No regime português, há um registro público que abriga a inscrição dessas cláusulas, oriundas de decisões judiciais, que têm efeitos meramente pedagógicos.

Na Espanha, o sistema é bastante similar ao português, estando ambos influenciados pela Diretiva 93/13/CEE. Todavia, os registradores e notários estão vinculados às decisões inscritas no registro de cláusulas abusivas, consoante o art. 84 da TRCGDCU, cujo teor é o seguinte: “Art. 84. Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

forma do art. 56 do Dec. 2.181/1997, vinculando só os órgãos da Administração e assumindo caráter meramente esclarecedor para os demais.

28. No julgamento do REsp. 1.279.622, Min. Humberto Martins, ficou assentado que: “O Procon, embora não detenha jurisdição, pode interpretar cláusulas contratuais, porquanto a Administração Pública, por meio de órgãos de julgamento administrativo, pratica controle de legalidade, o que não se confunde com a função jurisdicional propriamente dita”, afirmou na decisão. Segundo Martins, o art. 4.º do CDC legitima a atuação de diversos órgãos no mercado, como os Procons, a Defensoria Pública, o Ministério Público, as delegacias de polícia especializadas e as agências fiscalizadoras. As normas gerais de aplicação das sanções administrativas estão definidas no Dec. 2.181/1997, que trata do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

29. MELO, Diogo Leonardo Machado de. Op. cit., p. 252.

O mecanismo análogo no Brasil é o da publicação de cláusulas abusivas feitas periodicamente pelo Ministério da Justiça, consoante previsão do art. 56 do Dec. 2.181/1997.³⁰

O controle administrativo das cláusulas abusivas é realizado, ainda, pelo Ministério Público,³¹ em inquéritos civis, além de outros órgãos e autoridades, com poder de regular e de fiscalização, como, por exemplo, o Procon, as Agências Reguladoras, o Banco Central, a Susep e a Secretaria de Direitos Econômico.

Os registradores estão, a nosso juízo, incluídos no rol de pessoas e entidades que devem zelar pela aplicação das boas práticas consumeristas, ainda que não haja em nosso país, a exemplo do que ocorre em grande parte dos países latino-americanos,³² nenhuma regra específica nesse particular.

Na Espanha, ao contrário, o legislador atribui, expressamente, aos notários e registradores, como visto, a tarefa de realizar esse controle, desde que inscritas as sentenças que consideraram determinada cláusula abusiva.³³

-
30. Embora não considere que tais listas tenham caráter obrigatório, invoco a opinião de Cinara Palhares para quem “ao lado do rol de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça edita periodicamente listas de cláusulas abusivas, tendo por base as práticas contratuais corriqueiramente utilizadas no mercado de consumo. A nosso ver, essas listas possuem a mesma força normativa de uma lei ordinária na medida em que preenchem o conteúdo do art. 51, *caput* do CDC, que se constitui em norma parcialmente em branco ao admitir outras cláusulas abusivas, além daquelas que elenca”.
 31. Um veto presidencial ao § 3.º do art. 51 do CDC afastou o controle prévio e abstrato pelo Ministério Público, com caráter geral e cogente. Assim, em última análise, o controle no Direito brasileiro é eminentemente judicial.
 32. Para Pedro Landestoy Mendez: “De un estudio de 10 leyes iberoamericanas sobre protección al consumidor (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Perú y Venezuela) solo dos hacen referencia al notariado, una de ls cuales (Chile) no lo concibe como medio autónomo de protección sino como información al consumidor por part de la entidad de crédito de arancel. Con lo cual la ley española se convierte en la única de las estudiadas que le brinda al notariado un lugar, si bien limitado a la información y a la abstención, en el control de las cláusulas abusivas en sede de protección al consumidor (Cfr. artículos 81.2 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)” (MENDEZ, Pedro Luis Landestoy. Op. cit., p. 296).
 33. Consoante, por exemplo, o art. 5. 2 da Ley 7/1998, de 13.04, sobre Condiciones Generales de La Contratación. BOE n. 89, de 14.04 e também do art. 10. 6 da Ley 26/1984, de 19.07, General para La Defensa de los Consumidores y Usuarios. BOE n. 176, de 24.07.1984.

Evidenciado, pois, que nos sistemas brasileiro, português e espanhol cabem aos notários e registradores zelar pelo controle da abusividade de cláusulas contratuais.

Ocorre que o limite da qualificação é matéria envolta em sérias dificuldades teóricas e práticas.

Um problema mais delicado, ligado à *extensão* que se deve dar ao princípio da legalidade, está em saber se é legítimo ou não ao registrador examinar o conteúdo de cláusulas contratuais que possam se revelar abusivas, considerando-as nulas, na forma do art. 51 da Lei 8.078/1990.

Em alentado trabalho sobre o tema, Sérgio Jacomino³⁴ considera incumbir ao registrador fiscalizar, preventivamente, as cláusulas contratuais que afrontem os direitos do consumidor.

Apesar de correta, é certo que a solução apontada não deixa de apresentar problemas. É que, diante do elevado grau de subjetividade que envolve o exame de uma cláusula contratual no seu aspecto da abusividade, torna-se difícil a tarefa do registrador.

Anote-se, por outro lado, haver pensamento doutrinário que pretende restringir a qualificação do registrador aos aspectos legais diretamente relacionados ao direito real objeto da inscrição,³⁵ ou, no dizer da Lei Hipotecária espanhola, apresentem “transcendência real”.³⁶

Desse modo, ficaria interdito ao registrador o exame de cláusulas financeiras relacionadas ao contrato de financiamento acessório da hipoteca, limi-

34. JACOMINO, Sérgio. Parcelamento do solo urbano, o consumidor e o registro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. ano 22. p. 66-68. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1999.

35. Apesar da legislação espanhola usar o termo inscrição como sinônimo de assento, são coisas distintas. Ensina Chico Ortyz que um assento pode conter mais de uma inscrição (Op. cit., p. 208).

36. Para a legislação civil e hipotecária, seriam aquelas que “conforman el derecho real de hipoteca con el carácter de eficacia *erga omnes como cláusulas ‘inherentes al derecho real’* (artículo 7 del Reglamento Hipotecario de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria). Dichas cláusulas se contraponen a las cláusulas de trascendencia meramente personal u obligacional, que son ajenas al Registro (artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51.6, del Reglamento Hipotecario), y no a las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado, pues éstas pueden tener trascendencia real u obligacional, según los casos y si son de trascendencia real han de ser objeto de calificación registral” (GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Legislación hipotecaria y de registro mercantil*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2014. p. 32, nota 40 ao artigo 12 da LH).

tando a sua fiscalização aos aspectos diretamente relacionados ao direito real a ser inscrito, como ensina Everton Luiz Rodrigues:³⁷

“O registro imobiliário, que tem por finalidade, dentre outras, dar publicidade aos direitos inerentes à propriedade, entendemos deve limitar sua fiscalização em relação às cláusulas abusivas no que tange às influências nos direitos registráveis e não em relação às cláusulas a que fica condicionado o negócio propriamente dito, não podendo fazer juízo de valor quanto à sua abusividade, uma vez não ser ela o objeto do seu registro”.

Em termos análogos, Frederico Viegas de Lima³⁸ assevera:

“Não que ao registro imobiliário seja dada a tarefa de efetuar um controle de ajustes inerentes ao direito obrigacional, mas dentro do campo dos direitos reais, é imperioso o controle das cláusulas gerais de contratação pelos delegados dos serviços registrais”.

Também a jurisprudência registral, de modo genérico e sem maior aprofundamento, tem encampado essa tese, como se verifica do julgamento da ApCiv 10101103-21.2015.8.26.01000, do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, considerando que não cabe ao registrador exigir a prova de entrega do valor excedente ao devedor fiduciante, realizado em decorrência de arrematação de imóvel alienado fiduciariamente, pois se trata de questão de natureza de direito obrigacional e, portanto, estranha à qualificação do título.

Apesar de não vislumbrar no direito brasileiro nenhuma norma que possa fundamentar esse entendimento restritivo, parece que deva ser construída uma solução intermediária.

A discussão prévia está em saber se o registro de imóveis deve acolher também direitos obrigacionais,³⁹ que tenham relevância para conhecimento do público, ou somente direitos reais sobre imóveis.

37. RODRIGUES, Everton Luiz Martins. A qualificação registral imobiliária diante de cláusulas abusivas apostas em negócio jurídico submetido a registro. *Direito Civil e Registro de Imóveis*. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007. p. 69-79.

38. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. O controle registral das cláusulas gerais da contratação. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 39. p. 57. São Paulo: Ed. RT, set.-dez. 1996.

39. Inequívoco que como regra o registro deveria se circunscrever aos direitos reais, mas na legislação brasileira, como também na espanhola e portuguesa, admitem-se registros ou inscrições de direitos pessoais, como o registro de convenção antenupcial,

A questão também está vinculada à discussão relativa ao objeto do registro. A indagação sobre os limites da qualificação dependem da posição que se tomar sobre o tema. Jose Maria Chico Y Ortiz enumera as diferentes correntes de pensamento, afirmando que se o objeto da inscrição for o “direito real”, o importante é qualificar os requisitos de validade do mesmo; por outro lado, se considerarmos que o que se inscreve é o “título, o ato ou o contrato”, a qualificação deve recair “en la validez del título y en el aspecto real del derecho que a través del mismo se trata de construir”.⁴⁰ Anote-se, ainda, a opinião de Lacruz Berdejo para quem o que se matricula são os imóveis, o que se inscreve são os títulos e o que se publica são os direitos”.⁴¹

Feitas essas digressões, considero que se o legislador autorizou a inscrição de um título, por exemplo, que contenha um direito real de hipoteca (art. 167, I, da LRP) ou de um contrato de locação, de natureza eminentemente pessoal (art. 167, I, da LRP), por entender ser necessária a publicação desses direitos, não vejo como impedir o registrador de examinar o conteúdo integral do título, a fim de verificar a sua total compatibilidade com o ordenamento jurídico.⁴²

Ademais, o contrato de hipoteca é acessório de garantia de uma dívida, devendo constar, necessariamente, do assento, cláusulas contratuais de natureza obrigacional.

Na Espanha, a pretexto de adequar suas orientações à nova redação do art. 12 da LH, procedida pela Ley 41/2007, a Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), por meio das Resoluções de 21.12.2007 e de 14.01.2008, retirou do registrador a fiscalização de algumas cláusulas financeiras⁴³ do contrato de financiamento, assim como da cláusula de vencimento antecipado das obrigações.

As mencionadas resoluções criaram grande celeuma, pois ferem aspectos sensíveis ligados à atividade registral, tangenciando, ainda, uma discussão relativa aos efeitos econômicos do Direito, que ganham maior dimensão num momento de crise estrutural do próprio sistema capitalista.

contratos de locação, cédulas, divórcio, interdição, penhoras e indisponibilidades, dentre outros.

40. ORTIZ, José Maria Chico y. Op. cit., p. 604.

41. BERDEJO, Jose Luis Lacruz. *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosh, 1999. p. 94.

42. Questão distinta é saber aquilo que deve constar do registro, na confecção do ato.

43. Essas cláusulas são relacionadas aos juros, amortizações, reajustes e despesas do contrato, dentre outras.

Consigne-se, ademais, que é extremamente problemático, nas hipóteses concretas, separar o que é real do que é obrigacional. De igual modo, não há critério científico seguro para se classificar o que seriam cláusulas financeiras de um contrato.

Cabe, ainda, indagar: quais são os custos e/ou prejuízos gerados por uma qualificação mais ampla, que se pretende afastar?

Há uma premissa incontornável: o mercado precisa compreender que sem qualificação há prejuízos para a economia em decorrência da fragilização do direito inscrito, gerando conflitos judiciais desnecessários. Fernando P. Méndez González sintetiza esse conceito parafraseando Kant: “Os pássaros se queixam da resistência que o ar lhes oferece, sem saber que, sem ele, simplesmente não poderiam voar”.⁴⁴

A ideia de que o mercado se autorregula parece ter saído um pouco de moda após a crise das hipotecas nos mercados norte-americano e europeu.

A qualificação tem, pois, a função de expurgar preventivamente cláusulas, de qualquer natureza, em desacordo com a legislação, especialmente nos casos de nulidade absoluta, não havendo motivo razoável para se outorgar uma imunização de controle em relação ao direito do consumidor, ainda que limitada às cláusulas financeiras do contrato, pois é justamente nelas que residem os maiores abusos.⁴⁵

Destarte, deve o registrador rejeitar a inscrição de títulos que contenham disposições contrárias à legislação, não importando a sua natureza.

Os tribunais brasileiros já acolheram essa tese. Em um desses julgados considerou-se legítima a qualificação negativa de um contrato imobiliário que previa reajuste das parcelas do financiamento com periodicidade inferior à legalmente fixada.⁴⁶

44. Entrevista concedida a Sergio Jacomino em 16.08.2013. Disponível em: [www.irib.org.br/noticias/detalhe/2952]. Acesso em: 21.11.2015.

45. Uma justificativa para o procedimento extrajudicial de venda de bem de mutuário inadimplente seria que há um controle prévio de legalidade pelo registrador, o que demonstra a contradição em pretender afastá-lo de sua tarefa qualificadora.

46. Proc. 000.98.028262-4 da 1.^a Vara de Registros Públicos de São Paulo, sentença proferida em 26.01.1999. Também o juiz Auxiliar da Corregedoria, Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, no Processo CG-SP 1314/03, afirma: “O Conselho Superior da Magistratura já teve oportunidade de assentar, citando justamente o exemplo daquelas espécies de contratos, que ‘em que pese a natureza eminentemente instrumental do registro imobiliário, pode o exame da legalidade adentrar as cláusulas convencionadas, quando nulas de pleno direito, por ferirem normas de ordem pública’ (ApCiv 31.282-0/8, rel. Márcio

Penso que a razão está com os que pregam uma qualificação mais ampla. A profilaxia jurídica dos registros não se coaduna com a entrada no sistema de títulos contendo nulidades.

Alguns cuidados, entretanto, devem ser tomados. Primeiro, seria pouco razoável, por exemplo, que um registrador fizesse a qualificação relativa ao contrato social de uma sociedade, em aspecto não diretamente ligado ao direito real em causa, desconsiderando o exame que já foi feito pela Junta Comercial ou pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Outro cuidado se impõe: o registrador não pode cair na tentação de, a título de proteção ao consumidor, interpretar os contratos de modo a descaracterizá-lo, desrespeitando a sua estrutura, tipicidade e funcionalidade, não devendo, “a pretexto de exercer essa atividade criativa, chegar a ponto de transformá-lo (...)”.⁴⁷

Estabelecida tais premissas, convém distinguir as hipóteses de abusividade.

Há dois tipos de cláusulas abusivas: (i) aquelas que afrontam diretamente normas expressas; e (ii) aquelas que, apesar de não contrariarem diretamente norma expressa, afrontam os princípios norteadores do direito do consumidor.

Com relação às primeiras, não pode haver dúvida quanto ao dever de se negar inscrição ao título que as contenham. Assim, se existir cláusula condicionando a venda do imóvel à anuência do credor hipotecário, deverá ser negado o registro, por ofensa ao art. 1.475 do CC brasileiro. Do mesmo modo, se contiver previsão de pena de comisso, permitindo ao credor ficar com o imóvel dado em garantia (1.428 do CC/2002).

Todavia, naquelas hipóteses nas quais a ilegalidade não é frontal, devemos aprofundar o exame da questão.

É que as normas do CDC são eminentemente principiológicas,⁴⁸ sendo utilizadas as técnicas legislativas de cláusulas gerais e abertas, de modo que, dificilmente, uma cláusula contratual apresenta-se direta e frontalmente contrária à lei.

Bonilha). Também na esfera desta Corregedoria-Geral igualmente se deliberou que a qualificação registrária importa, sim, no exame das cláusulas de contrato padrão que, se vulnerarem norma de ordem pública, como são as da Lei 6.766/1979 ou do CDC”.

47. CAVALIERI, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 156.

48. No atual estágio histórico do pensamento jurídico considera-se que a norma jurídica é o gênero dos quais os princípios e as regras são as espécies. Inegável, pois, o *status* de norma alcançado pelos princípios, uma vez que, no passado, eram reconhecidos unicamente em sua dimensão valorativa, destituída de eficácia ou aplicabilidade imediata, apenas incidindo de forma supletiva na interpretação do Direito.

Essa característica, por certo, dificulta o controle, *a priori*, pelo registrador. Do ponto de vista prático, a rejeição por abusividade de cláusulas em que não há flagrante ilegalidade pode gerar efeitos deletérios.

Pense-se na hipótese de uma mesma cláusula de um contrato padrão utilizada por um empreendedor imobiliário ser considerada válida para registradores de determinadas circunscrições e inválidas para outros. No sistema português, em que cada título é examinado por um registrador, sem respeito ao princípio da territorialidade, poderia ocorrer a rejeição de um contrato relativa a uma unidade condominial e o acolhimento de outros, pertencentes a um mesmo empreendimento imobiliário.

Desse modo, penso que o registrador deve se abster de qualificar cláusulas abusivas quando necessário realizar uma interpretação que não seja de simples subsunção direta do fato à norma.

Uma dúvida surge: poderia o registrador qualificar negativamente um contrato por considerar haver, no seu bojo, uma cláusula abusiva, que não fira diretamente um preceito legal, com base em decisões judiciais?

Penso que, diante do número exagerado de juízes e tribunais no Brasil, a prudência recomenda evitar essa possibilidade. No entanto, se a questão estiver estabilizada nos tribunais, especialmente quando já exista súmula sobre o tema, seria salutar a aplicação do preceito.

Uma última observação se faz necessária: há que se corrigir um desvio de rumo no direito pátrio. Trata-se da edição da incongruente Súmula 381 do STJ, cujo teor é o seguinte: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade de cláusula”.

Afigura-se casuística, pois limitada aos contratos bancários e preocupante em seu conteúdo, revelando-se ilegal e inconstitucional.⁴⁹

49. Trata-se de entendimento ilegal, pois contrário ao disposto nos arts. 128 do CPC e 168 do CC/2002, além de inconstitucional, como explica Paulo Nalin: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade de cláusula. Vedação só aos contratos bancários? Ora se a Súmula em comento permite que determinada cláusula contratual flagrantemente abusiva não possa ser considerada nula pelo magistrado e produza efeitos normalmente, simplesmente porque a parte não suscitou sua nulidade, é o mesmo que sustentar que a defesa do consumidor constitucionalmente garantida é letra morta” (NALIN, Paulo; XAVIER, Marília. A efetividade do direito do consumidor com direito fundamental em 20 anos: problematização a partir da Súmula 381 do STJ. In: LOTUFO, Renan (coord.). *20 anos de Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89-109).

Se não for corrigido esse entendimento, ficará esvaziada a função fiscalizadora do registrador, jogando-se por terra tudo o que até aqui foi sustentado. Ora, se o juiz não pode pronunciar de ofício a abusividade de uma cláusula contida em um contrato bancário, ainda que manifestamente nula, tampouco poderá fazê-lo o registrador.

Difícilmente o consumidor solicitará ao registrador a exclusão da cláusula. É que o comprador/consumidor, ordinariamente, insiste no registro de seu título. Primeiro porque se trata de um bem essencial (moradia) e segundo porque não resta outra opção, uma vez que as cláusulas são padronizadas no mercado. Ademais, em sistemas como o brasileiro, a propriedade só se adquire com o registro. A negativa de acesso ao fôlio real trará, pois, prejuízos ao adquirente de imóvel sendo conveniente, para alguns autores, o registro do título para posterior discussão judicial.⁵⁰

O argumento de que poderá o lesado, a qualquer momento, enquanto não consumada a prescrição, propor ação visando reconhecer a nulidade da cláusula prejudicial ao seu direito, não se mostra, do ponto de vista coletivo, razoável, pois se limita a solucionar um caso específico e favorece o indesejável crescimento de demandas. Ademais, pode se mostrar extremamente vantajoso para o empresário inescrupuloso. É que apenas uma pequena parte dos consumidores irá a juízo reclamar os seus direitos.

Indispensável, pois, que os tribunais brasileiros reflitam e reformulem a Súmula 381 do STJ.

Em conclusão, a qualificação registral no âmbito do direito do consumidor deve observar os seguintes parâmetros:

i) a qualificação deve ser ampla, embora não ilimitada. Mesmo se a afronta ao direito se referir a um aspecto não diretamente ligado ao direito real objeto da inscrição, incumbe ao registrador impedir o acesso do título viciado, frontalmente contrário à lei;

ii) em matéria de direito do consumidor, se a afronta for a texto expresso de lei, deve o registrador qualificar negativamente o título que contenha cláusula abusiva;

iii) nos casos em que a abusividade da cláusula depender de um exame mais aprofundado das circunstâncias fáticas e jurídicas, não podendo resul-

50. SILVA, Ulysses. Op. cit., p 157: Observa o referido autor que “se o oficial recusar o título nessas condições inquinando-o de nulo, ele estará beneficiando justamente a parte infratora e prejudicando o interessado no registro”.

tar de uma análise objetiva, é mais prudente deixar o controle a cargo do Poder Judiciário;⁵¹

51. Nessa linha, veja-se a síntese de Juan Maria Díaz Fraile, noticiando o atual entendimento do DGNR sobre o tema: “Ahora bien, afirmado que el registrador puede, y por lo tanto debe, calificar las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, la Dirección General de los Registros y del Notariado es consciente de que el procedimiento registral no es contradictorio ni de cognición plena, al estar limitados los medios de prueba de que puede valerse el Registrador en su calificación. Por ello, teniendo en cuenta que la definición genérica de ‘cláusula abusiva’ tanto en la Directiva como en nuestra legislación de consumidores está basada en dos conceptos jurídicos indeterminados como los de ‘exigencias de la buena fe’ y ‘desequilibrio importante’ en los derechos y obligaciones de los contratantes (art. 3 Directiva), y que la calificación como abusiva de una cláusula concreta requiere un examen contextual de las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato y en la naturaleza de las prestaciones (art. 4 Directiva), la Dirección General delimita el ámbito de calificación en esta materia del siguiente modo: el Registrador podrá rechazar la inscripción de una cláusula: (a) siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme; obsérvese que no subordina dicha posibilidad a que la sentencia esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales, entre otros motivos porque la inscripción en este Registro es facultativa y no genera eficacia de inoponibilidad de la cláusula no inscrita (su principal efecto sustantivo consiste en permitir la prescripción de las acciones colectivas de cesación); por otra parte, aunque el art. 84 del TRLGDCU establece que los Registradores no inscribirán las cláusulas declaradas abusivas inscritas en dicho Registro, no se cumplen las condiciones para poder inferir interpretaciones a contrario sensu; además, el art. 258.2 de la LH no contiene esta limitación; La medida cautelar que exige la Sentencia del TJUE no es necesariamente la de la suspensión de la ejecución (b) pero también deberá denegarse la inscripción en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se concretará en la operación de subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que pueda entrarse en la calificación en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial. 10. La actual doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y sus argumentos, ha sido confirmada por la Sentencia de la Audiencia provincial de Tarragona (Sección 3.ª) de 01.04.2011, que la reafirma punto por

iv) havendo decisões judiciais consolidadas nos tribunais superiores, especialmente as sumuladas, sobre determinada cláusula abusiva, parece ser possível ao registrador rejeitar os títulos que contenham ajustes dessa natureza.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária, de Luiz Roldão de Freitas Gomes – *RDI* 52/61-74 (DTR\2002\764);
- Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor, de Rodrigo Azevedo Toscano de Brito – *RDI* 49/81-110 (DTR\2000\355); e
- O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 50/92-135, *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 4/1245-1296, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/543-594 (DTR\2001\45).

punto (anulando la Resolución de 24.07.2008 que contenía la doctrina anterior), y llega a la conclusión de que ‘pueden claramente los Registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando ésta sea alguna de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU, que son las que no requieren juicio de ponderación alguno’, y una vez alcanzada tal conclusión ratifica la calificación registral que consideró abusiva las siguientes cláusulas de vencimiento anticipado: por incendio de la finca, por deterioro en más de una cuarta parte de su valor, por su expropiación forzosa, y por fallecimiento, suspensión de pago o quiebra de los fiadores (circunstancias que ni afectando al deudor deben provocar dicho vencimiento anticipado” (*La Ley. Unión Europea*. n. 5. año 1. jun. 2013).

A FUNÇÃO NOTARIAL NA ATUALIDADE

NOTARIAL FUNCTION NOWADAYS

LEONARDO BRANDELLI

Doutor em Direito – UFRGS/Brasil. Mestre em Direito Civil – UFRGS/Brasil.
Especialista em Direito Registral – Ramón Llul/ESADE – Barcelona, Espanha.
Professor de Direito Civil na Escola Paulista de Direito.
Oficial de Registro de Imóveis no Brasil.
leonardobrandelli@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente artigo trata da evolução da função notarial, desde a sua incoação, meramente redacional, passando pela sua etapa de agregação da fé pública, até chegar ao ponto atual, em que o relevante é a qualidade de profissional do direito imparcial que detém o notário. Deste ponto, analisa-se qual a justificação jurídica e econômica atual para a existência do notariado de tipo latino.

PALAVRAS-CHAVE: Direito notarial – Notários – Função notarial.

ABSTRACT: This paper analyses the evolution of the notarial function, since it was born only as a writing act, going through the public faith's age and then arriving to the actual, professional and impartial notarial function. It analyses also what's the economical and juridical foundations of the latin notary nowadays.

KEYWORDS: Notarial law – Notaries – Notarial function.

SUMÁRIO: 1. Evolução da função notarial. 1.1 Etapa redacional. 1.2 Etapa autenticadora. 1.3 Etapa de profissionalização jurídica. 2. Função Notarial na Atualidade. 2.1 Justificação jurídica da função notarial na atualidade. 2.2 Justificação econômica da função notarial na atualidade. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

1. EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO NOTARIAL

A função notarial tem passado, desde a sua incoação, por um processo evolutivo que a transformou grandemente, acumulando ao longo do tempo novos contornos àqueles já existentes, tendo em cada etapa evolutiva a nova caracte-

rística agregada passado a superar em importância a então existente, que permaneceu existindo. Deste modo, o que era vital à função notarial e consistia na sua colaboração social mais preciosa, foi tendo seu lugar de destaque tomado por novas atribuições, as quais passaram a ser mais relevantes com o passar do tempo e com o avanço social.

Compreender essa evolução bem como o que tem hoje de fundamental a função notarial é vital para sua adequada valoração bem como para subsistência.

1.1 *Etapa redacional*

Ao contrário do que ocorreu com a maioria dos institutos jurídicos dos sistemas jurídicos da família do Direito Romano-Germânico,¹ a função notarial nasceu da necessidade social, e não de uma criação teórica das academias.²

Desde os tempos mais remotos, a sociedade já sentia a necessidade de meios para fixar e perpetuar seus convênios, surgindo daí os encarregados de redigir os contratos, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de autonomia no desempenho da função.³

A atividade notarial é atividade pré-jurídica, egressa das necessidades sociais. No mundo prisco, massivamente iletrado, sentiu-se primeiramente a necessidade de que houvesse algum ente, confiável, que pudesse redigir, tomar a termo, os negócios entabulados pelas partes. Surge assim o protótipo do notário, como mero redator dos negócios entabulados pelas partes, com o intuito de perpetuá-los no tempo, facilitando sua prova.

1. Na expressão de René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996). Outras denominações são utilizadas para indicar os sistemas jurídicos decorrentes do Direito Romano, tais como sistemas romanísticos (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 2001), direito continental ou *civil law* (RODIÈRE, René. *Introduction au droit comparé*. Paris: Dalloz, 1979).
2. Os direitos romanísticos, ao contrário dos sistemas de *common law*, evoluíram a partir do trabalho das universidades, em empenho iniciado pela Universidade de Bolonha. Nas palavras de René David, foram fundados “sobre uma comunidade de cultura” (*Os grandes sistemas do direito... cit.*, p. 32). Veja-se a respeito: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito... cit.*, p. 17-32. DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 1-3. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 38-67.
3. SILVA, Antonio Augusto Firmo da. *Compêncio de temas sobre direito notarial*. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 19.

A necessidade humana de segurança e certeza, caracterizada pela necessidade de estabilidade nas relações, sejam estas jurídicas ou não, amparou esse requerimento social pelo surgimento de um agente que pudesse perpetuar no tempo os negócios privados, assegurando os direitos deles derivados.

A atividade notarial não é, assim, uma criação acadêmica, fenômeno comum no nascimento dos institutos jurídicos do Direito Romano-Germânico, tampouco uma criação legislativa.⁴ É, sim, uma criação social, nascida no seio da sociedade, a fim de atender às necessidades desta com vistas ao desenvolvimento voluntário das normas jurídicas. O embrião da atividade notarial, ou seja, o embrião do tabelião, nasceu do clamor social, para que, num mundo massivamente iletrado, houvesse um agente confiável que pudesse instrumentalizar, redigir o que fosse manifestado pelas partes contratantes, a fim de perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova, uma vez que *as palavras voam ao vento*. Posteriormente, houve o reconhecimento jurídico.

Válida aqui as palavras de Ramón Fraguas: “No fueron los reyes, ni las cortes, ni los señores, los creadores del notariado. El notario surge del seno de la sociedad y al ‘servicio de la sociedad’, para cubrir un vacío”.⁵

Nesse contexto, a função notarial nasceu meramente redatora. Os primórdios notariais eram homens dotados de uma cultura diferenciada e que estavam aptos a redigir documentos com o intuito de perpetuá-los no tempo, com todas as vantagens que pudesse disso decorrer.

Em um mundo de iletrados, os notários dominavam as letras, coisa rara, e por isso passaram a ser conclamados a redigir os negócios que presenciavam, a fim de perpetuá-los com intuito probatório, o que, para o período, foi algo inovador e de grande utilidade para a segurança jurídica.⁶

1.2 Etapa autenticadora

A função notarial nasceu, como vimos, meramente redatora. O notário (ou o seu embrião) narrava o que constatava; presenciava a negociação celebrada pelos particulares e, a pedido destes, narrava o presenciado, com o intuito de

4. Ver a respeito: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito...* cit., p. 306.

5. El valor social de la institución notarial en nuestros días. *Revista Internacional del Notariado*. año 31. n. 77. p. 202. Buenos Aires, 1981.

6. Ver a respeito: BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-30.

perpetuar o fato ao longo do tempo, preconstituindo prova. O notário não qualificava o negócio; apenas o presenciava e o relatava por escrito.

Com o passar do tempo, as necessidades sociais se foram alterando, e o notário passou a ser um profissional cada vez mais respeitado; as suas narrativas passaram a receber cada vez mais guarida, de forma que a crença social naquilo que o notário relatava fez surgir naturalmente a sua fé pública. A partir daí, o notário não apenas narrava o que presenciava, mas narrava com força de fé pública, com presunção *juris tantum* de veracidade; aquilo que ele redigia era crível, com a força de uma presunção valorizada, até que se provasse o contrário. Entretanto, neste estágio da função notarial, ainda não se falava num notário assessor jurídico das partes. A vontade das partes era soberana no mundo negocial, e ao notário somente restava acatar a vontade das partes, perpetuando-a e conferindo-lhe fé pública. Este período da função notarial reinou até bem pouco tempo, correspondendo ao período do liberalismo contratual, especialmente após a Revolução Francesa, no qual a vontade das partes era soberana, absoluta, e ao Estado não era dada a permissão de interferir nessa vontade.

Nesse segundo estágio da função notarial, a sociedade passou a atribuir tão grande fé àqueles que redigiam os negócios das partes, que passou a haver socialmente uma aceitação de que se presumia verdadeiro o que constasse de tais redações. Nascia a fé pública notarial, o caráter autenticante do documento notarial.

A confiança que era depositada nos notários era grande, na medida em que a eles se entregava a redação de importantes momentos da vida social, e, ao mesmo tempo, tal confiança era tão respeitada e atendida, que passou a sociedade a dar uma fé que a lei não dava (mas passou a dar) a estes escritos.

Também a fé pública notarial, vê-se, nasceu do seio social primeiramente, e não do Estado, na medida em que “fue la sociedad la que calificó de auténtico e indiscutible al documento redactado y firmado por el notario, y a todas las manifestaciones que en él se contenían, cuya veracidad afirmaba el autorizante. La sociedad ‘concedió fe’, invistió de fe al documento notarial. Otra cosa es que, posteriormente, las leyes consagrasen y recogiesen en sus textos esa fe notarial preexistente”.⁷

1.3 Etapa de profissionalização jurídica

De pessoas cultas e confiáveis, mas sem preparo jurídico, passaram os notários a ser profissionais do Direito, com formação jurídica, e passaram a as-

7. FRAGUAS, Ramón. Op. cit., p. 203-204.

sensorar juridicamente as partes que os procuravam para redigir seu negócios jurídicos. Houve uma juridicização da função notarial.

A complexidade da vida passou a exigir dos notários que pudessem não apenas ouvir e redigir, ainda que com fé pública, mas que pudessem também orientar as partes a respeito do negócio redigido. Aquelas pessoas que confiavam no notário para a redação de seus atos mais importantes, passaram também a querer ouvir dele seus conselhos jurídicos a respeito do negócio entabulado.

Não bastava mais ao Notário redigir, ainda que com caráter autenticante; passou-lhe a ser necessário assessorar juridicamente as partes de maneira imparcial, qualificar juridicamente os atos instrumentalizados, de modo a dar vazão apenas a atos juridicamente aptos a gerar a eficácia pretendida pelas partes, bem como recusar a instrumentalização quando constatada contrariedade ao ordenamento jurídico.

A profissionalização jurídica da função notarial é produto da evolução dessa função, que começou a tomar corpo jurídico-científico com Rolandino Passagerio, na Escola de Bolonha,⁸ a partir do século XII.

No século XX, a evolução jurídica experimentada após as duas Grandes Guerras, acompanhada pelo surgimento do Estado Social, teve o condão de relativizar a vontade das partes no mundo negocial, passando a permitir, e até mesmo a incentivar, a intervenção estatal na esfera negocial privada, com o intuito de evitar os abusos cometidos em nome da igualdade formal das partes e proteger os hipossuficientes, patrocinando um crescimento econômico sustentável e preocupando-se com o bem-estar social. Nesse sentido, passou a haver uma intervenção estatal na esfera de negociação privada, ora proibindo certo conteúdo negocial, ora determinando certas cláusulas; ora proibindo a contratação, ora obrigando etc. O tabelião, nesse novo contexto, assume o ápice da sua evolução, passando a ser um profissional do Direito cuja função vai muito além da mera redação negocial. O notário passa a ter a função de receber a manifestação de vontade das partes, qualificar juridicamente esta vontade, rechaçando as ilicitudes que porventura contenha, e instrumentalizando o ato jurídico adequado a dar vazão àquela vontade quando conforme ao ordenamento jurídico, ingressando, para tanto, no mérito obrigacional da vontade manifestada.

Da redação à autenticação, e da autenticação à assessoria jurídica imparcial. Esse é o caminho desenvolvido pela função notarial. Não se concebe mais no-

8. Ver a respeito: BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., p. 30-35.

tários redatores, ou meros autenticadores de fatos; o tabelião é um profissional do direito, que deve analisar juridicamente as situações que se lhe apresentam, e da correta compreensão dessa evolução dependem o presente e futuro da atividade notarial. Não há espaço para notários que não entendam e atendam a esse seu novo papel. Da mesma forma, o legislador com propósitos honestos que compreenda tal papel da função notarial, somente lhe poderá incentivar.

2. FUNÇÃO NOTARIAL NA ATUALIDADE

A instituição notarial hodiernamente enfrenta, por vezes, alguns sobressaltos – entendimentos no sentido de que não mais se faz necessária tal função juridicamente; de que é um custo economicamente dispensável; de que não se coaduna com as novas tecnologias etc. – cujo enfrentamento passa, necessariamente, pela adequada compreensão do que é a função notarial e de qual o seu sentido atual.

Nesse senso, a função notarial renovou-se de tal forma que é hoje tão atual como o era quando surgiu. As etapas por que passou e as características que agregou em cada uma delas fazem com que a função notarial continue necessária e atual, sem substitutos à altura, tendo robusta fundamentação jurídica e econômica de existência na atualidade, conforme analisaremos.

2.1 *Justificação jurídica da função notarial na atualidade*

Como vimos, a função notarial nasceu redatora, virou autenticadora, e, finalmente, juridicamente assessora.

Tivesse a função notarial estagnado na sua primeira ou segunda etapa evolutiva, talvez fosse ela hoje dispensável.

A humanidade hoje é majoritariamente alfabetizada no mundo civilizado, sendo capaz de redigir seus próprios atos, de modo que a mera redação, acrítica e ajurídica, não mais justificaria a necessidade de uma instituição altamente especializada como a notarial. Poder-se-ia encontrar facilmente solução mais rápida e barata – um despachante, por exemplo.

Da mesma forma, a fé pública não é uma exclusividade notarial, de modo que há inúmeros outros agentes públicos com uma fé pública exatamente igual àquela que tem o notário. Assim, embora a fé pública continue sendo um importante instrumento jurídico de certeza e segurança, a necessidade de redação somada à autenticidade ainda não justificaria de maneira bastante convincente a necessidade de uma instituição notarial. Tal função poderia também encontrar substitutos com idênticas faculdades com certa facilidade, nas medidas em que qualquer agente público que soubesse escrever poderia assumir tal função.

Desta forma, a tônica existencial atual da função notarial, que justifica sua existência e manutenção, não está nem em seu caráter redacional nem em seu caráter autenticador, os quais embora importantes, não são suficientes para justificar sua existência.

A tônica está no caráter de assessoramento jurídico imparcial e cauteloso que somente o notário pode proporcionar, e que constitui, como vimos, a última etapa evolutiva da função notarial.

O notário é indispensável no mundo atual porque a função notarial evoluiu para um momento de assessoramento jurídico, dotado de características próprias, que somente podem ser encontradas no Notário, e que são extremamente importantes juridicamente, de modo que a função notarial continua sendo necessária e insubstituível, devendo ser fomentada pelo Direito.

Nesse mote, a função notarial é fundamental para se prevenir litígios, para garantir-se segurança jurídica na esfera de desenvolvimento voluntário do Direito e, conseqüentemente, fomentar a paz social, bem como para proporcionar às pessoas a um assessoramento jurídico altamente qualificado e dotado de características únicas.

O notário enquanto assessor jurídico imparcial das partes atua no plano da consecução voluntária do Direito, agindo preventivamente, acautelando direitos, promovendo a vida de direitos subjetivos hígidos, aptos a produzirem toda sua carga eficaz, de modo a evitar o litígio.

Inegavelmente a intervenção notarial, com suas características de assessoramento jurídico imparcial, sob o manto da responsabilidade do notário, cumpre um importante papel de dar certeza às relações privadas, identificando as partes contratantes (o que em um mundo massificado não é pouco, uma vez que traz certeza aos que contratam), qualificando as vontades manifestadas, assegurando a livre manifestação de vontade, zelando pelo hipossuficiente, exercendo a polícia jurídica nos atos que preside, tudo isso sob a iluminação da fé pública notarial.

A profilaxia jurídica é muito menos traumática do que o processo, é muito mais barata do que o processo, e pacifica as relações sociais na medida em que previne o conflito de interesses. E, dadas as características de que é dotada a função notarial, o notário é um dos mais importantes agentes de profilaxia jurídica, ao lado da instituição registral.

A cautelaridade da função notarial está intimamente ligada ao fundamento da existência do direito notarial e da própria função notarial, que é a intervenção estatal, por meio de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do Direito, proporcionando o cumprimento adequado deste, bem como a sua certeza, e evitando o surgimento do conflito de interesses.

Nas palavras de Santiago Raúl Deimundo, “nuestra sociedad actual requiere mucho más que escribas documentadores. Reclama, sobre todo, juristas con-sejeros frente a la necesidad de una cada vez más seguridad hipertrofiada, libre de ambigüedades, imprecisiones e incertidumbres”.⁹

Tal intento de segurança e de profilaxia jurídicas, que em muito colaboram para a paz social, somente podem ser alcançados por meio de certas características únicas de que são dotados os notários, e que incluem o assessoramento jurídico imparcial e cautelar exercido por um agente estatal dotado de fé pública.

A intervenção notarial deve produzir instrumentos aptos a gerar toda a carga eficaz a que tende o negócio jurídico nele consubstanciado. Deve produzir instrumentos válidos e eficazes; perfeitos do ponto de vista jurídico. Assim, estará cumprindo seu mister de agente produtor de segurança e certeza jurídicas e pacificação social.

O notário recebe a vontade das partes, qualifica (conceitua e classifica) juridicamente essa vontade, e dá vazão a ela criando o instrumento jurídico adequado.

O tabelião é assessor jurídico das partes em relação aos atos aos quais estas lhe requerem a lavratura, devendo receber a vontade das partes, avaliando-a, certificando-se de que está a mesma livre de vícios jurídicos, livrando-a de qualquer ilicitude, esclarecendo às partes sobre o alcance jurídico de seus atos, sobre a possibilidade do atendimento do que fora solicitado, bem como sobre a eficácia jurídica que terá o ato, se realizado, devendo ainda informar as partes de outra possível forma, se houver, para melhor atingir o resultado.

O labor jurídico da função notarial bifurca-se em dois momentos diversos.

O primeiro é o da polícia jurídica notarial, que significa que o tabelião exerce a polícia jurídica dos atos que realiza, isto é, o notário, nos atos que preside, deve analisar a sua conformidade com o Direito. O notário molda juridicamente o desígnio das partes, devendo adequá-lo ao Direito. O notário não pode ser o sustentáculo de ilicitudes. Nos atos que preside, deve ele verificar a sua conformidade ao direito, rechaçando os atos que sejam contrários ao ordenamento jurídico. Estes, ou deverão ser reformulados, caso seja possível, ou não deverão ser realizados. Para isto, ele entra no mérito do ato jurídico entabulado pelas partes.

Na medida em que o notário é um profissional do Direito que exerce uma função jurídica, integra essa função o assessoramento jurídico imparcial das partes que o procuram. O notário abandonou sua faceta meramente redatora, segundo

9. DEIMUNDO, Santiago Raúl. *Pensamiento y sentimiento sobre el notariado*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 97.

a qual aceitava passivamente a vontade manifestada pelas partes, acatando-a sem analisá-la. Deve hodiernamente o tabelião qualificar a vontade manifestada pelas partes, assessorando-as sobre a possibilidade, ou não, de instrumentalização da vontade manifestada, da necessidade de alteração de alguma parte do negócio jurídico, e até mesmo acerca dos efeitos jurídicos que serão produzidos pelo negócio jurídico que pretendem as partes celebrar. Tudo isso é fruto de um longo período de maturação e evolução da atividade tabelioa, conforme se viu.

O segundo momento da juridicidade da função notarial é o que determina ao notário que zele pela correta manifestação de vontade das partes.

O notário, no exercício de sua função, deve proporcionar a livre e correta manifestação de vontade das partes que participam do negócio jurídico instrumentalizado notarialmente. Deve assim zelar para que a vontade manifestada seja livre de vícios que possam macular tal vontade.

Porém, mais do que garantir uma manifestação de vontade livre e isenta de pressões, deve o notário buscar proporcionar a manifestação real da vontade das partes, um dos postulados da pós-modernidade jurídica.¹⁰ Deve ele, na medida do possível, tentar minimizar as desigualdades materiais das partes, protegendo ao eventual hipossuficiente na relação concreta, proporcionando assim, verdadeiramente, a exteriorização dos desígnios de todas as partes envolvidas no negócio jurídico.

Recebida e qualificada juridicamente a vontade das partes, deve o notário instrumentalizá-la, pois seu mister cautelar é eminentemente documental.

Nesta instrumentalização, todavia, o notário não pode estar preso a fórmulas instrumentais. Formas e formalidades fazem parte do Direito e lhe são muito úteis; os formulários, ao contrário, são desprezíveis ao profissional do Direito, servindo, quando muito, de um ponto de inspiração. O notário deverá ser um profundo conhecedor da técnica notarial, isto é, da arte de materializar institutos jurídicos mediante a instrumentalização notarial, a fim de corretamente dar vazão à vontade das partes, livrando-se de modelos e fórmulas previamente fixados bem como dos ultrapassados livros pré-impresos. Como profissional do Direito que atua de maneira instrumental, além de conhecer a técnica instrumental, deverá o notário, sempre que agir, instrumentalizar seus atos, a fim de que cumpra seu mister de segurança jurídica pela produção de prova documental segura e qualificada, todavia, deve ele conhecer o Direito para poder criar seus instrumentos, em vez de seguir formulários preestabelecidos.

10. Veja-se a respeito: BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., p. 257 e ss.

Além de ser um assessor jurídico que atua na esfera de desenvolvimento voluntário do Direito acautelando direitos subjetivos, é o notário imparcial, o que lhe confere uma conotação única no mundo jurídico.

O tabelião deve estar acima dos interesses envolvidos, sendo obrigação sua proteger as partes com igualdade, dando-lhes todas as explicações necessárias e oportunas, e livrando-as com imparcialidade dos enganos que podem engendrar sua ignorância ou até mesmo uma possível presença de má-fé. Ele deve, em igual medida e com a mesma lealdade, tratar com esmero tanto o cliente habitual como o acidental; tanto o que o elege como o que o aceita; o que o paga como o que se beneficia de sua atividade sem despesa alguma. É notário das partes e de nenhuma em particular: preside as relações dos particulares, e sua posição equidista dos diversos interessados.

A imparcialidade do notário reza que deve ele conduzir sua atividade com igualdade e equidistância no tratamento com todas as partes envolvidas no ato jurídico. Importa aqui ressaltar que o notário não defende seus clientes, como o faz o advogado, mas defende, sim, o ato jurídico a ser praticado e a correção deste, de acordo com o ordenamento jurídico, devendo por isso o notário ser imparcial e orientar igualmente a todos os envolvidos no ato que se realiza, tanto a parte que o elegeu quanto os demais envolvidos no ato notarial.

A imparcialidade notarial não significa apenas tratar a todos igualmente, mas sim tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, buscando equiparar de alguma forma a relação jurídica. Assim, se houver uma parte hipossuficiente na relação, deve o notário dispensar maior preocupação com esta, orientando-a e atendendo-a com muito mais afincio, a fim de tentar tornar a relação jurídica o mais equânime possível.

Por conta dessas características da função notarial, o notário é um profissional do Direito que não se confunde com qualquer outro. Tem ele o dever de qualificar juridicamente os atos jurídicos que se lhe apresentam, bem como de atuar de maneira imparcial perante as partes bem assim a terceiros, buscando sempre acautelar direitos subjetivos, garantindo a segurança jurídica e a profilaxia jurídica, iluminado pela fé pública notarial. E nisto o notário é essencial e insubstituível, não se confundindo com qualquer outro profissional do Direito. Somente ele atua na esfera do desenvolvimento gracioso do Direito, de maneira cautelar, com as características das quais é dotado.

O advogado, por exemplo, não é imparcial, ao contrário, o que leva à situação da necessidade de um advogado para cada parte envolvida no ato jurídico sempre que houver interesses contrapostos, ainda quando estejam todos de acordo; ademais, não tem o advogado fé pública, e nem se recomenda que o tenha, porquanto tal característica somente do Estado pode derivar, e este

deve a conservar com número preestabelecido de pessoas e sob sua fiscalização; o Magistrado, embora imparcial, não atua na esfera do desenvolvimento voluntário dos direitos subjetivos, prevenindo a lide, mas, ao contrário, a resolve; além disso, não é o Magistrado assessor jurídico; o Registrador, embora também atue muitas vezes na esfera do desenvolvimento gracioso dos direitos subjetivos e também seja imparcial, não é assessor jurídico das partes e não consubstancia instrumentalmente atos jurídicos. Somente o Notário, e nenhum outro profissional do Direito, é assessor jurídico imparcial das partes, instrumentalizando com fé pública atos jurídicos, agindo na profilaxia jurídica, de maneira a fomentar a normalidade da saúde da vida jurídica, evitando a patologia da lide.

Dois pontos são, entretanto, fundamentais para que se concretize essa insubstituibilidade do notário: de um lado, é necessário que os próprios notários compreendam a evolução de sua função e não ajam como meros redatores qualificados pela fé pública, exercendo, ao contrário, o seu relevante papel de assessor jurídico imparcial das partes que o procuram; e, de outro, mister que o legislador não sabote a função notarial por não a compreender, e, desta forma ceda a interesses outros, fazendo, por exemplo, com que o notário não possa exercer tranquilamente sua função por haver uma concorrência mais submetida às regras de mercado do que a regras jurídicas garantidoras do bom exercício da função notarial, que não é mercantil, ou com que a forma pública-notarial seja sempre facultativa.

O legislador deve prestigiar a forma notarial nos atos jurídicos cuja importância jurídica ou econômica assim recomende, na medida em que, por tudo o que foi acima dito, por meio dela lograr-se-á obter uma necessária reflexão das partes a respeito do ato que praticam, uma melhora probatória assegurada pela fé pública, além do assessoramento imparcial fornecido pelo notário que permitirá a manifestação de vontade real das partes e a tutela do materialmente débil da relação jurídica. Tudo isso possibilitará a consecução da certeza e segurança jurídicas, e a prevenção da lide, o que é muito menos oneroso do que a liberdade formal à custa de um incremento de litígios.

As formas jurídicas solenes, dentre as quais a notarial, têm a importante função de preservar a higidez da manifestação de vontade das partes, e, modernamente, têm também a função de tutelar o hipossuficiente da relação jurídica. Neste tocante, a atuação notarial tem a importante função de nivelar, na medida do possível, materialmente as partes, igualmente formais, mas em essência desiguais. Assim, a parte materialmente débil receberá tutela jurídica mediante intervenção notarial, que lhe prestará assessoramento e atenção especiais, minimizando o degrau material existente.

Mais do que isso, as formas constituem, como bem observa José L. Mezquita Del Cacho,¹¹ a noção central de um sistema de direito cautelar voltado a fornecer segurança preventiva nas relações privadas com o escopo de evitar o litígio, que é socialmente desgastante.

A forma público-notarial, nesse escopo, tem papel fundamental no Direito, máxime na realização espontânea do direito, quando é decisiva para a certeza jurídica e a paz social. Daí decorrer que muito salutar é a exigência da forma notarial à medida que cresce a complexidade, a seriedade e a importância do ato jurídico a ser instrumentalizado.

Conforme leciona o festejado notarialista uruguaio Rufino Larraud, para aqueles que afirmam que as formas jurídicas são incômodas, pode-se responder-lhes que em efeito poder-se-ia prescindir delas e optar por uma cômoda incerteza; todavia, completa ele, não parece que tal solução generalizada seja desejável para a paz social.¹²

Na medida em que o notário exerce a polícia jurídica dos atos que instrumentaliza, além de possibilitar a manifestação da vontade real das partes atento às diferenças materiais existentes entre as pessoas, deverá, para tanto, ingressar no mérito do ato, impedindo o acesso de cláusulas contrárias ao direito, o que tem o condão de evitar a ocorrência de um sem-número de lides em potencial.

Ademais, a atividade notarial, por todas as suas características ímpares que vimos, funciona como um freio à mera adesividade contratual, levando ao hipossuficiente a possibilidade de manifestar a sua vontade na discussão de cláusulas contratuais, ou de, ao menos, ser informado imparcialmente sobre eventual abusividade, tratando desta forma as diferenças materiais entre as partes contratantes. Assegurando o notário à parte débil a possibilidade de manifestar sua vontade, assegurará a possibilidade de discutir cláusulas, vetando o próprio notário cláusulas abusivas, o que, de fato, contribui enormemente para a minimização do fenômeno da mera adesão contratual.

Mas, para isso, é preciso que o legislador imponha a forma público-notarial como essencial ao ato, sob pena de nulidade, pois, se assim não for, a adesão se materializará mediante instrumento particular, sequer chegando ao notário a possibilidade de atuar preventivamente. Um dos casos em que o notário pouco poderá fazer é, efetivamente, aquele em que as partes celebram um pré-contrato – um contrato de compromisso de compra e venda, por exemplo –, por instrumento particular, estando o mesmo cumprido pelo consumidor, e a intervenção notarial

11. *Seguridad jurídica y sistema cautelar – Teoría de la seguridad jurídica*. Barcelona: Bosch, 1989. p. 353-354.

12. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966. p. 160.

somente se dará para o cumprimento da parte do fornecedor mediante contrato de compra e venda. Em tal situação, pouco poderá fazer o notário pela proteção da parte vulnerável, pois o fato estará consumado quando se buscar a intervenção notarial, embora sempre seja possível ao notário aconselhar juridicamente.

Como bem lembra Juan Vallet de Goytisolo, para os notários “nunca deve existir massa, senão pessoas com sua própria identidade e com seus peculiares problemas”.¹³

A forma notarial precisa ser prestigiada, e não afastada pelo legislador, se houver um genuíno interesse na orientação prévia focada no respeito ao ordenamento jurídico, com vistas à segurança jurídica e a paz social.

Para que possa o notário agir de maneira independente como um assessor jurídico imparcial, e lograr assim uma segurança jurídica eficiente, algumas características do notariado de tipo latino devem ser garantidas pelo ordenamento jurídico, sem o que, restarão seriamente combatidas a independência e a imparcialidade notarial.

Consistem tais características, por um lado, em alguns deveres para o notário, como o impedimento em prestar a função notarial para si próprio ou para parentes em certo grau, bem como de compatibilizar o exercício da função notarial com outras como a de advogado; o dever de sigilo profissional; e um sistema de responsabilidade administrativa, civil e penal. Por outro lado, consistem em direitos como o da inamovibilidade involuntária e direito à percepção de emolumentos justos estabelecidos em lei e não sujeitos às regras de mercado. Por um terceiro lado, consistem ainda em algumas normas de ordem pública regulamentares como a fixação por lei no número de notarias e a escolha de notários mediante critérios meritórios que selecionem profissionais de alta aptidão.

Por fim, diga-se que o Direito atualmente repudia a forma pela forma; a forma desnuda de um significado maior, que imponha mera dificuldade sem que se agregue valor. Toleram-se e até se estimula a forma somente quando ligada a algum conteúdo, a algum valor, como o da segurança jurídica, por exemplo.

Desse ponto de vista convém analisar a atualidade da atividade notarial. O instrumento notarial tem, basicamente, duas funções: a de permitir um assessoramento jurídico imparcial às partes, e a de perpetuar no tempo, com força de fé pública, o instrumento erigido.

Quanto a este último aspecto, não parece ser fundamental a função notarial, uma vez que tal intento é conseguido, com vantagens, pelos registros públicos. Como meio de perpetuar a informação no tempo, os registros públicos são

13. El notario y la contratación en la sociedad de masas. *Revista de Derecho Notarial*. vol. 28. n. 109-110. p. 226. jul.-dic. 1980.

mais eficazes que as notárias, pois perpetuam igualmente no tempo a informação, com igual fé pública, e com as inegáveis vantagens da delimitação territorial por circunscrições, o que facilita a busca do documento, além da qualidade da publicidade jurídica, que o notário não tem.

O coração jurídico da atuação notarial está, assim, na assessoria jurídica imparcial que presta, que é elemento notável de segurança jurídica e pacificação social nas negociações privadas, por erigir negócios hígidos do ponto de vista jurídico. Esta função deve o notário desempenhar com total devoção e cuidado, pois aí reside a característica ímpar e imprescindível de sua atividade; aí está a justificativa jurídica de sua existência e importância. O resto, hodiernamente, vem jungido a esta atividade. Se o notário não agir como verdadeiro assessor jurídico imparcial das partes, sua função esvazia-se, torna-se oca.

2.2 *Justificação econômica da função notarial na atualidade*

Sob um enfoque econômico, muitas vezes, propugna-se pelo afastamento do notário, sob a alegação de que sua atuação gera um custo burocrático dispensável e de que constitui um monopólio cuja extinção restaria mais eficiente.

Salvo alguma eventual questão pontual em que tal assertiva possa ser verdadeira, em regra deriva ela de um desconhecimento da função notarial e de seu atual norteamo.

A função notarial corretamente incentivada pelas normas jurídicas, e corretamente executada pelos notários, ao contrário, reduz custos de transação e gera eficiência econômica. Não há incompatibilidade entre a segurança jurídica perseguida pelo notário e a redução de custos de transação; não há incompatibilidade entre a função notarial e a economia; pelo contrário.

O *hard core* jurídico da função notarial, qual seja, o de atuar o notário como um assessor jurídico imparcial das partes, como um depurador jurídico dos negócios que lhes são submetidos, com escopo cautelar, tem o condão de fazer com que tenha a função notarial também um importante fundamento econômico.

Tem sido atribuído à economia clássica o combate à existência da função notarial, para quem haveria ali apenas um monopólio que deveria ser desmantelado e submetido às regras de mercado. Em verdade, parece que na escola clássica econômica situam-se os principais ataques à função notarial, todavia, parecem-nos, sem razão mesmo sob a ótica clássica, uma vez que, salvo raras exceções,¹⁴ mesmo na economia clássica entende-se ser o Estado necessário,

14. Nesse sentido Murray N. Rothbard. Ver a respeito HOPPE, Hans-Hermann. Introdução. In: ROTHBARD, Murray N. *A ética da liberdade*. 2. ed. Trad. Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

embora mínimo e detentor de funções que por sua natureza devam com ele ficar.¹⁵ E, conforme analisamos neste trabalho, a função notarial engloba-se dentre estas que devem permanecer na titularidade do Estado, embora possa e deva ser exercida mais eficientemente por um particular, uma vez que a imparcialidade profissional especializada e dotada de fé pública exige algumas condições que somente podem ser fornecidas pelo Estado.

Todavia, com as escolhas da economia institucional e da nova economia institucional o papel essencial do Estado para o mercado parece já não mais ser discutido.¹⁶ Discute-se a forma mais eficaz deste papel desenvolver-se. O mesmo, veremos, aplica-se ao notariado.

A nova economia institucional (NEI) demonstra com bastante propriedade que as instituições econômicas¹⁷ importam;¹⁸ que ao contrário do que

15. Assim, por exemplo, Ludwig von Mises. Ver a respeito HOPPE, Hans-Hermann. Op. cit.

16. Segundo Eggertsson: “No society is viable if it lacks institutional mechanisms for constraining open access to human and nonhuman capital and to natural resources. Open access reduces the wealth of a community and is inimical to survival in a world of scarce resources” (EGGERTSSON, Thráinn. *Economic behavior and institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 284).

17. Segundo assevera Douglass C. North, “institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints the shape human interaction”. Conclui o autor que, em consequência, “they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change” (*Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 3. *E-book*). O conceito de instituições econômicas, que é aqui aplicado, não se confunde com o conceito de instituições jurídicas ou sociais. As instituições jurídicas são: “(a) Conjunto de leis de uma sociedade política; (b) complexo de órgãos que administram o Estado; (c) constituição política de uma nação” (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 2, p. 997); ou “tudo aquilo que é organizado voluntariamente numa dada sociedade e os fenômenos jurídicos são vistos numa realidade profunda e não em suas puras manifestações técnicas” (LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 44, p. 522). As instituições sociais, por sua vez, são: “(a) entrelaçamento de práticas sociais articuladas num complexo de relações, costumes e sentimentos, mediante o qual se exercem controles sociais e se satisfazem as necessidades das pessoas conviventes (Hermes Lima). As principais instituições da vida social são a família, a propriedade e o Estado; (b) conjunto de usos que regem as relações grupais (Maier e Rumney); (c) aquilo que é estabelecido socialmente (Agramonte); (d) conjunto de ideias, atos e crenças que os indivíduos se impõem numa dada sociedade (Fauconnet e Mauss)” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 522).

18. Ao contrário do que entendia a economia clássica, mas o que passou a ser reconhecido pela chamada economia institucional – que foi quem, por primeiro, percebeu a influência das normas jurídicas e outras instituições econômicas sobre a economia (vejam-se:

se propugnou por algum tempo, o afastamento completo do Estado não é algo desejável.

Economicamente, instituições são as regras do jogo, que estabelecem o que podem e o que não podem os agentes econômicos fazer. São as normas que regulam a atividade dos agentes econômicos, conduzindo-os para determinado caminho.

Demonstrou Coase (no que ficou conhecido como o teorema de Coase)¹⁹ que em um mundo real em que os custos de transação não sejam zero, as instituições têm um papel fundamental no desempenho econômico de um país, de maneira que, neste ponto, o papel fundamental do Estado (ademais de outros que possam lhe ser axiologicamente atribuíveis) é o de criar instituições eficientes, que possam reduzir esses custos.

Sob o ponto de vista da nova economia institucional, portanto, as normas jurídicas são instituições econômicas que definem as regras do jogo, e que podem conduzir os agente à soluções eficientes – não apenas do ponto de vista pecuniário²⁰ – ou ineficientes.²¹

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 208 e ss.; e SOLA, Juan Vicente. *Constitución y economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 91 e ss.) – e pela nova economia institucional. “The New Institutional Economics (NIE), like institutional economics, begins with the fundamental premise that institutions are important factors in the determination of the economic structure, and hence performance. More specifically, NIE asserts that (1) institutions do matter, (2) the determinants of institutions can be explained and understood using the tools of economic theory, and (3) the structure of institutions affects economic performance in systematic and predictable ways. One component of this institutional structure is the legal framework of a society (...)” (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit., p. 241).

19. No mundo previsto pela economia clássica, em que se imagina que os agentes são perfeitamente racionais, dispõem de todas as informações necessárias, e, por consequência, não há custos de transação, pouco importa o regramento acerca dos direitos de propriedade, uma vez que esses direitos passarão, naturalmente, para os agentes que mais os valorem. Ao contrário, em um mundo em que haja custos de transação, o regramento – vale dizer, o Direito – importa e muito para a alocação eficiente de recursos. Ver a respeito COASE, R. H. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 95-155. *Ebook*.
20. A eficiência econômica não se trata apenas de acumular capital na maior quantidade possível, conforme costuma-se leigamente pensar, mas sim de os agentes econômicos alcançarem racionalmente seus fins – isto é, maximizar a utilidade dos bens escassos – da melhor maneira possível, seja tais fins pecuniários ou não.
21. Ver NORTH, Douglass C. Op. cit., p. 20-22. Não sendo as instituições adequadas, por ser mais eficiente o comportamento oportunista, por exemplo, por não haver uma punição adequada, ou efetivamente aplicada, para os desvios legais.

A economia de mercado está calcada em duas instituições econômicas basilares, sem as quais sequer existe: a propriedade e o contrato. Sem que haja propriedade atribuída com exclusividade a certo agente econômico, e sem que haja um forma de fazer circular esta propriedade por meio de trocas, não existe economia de mercado. E o notário facilita – e não dificulta – o trato dessas duas instituições econômicas basilares, permitindo agilidade, eficiência e segurança no trânsito jurídico dos direitos de propriedade mais valiosos e complexos, em geral os imóveis.

Essas mesmas duas instituições econômicas são também a matéria-prima sobre a qual trabalha o notário, olhando para a segurança jurídica. Tanto maior tende a ser a independência e importância do notário quanto maior for o respeito ao direito de propriedade e à liberdade contratual.

As normas jurídicas a respeito do notariado fazem partes das instituições econômicas.

A partir dessas premissas é que devemos seguir caminho para responder economicamente às questões a respeito de se é necessária uma instituição notarial, se ela deve pertencer ao Estado, bem como se o notariado de tipo latino é, ou não, eficiente.

Para alguém ir ao mercado, isto é, para que a propriedade circule, há no mundo real a incidência de custos de transação, consistentes nos custos em encontrar a parte com quem contratar, buscar informação a respeito das pessoas e coisas que integram a relação estabelecida, elaborar o contrato, vigiar o cumprimento do contrato, e fazer cumprir o contrato (*enforcement*).

Embora no plano teórico possa parecer um problema menor o dos custos de transação, o qual foi levado à economia pela economia institucional, em verdade não o é. Calcula-se que os custos de transação na economia dos Estados Unidos da América correspondam a 45% do PIB.²²

Reduzir os custos de transação,²³ assim, deve ser um intento de toda sociedade que pretenda ser desenvolvida economicamente.²⁴

22. Idem, p. 27; e PAZ-ARES, Cândido. Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica). In: TOHARIA, José Juan et al. *Fé pública y vida económica*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1997. p. 63.

23. Da mesma forma que os custos de produção. Ver PAZ-ARES, Cândido. Op. cit., p. 63. Demonstra North que, junto com a tecnologia empregada, as instituições determinam os custos de transação e de produção que formam os custos totais (NORTH, Douglass C. Op. cit., p. 5).

24. Convém lembrar que uma sociedade economicamente desenvolvida consegue ser também socialmente desenvolvida. Não há boa saúde, boa educação, boa infraestrut-

A atuação econômica do notariado na diminuição dos custos de transação dos direitos imobiliários – e também em relação a direitos de outra espécie que tenham importante valor e complexidade a ponto de justificar a intervenção notarial – atua basicamente em três frentes: a primeira, a de garantir a legalidade no âmbito jurídico obrigacional²⁵ do ato celebrado; a segunda, na medida em que são dispensadas a rigor as atuações de outros profissionais cuja atuação é necessária, ou altamente recomendável, em que não haja um notário de tipo latino, como, por exemplo, um advogado para cada parte integrante do ato jurídico; a terceira, na redução de custos decorrente da redução de litígios.

Sendo o notário um assessor jurídico imparcial das partes, com qualidade homogênea diante da eleição dos profissionais mediante concurso público de provas e títulos, decidindo-se pela celebração de um negócio jurídico importante (jurídica ou economicamente falando), para o qual seja obrigatória a escritura pública ou para o qual seja conveniente às partes adotarem tal forma, basta que dirijam-se ao notário para realizar seu negócio com total segurança jurídica, sem que haja a necessidade de intervenção de mais profissionais do direito, ou de um profissional do direito assessorando cada parte, o que implica celeridade e redução de custos de celebração do próprio negócio.

Na medida em que as partes podem confiar em um terceiro imparcial (com qualidade jurídica e idoneidade atestadas em um certame de alto nível) para celebrar seus negócios, ou seja, visto que as partes têm no notário informação qualificada e confiável, não precisarão elas buscar por outros meios, mais demorados e dispendiosos, as análises das informações necessárias à transação. O notário lhes dirá, por exemplo, da melhor forma que o direito permitir, quem é o titular do direito a ser transmitido, se há ou não ônus sobre tal direito, qual a melhor forma jurídica que se deve adotar para o negócio etc.

Mais do que informar e assessorar, o notário criará o instrumento jurídico perfeito a dar vazão à vontade das partes e produzir a eficácia jurídica por elas pretendida.

Sendo a função notarial desenvolvida por um terceiro imparcial (ou *gatekeeper*), evita ela condutas que não se ajustam ao Direito, com todas as implicações econômicas que disto deriva, como a necessidade de assessoramento prévio por cada parte envolvida no negócio, busca por outros meios de in-

tura, bom saneamento básico, bom desenvolvimento da dignidade humana enfim, sem dinheiro.

25. Nisto difere da função registral, a qual garante a legalidade apenas nos elementos de publicidade, e não nos aspectos meramente obrigacionais do negócio.

formações confiáveis nas quais se pudesse embasar a negociação a um custo muito mais elevado etc.

A presença, na celebração do negócio jurídico, de um terceiro imparcial, profissional do Direito altamente especializado e capacitado, dotado de características ímpares como o dever de agir cautelarmente e dota de fé pública, permite o exercício da forma mais adequada de *gatekeeper*, a de interromper a contrariedade ao Direito no seu nascedouro.

É muito mais barato e muito menos agressivo cessar uma atividade contrária ao ordenamento jurídico quando se está ainda na fase de pensar a modelagem sob a qual ela se desenvolverá, em vez de deixar que ela seja exercida ilícitamente e que alguém deva acionar o Estado-Juiz para aplicar o Direito. Esta solução *ex post* é mais cara e mais traumática.

Nas palavras de Paz-Ares, o notário é a figura arquetípica do *gatekeeper* uma vez que o controle passivo da legalidade obrigacional constitui a espinha dorsal do notariado, e o faz a um custo menor do que outro meios, *ex ante* ou *ex post*, o fariam.²⁶

Porém, para que o notário atue como um *gatekeeper* eficiente, fazendo uma depuração jurídica eficiente e evitando ilegalidades – o que hoje, vimos, constitui o que tem de fundamental a função notarial – é preciso que ele seja independente, e que, para tanto, haja incentivos positivos e negativos adequados.

Nesse sentido, para haver garantia de independência, de modo a que faça o notário uma adequada depuração jurídica do ato e que não seja servil a seus clientes, deve haver adequados incentivos, como, por exemplo, emolumentos que garantam boa remuneração a ponto de compensar todas as qualificações jurídicas negativas gratuitas que o notário deverá fazer, bem como imprimir nele um receio de perder sua função caso não se porte de acordo com a legalidade, em prol de algum cliente, devendo os preços serem definidos pelo Estado; bem como adequados desincentivos, como a certeza de que em caso de atuação ilegal haja punição.

Tal independência restaria enormemente afetada, senão mesmo eliminada, se o notariado fosse submetido a regras de concorrência e liberdade de preços.²⁷

Esta independência deve estar embaixo de um monopólio estatal, o qual, neste caso, constitui não uma consequência da tecnologia ou do mercado, mas

26. Assevera ainda que um *gatekeeper* que funcione bem é a forma mais elegante que existe de realização do Direito (PAZ-ARES, Cândido. Op. cit., p. 82 e 93).

27. Ver a esse respeito: PAZ-ARES, Cândido. Op. cit., p. 89-90; ARRUÑADA, Benito. *Análisis económico del notariado*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2000. p. 112-129.

sim uma solução organizativa que permite uma atuação eficiente para os fins que se busca.²⁸

Por isso não pode a função notarial estar regida sob regras exclusivas de mercado, como a livre-concorrência ou a liberação de preços. A solução mediana encontrada pelo notariado latino é a mais eficiente, porque conjuga em um profissional funções privadas de atenção à negociação das partes (interpretação da informação, redação, assessoramento jurídico etc.) e funções públicas (qualificação jurídica) a um custo menor do que qualquer outra opção que lhe seja “concorrente”. O notariado latino nem está submetido totalmente ao regime das funções públicas, embora parcialmente esteja por ser ela pública, nem está submetido totalmente ao regime privatístico, porque teria o condão de anular os efeitos da função.

A análise segura da informação para as partes colabora para minimizar a assimetria informativa, que constitui o principal custo econômico de transação.

A assimetria de informação aumenta muito os custos da transação, uma vez que exige das partes uma longa e dispendiosa busca por informações confiáveis.

Para que uma pessoa possa, por exemplo, comprar um imóvel de maneira segura, mister se faz que tenha ela a informação de quem é o proprietário desse imóvel, bem como se pesa algum ônus sobre ele, tal qual uma hipoteca, por exemplo. Quanto mais rápida, confiável e barata for a informação, menores os custos da transação e mais ágil a produção de riquezas que potencialmente o bem tem.

Embora a solução para possibilitar a redução da assimetria da informação com a produção de informação confiável e rápida seja proporcionada pelos Registros Públicos (pelo Registro de Imóveis, no que concerne a bens imóveis), os notários têm uma importante função nesta seara, na medida em que, condição de terceiro assessor jurídico imparcial, devem interpretar juridicamente a informação fornecida pelos Registros Públicos, fazendo com que esta chegue depurada até os agentes econômicos.

A negociação segura, amparada em informação depurada por um agente qualificado e imparcial, e que permite atingir os resultados pretendidos com maior certeza, garantida pela atuação notarial, faz com que aumente o número de transações, e com isso a produção e circulação de riquezas.

28. Ver: ARRUÑADA, Benito. Op. cit., p. 107.

A atuação notarial reduz também a litigiosidade,²⁹ por gerar atos jurídicos de acordo com a vontade das partes e o ordenamento jurídico, produzindo assim segurança jurídica e paz social. E, ao evitar o conflito, evita os custos que o conflito traria com advogados, acionamento da máquina estatal jurisdicional, produção de provas, perda temporária da total disponibilidade – ou redução de valor – do direito patrimonial litigioso com o consequente custo de oportunidade que a situação carrega consigo etc.

É inegavelmente mais barata a intervenção notarial preventiva do que a solução para uma lide instaurada, a qual reclama custos econômicos e psicológicos importantes.

A função notarial latina tem uma missão quase sacerdotal de evitar que a lide se produza, e toda a atuação notarial deve estar rumando nesse sentido. Logrado esse intento, a redução de custos é significativa – seja porque a prevenção é mais barata do que a resolução da lide, seja porque a lide implica um custo de oportunidade em relação ao bem litigioso – assim como o é a geração de riquezas que se produzirá por meio dos direitos que estão livres para circular no mercado econômico por estarem livres de discussões judiciais. Não se quer dizer aqui que a lide torne indisponível, juridicamente, o direito litigioso, o que, em regra, não ocorre (embora excepcionalmente sim), mas que ela embaraça o tráfico econômico do direito, de modo importante, fazendo com que haja um travamento na circulação e geração de riquezas que poderiam esses direitos produzir.

A probabilidade de que um ato jurídico defeituoso gere conflitos é potencialmente muito maior do que a de que haja conflito em um ato juridicamente perfeito, como o que decorre da intervenção notarial. A imparcialidade e a formação jurídica dos notários fazem com que sua atuação seja realmente um redutor da litigiosidade em potencial.

Ao reduzir a litigiosidade, o notariado, além de reduzir os custos contratuais, reduz também os judiciais, uma vez que a decisão judicial é mais facilmente alcançada quando amparada em um ato notarial.

Justifica-se, desta forma, a obrigatoriedade da solenidade notarial em atos jurídicos que versem sobre bens cuja importância ou valor assim recomendem, porque a soma total dos custos sociais (depuração jurídico-obrigacional dos atos jurídicos para atingir a segurança jurídica e a paz social) e dos custos privados

29. Sobre a o assunto veja-se: PRIETO, Santos Pastor. *Intervención notarial y litigiosidad civil*. Madrid: Colegios Notariales de España, 1995. 111 p.

(custos de transação) resta diminuída pela atuação notarial,³⁰ ainda que, eventualmente, em alguns casos concretos, possam os custos de transação aumentar.³¹

3. CONCLUSÕES

A função notarial, surgiu meramente redatora, com intuito de preservar e provar o atos jurídicos narrados, tendo, em um segundo momento, passado a agregar o caráter autenticante da fé pública notarial, que passou a tornar crível, com presunção relativa, o que fosse pelo notário afirmado, porém, até este momento evolutivo, a função notarial permanecia redatora, devendo o notário transpor para o instrumento notarial a vontade soberana manifestada pelas partes, sem qualquer depuração jurídica.

Tivesse a função notarial permanecido neste estágio evolutivo e estaria fadada à extinção, porquanto apesar de a fé pública notarial exercer seguramente uma função importante de segurança jurídica, poderia ela encontrar facilmente outros substitutos.

Todavia, evoluiu a função notarial para um terceiro estágio, o da profissionalização jurídica, no qual o notário converteu-se em um profissional do Direito, que deve assessorar imparcialmente as partes, que deve qualificar juridicamente os atos jurídicos que lhe são submetidos, e que exerce um sacerdócio de segurança jurídica cautelar.

Com isto, neste momento evolutivo, o notário mantém-se essencial à sociedade, insubstituível, porquanto dotado de características que somente nele podem ser encontradas e que são fundamentais jurídica e economicamente, bem como que permanecem híginas diante do surgimento de novas tecnologias.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUÑADA, Benito. *Análisis económico del notariado*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2000.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

30. Veja-se, por exemplo, que nos EUA, onde não há a figura do notariado latino nem um Registro de Imóveis de direitos, e, por consequência deve haver a intervenção de advogados e seguradoras, os custos são bastante mais elevados (ARRUÑADA, Benito. Op. cit., p.18).

31. PAZ-ARES, Cândido. Op. cit., p. 93.

- COASE, R. H. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. *Ebook*.
- DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DEIMUNDO, Santiago Raúl. *Pensamiento y sentimiento sobre el notariado*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- DEL CACHO, Jose L. Mesquita. *Seguridad jurídica y sistema cautelar – Teoría de la seguridad jurídica*. Barcelona: Bosch, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 2.
- EGGERTSSON, Thráinn. *Economic behavior and institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- FRAGUAS, Ramón. El valor social de la institución notarial en nuestros días. *Revista Internacional del Notariado*. año 31. n. 77. Buenos Aires, 1981.
- GOYTISOLO, Juan Vallet de. El notario y la contratación en la sociedad de masas. *Revista de Derecho Notarial*. vol. 28. n. 109-110. jul.-dic. 1980.
- HOPPE, Hans-Hermann. Introdução. In: ROTHBARD, Murray N. *A ética da liberdade*. 2. ed. Trad. Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.
- LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 44.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. *E-book*.
- PAZ-ARES, Cándido. Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica). In: TOHARIA, José Juan et al. *Fé pública y vida económica*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1997.
- PRIETO, Santos Pastor. *Intervención notarial y litigiosidad civil*. Madrid: Colegios Notariales de España, 1995.
- RODIÈRE, Roné. *Introduction au droit comparé*. Paris: Dalloz, 1979.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- SILVA, Antonio Augusto Firmo da. *Compêndio de temas sobre direito notarial*. São Paulo: Bushatsky, 1979.
- SOLA, Juan Vicente. *Constitución y economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Bote-
lho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Documento digital – Autenticação notarial ou ato de registro?, de Paulo Roberto de Carvalho Rêgo – *RDI* 52/264-278, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/627-644 (DTR\2002\37);
- Natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador, de Cristiano Graeff Júnior – *RDI* 47/116-124, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/393-405 (DTR\1999\314);
- Privatização do serviço notarial e registral: direito e economia, de Alexandre Scigliano Valerio – *RDI* 65/235-274, *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 2/1011-1057, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/1033-1078 (DTR\2008\842); e
- Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do poder judiciário, de Rafael Maffini – *RDI* 79/179-202 (DTR\2016\23).

COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ITBI: PERANTE O TABELIONATO DE NOTAS OU DO REGISTRO DE IMÓVEIS?

*PROOF OF DISCHARGE OF PROPERTY TRANSMISSION TAX INTER ALIVE:
BEFORE THE NOTARY'S OFFICE OR THE REGISTRY OF REAL ESTATE?*

MAURÍCIO BARROSO GUEDES

Especialista em direito Constitucional e em Direito Notarial e de Registro pela Uni-Anhanguera. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro Associado ao Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Advogado e Consultor Jurídico.
mauricio@macedoguedes.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil; Tributário

RESUMO: O estudo analisa se a alteração da redação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 promovida pela Lei 13.097/2015 ensejou a obrigação de Tabeliães de Notas exigirem a prova de quitação do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* no momento da lavratura de escrituras públicas relativas à transmissão da propriedade, domínio útil ou de direitos reais sobre imóveis.

PALAVRAS-CHAVE: Imposto – Comprovante de quitação – Escritura pública – Registro de imóveis.

ABSTRACT: The study analyzes if the amendment of the article 1, paragraph 2, of law number 7.433/1985 promoted by law number 13.097/2015 resulted in the obligation of Notaries require proof of discharge of Property transmission tax inter alive at the time of drawing up of notarial deeds concerning the transmission of property, domain, useful or rights in rem in immovable property.

KEYWORDS: Tax – Proof of discharge – Notarial deed – Registry of real estate.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito, fato gerador e momento de exigibilidade da quitação do ITBI. 2.1 Do conceito de "fato gerador" de obrigações tributárias. 2.2 Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* (ITBI) – Previsão constitucional e legal. 2.3 Do aspecto temporal da obrigação tributária – Transmissão *inter vivos*. 3. Do entendimento dos tribunais superiores sobre a matéria. 4. Da Lei 7.433/1985. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto analisar se a alteração da redação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 promovida pela Lei 13.097/2015 ensejou a obrigação de

Tabeliães de Notas exigirem a prova de quitação do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* no momento da lavratura de escrituras públicas relativas à transmissão da propriedade, domínio útil ou de direitos reais sobre imóveis.

Isso porque havia consolidado entendimento de que a redação original de mencionado artigo apenas impunha aos Tabeliães de Notas a menção da guia do Imposto, não competindo ao Notário exigir a comprovação de sua quitação.

Ocorre que, com a alteração promovida pela Lei 13.097/2015, muito embora mantida a redação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 na parte que se refere ao recolhimento do imposto, alguns Registradores de Imóveis passaram a entender que teria ocorrido alteração do fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos*. E, por esse motivo, estão a exigir que os Tabeliães de Notas façam constar nos atos notariais a sua quitação.

Assim, para esclarecer a controvérsia, dividiremos o presente trabalho em três partes. Na primeira, faremos uma completa análise a respeito das previsões legais que nos levam ao conceito, fato gerador e momento da exigibilidade da quitação do ITBI. Na segunda, analisaremos a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema. Por fim, na terceira parte, apresentaremos nossas conclusões a respeito da questão.

2. CONCEITO, FATO GERADOR E MOMENTO DE EXIGIBILIDADE DA QUITAÇÃO DO ITBI

2.1 Do conceito de "fato gerador" de obrigações tributárias

Como questão preliminar necessária à compreensão do presente estudo, faz-se necessário traçar breves esclarecimentos a respeito do conceito de *fato gerador de obrigações tributárias*.

De início, destaca-se que o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), em seus arts. 113 e 114, conceitua "fato gerador" como sendo "a situação definida em Lei como necessária e suficiente à sua ocorrência",¹ que, por sua vez, dá ensejo à obrigação tributária principal, que "tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente".²

1. CTN: "Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em Lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".
2. CTN: "Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1.º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de

GUÉDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Sobre o tema, discorre Ricardo Alexandre:³

“Segundo o art. 114 do CTN, fato gerador da obrigação principal é a situação definida em Lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Situações necessárias são todas aquelas que precisam estar presentes para a configuração do fato. São verdadeiros requisitos. Assim, a entrada de uma mercadoria em território nacional é situação necessária para ocorrência do fato gerador do imposto de importação. Entretanto, para que a obrigação nasça, também é necessário que a mercadoria seja estrangeira.

É por conta desse raciocínio que o dispositivo legal que afirma que a situação é definida não só como necessária, mas também como suficiente para o surgimento da obrigação principal”.

Por sua vez, o art. 116, II, do CTN, prevê que, se tratando de situação jurídica – como no caso do ITBI –, ocorre o fato gerador e tem-se por existentes os seus efeitos “desde o momento em que esteja definitivamente constituída [situação jurídica], nos termos de direito aplicável”.⁴

A respeito, novamente nos remetemos aos conhecimentos de Ricardo Alexandre:⁵

“Nos termos do art. 116, II, do CTN, salvo disposição de Lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos, tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja essa definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2.º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3.º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

3. ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 274.
4. CTN: “Art. 116. Salvo disposição de Lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em Lei ordinária”.
5. ALEXANDRE, Ricardo. Op. cit., p. 278.

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Como a situação já é disciplinada por outro ramo da ciência jurídica, para verificar a completude do evento definido em Lei como fato gerador de tributo, o intérprete deverá buscar, no direito aplicável, a estipulação do momento em que a situação está definitivamente constituída.

Assim, se o intérprete quer saber quando a propriedade imóvel está definitivamente transferida para efeito de configuração do fato gerador dos impostos sobre a transmissão (ITBI e ITCMD) ou para o efeito de modificar o sujeito passivo dos impostos sobre propriedade imóvel (IPTU e ITR), a resposta está na Lei civil”.

Posto isso, e tendo por base o indissociável conhecimento técnico de que a *obrigação tributária de pagamento do imposto* apenas surge com a *ocorrência do fato gerador*, e que em relação ao ITBI, por se tratar de uma situação jurídica, o fato gerador considera-se ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”, passemos à análise do ITBI, seu fato gerador e previsões a ele relativas.

2.2 *Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter Vivos (ITBI) – Previsão constitucional e legal*

No que interessa ao presente estudo, o ITBI e o ITCMD inicialmente encontravam previsão no CTN, que em seu art. 35 fixava os fatos geradores do imposto e atribuía competência aos Estados para instituí-los:

“Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na Lei civil; II – a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; III – a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II”.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a competência para instituir impostos sobre a transmissão de bens imóveis *inter vivos* foi transferida aos Municípios, conforme se observa do art. 156, II:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; (...)”.

Por sua vez, a competência para instituir o imposto de transmissão *causa mortis* e sobre doação, permaneceu com os Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 155, I, da CF/1988:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; (...)”.

Portanto, a CF/1988, além de alterar a competência para instituir impostos sobre a transmissão de bens imóveis entre vivos (art. 156, II), também acabou por estabelecer que o *fato gerador do imposto ocorre em 3 (três) situações jurídicas*, quais sejam: (a) a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou por acessão física (equivalente ao disposto no art. 35, I, do CTN); (b) a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia (equivalente ao disposto no art. 35, II, do CTN); (c) a cessão de direitos relativos às transmissões supramencionadas (equivalente ao disposto no art. 35, III, do CTN).

Posto isso, no que interessa para este artigo, delimitaremos nossa análise às duas primeiras hipóteses, que têm por situação jurídica a ser analisada a “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia”.

Assim, tem-se como centro da controvérsia a necessidade de apurar em qual momento a legislação vigente considera *definitivamente constituída a situação jurídica* “transmissão *inter vivos* de bem imóvel ou de direitos reais sobre imóveis” (fato gerador), que dá ensejo à obrigação tributária de pagamento do ITBI.

Em outras palavras, faz-se necessário analisar o *aspecto temporal* da obrigação tributária (momento em que se considera “nascida”), de modo que se responda, no caso em apreço, se o fato gerador do ITBI ocorre quando da *lavratura da escritura pública* ou quando do *registro do ato notarial no registro de imóveis competente*.

A respeito da importância de se verificar o momento em que ocorre o fato gerador, discorre Ricardo Alexandre⁶ (grifamos):

“O ponto central do estudo do direito tributário é a teoria do fato gerador. Saber se e, em caso positivo, quando ocorreu o fato gerador é a questão de maior importância dentro dessa matéria, tanto para o Fisco, quanto para o contribuinte.

Neste ponto, será analisado o aspecto temporal da obrigação tributária, ou seja, o momento em que esta se considera nascida, como decorrência da verificação, no mundo dos fatos, da situação definida em Lei como fato gerador.

6. Idem, p. 277.

O Código Tributário Nacional divide os fatos geradores em dois grandes grupos: um compreendendo os definidos com base em situações de fato; e outro composto por aqueles definidos com base em situações jurídicas. Como se verá, dependendo do enquadramento do fato gerador numa dessas hipóteses, diferentes serão as regras relativas ao momento em que o mesmo se tem por completo e acabado.

(...)

Algumas vezes, as situações definidas como fatos geradores de tributos se enquadram com precisão em alguma hipótese já prevista em Lei como geradora de consequências jurídicas. Noutras palavras, mesmo antes de a Lei tributária definir determinada situação como fato gerador de um tributo, já há norma, de outro ramo do direito, estipulando efeitos jurídicos para o mesmo fato. Neste caso, pode-se dizer que o fato gerador do tributo configura uma situação jurídica.

Em outras hipóteses, a situação escolhida pelo legislador para a definição do fato gerador do tributo possuía apenas relevância econômica, mas não era definida em qualquer ramo de direito como produto de efeitos jurídicos. Nestes casos, é correto afirmar que o fato gerador foi definido com base numa situação de fato.

É óbvio que, após a Lei tributária definir certa situação como fato gerador do tributo, tal situação passa a ser uma situação jurídica, uma vez que, verificada no mundo concreto, produz como efeito o surgimento do vínculo jurídico-tributário. Entretanto, para classificar a situação como 'de fato' ou 'jurídica', o CTN se preocupou em identificar se, independentemente da tipificação como fato gerador de tributo, a situação já configurava um instituto jurídico disciplinado em outro ramo de direito (normalmente civil ou comercial).

Assim, ao instituir impostos sobre a propriedade, o legislador tomou por base, para a definição do fato gerador, situações que, independentemente da Lei tributária, já possuíam seus contornos e efeitos definidos pela Lei civil. Dessa forma, os impostos sobre a propriedade (IPTU, ITR e IPVA) têm por fatos geradores situações jurídicas.

Ao contrário, ao definir como fato gerador do imposto de importação a entrada da mercadoria estrangeira em território nacional, o legislador tributário conferiu efeitos jurídicos a uma mera situação de fato, não definida como produtora de efeitos jurídicos em qualquer outro ramo da ciência jurídica.

Perceba-se que hipótese de incidência do imposto de importação não é compra de mercadoria estrangeira. Se assim fosse, o fato gerador seria uma situação jurídica, pois o contrato de compra e venda é disciplinado pelo direito civil, que lhe estabelece os efeitos.”

Nesse sentido, observa-se que para a compreensão do fato gerador do ITBI, tal qual previsto na CF/1988, faz-se essencial um conhecimento multidisciplinar, em necessária conversa com o Direito Civil para a compreensão de conceitos tais como o de “transmissão de bem imóvel”, “domínio útil”, “direitos reais sobre imóveis”, “direitos reais de garantia”.

Sobre o tema:⁷

“A atual Constituição de 1988, em seu art. 156, II, estabelece como sendo do Município a competência tributária para a instituição do imposto sobre a ‘transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”.

Aqui, percebe-se com clareza que o legislador constituinte apropriou-se de noções de outros ramos do direito para estabelecer os enunciados prescritivos que, interpretados, conduzirão à norma de incidência do ITBI. Observe que é no direito civil que se encontram as noções de “bem imóvel”, de como se dá a sua “transmissão”, de “direitos reais de garantia” e, ainda, de “cessão de direitos”, por exemplo. Assim, para se identificar a norma de incidência do ITBI é necessário mergulhar no Direito Civil. Argos Gregório é um dos doutrinadores a sustentar que o art. 35 do CTN foi derogado, de nada servindo para a identificação da norma de incidência do ITBI.⁸

Passemos à análise das três materialidades possíveis, previstas pela Constituição Federal, quais sejam: (i) a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física; (ii) a transmissão

7. VALLE, Maurício do; FERNANDES, Cintia Estefânia; CUNHA, Carlos Renato; Arts. 35 a 42. In: GRILLO, Fabio Artigas (coord.); SILVA, Roque Sérgio D’Andrea Ribeiro da (coord.). *Código Tributário Nacional anotado*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná, 2013. p. 154-155. Disponível em: [www.oabpr.org.br/downloads/ctn_v2.pdf]. Acesso em: 13.06.2015.

8. Eis suas palavras: “Uma necessária observação: em relação à prescrição legal da regra-matriz de incidência do ITBI, poderia o leitor menos atento encontrá-la disciplinada na redação do art. 35 do CTN. Todavia, em coerência a todo o contexto histórico anteriormente narrado, ressalte-se que tal artigo encontra-se atualmente derogado, respeitando a irrenunciável alteração do sistema do ITBI prescrito pela Carta de 1988. Caberá, portanto, às legislações específicas municipais o traço dos pormenores da norma jurídico-tributária correspondente ao ITBI” (GREGÓRIO, Argos. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 330).

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; e (iii) a cessão de direitos à aquisição de bens imóveis.

A transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física.

Ao tratar dessa materialidade, Aires Fernandino Barreto é enfático ao sustentar que não basta o “(...) só ato ou negócio jurídico apto à transmissão de propriedade”, da mesma forma em que o “(...) só ato jurídico da transcrição” é insuficiente. Eu suas palavras, a sua “(...) predefinição constitucional” seria o “(...) fato-efeito de transmissão imobiliária, resultante da conjugação desses dois fatos”.⁹

Há quem sustente que a necessidade de ser o negócio realizado *inter vivos* é “secundária”. De acordo com Argos Gregório, “(...) não se trata de condição necessária para a tributação referida”. Para o autor, amparando-se na casuística, “(...) é fácil afirmar que uma transmissão onerosa de imóveis entre pessoa física e uma empresa, ou mesmo entre duas empresas, apesar de não se enquadrar em tais molduras, será igualmente tributada pelo ITBI. O mesmo raciocínio vale para as transações imobiliárias que apresentem como uma das partes a figura do espólio”.¹⁰

Ao tratar dos bens imóveis por natureza ou acessão física, devemos lembrar o art. 79 do CC/2002, de acordo com o qual: “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

Tem-se, assim, que para analisar o *aspecto temporal* da obrigação tributária em discussão há necessidade de interpretação das hipóteses de ocorrência do fato gerador do ITBI nos termos do “*direito aplicável*” (cf. art. 116, II, do CTN). No caso concreto, o Direito Civil.

2.3 Do aspecto temporal da obrigação tributária – Transmissão *inter vivos*

Conforme visto, no que interessa ao presente estudo, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) tem por fato gerador a *transmissão*, a qualquer título, da propriedade, do domínio útil, ou de direitos reais sobre imóveis (exceto os direitos reais de garantia).

Sendo manifesta tal situação no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal de 1988, passaremos a analisar quando ocorre tal transmissão, ou seja, o aspecto temporal da obrigação tributária.

9. BARRETO, Aires Fernandino. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 988.

10. GREGÓRIO, Argos. Op. cit., p. 334.

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Para tanto, necessário se faz o estudo do direito aplicável à espécie, sendo que a transmissão entre vivos de propriedade e direitos reais sobre imóveis encontra previsão nos arts. 1.227 e 1.245 do CC/2002:

“Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”.

“Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”.

Como se observa, toda e qualquer dúvida que pudesse existir a respeito do momento em que se opera a definitiva constituição da “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia” é expressamente dirimida pela análise dos institutos previstos na Constituição Federal de 1988 e no Código Tributário Nacional à luz do Código Civil de 2002.

Isso porque, tanto o art. 1.227 quanto o art. 1.245 não deixam dúvidas ao estipular que a transmissão da propriedade ou de direitos reais sobre imóveis apenas se opera em definitivo *quando do registro no cartório de registro de imóveis*.

Vale dizer, enquanto não registrada a escritura pública junto ao Registro de Imóveis competente, *não há transferência de propriedade!* E se não há transferência de propriedade, também não ocorre o fato gerador do ITBI.

Nesse sentido, a qualquer tempo antes do registro junto ao ofício competente podem as partes desistir do negócio entabulado por simples distrato do ato notarial. Situação completamente diversa daquela na qual a escritura pública é levada a registro; oportunidade em que o adquirente será o proprietário do imóvel até que o registro venha a ser cancelado.

Francisco Eduardo Loureiro, discorrendo a respeito do art. 1.227 do CC/2002,¹¹ aborda o tema do seguinte modo:

“Segue nosso sistema jurídico o modelo do Direito romano, que já exigia formalidade posterior ao contrato para aquisição do domínio (*traditio*). O con-

11. PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2009. p. 1160-1161.

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

trato é título, que somado ao modo (registro) prova a transmissão e a aquisição de direitos reais sobre bens imóveis.

(...)

Em vista do caráter constitutivo e causal do registro, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) cria minuciosos mecanismos de segurança de acesso dos títulos (arts. 167 a 288), consolidados em diversos princípios, bem mais examinados nos comentários aos arts. 1.245 a 1.247 do CC/2002.

Note-se a ressalva do próprio art. 1.227 em que o registro é constitutivo somente em relação às transmissões por atos *inter vivos* e a título negocial derivado. Os modos originários de aquisição da propriedade imobiliária – usucapião e acessão – independem do registro, que tem efeito meramente publicitário e regularizador, visando a permitir que ulteriores alienações a título derivado tenham acesso ao registro, preservando a continuidade”.

Prossegue o mesmo autor, agora em comentários ao art. 1.245 do CC/2002:¹²

“O caráter constitutivo do registro: Como mencionado no comentário ao art. 1.227 do CC/2002, ao qual se remete o Leitor, o registro imobiliário é constitutivo da propriedade e demais direitos reais sobre coisa imóvel, adquiridos a título derivado e por ato entre vivos, salvo exceções expressamente previstas em Lei.

(...)

Nosso sistema de aquisição da propriedade e de outros direitos reais segue a tradição do Direito romano, exigindo título mais modo, consistente em uma providência suplementar que, somada ao título, prova a transmissão do direito real. Ao contrário do sistema francês, a propriedade sobre coisas imóveis adquiridas a título derivado não se transmite somente com o contrato (*solo consensu*), mas, ao contrário, exige o registro do título no registro imobiliário. Até o registro, o adquirente é mero credor do alienante. O registro é que converte o título, simples gerador de crédito, em direito real.

Além disso, nosso sistema de aquisição da propriedade é causal. O registro constitui a propriedade imobiliária, mas permanece vinculado ao título que lhe deu origem. Ao contrário do sistema alemão, no qual o registro sofre processo de depuração e se torna abstrato, em nosso sistema jurídico o registro não se desliga do título. Daí se extraem as duas marcas fundamentais do registro no nosso sistema jurídico: é constitutivo da propriedade e de outros direitos reais sobre coisa imóveis adquiridas a título *inter vivos* e derivado e é causal, pois se encontra ligado ao título que lhe deu origem.”

12. Idem, p. 1202-1203.

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Flávio Tartuce também discorre sobre o tema:¹³

“O registro do título aquisitivo é a principal forma derivada de aquisição da propriedade imóvel, regulamentada entre os arts. 1.245 a 1.247 do CC/2002. Sendo forma derivada, o novo proprietário do bem é responsável pelas dívidas que recaem sobre a coisa, caso dos tributos. Quanto à compra e venda, uma das principais formas de transmissão *inter vivos*, há regra específica nesses termos, conforme o art. 502 do CC/2002 (‘O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.’).

Nos termos do art. 108 do CC/2002, os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis devem ser feitos por escritura pública, se o imóvel tiver valor superior a trinta salários mínimos. A escritura pública é lavrada no Tabelionato de Notas, de qualquer local do País, não importando a localização do imóvel. Se o imóvel tiver valor igual ou inferior a trinta salários mínimos, está dispensada a escritura pública, podendo o contrato ser celebrado por instrumento particular, eis que em regra a forma é livre (art. 107 do CC/2002).

Esse esclarecimento inicial é útil para apontar que a escritura pública não serve para a aquisição da propriedade imóvel, sendo apenas uma formalidade que está no plano da validade dos contratos de constituição ou transmissão de bens (art. 104, III, do CC/2002 – menção à forma prescrita e não defesa em Lei). O registro imobiliário, que se situa no plano da eficácia do contrato, é que gera a aquisição da propriedade imóvel, e deve ocorrer no Cartório de Registro de Imóveis do local de situação da coisa (arts. 1.º, IV, e 167 a 171 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos). Da mesma forma, estatui o art. 1.227 do CC/2002 que: ‘Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código’.

Com tom suplementar ao que consta do art. 1.227, dispõe o art. 1.245 do CC/2002 que se transfere entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. O atual Código Civil substitui a antiga menção à transcrição do título pelo termo destacado (arts. 531 a 534 do CC/1916). Tal registro gera uma presunção relativa de propriedade, conforme reconhece enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil (Enunciado 503).

13. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 743-744. vol. único.

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (art. 1.245, § 1.º, do CC/2002). Além disso, enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, o que é consagração da teoria da aparência (art. 1.245, § 2.º, do CC/2002). Complementando, na I Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado 87 do CJF/STJ, prevendo: ‘Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do CC/2002 e § 6.º do art. 26 da Lei 6.766/1979)’. O enunciado doutrinário ressalta a importância prática do compromisso de compra e venda, seja registrado ou não, para os fins de aquisição do domínio”.

No mesmo sentido, Ricardo Alexandre é taxativo quanto à ocorrência do fato gerador do ITBI quando do registro da “transmissão da propriedade imobiliária”:¹⁴

“Com base numa leitura do art. 35 do Código Tributário Nacional à luz do art. 256, II, da atual CF/1988, o fato gerador do ITBI é a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

No direito brasileiro, a transmissão da propriedade imobiliária ocorre mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis, de forma que, antes do registro, o alienante continua na condição de dono do imóvel (art. 1.245 do CC/2002 e seu parágrafo único)”.

Brandelli, por sua vez, leciona:¹⁵

“O ITBI, imposto de competência municipal, tem por fato gerador a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como a cessão de direitos à sua aquisição (art. 156, II, da CF/1988).

Conforme lembra Roque Joaquim Volkweiss, ‘sendo o fato gerador do ITBI a transmissão da propriedade (domínio) do imóvel nos termos da Lei civil (...) esta somente se dá no momento da transcrição do título de transferência no Registro de Imóveis’.

14. ALEXANDRE, Ricardo. Op. cit., p. 595.

15. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381.

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Se o fato gerador do ITBI é a transmissão *inter vivos* da propriedade imóvel ou de direitos reais sobre imóveis (exceto os de garantia), certamente que ele decorre do registro no Registro de Imóveis competente, sem o que não se pode falar em transmissão de propriedade por ato *inter vivos*, nem de constituição de direito real. Esta é a regra já consagrada pelo STJ”.

Portanto, resta translúcido que, da Leitura conjunta dos arts. 156, II, da CF/1988 e 35 do CTN com os arts. 1.227 e 1.245 do CC/2002 o fato gerador do imposto sobre transmissão de bens imóveis entre vivos se dá no momento do registro do título junto ao ofício de registro de imóveis competente.

Antes disso não há relação jurídica tributária, sendo inconstitucional e ilegal exigir que as partes promovam o recolhimento de imposto em momento anterior à apresentação do título para registro no Registro de Imóveis.

3. DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A MATÉRIA

Conforme exposto, o ITBI encontra-se previsto no art. 156, II, da CF/1988, motivo pelo qual já foi analisado pelo STF em mais de uma oportunidade, sempre sob o entendimento de que o seu fato gerador ocorre apenas quando do registro do título junto ao Registro de Imóveis (grifamos):

“Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. Imposto sobre transmissão de bens imóveis. Fato gerador. Promessa de compra e venda. Impossibilidade. A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato impositivo. Agravo regimental a que se nega provimento”.¹⁶

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI. Fato gerador: registro da transferência efetiva da propriedade. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento”.¹⁷

16. STF, AgRE 805859 AgRg, rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª T., j. 10.02.2015, processo eletrônico, DJe-44, divulg. 06.03.2015, public. 09.03.2015.

17. STF, AgRE 798241 AgRg, rel. Min. Cármen Lúcia, 2.ª T., j. 01.04.2014, acórdão eletrônico, DJe-073, divulg. 11.04.2014, public. 14.04.2014.

“Direito tributário. ITBI. Fato gerador. Transferência da propriedade. Registro em cartório. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada no STF. Recurso extraordinário que não merece trânsito. Reelaboração da moldura fática. Procedimento vedado na instância extraordinária. Acórdão recorrido publicado em 13.03.2014. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste STF. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido”.¹⁸

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. ITBI. Alcance do art. 150, § 7.º, CF/1988. Matéria não decidida nas instâncias ordinárias. Impossibilidade de apreciação. 1. A matéria atinente ao alcance do art. 150, § 7.º, da CF/1988 não foi objeto de decisão nas instâncias ordinárias. Normas da legislação municipal que não foram analisadas no acórdão recorrido. Impossibilidade de análise, em sede de recurso extraordinário, de questões não decididas na origem, sob pena de supressão de instância. 2. O entendimento da jurisprudência desta Corte é de que o fato gerador do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, mediante o registro competente. 3. Agravo regimental não provido”.¹⁹

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis. ITBI. Momento da ocorrência do fato gerador. Compromisso de compra e venda. Registro do imóvel. 1. Está assente na Corte o entendimento de que o fato gerador do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, ou seja, mediante o registro no cartório competente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido”.²⁰

Na mesma esteira, quando incitado a se manifestar acerca da legalidade de legislação que viesse a estipular fato gerador para momento anterior ao registro do título, o STJ sempre se manifestou no sentido de que o fato gerador do

18. STF, AgRE 839630 AgR, rel. Min. Rosa Weber, 1.ª T., j. 25.11.2014, processo eletrônico, *DJe*-248, divulg. 16.12.2014, public. 17.12.2014.

19. STF, AgRE 765899 AgRg, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª T., j. 11.02.2014, processo eletrônico, *DJe*-053, divulg. 17.03.2014, public. 18.03.2014.

20. STF, AgIn 764432 AgRg, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª T., j. 08.10.2013, acórdão eletrônico, *DJe*-231, divulg. 22.11.2013, public. 25.11.2013.

imposto de transmissão de bens imóveis (art. 35, I, do CTN) ocorre apenas quando do registro junto ao ofício competente (grifamos):

“Tributário. ITBI. Fato gerador. Ocorrência. Registro de transmissão do bem imóvel. 1. O Tribunal a quo foi claro ao dispor que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento. 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. 3. Recurso Especial não provido”.²¹

“Tributário. ITBI. Fato gerador. Ocorrência. Registro de transmissão do bem imóvel. 1. Rechaço a alegada violação do art. 458 do CPC/1973, pois o Tribunal a quo foi claro ao dispor que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento. 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido”.²²

“Tributário. Recurso especial. ITCMD. Doação. Repetição de indébito. Prescrição. Termo inicial. Decisão judicial anulatória do acordo judicial que ensejou o recolhimento. Art. 165, II, do CTN. 1. Recurso especial no qual se discute o termo inicial da prescrição para a ação de repetição de indébito de imposto sobre a transmissão de bem imóvel mediante doação (ITCMD). No presente caso, o contribuinte, em face de acordo de separação judicial, prometeu doar a nu-propriedade de bem imóvel às filhas, e, para isso, recolheu, em 29.12.1998, o imposto de transmissão correspondente. Todavia, em face de ação proposta pela ex-esposa, a aludida promessa de doação foi declarada ineficaz, por decisão transitada em julgado em 08.08.2002 (com consequente registro imobiliário do bem em nome da ex-esposa), o que motivou o recorrente a pedir a repetição de indébito administrativamente em 17.11.2006, a qual foi negada em 30.07.2007, dando ensejo a presente demanda judicial, ajuizada em 15.08.2007. 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante o registro do negócio jurídico junto ao ofício competente. Nesse sentido, acerca

21. STJ, REsp 1236816/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.^a T., j. 15.03.2012, *DJe* 22.03.2012.

22. STJ, AgRg no AgREsp 215.273/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 02.10.2012, *DJe* 15.10.2012.

do ITBI, já decidiu o STJ: REsp 771.781/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2.^a T., DJ 29.06.2007; AgRg no AgRg no REsp 764.808/MG, rel. Min. Luiz Fux, 1.^a T., DJ 12.04.2007. 3. O recolhimento do ITCMD, via de regra, ocorre antes da realização do fato gerador, porquanto o prévio pagamento do imposto é, normalmente, exigido como condição para o registro da transmissão do domínio. Assim, no presente caso, não é possível afirmar que o pagamento antecipado pelo contribuinte, ao tempo de seu recolhimento, foi indevido, porquanto realizado para satisfazer requisito indispensável para o cumprimento da promessa de doação declarada em acordo de separação judicial. 4. Considerando, portanto, que é devido o recolhimento antecipado do ITCMD para fins de consecução do fato gerador, não se mostra possível a aplicação do art. 168, I, do CTN, porquanto esse dispositivo dispõe sobre o direito de ação para reaver tributo não devido. 5. Deve, portanto, na espécie, ser prestigiado o entendimento adotado pelo acórdão a quo, no sentido de que o direito de ação para o contribuinte reaver a exação recolhida nasceu (actio nata) com o trânsito em julgado da decisão judicial do juízo de família (de anulação do acordo de promessa de doação) e o conseqüente registro imobiliário (em nome exclusivo da ex-esposa) que impediram a realização do negócio jurídico prometido, na medida em que, somente a partir desse momento restou configurado o indébito tributário (lato sensu) pelo não aproveitamento do imposto recolhido. Aplica-se, in casu, por analogia, o disposto no art. 168, II, do CTN. 6. Recurso especial não provido”.²³

Posto isso, ante o disposto nos arts. 156, II, da CF/1988, e 35, I, do CTN, o STF e o STJ têm rechaçado todo e qualquer dispositivo de Lei ou regulamento que vise antecipar o recolhimento do ITBI para momento anterior ao fato gerador, qual seja, o registro junto ao Registro de Imóveis competente.

4. DA LEI 7.433/1985

Feitas essas considerações, passemos à análise pontual do disposto no art. 1.^o, § 2.^o, da Lei 7.433/1985, com redação dada pela Lei 13.097/2015, objeto da controvérsia em tela.

Prevê a atual redação de mencionado artigo:

“Art. 1.^o Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados

23. STJ, REsp 1236816/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.^a T., j. 15.03.2012, *DJe* 22.03.2012.

os documentos expressamente determinados nesta Lei. (...) § 2.º O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição”.

O ponto central da discussão está na primeira parte do aludido § 2.º, quando menciona que: “O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos* (...)”.

Isso porque há quem interprete tal dispositivo no sentido de haver imposto aos tabeliães de notas a proibição de lavrar escritura pública referente a imóvel sem exigir *prévia* comprovação do pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis entre vivos.

De outro lado, há aqueles que defendem que o tabelião apenas deverá consignar no ato notarial o comprovante do pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* nas hipóteses em que as partes, por livre e espontânea vontade, tenham optado por antecipar o seu recolhimento.

A nosso ver, acertado o segundo entendimento.

Primeiro, pois conforme demonstrado ao longo deste artigo, toda a sistemática tributária constitucional e legislativa brasileira não admite outra interpretação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 que não a de que se trata de mera faculdade às partes, de modo a facilitar o registro do título junto ao Registro de Imóveis.

Qualquer interpretação destoante significaria entender pela possibilidade de antecipação do fato gerador do imposto de transmissão *inter vivos* para momento anterior à efetiva transmissão (registro do título no Registro de Imóveis), em nítida ofensa à constitucional previsão.

Vale ressaltar que o sistema tributário brasileiro, em especial no que se refere ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis entre vivos, não admite uma interpretação isolada de dispositivos legais, exigindo sempre a sua análise sistemática, do que se extrai a completa teratologia do entendimento pela obrigatoriedade de os Tabeliães de Notas exigirem o prévio recolhimento do ITBI para a lavratura da escritura pública.

Segundo, pois a interpretação pela antecipação do fato gerador para o momento da lavratura da escritura pública ensejaria também ofensa ao direito fundamental à propriedade insculpido no art. 5.º, XXII.²⁴

24. CF/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

GUEDES, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 79-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Vale dizer, não bastasse a flagrante inconstitucionalidade da qual tal interpretação se revestiria por ofensa ao disposto no art. 156, II, da CF/1988, também se estaria tornando requisito obrigatório à aquisição de propriedade o prévio pagamento do imposto, antes mesmo de sua transmissão!

Terceiro, pois estamos diante de norma infraconstitucional (Lei 7.433/1985) que, em hipótese alguma, enseja alteração/revogação da previsão constitucional sobre a matéria, deixando mais uma vez evidente a impossibilidade de alterar o fato gerador previsto no art. 156, II, da CF/1988.

Logo, enquanto vigente o art. 156, II, da CF/1988, é inconstitucional e, portanto, inaplicável qualquer previsão infraconstitucional em sentido contrário.

Quarto, pois, conforme demonstrado, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que o fato gerador do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos ocorre apenas com o registro do título junto ao Registro de Imóveis*.

Nesse aspecto, a propósito, vale ressaltar que não se socorre qualquer alegação no sentido de que tais decisões não teriam mais aplicação já que anteriores à nova redação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985. Isso porque referido entendimento da Suprema Corte tomou por base a previsão constitucional sobre o tema (art. 156, II, da CF/1988) que, como dito, evidentemente não restou alterada pela Lei infraconstitucional.

Ainda que assim não o fosse – *o que se diz somente para argumentar* – o STJ já teve a oportunidade de analisar a matéria após a entrada em vigor da nova redação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985, quando do julgamento do REsp 1504055, em 17.03.2015:

“Tributário. ITBI. Fato gerador. Ocorrência. Registro de transmissão do bem imóvel. 1. O Tribunal *a quo* foi claro ao dispor que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento. 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. 3. Recurso Especial não provido”.²⁵

de do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; (...)”.

25. STJ, REsp 1504055/PB, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 17.03.2015, *DJe* 06.04.2015.

Quinto, pois a alteração promovida em referido art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 se limitou a suprimir a previsão de inserção no ato notarial das certidões de *feitos ajuizados*:

REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI 7.433/1985	REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.097/2015
<p>Art. 1.º Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.</p> <p>§ 2.º O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão <i>inter vivos</i>, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.</p>	<p>Art. 1.º Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.</p> <p>§ 2.º O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão <i>inter vivos</i>, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.</p>

Ora, se o entendimento doutrinário e jurisprudencial sempre foi no sentido de que é inexigível o prévio recolhimento do ITBI como requisito para a lavratura de escritura pública, e se nesse aspecto não houve qualquer alteração na redação do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985, então evidente o completo descabimento de qualquer pretensão de alteração na interpretação.

5. CONCLUSÕES

- a) É inexigível o recolhimento do ITBI antes de ocorrido o seu fato gerador.
- b) Quanto à controvérsia objeto do presente artigo, a CF/1988 prevê, em seu art. 156, II, que o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis entre vivos possui por fato gerador a “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis”.
- c) O art. 116, II, do CTN, por sua vez, prevê que, tratando-se de situação jurídica (como ocorre com o ITBI), o fato gerador da obrigação tributária considera-se ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”.
- d) No que se refere ao ITBI, é o Direito Civil que indica o *aspecto temporal* do fato gerador, visto que comporta os conceitos fundamentais ao seu enten-

dimento, dentre outros, do momento em que ocorre a transmissão de propriedade de bem imóvel (art. 1.245 do CC/2002) e de direitos reais (art. 1.227 do CC/2002).

e) Tanto o art. 1.227 quanto o art. 1.245, ambos do CC/2002, preveem que a “transmissão” apenas ocorre quando do registro do título perante o Ofício de Registro de Imóveis competente, sendo este o momento em que ocorre o fato gerador do ITBI.

f) A jurisprudência do STJ e do STF é pacífica acerca da total impossibilidade de antecipar o fato gerador do ITBI para momento anterior ao do registro do título junto ao Registro de Imóveis.

g) A antecipação do fato gerador para o momento da lavratura da escritura pública ensejaria ofensa ao direito fundamental à propriedade insculpido no art. 5.º, XXII, visto que criaria requisito prévio (pagamento do imposto) à sua aquisição.

Logo, (i) se a obrigação tributária referente ao pagamento do ITBI apenas nasce com a ocorrência do fato gerador; (ii) se os fatos geradores de referido imposto estão previstos na CF/1988, que determina que ocorre apenas com a “transmissão”; (iii) e se a “transmissão” para os fins de ITBI se concretiza em definitivo unicamente com o registro do título junto ao Ofício de Registro de Imóveis competente, então se conclui pela impossibilidade de que qualquer ato infraconstitucional venha a estipular hipótese de exigibilidade do ITBI em momento anterior ao registro do título no Registro de Imóveis – respectivo fato gerador.

Posto isso, conclui-se que o art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 *não impõe* aos tabeliães de notas a obrigatoriedade de exigir que as partes comprovem a prévia quitação do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis para a lavratura de escritura pública.

Qualquer exigência em sentido contrário é flagrantemente inconstitucional e vai contra a sistemática tributária nacional e o entendimento dos Tribunais Superiores.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BARRETO, Aires Fernandino. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em: 10.08.2015.
- _____. Lei 5.172, de 25.10.1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm]. Acesso em: 10.08.2015.
- _____. Lei 7.433, de 18.12.1985. Dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7433.htm]. Acesso em: 01.08.2015.
- _____. Lei 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm]. Acesso em: 10.08.2015.
- _____. Lei 13.097, de 19.01.2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13097.htm]. Acesso em: 01.08.2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. AgIn 764432 AgRg, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a T., j. 08.10.2013, acórdão eletrônico, *DJe* 231, divulg. 22.11.2013, public. 25.11.2013.
- _____. AgRE 765899 AgRg, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a T., j. 11.02.2014, processo eletrônico, *DJe*-053, divulg. 17.03.2014, public. 18.-03.2014.
- _____. AgRE 798241 AgRg, rel. Min. Cármen Lúcia, 2.^a T., j. 01.04.2014, acórdão eletrônico, *DJe*-073, divulg. 11.04.2014, public. 14.04.2014.
- _____. ARE 839630 AgR, rel. Min. Rosa Weber, 1.^a T., j. 25.11.2014, processo eletrônico, *DJe*-248, divulg. 16.12.2014, public. 17.12.2014.
- _____. AgRE 805859 AgRg, rel. Min. Roberto Barroso, 1.^a T., j. 10.02.2015, processo eletrônico, *DJe*-044, divulg. 06.03.2015, public. 09.03.2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgREsp 215.273/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 02.10.2012, *DJe* 15.10.2012.
- _____. REsp 1236816/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.^a T., j. 15.03.2012, *DJe* 22.03.2012.
- _____. REsp 1504055/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.^a T., j. 17.03.2015, *DJe* 06.04.2015.
- GREGÓRIO, Argos. Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. vol. único.

VALLE, Maurício do; FERNANDES, Cintia Estefânia; CUNHA, Carlos Renat. Arts. 35 a 42. In: GRILLO, Fabio Artigas; SILVA, Roque Sérgio D'Andrea Ribeiro da (coord.). *Código Tributário Nacional anotado*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná, 2013. Disponível em: [www.oabpr.org.br/downloads/ctn_v2.pdf]. Acesso em: 13.06.2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis nas operações imobiliárias de cessão de direito real de uso de superfície, de Mariana Lauria Bordin Camargo – *RTrib* 95/183-212, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/1339-1366 (DTR\2010\899);
- Compensação tributária no âmbito federal – Natureza jurídica e materialidade, de Fabrício Costa Resende de Campos – *RTrib* 95/139-156, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 10/629-644 (DTR\2010\902);
- Exigência de taxa como requisito de admissibilidade de impugnação/recurso administrativo tributário, de José Jayme de Macêdo Oliveira – *RTrib* 95/157-168 (DTR\2010\901);
- Mudanças jurisprudenciais e segurança jurídica: análise crítica a partir do caso cofins para sociedades profissionais regulamentadas, de Ariane Patrícia Gonçalves – *RTrib* 95/29-50 (DTR\2010\903); e
- Questões tributárias concernentes à consolidação do etanol no mercado de *commodities*, de Luiz Felipe Monteiro Seixas – *RTrib* 95/169-182 (DTR\2010\900).

LIMITES DA PRERROGATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA NOS CONTRATOS DE MÚTUO COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

*LIMITS TO THE PREROGATIVE OF PURGING OF ARREARS IN LOAN AGREEMENTS
WITH LIEN CLAUSES OF CHATTEL MORTGAGE*

MELHIM NAMED CHALHUB

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Brasileira de Direito Civil e da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. Autor dos livros *Direitos reais* (RT), *Da incorporação imobiliária*, *Negócio fiduciário*, *Alienação fiduciária*, *Incorporação imobiliária e mercado de capitais – Estudos e pareceres* (Editora Renovar), entre outros. Advogado. melhim@chalhubadvogados.com.br

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral; Bancário

RESUMO: O autor trata dos limites da prerrogativa de purgação da mora pelo devedor fiduciante, nos contratos de empréstimo com pacto de alienação fiduciária de bem imóvel em garantia, sob a ótica de recentes decisões do STJ e da inaplicabilidade do art. 34 do Dec.-lei 70/1966 à execução do crédito fiduciário.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação fiduciária – Purgação da mora – Extinção do contrato – Consolidação da propriedade.

ABSTRACT: The author approaches the limits to the prerogative of purging of arrears by the debtor-settlor, in loan agreements with lien clauses of chattel mortgage agreement for a guaranty, from the point of view of the Superior Court of Justice decisions and of the inapplicability of art. 34 of Decree-Law 70/1966 on the enforcement of fiduciary lien.

KEYWORDS: Chattel mortgage – Purging of arrears – Agreement termination – Property consolidation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alienação fiduciária de bem imóvel: caracterização geral. 3. Caracterização e efeitos da não purgação da mora: extinção do contrato e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. 4. O restrito âmbito de incidência do art. 39, II, da Lei 9.514/1997: inaplicabilidade dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966 à execução de crédito fiduciário. 5. Incompatibilidade entre as normas da execução hipotecária e da execução fiduciária. 6. Pagamento da dívida após a consolidação e até a consumação do leilão. 7. O princípio da legalidade. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Recentes decisões do STJ trazem à baila os limites da prerrogativa de purgação da mora pelo devedor fiduciante, nos contratos de empréstimo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem imóvel em garantia.

Trata-se dos acórdãos proferidos nos Recursos Especiais 1.433.031/DF, 1.462.210/RS e 1.518.085/RS, que, em síntese, deferiram a purgação da mora e a continuação do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel mesmo após a expiração do prazo fixado para esse fim pelo § 1.º do art. 26 da Lei 9.514/1997 e consolidada a propriedade em nome do fiduciário nos termos do § 7.º do mesmo art. 26, sob fundamento de que (i) a Lei 9.514/1997 não estabelece data-limite para purgação da mora, daí por que deve ser aplicada subsidiariamente às execuções do crédito fiduciário a regra da execução hipotecária de que trata o art. 34 do mencionado Dec.-lei 70/1966, que faculta ao devedor hipotecário purgar a mora até a data da assinatura do auto de arrematação; (ii) o contrato não se extingue por força da consolidação; e (iii) a consolidação não importa em incorporação do imóvel no patrimônio do credor fiduciário.¹

1. REsp 1.433.031/DF: “Habitacional. Sistema Financeiro Imobiliário. Purgação da mora. Data-limite. Assinatura do auto de arrematação. Dispositivos legais analisados: arts. 26, § 1.º, e 39, II, da Lei 9.514/1997; 34 do Dec.-lei 70/1966; e 620 do CPC. 1. Ação ajuizada em 01.06.2011. Recurso especial concluso ao gabinete da relatora em 07.02.2014. 2. Recurso especial em que se discute até que momento o mutuário pode efetuar a purgação da mora nos financiamentos vinculados ao Sistema Financeiro Imobiliário. 3. Constitui regra basilar de hermenêutica jurídica que, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, sobretudo quando resultar em exegese que limita o exercício de direitos, se postando contrariamente ao espírito da própria norma interpretada. 4. Havendo previsão legal de aplicação do art. 34 do Dec.-lei 70/1966 à Lei 9.514/1997 e não dispondo esta sobre a data-limite para purgação da mora do mutuário, conclui-se pela incidência irrestrita daquele dispositivo legal aos contratos celebrados com base na Lei 9.514/1997, admitindo-se a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação. 5. Como a Lei 9.514/1997 promove o financiamento imobiliário, ou seja, objetiva a consecução do direito social e constitucional à moradia, a interpretação que melhor reflete o espírito da norma é aquela que, sem impor prejuízo à satisfação do crédito do agente financeiro, maximiza as chances de o imóvel permanecer com o mutuário, em respeito, inclusive, ao princípio da menor onerosidade contido no art. 620 do CPC, que assegura seja a execução realizada pelo modo menos gravoso ao devedor. 6. Considerando que a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o

CHALHUB, Melhim Namem. Limites da prerrogativa de purgação da mora nos contratos de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 101-124. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

A questão suscitada reclama atenção para a natureza jurídica da propriedade resolúvel com função de garantia, com ênfase para os efeitos da não implementação da condição, quais sejam, a extinção do contrato ao qual está atrelada a garantia fiduciária, a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário e o leilão do imóvel.

Em relação à inexistência de previsão legal para a data-limite para a purgação da mora (REsp 1.433.031/DF) permitimo-nos remeter ao § 1.º do art. 26 da Lei 9.514/1997, que fixa prazo para purgação da mora em 15 dias a contar da notificação do devedor fiduciante, não havendo lacuna que pudesse justificar o recurso à aplicação subsidiária do art. 34 do Dec.-lei 70/1966.

imóvel financiado, cumprindo, assim, com os desígnios e anseios não apenas da Lei 9.514/1997, mas do nosso ordenamento jurídico como um todo, em especial da Constituição Federal”.

REsp 1.462.210/RS: “No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. 3. Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental”.

REsp 1.518.085/RS: “Recurso Especial. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Lei 9.514/1997. Quitação do débito após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Possibilidade. Aplicação subsidiária do Dec.-lei 70/1966. Proteção do devedor. Abuso de direito. Exercício em manifesto descompasso com a finalidade. 1. É possível a quitação de débito decorrente de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei 9.514/1997), após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Precedentes. 2. No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. 3. A garantia do direito de quitação do débito antes da assinatura do auto de arrematação protege o devedor da onerosidade do meio executivo e garante ao credor a realização de sua legítima expectativa – recebimento do débito contratado. 4. Todavia, caracterizada a utilização abusiva do direito, diante da utilização da inadimplência contratual de forma consciente para ao final cumprir o contrato por forma diversa daquela contratada, frustrando intencionalmente as expectativas do agente financeiro contratante e do terceiro de boa-fé, que arrematou o imóvel, afasta-se a incidência dos dispositivos legais mencionados. 5. A propositura de ação de consignação, sem prévia recusa do recebimento, inviabilizou o oportuno conhecimento da pretensão de pagamento pelo credor, ensejando o prosseguimento da alienação do imóvel ao arrematante de boa-fé”.

Quanto ao fundamento dos demais acórdãos, isto é “o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação” (REsp 1.518.085/RS), permitimo-nos ponderar, *data venia*, que, sendo a propriedade fiduciária em garantia um direito real acessório do contrato de financiamento, a reversão da propriedade ao devedor fiduciante ou sua consolidação no credor fiduciário é consequência natural da extinção do contrato de financiamento por inadimplemento da obrigação garantida.

É nesse sentido que a Lei 9.514/1997 dispõe que, uma vez implementada a condição (resgate do financiamento), extingue-se o contrato e reverte-se a propriedade plena ao fiduciante (art. 25) ou, não implementada (não purgação da mora), extingue-se o contrato e consolida-se em nome do fiduciário (§ 7.º do art. 26).

Quanto ao fundamento do REsp 1.462.210/RS (“considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio”), importa registrar que o § 7.º do art. 26 da Lei 9.514/1997 qualifica a consolidação da propriedade como ato de incorporação do imóvel ao patrimônio do fiduciário, e é exatamente por isso que esse mesmo dispositivo legal exige o recolhimento do Imposto de Transmissão *Inter Vivos* – ITBI como um dos requisitos para a averbação da consolidação no Registro de Imóveis.

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL: CARACTERIZAÇÃO GERAL

Como é de conhecimento corrente, a alienação fiduciária em garantia é contrato pelo qual o devedor (ou terceiro prestador da garantia) transmite ao credor a propriedade resolúvel de determinado bem, com escopo de garantia, sem proceder à entrega; por efeito desse contrato, atribui-se ao credor a propriedade resolúvel do bem e ao fiduciante o direito real de aquisição sob condição suspensiva, condição esta representada pelo pagamento da dívida garantida (art. 22 da Lei 9.514/1997 e arts. 1.361 e 1.368-B do CC/2002).

Vindo a ser implementada a condição, pelo adimplemento, extingue-se a propriedade resolúvel e se reincorpora a propriedade plena automaticamente no patrimônio do devedor (art. 25); ao contrário, se falha a condição, extingue-se o direito aquisitivo do fiduciante e consolida-se a propriedade plena no patrimônio do credor (art. 26); para liquidação do crédito, o credor, então como proprietário pleno do bem, deve promover sua venda para pagar-se, admitido o pagamento mediante dação do direito eventual do fiduciante (art. 27).

No que interessa à questão ora apreciada, merecem atenção os arts. 26 e 27 e seus parágrafos, que dispõem sobre (i) os efeitos da mora, com o convalidamento do contrato, se purgada; (ii) a extinção do contrato com a consequente incorporação da propriedade ao patrimônio do credor, se não purgada; e (iii) o procedimento de leilão e de liquidação do crédito nos 30 dias que se seguirem à averbação da consolidação da propriedade no Registro de Imóveis.

Dispõe o *caput* do art. 26 que “vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário”.

Os parágrafos do art. 26 explicitam a sequência dos atos que caracterizam o inadimplemento, decorrente da mora não purgada, e a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário.

O § 2.º do art. 26 determina que seja estipulado no contrato, em favor do devedor fiduciante, um prazo de tolerância, que a lei denomina “carência”, correspondente ao intervalo entre a data do vencimento da prestação não paga e a do requerimento dirigido pelo credor fiduciário ao oficial do Registro de Imóveis da localidade do imóvel, para que proceda à notificação do devedor, abrindo-lhe prazo para purgação da mora.

Os §§ 1.º e 5.º do art. 26 dispõem que, após o decurso do prazo de carência, o fiduciante será notificado para purgação da mora, que, se efetivada, importará no convalidamento do contrato.

Expirado o prazo de carência, o credor protocoliza no Registro de Imóveis o requerimento de notificação pela qual “o fiduciante (...), será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento (...)”.²

A purgação da mora no prazo de 15 dias, fixado no § 1º do art. 26, faz convalidar o contrato, que retoma seu curso normal.

2. Lei 9.514/1997: “Art. 26. (...) § 1.º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 (quinze) dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação”.

Já a não purgação nesse prazo caracteriza o inadimplemento, com a consequente extinção do contrato e a consolidação da propriedade no patrimônio do credor.

Dispõe o § 7.º do art. 26 que decorrido o prazo de 15 dias sem a purgação da mora, o oficial do Registro de Imóveis certificará esse fato e promoverá a averbação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, na matrícula do imóvel.³

Apesar de, em regra, a consolidação da propriedade facultar a livre disposição do bem àquele em favor de quem se deu a resolução, mas considerando que se trata de direito real de garantia, a Lei 9.514/1997 determina a realização de leilão para venda do imóvel visando levantar os recursos necessários à liquidação do crédito em dinheiro; o antigo fiduciário somente terá a livre disposição do bem se, no leilão, não houver licitante ou se a oferta for inferior ao valor do saldo devedor; é admitida a dação do direito eventual do fiduciante em pagamento da dívida (que, obviamente, só é legalmente admissível antes da consolidação), hipótese em que a lei dispensa a realização do leilão (§ 8.º do art. 26).

De acordo com o art. 27 e seus parágrafos, a oferta pública para venda do bem deve ser feita nos 30 dias que se seguirem à consolidação.⁴

Nos cinco dias após a realização do leilão o credor deverá entregar ao devedor a quantia que sobejar.

A lei exonera o devedor da obrigação de pagar a quantia que faltar para complemento do pagamento, caso não se alcance no leilão pelo menos o valor do crédito em execução, obrigando o credor a dar quitação (§§ 4.º e 5.º do art. 27).⁵

3. Lei 9.514/1997: “Art. 26. (...) § 7.º Decorrido o prazo de que trata o § 1.º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do *laudêmio*”.

4. Lei 9.514/1997: “Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel”.

5. Lei 9.514/1997: “Art. 27. (...) § 4.º Nos 5 (cinco) dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2.º e 3.º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte

3. CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS DA NÃO PURGAÇÃO DA MORA: EXTINÇÃO DO CONTRATO E CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO

A despeito da aplicação da regra *dies interpellat pro homine* aos contratos de financiamento em geral, nos quais são fixados o valor e o vencimento da obrigação (art. 397 do CC/2002) e da resolução de pleno direito nos contratos de que conste cláusula resolutiva expressa (art. 474 do CC/2002), há certas espécies de contrato para cuja resolução a lei exige interpelação do devedor, ainda que se trate de mora *ex re*.

É o caso da promessa de venda de imóveis loteados, em relação à qual o art. 32, § 2.º, da Lei 6.766/1979 faculta ao promitente comprador a purgação da mora, ainda que tenha sido estipulada cláusula resolutiva expressa.

Nesses contratos, incidindo o promitente comprador em mora, o promitente vendedor deve notificá-lo, abrindo prazo para a purgação; não purgada a mora no prazo da notificação, o oficial do Registro de Imóveis competente promove o cancelamento do compromisso de compra e venda, mediante averbação na matrícula do imóvel, que repõe a propriedade plena no patrimônio do promitente vendedor, que então terá novamente a livre disposição do imóvel.⁶

Uma vez resolvida a promessa e averbado o cancelamento,

“(...) pode o credor praticar os atos convenientes à defesa dos seus interesses, como o cancelamento da averbação do contrato no Registro de Imóveis, em se tratando de parcelamento do solo urbano (art. 32 da Lei 6.766/1979), sub-rogação do credor nos direitos do inadimplente comprador (art. 42 da Lei 4.591/1964), transferência para terceiro dos direitos decorrentes do contrato

final do art. 516 do Código Civil. § 5.º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.º”.

6. A eficácia da cláusula resolutiva expressa nas promessas de imóveis não loteados veio a ser reforçada pelo art. 62 da Lei 13.097/2015, que deu nova redação ao art. 1.º do Dec.-lei 745/1969 e a ele acrescentou um parágrafo, segundo o qual a não purgação da mora no prazo fixado na interpelação opera a resolução do contrato de pleno direito, caso tenha sido convencionada a cláusula resolutiva expressa. Dec.-lei 745/1969: “Art. 1.º (...). Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do CC), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no *caput*, sem purga da mora”.

CHALHUB, Melhim Namem. Limites da prerrogativa de purgação da mora nos contratos de mútuo com pacto adjecto de alienação fiduciária. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 101-124. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

em que o inadimplente figurava como comprador de unidade imobiliária (Lei 4.864/1965, de 29.11.1965) ou reintegração de posse”.⁷

Procedimento similar, *mutatis mutandis*, foi adotado para a resolução do contrato de financiamento com garantia fiduciária imobiliária e consequente consolidação da propriedade em nome do fiduciário: extingue-se o contrato por força da não purgação da mora mediante procedimento realizado no Registro de Imóveis, com a consequente consolidação da propriedade em nome do credor.

Neste caso, os efeitos da mora são mitigados pela Lei 9.514/1997, mediante exigência de observância, pelo credor, de um prazo de tolerância antes de iniciar o procedimento, somente sendo admitido o requerimento de notificação, dirigido ao oficial do Registro de Imóveis, depois de expirado esse prazo de carência; ademais, a não purgação da mora deve ser certificada pelo oficial do Registro de Imóveis, efetivando-se a averbação da consolidação somente após requerimento do credor instruído com a certidão expedida pelo oficial.⁸

A certidão do oficial do Registro de Imóveis, que atesta a não purgação da mora, caracteriza o inadimplemento, “que gera a ruptura das avenças e conduz à consolidação registrária da propriedade com o credor”, como anotam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe:

“Purgada a mora, produz-se o convalescimento do contrato; mora não purgada, ou purgada insuficientemente, equivale ao *status* de inadimplemento contratual caracterizado e irremediável, que gera a ruptura das avenças e conduz à *consolidação* registrária da propriedade com o credor, por escolha e iniciativa deste, se recolher o imposto de transmissão *inter vivos*, para fins de excussão subsequente através de leilões públicos. (...); não remediado a tempo e modo de alcançar o convalescimento de que fala o § 5º, caracteriza-se o *inadimplemento* do devedor *ope legis*, na via cartorária, o

7. AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Resolução*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 190.

8. Ressalve-se que, apesar de a Lei 9.514/1997 ter adotado procedimento similar ao da abertura de prazo para purgação da mora, extinção do contrato e cancelamento do registro da promessa de venda, no contexto da atividade de parcelamento do solo urbano, não confundem a estrutura e função do compromisso de compra e venda, de que trata a Lei 6.766/1979, com a estrutura e função da alienação fiduciária – aquele um contrato autônomo, preliminar, cujo objeto é a transmissão da propriedade, enquanto a alienação fiduciária é contrato acessório, de garantia, que apenas vincula um bem ao cumprimento de uma obrigação.

que leva à falência total da relação jurídica contratual (§ 7.º)” (destaques dos autores).⁹

A “ruptura das avenças” nada mais é do que a extinção do contrato, que desfaz o vínculo obrigacional que existia entre as partes, e o efeito natural desse desenlace é a consolidação da propriedade em nome do fiduciário e sua legitimação para a ação de reintegração de posse (a inicial deve ser instruída com a certidão da matrícula do imóvel na qual conste o registro da propriedade em seu nome – art. 30).

Assim, tal qual na promessa de compra e venda, em que o cancelamento se opera porque “a resolução já existia e está produzindo efeitos”, na alienação fiduciária de bem imóvel a extinção do contrato já se encontrava consumada quando da certificação da não purgação da mora no prazo da notificação, operando-se em consequência a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário, como observam esses mesmos autores:

“É o ato de constituição em mora (que se perfaz no momento em que o devedor recebe a intimação cartorária para pagar) que abre a via solene para consolidação da propriedade com o credor; mas só o superveniente inadimplemento, que se caracteriza quando não ocorre a purgação da mora pelo modo e prazo indicados nos §§ 1.º e 7.º do art. 26, é que autoriza, por iniciativa do credor, recolhido antes o ITBI, a deflagração do procedimento registrário consolidatório da transferência, através da averbação, na matrícula do imóvel, da propriedade em nome do fiduciário. E trata-se mesmo de inadimplemento, *ex vi legis*, e não mais de mora, por incompatibilidade jurídica, já que não será mais cabível ao devedor satisfazer o crédito para convalhecimento do contrato resolvido depois de exauridas pelo oficial as providências específicas indicadas no § 7.º do art. 26”.¹⁰

Uma vez desfeito o vínculo obrigacional e, ainda, o vínculo real que conferia direito aquisitivo ao fiduciante, e, por consequência, incorporada a propriedade do imóvel no patrimônio do credor, a eventual pretensão do devedor fiduciante de dar continuidade ao contrato extinto, mediante purgação da mora extemporaneamente, caracterizaria verdadeira aberração jurídica, pois, como observa Francisco Eduardo Loureiro, a partir do desfazimento do vínculo “não mais poderá o devedor fiduciante pagar as parcelas em atraso”, sendo esse o efeito natural da falha da condição resolutiva:

9. RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 162.

10. *Idem*, p. 164-165.

“O CC não menciona a necessidade de notificar o devedor fiduciante para comprovar ou constituir a mora, ao contrário do que dispõe o art. 2.º, § 2.º, do Dec.-lei 911/1969 (...). Parece claro que, no regime do CC, se a obrigação é positiva, líquida e a termo, a mora é *ex re*, incidindo a regra *dies interpellat pro homine*. A notificação, porém, em que pese o silêncio do CC e a não aplicação das regras do Dec.-lei 911/1969, é indispensável para converter a mora em inadimplemento absoluto, marcando não mais ter o credor fiduciário interesse ou utilidade no recebimento da prestação. *Mais ainda, o inadimplemento absoluto marcará o momento a partir do qual não mais poderá o devedor fiduciante pagar as parcelas em atraso e, portanto, cumprir a condição resolutiva da propriedade fiduciária, que, então, tornar-se-á plena nas mãos do credor*”.¹¹

São esses, em suma, os efeitos definidos por lei para a não purgação da mora no prazo da notificação fixado no § 1º do art. 26: extingue-se o contrato e perece o direito aquisitivo do fiduciante, incorporando-se a propriedade no patrimônio do fiduciário (§ 7.º do art. 26).

4. O RESTRITO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ART. 39, II, DA LEI 9.514/1997: INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 29 A 41 DO DEC.-LEI 70/1966 À EXECUÇÃO DE CRÉDITO FIDUCIÁRIO

As disposições da Lei 9.514/1997 examinadas no tópico anterior definem o momento a partir do qual não é mais admitida a recomposição do curso normal do contrato, pois contrato não há mais, por efeito da não purgação de mora, que, como vimos, opera de pleno direito a ruptura da avença e a consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

A exegese do art. 39 da Lei 9.514/1997 recomenda breve nota sobre a *ratio* dessa lei, que dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel.

A formulação do projeto que veio a ser convertido nessa lei resulta de diagnóstico elaborado por duas Comissões Parlamentares de Inquérito do Congresso Nacional desenvolvidas no início dos anos 1990, que identificaram as principais causas da debacle do sistema financeiro da habitação (SFH) e da extinção do Banco Nacional da Habitação (BNH) em 1986, entre elas (i) a inadequação do direcionamento dos recursos, já que se colocavam

11. LOUREIRO, Francisco Eduardo et alii. *Código Civil comentado*. 9. ed. Coord. Min. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2015. p. 1324, comentário ao art. 1.363.

numa mesma massa os recursos dos depósitos compulsórios do FGTS e das contas de poupança; (ii) a morosidade da recuperação de créditos, que dificultava a realimentação financeira do sistema e acabou por desestimular novos investimentos no setor, a ponto de quase desaparecer o mercado de financiamento imobiliário; e (iii) a excessiva interferência do Estado nas relações contratuais.

Esse diagnóstico evidenciou a necessidade de separação entre o sistema de financiamento habitacional, para o qual sejam direcionados recursos subsidiados e de custo mais baixo do que os da captação no mercado, e as operações de financiamento contratadas com taxas compatíveis com os custos de captação de mercado.

A partir desses pressupostos, a Lei 9.514/1997 instituiu normas de estímulo para desenvolvimento, no mercado, de um segmento em que sejam operadas a captação de recursos e sua aplicação mediante livre negociação, ao qual atribuiu a denominação “sistema de financiamento imobiliário” (SFI), diferentemente do segmento em que atua o sistema financeiro da habitação (SFH), cujas operações sujeitam-se a regulamentação.

Para distinguir as operações do SFH das operações do SFI, o art. 39 da Lei 9.514, no seu inc.I, exclui os financiamentos desse novo sistema do campo de incidência da Lei 4.380/1964 e das demais normas do SFH.

Já o inc. II do art. 39 faculta aos titulares de créditos hipotecários constituídos segundo condições de mercado, no SFI, a execução mediante procedimento extrajudicial, definido pelos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966, nestes termos:

“Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

I – não se aplicam as disposições da Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH;

II – aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966”.

A aplicação dos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966 às operações de financiamento imobiliário em geral, prevista no art. 39, II, da Lei 9.514/1997 é justificada porque até o advento da Lei 9.514/1997 só podiam ser executados extrajudicialmente créditos hipotecários que atendessem aos requisitos das operações do SFH, entre eles o limite de taxas de juros, os índices de correção monetária etc., e fossem representados por Cédulas Hipotecárias. Além disso, só eram legitimadas a esse procedimento as entidades do sistema financeiro da

habitação (SFH), as instituições financeiras e as companhias de seguro (Dec.-lei 70/1966, arts. 9.º e 10).¹²

Dado esse restrito campo de aplicação, os créditos hipotecários que viessem a ser constituídos mediante livre negociação no mercado, como previsto na Lei 9.514/1997, não poderiam ser executados extrajudicialmente.

É para afastar esse obstáculo que o art. 39, II, da Lei 9.514/1997 permite a aplicação do procedimento extrajudicial instituído pelos arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70/1966 para execução de créditos hipotecários oriundos de “operações de financiamento imobiliário em geral”.

A despeito de a aplicação dessas normas procedimentais se restringir à execução extrajudicial de *crédito hipotecário*, os acórdãos objeto da consulta a entenderam a execuções de crédito fiduciário, deferindo ao devedor fiduciante a prerrogativa de purgar a mora após a consolidação da propriedade e antes da consumação do leilão, mediante aplicação do art. 34 do Dec.-lei 70/1966, que permite ao devedor hipotecante, “até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito (...)”.¹³

12. Dec.-lei 70/1966: “Art. 9.º Os contratos de empréstimo com garantia hipotecária, com exceção das que consubstanciam operações de crédito rural, poderão prever o reajustamento das respectivas prestações de amortização e juros com a conseqüente correção monetária da dívida. § 1.º Nas hipotecas não vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, a correção monetária da dívida obedecerá ao que for disposto para o Sistema Financeiro da Habitação. § 2.º A menção a Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional nas operações mencionadas no § 2.º do artigo 1.º do Decreto-lei 19, de 30 de agosto de 1966, e neste Decreto-lei entende-se como equivalente a menção de Unidades-padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação e o valor destas será sempre corrigido monetariamente durante a vigência do contrato, segundo os critérios do art. 7.º, 1.º, da Lei 4.357/1964. § 3.º A cláusula de correção monetária utilizável nas operações do Sistema Financeiro da Habitação poderá ser aplicada em todas as operações mencionadas no § 2.º do art. 1.º do Decreto-lei 19, de 30.08.1966, que vierem a ser pactuadas por pessoas não integrantes daquele Sistema, desde que os atos jurídicos se refiram a operações imobiliárias. Art. 10. É instituída a cédula hipotecária para hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil para a representação dos respectivos créditos hipotecários, a qual poderá ser emitida pelo credor hipotecário nos casos de: I – operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação; II – hipotecas de que sejam credores instituições financeiras em geral, e companhias de seguro; III – hipotecas entre outras partes, desde que a cédula hipotecária seja originariamente emitida em favor das pessoas jurídicas a que se refere o inciso II supra”.

13. Dec.-lei 70/1966: “Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o art. 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos”.

Fundamentam-se esses acórdãos em que a Lei 9.514/1997 teria se omitido quanto ao prazo para purgação e em que o contrato de mútuo não se extingue por força da consolidação da propriedade, mas, sim, pela realização do leilão.¹⁴

Do exame da Lei 9.514/1997, entretanto, constata-se que, ao definir os requisitos de formação, execução e extinção do contrato de alienação fiduciária, suas disposições tratam da extinção natural do contrato (quando paga a dívida), fixam a data-limite para purgação da mora, determinam a incorporação do imóvel ao patrimônio do credor fiduciário imediatamente após a certificação, pelo oficial do Registro de Imóveis, da não purgação da mora e legitimam o fiduciário para a ação de reintegração da posse, à vista da prova da extinção do contrato e da consequente consolidação da propriedade (arts. 25, 26, 27 e 30).¹⁵

14. REsp 1.433.031/DF: (...) não dispondo esta [Lei 9.514] sobre a data-limite para purgação da mora do mutuário, conclui-se pela incidência irrestrita daquele dispositivo legal [art. 34 do Dec.-lei 70/1966] aos contratos celebrados com base na Lei 9.514/1997, admitindo-se a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação”.

REsp 1.462.210/RS: “(...) considerando que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário (...), a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental”.

REsp 1.518.085/RS: “(...) no âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão (...)”.

15. “Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1.º No prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2.º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária”.

(...).

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1.º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 (quinze) dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais,

A reversão da propriedade ao fiduciante (art. 25) ou sua consolidação no patrimônio do fiduciário (§ 7.º do art. 26) resultam, ambas, da extinção do contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária.

Não se pode cogitar da reversão da propriedade ao patrimônio do fiduciante ou sua consolidação no do fiduciário sem que, antes, tenha sido extinto o contrato, e assim o exige a Lei 9.514/1997, seja porque esse é o efeito natural da propriedade sob condição resolutiva, seja porque essa propriedade sob condição é direito acessório do contrato principal, que, na hipótese sob exame, é de financiamento. Tanto para a reversão como para a consolidação a lei exige prova documental da extinção do contrato.

O “termo de quitação” é a prova exigida pelos §§ 1.º e 2.º do art. 25 para a extinção do contrato de financiamento, resultante do implemento da condição, e a consequente reversão da propriedade ao devedor fiduciante, formalizada mediante averbação do cancelamento da propriedade fiduciária, ato que restaura a situação proprietária anterior, isto é, a propriedade plena em nome do antigo devedor fiduciante.

Do mesmo modo, a certidão de não purgação da mora emitida pelo oficial do Registro de Imóveis é o requisito exigido pelo § 7.º do art. 26 para a extinção do contrato por inadimplemento e consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário.

Assim, na dinâmica da propriedade fiduciária em garantia, o pagamento corresponde ao implemento da condição, que opera a imediata e automática extinção do contrato e a reversão da propriedade ao devedor fiduciante (art. 25, §§ 1.º e 2.º, da Lei 9.514/1997); a não purgação da mora corresponde à falha da condi-

inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2.º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.
(...)

§ 7.º Decorrido o prazo de que trata o § 1.º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do *laudêmio*.”

(...).

“Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1.º e 2.º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em 60 (sessenta) dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.”

ção, que, em sentido oposto, opera a imediata e automática extinção do contrato e a consolidação da propriedade no patrimônio do credor (art. 26, § 7.º).

Ao determinar a incorporação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário, mediante averbação da consolidação, o § 7.º do art. 26 nada mais faz do que traduzir, no texto legal, o efeito natural da condição a que está subordinada a propriedade resolúvel, isto é, a automática extinção do contrato à vista do implemento da condição ou da falha da implementação e a consequente reversão ou consolidação da propriedade.¹⁶

Quanto à data-limite para purgação da mora, referida em um dos acórdãos, o § 1º do art. 26 é explícito ao fixar o prazo de 15 dias contados do recebimento da notificação, não se justificando o recurso à aplicação subsidiária do art. 34 do Dec.-lei 70/1966 não só por inexistir lacuna na Lei 9.514, mas, também, por incompatibilidade entre as normas de execução hipotecária e fiduciária, da qual tratamos adiante.

Aspecto relevante, abordado em dois dos acórdãos aqui considerados, diz respeito à incorporação do imóvel ao patrimônio do credor fiduciário, resultante da extinção do contrato.

O § 7.º do art. 26 determina imperativamente que, não purgada a mora, “o oficial do Registro (...), *promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação (...)*”, e estabelece como requisito a juntada do comprovante do pagamento do ITBI.

A par de a averbação aí prevista expressar simplesmente o efeito natural do não implemento da condição resolutiva, a parte final do § 7.º também não deixa dúvida alguma quanto ao efeito transmissivo da consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciário, ao estabelecer como requisito para a averbação desse ato o pagamento do ITBI.

Ora, o pagamento do ITBI é exigível em razão da *transmissão da propriedade*; esse é o fato gerador do ITBI, e a lei exige seu pagamento exatamente porque a consolidação opera a transmissão da propriedade ao credor.

Outro aspecto relevante é a acessoriedade da propriedade fiduciária em relação ao contrato de mútuo ou de financiamento, que, também, a torna extinta por efeito da extinção do contrato ao qual serve de garantia.

Com efeito, a par de a reversão ou a consolidação da propriedade resultar da implementação ou não implementação da condição, na relação fiduciária em

16. Tratamos especificamente da matéria em nosso *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 246 e ss.

garantia esses atos são inerentes à acessoriedade da propriedade fiduciária em garantia, que, por não ter autonomia, segue a sorte do direito principal, que, no caso, é o contrato de mútuo.

Assim, extingue-se a propriedade fiduciária (direito acessório) porque, antes, extinguiu-se o contrato de financiamento (direito principal).

É coerentemente com a natureza da propriedade resolúvel e com o princípio da acessoriedade, próprio dos direitos reais de garantia, que o § 7.º do art. 26 da Lei 9.514/1997 determina imperativamente que “decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação (...) o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação (...) da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (...)” (grifamos).

Ou seja: extinto o contrato (por efeito da não purgação da mora), opera-se de pleno direito a consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

Mas não é só.

O art. 30 da Lei 9.514/1997 também confirma que a extinção do contrato é pressuposto necessário da consolidação, ao definir como requisito para a propositura da ação de reintegração de posse, pelo antigo fiduciário, a prova da averbação da consolidação, e assim dispõe partindo do pressuposto de que a frustração da condição (não purgação da mora) retira o suporte contratual que sustenta a posse do antigo fiduciante e, em consequência, a torna injusta.¹⁷

A perda do suporte contratual – resultante da extinção do contrato –, no qual se ancorava a posse do fiduciante, já foi reconhecida pela jurisprudência do STJ como fato que legitima o antigo fiduciário à reintegração, pois “a resolução do contrato no qual ela [posse] encontra fundamento torna-a ilegítima”.¹⁸

17. Lei 9.514/1997: “Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1.º e 2.º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em 60 (sessenta) dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome”.

18. “Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel. 3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel” (STJ, REsp 1155716/DF, 3.ª Turma, j. 13.03.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22.03.2012).

5. INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS NORMAS DA EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA E DA EXECUÇÃO FIDUCIÁRIA

A par da inexistência de lacuna que pudesse justificar a aplicação do Dec.-lei 70/1966 ao procedimento de execução fiduciária e da incorporação do imóvel ao patrimônio do credor fiduciário por efeito da extinção do contrato em decorrência de inadimplemento, a incompatibilidade entre essas normas afasta a aplicação à execução fiduciária da norma da execução hipotecária que admite a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação.

É que, embora a propriedade fiduciária e a hipoteca exerçam função de garantia real, a configuração de cada uma delas é marcada por peculiaridades que as distinguem, tornando-as inconfundíveis e insuscetíveis de se submeterem às mesmas regras de realização da garantia.

Com efeito, enquanto, ao constituir a propriedade fiduciária, o devedor se demite do direito de propriedade e a transmite ao credor fiduciário, ao constituir a garantia hipotecária o devedor apenas onera o imóvel, mas conserva-o em seu patrimônio.

Disso resultam importantes consequências, dentre as quais destacamos:

a) o imóvel hipotecado pode ser objeto de novas hipotecas, em graus sucessivos, mas o imóvel alienado fiduciariamente não pode ser objeto de “novas alienações fiduciárias” porque, não sendo mais titular do domínio, o fiduciante não tem mais o que alienar, nem plenamente, nem fiduciariamente;

b) o crédito e a respectiva propriedade fiduciária em garantia não são atingidos pela insolvência do devedor (Lei 11.101/2005, arts. 49, § 3.º, e 119, IX), diferentemente do crédito hipotecário, pignoratício ou anticrético, que concorre com os demais, sendo o bem objeto da garantia arrecadado ao ativo da massa porque integra o patrimônio do devedor;

c) na execução fiduciária, expropria-se bem do próprio credor (porque, não purgada a mora, consolida-se no patrimônio do credor a propriedade do imóvel que será ofertado em leilão), enquanto na realização das demais garantias reais expropria-se bem integrante do patrimônio do devedor; e

d) na execução hipotecária o executado pode, até a adjudicação ou alienação forçada, preservar sua propriedade mediante remição, liberando-a do gravame, mediante pagamento da integralidade do débito, mas a execução fiduciária não comporta remição porque o direito real do antigo fiduciante perece logo após certificada a não purgação da mora, isto é, antes do início do procedimento de realização da garantia, daí por que no momento imediatamente anterior ao leilão, na execução fiduciária, não há no patrimônio do antigo fiduciante direito real sobre o imóvel a ser protegido por remição.

As distorções decorrentes da aplicação de normas da execução hipotecária em processo de execução fiduciária chegaram a ser objeto de atenção no voto do relator do REsp 1.462.210/RS, nestes termos:

“(...) os prejuízos advindos com a posterior purgação da mora são suportados exclusivamente pelo devedor fiduciante, que arcará com todas as despesas referentes à ‘nova’ transmissão da propriedade e também com os gastos despendidos pelo fiduciário com a consolidação da propriedade (ITBI, custas cartorárias etc.)”.

É que, considerando que o contrato se extingue antes do início do procedimento de realização da garantia, não há mais oportunidade de purgação da mora mediante pagamento das parcelas vencidas por ocasião da notificação a que se refere o § 1.º do art. 26 da Lei 9.514/1997, devendo o antigo fiduciante, se pretender restaurar seu direito de propriedade, readquiri-la mediante pagamento da integralidade do saldo devedor, acessórios e despesas de reembolso do ITBI etc.

Para essa hipótese, e levando em conta que o § 2.º do art. 27 obriga o antigo fiduciário a vender o imóvel para quem quer que ofereça no segundo leilão quantia correspondente ao saldo devedor, acrescidos e despesas, nada impede que o antigo fiduciante pague essa quantia para readquirir o imóvel.

6. PAGAMENTO DA DÍVIDA APÓS A CONSOLIDAÇÃO E ATÉ A CONSUMAÇÃO DO LEILÃO

Não se admite a purgação da mora após a expiração do prazo fixado no § 1º do art. 26 e a averbação da consolidação, porque a função da purgação é evitar a resolução do contrato e a partir desse momento o contrato já terá sido resolvido.

Nada impede, entretanto, que o antigo fiduciante e o antigo fiduciário celebrem negócio jurídico de compra e venda do imóvel por preço equivalente à integralidade do saldo devedor, acrescido dos encargos e das despesas de recolhimento do ITBI, emolumentos de averbação da consolidação etc. Essa possibilidade de aquisição encontra fundamento no § 2.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, que obriga o antigo fiduciário a vender o imóvel a quem quer que venha a ofertar esse valor no segundo leilão.¹⁹

19. Lei 9.514/1997: “Art. 27. (...) No segundo leilão será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais”.

A venda assim convencionada pode produzir efeito econômico-financeiro semelhante ao da remição (arts. 651 do CPC/1973 e 826 do CPC/2015), e talvez essa circunstância tenha justificado a decisão proferida no REsp 1.433.031/DF, pois neste caso o devedor ofereceu o valor integral do saldo devedor, e não apenas o das parcelas vencidas, como deflui do seguinte trecho do voto da relatora, Min. Nancy Andrighi:

“Considerando que a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997, sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o imóvel financiado” (REsp 1.433.031/DF).

É, também, o que se pode inferir da fundamentação do acórdão proferido no REsp 1.462.210/RS, segundo o qual o antigo fiduciante, “arcará com todas as despesas referentes à ‘nova’ transmissão da propriedade e também com os gastos despendidos pelo fiduciário com a consolidação da propriedade (ITBI, custas cartorárias etc.)”.

Ao atribuir ao antigo fiduciante as despesas com a “nova” transmissão o acórdão, de uma parte, reconhece que a consolidação rompeu os vínculos contratual e real e que, assim sendo, é necessária a constituição de um novo vínculo, mediante compra e venda, e, de outra parte, faz pressupor que o preço da “nova” venda é o valor do saldo devedor acrescido das despesas realizadas pelo antigo fiduciário.

A rigor, não é uma remição, porque essa visa manter a propriedade no patrimônio do executado, o que é possível na execução hipotecária porque o devedor é titular da propriedade até a adjudicação ou alienação forçada, situação que viabiliza sua preservação mediante simples liberação do gravame; a execução fiduciária, entretanto, não comporta esse procedimento porque o bem não se encontra no patrimônio do executado e, assim, este só recupera a propriedade mediante nova aquisição, sendo essa, salvo melhor juízo, a solução adotada pelo acórdão do REsp 1.462.210/RS, ao referir-se à obrigação do antigo fiduciante de arcar com o pagamento das “despesas referentes à ‘nova’ transmissão da propriedade”.

Pode o antigo fiduciante adquirir o imóvel por esse valor no segundo leilão, mas essa aquisição pode ser negociada com o antigo fiduciário independente de leilão, pois, como se sabe, a norma relativa a esse certame trata de interesse particular de ambos, não se caracterizando como norma de ordem pública, tanto que a lei dispensa a realização do leilão quando o resgate se dá mediante

transação que resulte em dação do direito eventual do fiduciante (arts. 24, VII e 26, § 8.º, da Lei 9.514/1997).²⁰

Essas particularidades foram objeto de detida apreciação em recentíssima decisão proferida pela Dra. Tânia Ahualli, juíza da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo, diante de *pedido de providências* formulado por oficial de Registro de Imóveis, a propósito de situação semelhante à das decisões objeto da presente consulta.²¹

No caso específico, o antigo devedor efetivou o pagamento da integralidade do saldo devedor e, com a anuência do antigo credor fiduciário, requereu o cancelamento da averbação da consolidação, como forma de retransmitir o imóvel ao antigo fiduciante.

O oficial do Registro de Imóveis suscitou dúvida diante dos termos cogentes do art. 27 da Lei 9.514/1997, que impede o cancelamento da averbação da consolidação. As partes buscaram apoio no REsp 1.462.210/RS, objeto da presente consulta.

Ao apreciar a questão, a juíza cotejou o procedimento de execução fiduciária com o de execução hipotecária, sublinhando as diferenças entre a Lei 9.514/1997 e o Dec.-lei 70/1966 e afirmando a incompatibilidade dos distintos procedimentos de purgação da mora, *verbis*:

“A principal diferença entre os referidos diplomas legais é que na primeira [Lei 9.514] a propriedade se consolida para depois ser vendido o bem, enquanto o [Dec.-lei 70/1966] não exige para a sua formalização que a propriedade do bem seja consolidada em favor do credor hipotecário. *É justamente nesse aspecto que reside a maior incompatibilidade entre tais documentos normativos*” (grifamos).

Com base nesse e em outros fundamentos, conclui a decisão que, depois de expirado o prazo para purgação da mora e consolidada a propriedade mediante averbação no Registro de Imóveis, a pretensão do antigo devedor fiduciante de restaurar sua situação proprietária só é legalmente admissível mediante novo negócio de aquisição celebrado com o antigo fiduciário, não havendo possibilidade de extinguir-se a propriedade transmitida ao antigo fiduciário mediante averbação, no Registro de Imóveis, do pagamento extemporâneo da dívida.

Não há dúvida de que é admissível o pagamento integral da dívida depois da consolidação e antes da conclusão dos leilões, e é possível fazê-lo com anuência do antigo credor fiduciário, sem comprometer a segurança jurídica de-

20. Tratamos da matéria em nosso *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais – Estudos e pareceres*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

21. Processo 1043214-93.2015.8.26.0100.

corrente da rigorosa observância dos elementos de tipificação do negócio jurídico e dos princípios do sistema do direito registral.

Assim, na medida em que a função do leilão é atender aos interesses privados do credor e do devedor, podem eles deliberar pela sua não realização, se isso atender ao seu melhor interesse, como é o caso do antigo fiduciante que, depois de consolidada a propriedade, pretende retomar a propriedade do imóvel e, para tal, pretende pagar diretamente ao antigo fiduciário o valor integral da dívida, independe de leilão, e o interesse deste de receber o valor ofertado e efetivar nova venda do imóvel.

É com esses fundamentos que a juíza da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo acolheu o pedido de pagamento integral do débito, salientando que “no caso em tela, em que existe vontade das partes no sentido de realizar o acordo para quitação da dívida, que é o fim por excelência do contrato de alienação fiduciária”.²²

Assim, ao determinar a “realização de novo negócio jurídico entre as partes (...), com a renovação da garantia ou alteração da propriedade”, a decisão mantém-se alinhada à dogmática da propriedade resolúvel e às normas do sistema registral (Lei 6.015/1973), a saber, o novo negócio jurídico é a compra e venda pela qual o antigo credor fiduciário transmitirá a propriedade ao antigo devedor fiduciante; a “renovação da garantia” referida na sentença seria um novo gravame sobre o imóvel, caso o antigo fiduciante tivesse necessidade de tomar financiamento para essa nova aquisição e para tal tivesse que constituir garantia real sobre o mesmo imóvel; e a “alteração da propriedade” é a mutação subjetiva decorrente da nova aquisição pelo antigo fiduciante.

-
22. “Uma vez determinado que a quitação da dívida após a consolidação da propriedade é cabível, surge questão importante: de que maneira o domínio voltará a ser exercido pelo antigo devedor? A sugestão do Ministério Público, no sentido de que este deve adquirir o bem no leilão, não me parece de bom senso, embora fiel à letra da lei. Contudo, o cancelamento da averbação que consolida a propriedade também não é possível, pois esta averbação é apenas declaratória. A respeito deste tema, o citado voto do Min. Ricardo Villas Bôas se limita a dizer que ‘(...) os prejuízos advindos com a posterior purgação da mora são suportados exclusivamente pelo devedor fiduciante, que arcará com todas as despesas referentes à “nova” transmissão da propriedade e também com os gastos despendidos pelo fiduciário com a consolidação da propriedade (ITBI), custas cartorárias etc.’. Destaca-se que não foi explicitada a forma desta ‘nova’ transmissão. Acredito ser necessária a realização de novo negócio jurídico entre as partes, que suportarão os seus custos, com a renovação da garantia ou alteração da propriedade. A situação foi criada pela mora do devedor, que teve oportunidade anterior de purgá-la e não o fez, bem como pela atitude do credor em abrir mão da arrematação e aceitar a quantia devida, não podendo ser resolvida por mero cancelamento de averbação” (grifamos).

Em suma, nada impede que o antigo fiduciante readquirira a propriedade do imóvel após a consolidação da propriedade e antes da consumação da venda em leilão, mas a forma legalmente admitida para alcançar esse propósito é a compra e venda, na qual figure como vendedor o antigo credor fiduciário, que adquirira a propriedade mediante consolidação.

7. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Na medida em que a Lei 9.514/1997 fixa prazo para a purgação da mora na execução fiduciária (§ 1.º do art. 26) e para a transmissão da propriedade ao fiduciário (§ 7.º do art. 26), são essas as normas aplicáveis à execução de crédito fiduciário.

A inaplicabilidade das normas do Dec.-lei 70/1966, no caso, deve-se não somente à inexistência de lacuna na Lei 9.514/1997, mas é também evidenciada pela manifesta incompatibilidade entre as normas sobre execução hipotecária e o regime jurídico da propriedade fiduciária em garantia. A eficácia de cada uma dessas normas procedimentais é limitada pelas singularidades de cada uma dessas modalidades de garantia.

Assim, a purgação da mora até a consumação do leilão (art. 34 do Dec.-lei 70/1966) é adequada à execução extrajudicial de crédito hipotecário, assim como a remição é compatível com a execução judicial, porque o executado conserva consigo a propriedade do bem gravado até aquele momento.

Não é, entretanto, adequada à execução fiduciária porque nesta o bem é excluído do patrimônio do devedor fiduciante e incorporado ao do fiduciário antes de iniciar-se o procedimento de realização da garantia, de modo que, no momento da oferta do imóvel em leilão já não há mais o suporte contratual que viabiliza a continuidade do vínculo, que é, afinal, o efeito principal da purgação da mora.

As normas sobre execução de crédito hipotecário e fiduciário instituídas pelo Dec.-lei 70/1966 e pela Lei 9.514/1997 foram formuladas para atender às especificidades dos direitos reais de garantia a eles vinculados e, por isso, como adverte Carlos Maximiliano, têm “alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para as quais foram prescritas”.²³

“272 – As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente.

23. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. n. 274.

(...)

286 – Parece oportuna a generalização da regra exposta acerca de determinadas espécies de preceitos, esclarecer como se entende e aplica uma norma excepcional. É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa: na dúvida, segue-se a regra geral. Eis porque se diz que a exceção confirma a regra nos casos não excetuados”.²⁴

De outra parte, havendo norma sobre a situação específica, como ocorre em relação à consulta, essa é a que deve ser aplicada, não se admitindo o recurso à analogia, como observa Celso Agrícola Barbi ao comentar o art. 126 do CPC/1973:

“Pelo seu caráter, de imperatividade, ela deve ser aplicada pelo juiz, mesmo quando ele não considere como a melhor a tese por ela esposada (...). Havendo norma legal acerca do assunto submetido ao juiz, não poderá ele deixar de aplicá-la e recorrer a outras fontes de direito. Não existindo ‘norma daquela categoria’, o artigo [art. 126 do CPC] dispõe que o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.²⁵

É também em atenção ao princípio da legalidade que Humberto Theodoro Júnior refere-se ao dever do juiz de “observar as normas legais existentes, pois o juiz não legisla, mas apenas aplica as leis em vigor” (art. 126 do CPC/1973);

“b) somente quando não houver norma legal a respeito do *thema decidendum* é que o juiz, tendo o dever de julgar, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.²⁶

Projetando esses princípios e normas legais ao objeto da consulta, fica claro que a Lei 9.514/1997 regula por completo o procedimento de execução de crédito garantido de propriedade fiduciária de bem imóvel, sem deixar lacuna, afastando a possibilidade de aplicação subsidiária da norma do Dec.-lei 70/1966 que estende o prazo para purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação, até porque essa norma é incompatível com a caracterização legal da propriedade resolúvel com função de garantia.

8. CONCLUSÃO

De tudo que precede, concluímos que a aplicação do art. 34 do Dec.-lei 70/1966 às “operações de financiamento imobiliário em geral” *restringe-se* às

24. Idem, n. 272 e 286.

25. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vol. 1, p. 518.

26. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008. vol. 1, p. 235.

execuções de crédito hipotecário, e não são passíveis de aplicação na execução do crédito fiduciário por absoluta incompatibilidade entre esses dois procedimentos, devendo ser observado o § 1.º do art. 26 da Lei 9.514/1997 não somente porque essa é norma que fixa a data-limite para a purgação especificamente na execução fiduciária, mas, também, porque após essa data-limite a propriedade já terá sido incorporada ao patrimônio do credor fiduciário, não havendo como operar-se o convalidamento do contrato com a continuidade do vínculo do direito real de garantia fiduciária, porque este se extinguiu por força da não purgação da mora no prazo fixado no § 1.º do art. 26 da Lei 9.514/1997.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Resolução*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vol. 1
- CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais – Estudos e pareceres*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- _____. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo *et alii*. *Código Civil comentado*. Coord. Min. Cezar Peluso. 9. ed. São Paulo: Manole, 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alienação fiduciária de bens imóveis, de Cândido Rangel Dinamarco – *RDI* 51/235, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/787 (DTR\2001\286);
- Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 63/82 (DTR\2007\908);
- Alienação fiduciária de bens imóveis. Adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 45/7 (DTR\1998\389); e
- Pacto marciano na alienação fiduciária em garantia, de Rodrigo Saraiva Porto Garcia – *RTRJ* 4-5/263 (DTR\2014\20408).

REGISTROS PÚBLICOS E NOTAS ELETRÔNICAS: RISCOS E OPORTUNIDADES NA MIGRAÇÃO DO ACERVO DOCUMENTAL FÍSICO PARA O MEIO ELETRÔNICO

ELECTRONIC PUBLIC REGISTRATION AND INVOICES: RISKS AND OPPORTUNITIES IN MIGRATING THE PHYSICAL DOCUMENTAL INVENTORY TO ELECTRONIC ENVIRONMENT

PAULO JOSÉ LEONESI MALUF

Doutorando, Mestre e Bacharel, em Direito (USP).
Especialista em Direito Notarial e Registral.
paulojlm@yahoo.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral.

RESUMO: A conservação de documentos e de informações sensíveis dos indivíduos e o registro de fatos e de negócios essenciais à vida em sociedade, atividades estas precipuamente reservadas, em nosso país, às serventias extrajudiciais, são fundamentais para assegurar, tanto quanto possível, a segurança jurídica e o bem comum. O presente artigo tem por objetivo o estudo dos principais contornos da migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, bem como dos riscos e das oportunidades advindos de tal transformação. Diversas são as possibilidades de se estruturar a eletronização dos arquivos e documentos afetos à atividade notarial e registral, e a escolha por uma delas deve se pautar pela combinação harmônica de critérios técnicos, de um lado, e dos princípios jurídicos notariais e registrais, de outro.

PALAVRAS-CHAVE: Registros públicos eletrônicos – Riscos e oportunidades – Princípios registrais e notariais.

ABSTRACT: The preservation of documents and sensitive information of individuals, as well as the register of facts and transactions are essential to ensure, as far as possible, legal certainty and collective wellness. In our country, these activities are developed mainly by notary public offices/public registries. This article aims to outline the shift from a hard copy system to an electronic one, pointing out the risks and opportunities arising from such transformation. There are numerous ways of structuring the aforementioned shift to an electronic system, especially regarding the files and documents related to the public notary/register activities. The choice among such paths should be based on both technical criteria, as well as the legal principles that guide the public notary/register activities.

KEYWORDS: Electronic public registry – Risks and opportunities – Registry and notary principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os registros públicos e notas eletrônicos nas atividades extrajudiciais. 3. A migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. 4. Os riscos da migração à luz dos princípios registrais e notariais. 5. As oportunidades que acompanham a migração e os benefícios dela decorrentes. 6. Considerações finais e perspectivas. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral o estudo dos Registros Públicos e Notas Eletrônicos à luz dos princípios jurídicos registrais e notariais. Especificamente, objetiva analisar, com enfoque predominantemente jurídico, os principais contornos da migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, bem como os riscos e as oportunidades advindos de tal transformação.

A justificativa da escolha do tema em exame é singela. Procurou-se estudar um tema que se preocupasse, sobremaneira, com questões registrais e notariais atuais, que estivessem diretamente relacionadas, tanto às peculiaridades da sociedade contemporânea, como aos princípios fundamentais que regem o Direito Registral e Notarial.

O tema dos Registros Públicos e Notas Eletrônicos tem se evidenciado, nos últimos anos, em razão de sua crescente regulamentação normativa,¹ seja pelo legislador infraconstitucional ordinário, seja no âmbito administrativo-correcional, bem como em razão – como consequência direta desta laboração normativa – de sua ocorrência cada vez mais frequente no cotidiano² das atividades registrais e notariais.³

1. Ilustrando o argumento, cumpre destacar alguns recentes instrumentos normativos que têm impulsionado a *informatização* dos registros e notas públicos: a Lei Federal 11.977, de 2009; as Recomendações 09 e 11, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça; o Provimento 22, de 2014, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo; e o Provimento 47, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.
2. Atentas a essa realidade, diversas instituições e entidades associativas têm promovido encontros científicos para debate do tema. A Escola Paulista da Magistratura promoveu um curso intitulado “Registros Públicos e Notas Eletrônicos”, cujos seminários ocorreram entre setembro e dezembro do ano de 2014. O Colégio Registral do Estado de Minas Gerais realizou, em outubro de 2014, o 1.º Seminário do CORI-MG – Registro Eletrônico, com o objetivo de sanar dúvidas quanto à implantação e adesão à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), desenvolvida pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (Arisp), com a cooperação do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib). Em setembro de 2014, no XLI Encontro dos

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 125-142. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Cabe ainda uma nótula sobre os aspectos metodológicos que orientaram a elaboração do trabalho. O tratamento do método no âmbito das investigações jurídico-científicas deve ter como pressuposto a necessária distinção entre *método de trabalho e abordagem metodológica*.⁴

Sob o primeiro significado, costumam-se apontar os acervos bibliográficos a serem consultados e utilizados. Nesse sentido, no estudo proposto, o método de trabalho consistirá na análise da doutrina especializada nacional, bem como das normas jurídicas concernentes ao tema proposto.

Quanto à abordagem metodológica, a pesquisa terá caráter jurídico-dogmático, em suas três vertentes: *analítica*, pela análise dos conceitos envolvidos e da relação entre eles; *empírica*, pelo estudo da produção normativa pelo legislador ordinário e administrativo-correcional; e *normativa*, na medida em que pretende prescrever soluções – ao menos iniciais – em face das questões a serem enfrentadas.

O trabalho divide-se em cinco partes, coordenadas entre si, a saber: (i) Registros Públicos e Notas eletrônicos nas atividades extrajudiciais; (ii) a migração do acervo documental físico para o meio eletrônico; (iii) os riscos da migração à luz dos princípios registrais e notariais; (iv) as oportunidades que acompanham a migração e os benefícios dela decorrentes; (v) considerações finais e perspectivas.

Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, sediado em Porto Alegre-RS, realizaram-se painéis de discussão do tema. Em setembro de 2015, ocorreu em São Paulo o 1.º Seminário Nacional “Elvino Silva Filho”, com debate sobre o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis, promovido em conjunto pela Arisp, pelo Irib e pela Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário (ABDRI). Feitas estas considerações, não se pode deixar de destacar a experiência decorrente da participação nos seminários ministrados no referido curso promovido pela Escola Paulista da Magistratura, dos quais se retiraram importantes subsídios teóricos e práticos que ensejaram a reflexão sobre as questões abordadas neste trabalho.

3. A doutrina jurídica, nacional e estrangeira, também tem conferido tratamento ao tema. Apenas no âmbito desta *Revista de Direito Imobiliário*, citem-se: TEIXEIRA, Madalena. O registro eletrônico: vantagens e desvantagens. *RDI* 78/259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015; e JACOMINO, Sérgio. Registro de imóveis eletrônico. Recomendação CNJ 9/2013 em discussão. *RDI* 75/75-96. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2013.
4. Neste sentido, valendo-se de Robert Alexy, Martin Borowski e Friedrich Müller: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 125-142. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

2. OS REGISTROS PÚBLICOS E NOTAS ELETRÔNICOS NAS ATIVIDADES EXTRAJUDICIAIS

A fixação da informação em suportes perenes é uma antiga preocupação da humanidade. O ser humano sempre teve necessidade de registrar fatos e acontecimentos de sua vida. Tal fenômeno, cada vez mais presente na sociedade contemporânea, é observado desde as inscrições gráficas rupestres, passando por gravações em argila, pedaços de pedra, madeira, couro animal, tecidos rudimentares, até se chegar ao meio atual ainda mais comum, o papel. É natural, portanto, a preocupação em utilizar meios que sejam, ao mesmo tempo, seguros e pouco dispendiosos para a guarda e conservação de documentos importantes.

De maneira semelhante, o esforço para conferir segurança jurídica às relações sociais, contratuais e econômicas tem se acentuado com o aumento da complexidade da sociedade. Tanto assim é que Ricardo Dip assevera ser “inimaginável a convivência humana sem institutos de segurança jurídica”, na medida em que “sem eles não haveria verdadeira justiça, nem satisfação possível do bem comum”.⁵

Dessa forma, tem-se que a conservação de documentos e de informações sensíveis dos indivíduos e o registro de fatos e de negócios essenciais à vida em sociedade, atividades estas precipuamente reservadas, em nosso país, às serventias notariais e extrajudiciais, são fundamentais para assegurar, tanto quanto possível, a segurança jurídica e o bem comum.

Em outras palavras, pode-se afirmar que é da essência⁶ da atividade registral e notarial a tutela da segurança jurídica. Por isso é que se considera que a segurança jurídica, fundada na autenticidade e na publicidade é, a um só tempo, *objetivo* dos sistemas registral e notarial e *valor* que permeia todo o trabalho do registrador e do notário.⁷

5. DIP, Ricardo. Registros públicos. *A trilogia do camponês de andorra e outras reflexões*. Campinas: Millennium, 2003. p. 176.

6. DIP, Ricardo. Registros públicos... cit., p. 175-176: “Quando se indaga sobre a *razão de ser* de uma coisa, a inquirição não está dirigida ao lugar ocupado por essa coisa – i. e., em nosso caso, o cartório –, nem sobre os meios ou causas eficientes com que essa coisa atua (*scl.*, os livros cartorários e as práticas registrais). A *ratio essendi* de cada coisa encontra-se assinada em sua natureza, é, em suma, a satisfação de sua essência enquanto ordenada à própria operação. (...) Um triplice critério cliva o conceito e a realidade de cada instituição: o de unidade, o de estabilidade, e o de ordenação para um fim”.

7. CAMARGO NETO, Mário de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro civil das pessoas naturais. Parte geral e registro de nascimento*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54-55.

Em razão desta sua finalidade e, por consequência, de sua natureza, os serviços notariais e de registros públicos tradicionalmente apresentam destacada agilidade em adotar as novas técnicas de escrituração de atos jurídicos, sem prejuízo da segurança jurídica. Nesse sentido apresentam-se a adoção do livro de folhas soltas, a máquina de datilografia, bem como os primeiros instrumentos de cópias, como a gelatina e o mimeógrafo.⁸

A progressiva informatização das atividades judiciais – tanto do foro judicial, como do âmbito extrajudicial –, parece-nos, é inexorável, a ponto de ser difícil conceber o pleno funcionamento da Justiça sem que se faça intenso uso de mecanismos tecnológicos simples – para os dias de hoje – tais como o computador, a impressora e os *scanners*, os quais já se encontram incorporados em nossas rotinas de trabalho.

No campo específico dos serviços extrajudiciais, registraes e notariais, tão significativa é a utilização de instrumentos tecnológicos, que se fala em verdadeira “simbiose informática-registro”.⁹

Ocorre, no entanto, que, embora inegáveis as facilidades proporcionadas pelos avanços nos meios e tecnologias da informação, não é possível esquecer que as Notas e os Registros Públicos devem preservar, na máxima medida possível, suas características fundamentais, que conformam sua própria natureza jurídica.

8. *Idem*, p. 89.

9. Nesse sentido é o posicionamento do Desembargador do TJSP, Dr. Ricardo Dip, o qual vislumbra que “não é nada ingênua a presença convivencial da informática no ambiente registrário: ela, muitas vezes, vai além de um mero modo de fazer para impor um modo de ser ao registro”. Aduz ainda o Magistrado paulista que “não se trata, para já, é certo, de uma questão restrita ao campo do registro – antes é todo um problema para a esfera do Direito e, de maneira mais alargada, para todos os saberes e toda a cultura. Talvez, em nossos tempos, possa mesmo dizer-se que a técnica menos se vai mostrando um *modo de fazer* a cultura do que um *modo de ser* da cultura” (DIP, Ricardo. Base de dados, registro informático e o acesso à informação registral *versus* direito à privacidade. *RDI* 63/112-113. São Paulo: Ed. RT, jul. 2007). No mesmo sentido é o entendimento de Marshall McLuhan, para quem “a automação é tanto um modo de pensar como um modo de fazer”, acrescentando que “o meio é a mensagem, porque é o meio que modela e controla o grau e a forma das associações e ações humanas” – livre tradução do original “that is why those involved in automation insist that is a way of thinking, as much as it is a way of doing” e “(...) that ‘the medium is the message’ because it is the medium that shapes and controls the scale and form of human association and action” (McLUHAN, Marshall. *Understanding media: extensions of man*. Cambridge: The MIT Press, 1994. p. 9 e 349).

É importante ponderar também que as constantes evoluções dos documentos eletrônicos não podem tornar obsoletos e inúteis os documentos em formato não eletrônico. Com isso não se afirma a insegurança *per se* do documento eletrônico. Apenas é necessário ter sempre em consideração que “o mundo eletrônico não é a solução simples, fácil e barata para todos os atos registrares e notariais”.¹⁰

Diversas são as possibilidades de se estruturar a eletrônica¹¹ dos arquivos e documentos afetos à atividade notarial e registral, e a escolha por uma delas deve se pautar pela combinação harmônica de critérios técnicos, de um lado, e dos princípios jurídicos notariais e registrares, de outro.

No momento atual, talvez o maior desafio para as atividades extrajudiciais seja a migração para o meio eletrônico, outrora considerado uma mera “modalidade *auxiliar* de fixação dos elementos colhidos em cada folha de matrícula”.¹²

3. A MIGRAÇÃO DO ACERVO DOCUMENTAL FÍSICO PARA O MEIO ELETRÔNICO

Na linha do que foi até aqui exposto, e acompanhando as constantes inovações tecnológicas e da dinâmica social, as atividades notariais e registrares vem ingressando, no Brasil, de modo cada vez mais efetivo, na era da funcionalidade digital.¹³

10. Cf. CAMARGO NETO, Mário de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Op. cit., p. 89.

11. Eletrônica é a atribuição ou a aquisição de características eletrônicas, segundo: BORBA, Francisco S. (org.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: Unesp, 2004. p. 468.

12. CARVALHO, Afrânio de. As inovações e o Registro de Imóveis. *RDI* 27/49. São Paulo: Ed. RT, jan. 1991.

13. Antes mesmo do Registro Eletrônico impulsionado pela Lei 11.977/2009, outras medidas de modernização da atividade notarial e registral dignas de nota foram adotadas. Sobre o ponto, vale a menção à seguinte passagem: “A sugestão de se repensar o modelo regulatório da atividade registral no País não deve merecer o anátema das ideias bastardas. Conviria lembrar a experiência bem-sucedida, aliás, da regulamentação, via Ministério da Justiça, da microfilmagem em todo o país e, especialmente, da disciplina, via portaria ministerial, de procedimentos para instalação de equipamentos, definição de critérios técnicos e realização de serviços micrográficos nos cartórios brasileiros. Tal antecedente, pelos excelentes resultados, dá-nos uma referência importante que deveria ser estudada detidamente. Aqui, precisamente, houve uma regra uniforme e harmônica, com regulamentação plenária, vinculada naturalmente a órgão da União” (JACOMINO, Sérgio. *Novos cartórios, velhas questões*. *RDI* 55/221-223. São Paulo: Ed. RT, jul. 2003).

No âmbito dos registros públicos, a Lei Federal 11.977/2009,¹⁴ com o objetivo de conceder maior celeridade e eficiência à prestação de serviços, criou a obrigatoriedade da implantação do sistema de registro eletrônico no país, bem como da disponibilização de serviços de recepção de títulos e fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico.

Com efeito, a norma contida no art. 37 de referido instrumento legislativo determinou a instituição do sistema de registro eletrônico, deixando ao legislador infralegal a especificação de prazos e condições para sua implementação.

Ficou estabelecida, pelo art. 38, a necessidade de observância de padrões mínimos de segurança eletrônica, a serem estabelecidos, por regulamento, em compatibilidade com a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP¹⁵ e com arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico). Tal diretriz revela-se importante, na medida em que tem por objetivo conferir segurança e uniformidade aos sistemas notarial e registral.

O art. 39, por sua vez, impôs a obrigatoriedade do registro eletrônico até mesmo dos atos praticados e dos documentos arquivados anteriormente à vigência da Lei 6.015/1973.

Finalmente, o art. 41 de mencionada lei estabeleceu que os serviços de registros públicos disponibilizarão ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo federal, por meio eletrônico e sem ônus para tais Poderes, o acesso às informações constantes de seus bancos de dados. Esta imposição deve ser observada com cautela, sendo cabíveis, em princípio, balizamentos a tal acesso de informações, com o objetivo de se resguardarem os direitos de intimidade e a privacidade dos indivíduos.

Parece inegável que estas duas últimas prescrições legais certamente acarretam um significativo ônus operacional e financeiro, sem a previsão de uma devida contrapartida, aos delegatários do serviço extrajudicial.

14. Em referência a tal instrumento normativo: LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos. Teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 307. Enuncia que “não se pode, atualmente, ignorar o importante papel das modernas tecnologias de informação para a publicidade formal do Registro de Imóveis. Cabe ao legislador brasileiro inspirar-se no direito comparado e possibilitar a publicidade registral por meio telemático, em ‘tempo real’, inclusive por correio eletrônico, desde que sejam asseguradas a integridade, conservação e autenticidade do arquivo automatizado, evitando-se o risco de manipulação ou fraude nos dados enviados”.

15. Instituída pela MedProv 2.200-2, de 24.08.2001.

De maneira ainda mais abrangente, estendendo-se às especialidades extrajudiciais notariais, apresentam-se as regulamentações trazidas pelas Recomendações 09 e 11, de 2013,¹⁶ do Conselho Nacional de Justiça e pelo Provimento 22/2014, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, editadas à luz da necessidade de observância do dever legal de os notários e registradores manterem em segurança os livros, papéis e documentos de sua serventia, bem como de resguardar o acervo das serventias extrajudiciais contra fatalidades, infortúnios e acidentes.

O Provimento 22/2014 acrescentou os itens 90 e 91 ao Capítulo XIII, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, dando tratamento à formação dos arquivos de segurança (*backups*) das serventias extrajudiciais.

Nesse sentido, estabeleceu critérios a serem observados pelos notários e registradores na formação e manutenção dos arquivos de segurança, tais como a preservação dos registros públicos originais, a observação da Lei Federal 12.682/2012 para a digitalização e armazenamento de documentos, novos parâmetros de resolução na digitalização de documentos,¹⁷ utilização de certifi-

-
16. Neste ponto, é indispensável a referência ao artigo do Quinto Oficial de Registro de Imóveis da Capital do Estado de São Paulo, Dr. Sérgio Jacomino, com percucientes comentários à Recomendação 9, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (JACOMINO, Sergio. Registro de imóveis eletrônico... cit., p. 75-96).
 17. Quanto a este aspecto, o aparentemente singelo parâmetro segundo o qual “as matrizes deverão ter resolução real equivalente a 300 DPI, sem compactação, vedada a emulação por meio de programas de informática”, gera uma interessante discussão: será essa resolução suficiente para eventual materialização destes arquivos digitais? Ou seria essa resolução demasiadamente alta, a ponto de elevar desnecessariamente os custos de armazenagem, podendo, inclusive, tornar obsoletas recentes digitalizações em resoluções inferiores? Parece não haver, sem análise mais profunda e, sobretudo, sem o início da implementação prática de tais medidas, uma única resposta a tais questionamentos. Sobre o ponto, vale a transcrição de trecho de Parecer do Dr. Antônio Carlos Alves Braga Junior, nos autos do Processo 117.706/2012 (julgado em 20.12.2013), da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, de Relatoria do então Corregedor-Geral de Justiça, Dr. José Renato Nalini: “Quanto à recuperação da informação, estando bem preservada a mídia, há tranquilidade quanto às possibilidades de restauração de documentos e do pleno acesso a seu conteúdo. Mais do que isso, a melhora tecnológica de processos óticos permite uma melhora progressiva nas possibilidades de recuperação de dados de um microfilme. No caso das mídias digitais, de certa forma, tais expectativas se invertem. Os parâmetros empregados na obtenção da cópia digital limitam, com pouca flexibilidade, as condições de recuperação de dados. Neste aspecto a resolução da captura de imagem é

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 125-142. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

cação digital, a fim de manter a integridade, a autenticidade e, quando necessário, a confidencialidade do documento digital.

Ademais, referido Provimento indicou expressamente, e de forma segmentada, por especialidade notarial e registral, sobre quais livros e documentos deverá recair a formação do arquivo de segurança, em rol de considerável abrangência.

No âmbito específico do Registro de Imóveis, cumpre destacar o Provimento 47, de 19.06.2015, do Conselho Nacional de Justiça, editado no exercício da competência do Poder Judiciário para regulamentar o registro público eletrônico de imóveis previsto nos já analisados arts. 37 a 41 da Lei Federal 11.977/2009, bem como na atribuição da Corregedoria Nacional de Justiça para estabelecer diretrizes gerais para a implantação do registro de imóveis eletrônico em todo o território nacional, expedindo atos normativos e recomendações destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços de registro.¹⁸

De acordo com o art. 2.º do referido Provimento 47/2015, o sistema de registro eletrônico de imóveis deverá ser implantado e integrado por todos os oficiais de registro de imóveis de cada Estado e do Distrito Federal e dos Territórios.¹⁹

Eis a norma que confere aos próprios oficiais de registro de imóveis – e somente a eles – a atribuição de estruturar e gerenciar tal sistema de registro eletrônico.

Esta observação é essencial, cabendo enfatizar que qualquer órgão ou entidade, estatal ou privada, que não esteja diretamente ligada aos registradores de imóveis não poderá exercer atividades gerenciais de implementação e operacionalização do sistema de registro eletrônico de imóveis.

o aspecto mais crítico. Uma vez estabelecida a resolução, a restauração da imagem estará limitada a esse valor”.

18. Nos termos do inc. X do art. 8.º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

19. De acordo com as prescrições do Provimento 47, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, tal sistema de registro eletrônico de imóveis abrangerá: I – o intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os escritórios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral; II – a recepção e o envio de títulos em formato eletrônico; III – a expedição de certidões e a prestação de informações em formato eletrônico; e IV – a formação, nos cartórios competentes, de repositórios registrares eletrônicos para o acolhimento de dados e o armazenamento de documentos eletrônicos.

Reforça esta compreensão de exclusividade dos oficiais do registro de imóveis o conteúdo dos arts. 3.º e 4.º do Provimento em análise.

Com efeito, o primeiro destes dispositivos estabelece que o intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os escritórios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral estará a cargo de centrais de serviços eletrônicos compartilhados, as quais, cumpre ressaltar, devem ser administradas *exclusivamente* pelos registradores imobiliários.

Já o segundo destes dispositivos prescreve que todas as solicitações realizadas mediante as centrais de serviços eletrônicos compartilhados serão enviadas ao escritório de registro de imóveis competente, que será o único responsável pelo processamento e atendimento.

4. OS RISCOS DA MIGRAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS REGISTRARIS E NOTARIAIS

No âmbito da deontologia notarial e registral, encontra-se positivado o dever funcional dos oficiais de registro e dos tabeliães de zelar pela ordem, guarda, segurança e conservação dos livros e documentos sob sua responsabilidade, nos termos dos arts. 30, I, e 46 da Lei Federal 8.935/1994 e 24 da Lei Federal 6.015/1973, devendo o local em que estiver instalada a serventia ser seguro para os livros e documentos.

Em complemento a este dever funcional, adicione-se a regra pela qual os livros obrigatórios do serviço extrajudicial são de guarda permanente. As cópias de segurança devem, por consequência, coexistir com os originais por tempo indeterminado.²⁰

Ademais, não basta a conservação da integridade dos documentos e dos livros, sendo necessário também mantê-los em ordem, de forma que seja rápida e fácil a sua localização, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência e ao dever de atendimento das partes com celeridade, de acordo com o preceito contido no art. 30, II, da Lei Federal 8.935/1994.

20. O armazenamento em meio analógico, como é o caso do microfilme, dispensa maiores estudos. Trata-se de tecnologia conhecida há mais de cinco décadas, e os elementos que a compõem (película do filme e processo fotográfico) são conhecidos há mais de um século. Em condições controladas de temperatura e umidade, há expectativa de uma satisfatória longevidade dessa mídia. Cf. Processo 117.706/2012 (julgado em 20.12.2013), da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, com Parecer do Dr. Antônio Carlos Alves Braga Junior, e de relatoria do então Corregedor-Geral de Justiça, Dr. José Renato Nalini.

Este contexto normativo a impor um rigoroso acautelamento dos titulares das delegações extrajudiciais no sentido da conservação de livros e documentos existe justamente para minorar os riscos à segurança jurídica, devendo ser aplicado, igualmente, no tratamento dado por registradores e notários nas atividades de migração do acervo documental físico para o meio eletrônico.

Por esta razão é que se mostra pertinente a classificação feita por Carlos Fernando Brasil Chaves,²¹ no sentido de a segurança digital constituir verdadeiro princípio notarial contemporâneo. Não há dúvida, parece-nos, que esta pertinente observação, feita inicialmente com referência ao âmbito das Notas, estende-se também aos Registros Públicos, aos quais o princípio da segurança digital também se aplica.

Dessa forma, tem-se que a integridade física do acervo é essencial para a execução e continuidade do serviço público. Mas, para além desta integridade, não se pode olvidar da higidez jurídica das Notas e dos Registros Públicos.

Com efeito, “os registros públicos não são um mero arquivo, um mero repositório”, constituindo, na verdade, “um sistema organizado de publicidade de atos e fatos, de forma concatenada”, de tal forma que “os atos anteriores são essenciais para a realização de atos posteriores”.²²

Em seminário realizado no âmbito do mencionado curso sobre “Registros Públicos e Notas Eletrônicos”,²³ o professor espanhol Nicolás Nogueroles Peiró, ao discorrer sobre o modelo de registro eletrônico implantado na Austrália, Nova Zelândia, Canadá, na Inglaterra e em parte da Europa continental, alertou para os riscos resultantes das novas tecnologias e a automatização do sistema, como os problemas de segurança.

Em sua análise, ponderou que de menor escala é a preocupação com a migração da informação do papel para um sistema eletrônico, algo facilmente realizável em todo o mundo. O efetivo problema, a ser estudado e enfrentado, é a segurança e a conservação das informações eletrônicas. Nas palavras do professor Nogueroles, “maior que o tecnológico, o grande desafio do registro eletrônico é manter a segurança jurídica do sistema”.²⁴

21. CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76-77.

22. DIP, Ricardo. A qualificação no registro de imóveis. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 6. p. 933. dez. 2011. Disponível em: [<https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/007-dip-qualificacao-registral.pdf>]. Acesso em: 01.03.2015.

23. Vide, neste sentido, nota 2 *supra*.

24. Seminário apresentado durante o Curso “Registros e Notas Eletrônicos”, da Escola Paulista da Magistratura, no dia 27.11.2014. Para maiores detalhes sobre este seminário

E, no enfrentamento deste desafio, devem ser, sempre, fielmente observados os princípios notariais e registrais que norteiam a atividade extrajudicial, o que se faz, sobretudo, por meio do plexo de atividades e procedimentos que consubstanciam as chamadas qualificação notarial e registral.

A noção de qualificação registral e notarial pode ser brevemente apresentada como o poder-dever do registrador e do notário de verificar, em um determinado título, a existência de todos os requisitos necessários para que ele possa ingressar nos registros e livros públicos notariais e registrais, produzindo os efeitos jurídicos que dele se esperam.

Em outras e concisas palavras referentes à qualificação registral em específico, “consiste na atividade de verificação, pelo registrador, de que o título obedece a todos os princípios registrais e em especial à legalidade”.²⁵

Isto porque “a função registradora, no Brasil, não se limita simplesmente a arquivar o título apresentado, como ocorre em outros países de tradição registral diversa”. No Brasil, o registrador é independente para realizar a qualificação dos documentos que lhe sejam submetidos, realizando uma prévia verificação de sua legalidade e legitimidade para, só posteriormente, realizar o registro. Caso o título esteja inapto à realização do ato registral, o registrador devolve-o ao apresentante ou interessado no registro, fundamentando, por escrito, suas razões. Na hipótese de não se conformar o apresentante ou interessado com as exigências ou alegações do registrador, poderá o caso ser submetido ao procedimento de dúvida.²⁶

De forma objetiva, portanto, é possível “vincular a qualificação registral não apenas e principalmente ao princípio teleológico da segurança jurídica”, mas também “a cada um dos princípios em que se divide, por uma razão ou por outra, o sistema registral”.²⁷

rio em específico: [<http://iregistradores.org.br/noticias/curso-de-registros-publicos-e-notas-eletronicos-debate-experiencia-internacional-no-registro-eletronico/>]. Acesso em: 01.03.2015.

25. SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis I. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

26. LAMANA PAIVA, João Pedro; ALVARES, Pércio Brasil. *Registro civil das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29-30. Considerando ainda que se adota, no âmbito do Registro de Imóveis, um sistema de registro de direitos, as cautelas na qualificação registral devem ser ainda maiores. Nesse sentido: SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Op. cit.*, p. 77.

27. DIP, Ricardo. A qualificação no registro de imóveis... *cit.*, p. 933. E cumpre o registro de sua adição: “não será demasia, por exemplo, relacionar a qualificação ao trato

Mas não é só ao princípio da segurança jurídica que a migração em análise representa um considerável risco. Outros desafios que se vislumbram, com implicações tanto teóricas como práticas, podem ser enunciados.

Em um primeiro momento, apresentam-se questões mais diretamente relacionadas com a titularidade do gerenciamento dos sistemas eletrônicos de notas e de registros. Deixar a cargo de outras entidades – sejam estatais, sejam privadas – que não estejam inteiramente compostas por notários ou registradores – pode causar impactos verdadeiramente deletérios para os sistemas notarial e registral.

Com efeito, exsurgem consideráveis riscos de uma eventual – e desacertada – atribuição do gerenciamento de tais sistemas eletrônicos de notas e registros públicos a atores privados ou estatais sem relação direta com as atividades extrajudiciais: (i) risco de supressão da atribuição do Poder Judiciário para regular a matéria, com ruptura da ordem constitucional vigente; (ii) risco de contaminação político-partidária e de perda de independência jurídica; (iii) riscos à qualificação notarial e registral e de transformação do sistema de registro de direitos em sistema de registro de títulos;²⁸ (iv) riscos aos princípios constitucionais da

sucessivo, ou ao princípio da inscrição. Mas, desde que se adote um critério analítico moderado, é certo que a qualificação registrária melhor se afeiçoa ao princípio da legalidade. Ou por outra: expressa-o, serve-lhe de instrumento de atuação. Numa perspectiva demasiadamente sintética, poder-se-ia falar num princípio redutor do sistema de publicidade imobiliária, fazendo-o residir na segurança jurídica, enquanto finalidade – ou mais agudamente, enteléquia do registro”.

28. A flexibilização da atividade de qualificação registral pode transformar a atividade registrária em atividade cadastral, cuja natureza jurídica é distinta. Sobre a necessidade de diferenciação entre sistema registral e sistema cadastral, vale a menção ao entendimento do Desembargador do TJSP, Dr. Marcelo Martins Berthe: “Há cadastros e informações que interessam à Administração Pública, para controles ambientais, controles fiscais, urbanísticos etc. Todavia, a segurança do registro da propriedade imóvel, em cadastro que assegure o direito de propriedade, assim como os direitos e as garantias reais, devem e precisam de um sistema fundado em princípios e regras normativas que não são tão importantes para aquelas outras finalidades. A partir dessa premissa é que entendo que a convergência de informações, pelos meios eletrônicos, embora seja uma tendência que já está delineada, e parece até mesmo consequência lógica do emprego dos meios eletrônicos, não se pode simplesmente concretizar a partir apenas de um megacadastro’ com múltiplas finalidades, que concentrasse todo tipo de informações, de diversas naturezas e variados interesses” (Entrevista concedida ao Observatório do Registro, publicada em 12.09.2014. Disponível em: [<http://cartorios.org/2014/09/12/registros-publicos-e-notas-eletronicos-preparados-para-o-futuro-entrevista-com-marcelo-berthe/>]. Acesso em: 01.03.2015). Ainda sobre a distinção

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 125-142. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

intimidade e privacidade, bem como de assimetria de informações no mercado, em decorrência do controle de informações privadas por entidades privadas; (v) riscos de ocorrência de manipulação de dados essenciais dos indivíduos.

Em um segundo momento, apresentam-se questões mais diretamente relacionadas com a operacionalização do sistema eletrônico, a impactar frontalmente princípios notariais e registrais.

Nesse sentido, afluem questões da seguinte ordem: (i) como elaborar regras para o registro eletrônico que não infrinjam as atuais delimitações e atribuições territoriais estabelecidas em decorrência do *princípio da territorialidade*? (ii) como lidar com o problema da autenticação digital de atos e suas cópias e com o problema das assinaturas tradicionais e das certificações digitais e suas renovações e multiplicações, não se descurando do *princípio da autenticidade*? (iii) como enfrentar possíveis obstáculos aos princípios de *instância*, de *prioridade* e de *continuidade*? (iv) deve-se prolongar a escrituração em papel, enquanto se aprende com a cópia de *segurança digital* e com a padronização das tecnologias e métodos? ou seria o caso de acelerar a implantação da escrituração digital? como lidar com os riscos de perda de dados, com a possibilidade de fraudes e crimes cibernéticos? (v) como lidar com a necessidade de observar políticas de contingenciamento (arquivos de segurança, *backup*, computação em nuvem) de modo uniforme e com o menor dispêndio de recursos possível, atendendo ao princípio da *eficiência*?

5. AS OPORTUNIDADES QUE ACOMPANHAM A MIGRAÇÃO E OS BENEFÍCIOS DELA DECORRENTES

Não são apenas riscos que advêm da migração para os sistemas eletrônicos de Notas e Registros Públicos. É natural que também decorram, de toda mudança, oportunidades relevantes.

Resguardar a correspondência entre a situação jurídica entabulada no acordo de vontade jurídico-obrigacional e os direitos e elementos constantes das Notas e dos Registros Públicos é objetivo da maior importância à segurança das relações jurídicas e econômicas, o que justifica a confiança depositada pela população nos sistemas de publicidade notarial e registral.²⁹

entre registro jurídico e registro administrativo ou cadastro: LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 309.

29. RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160.

Norteados por essa premissa é que se devem analisar as oportunidades que acompanham a migração em tela e os benefícios dela decorrentes.

A migração de livros e documentos para o meio digital tem o condão de facilitar, notavelmente, a solicitação e a obtenção de informações e de certidões notariais e registrais, encurtando distâncias, economizando tempo, reduzindo custos, contribuindo para minorar os efeitos deletérios advindos de uma burocratização desnecessária em nosso país.

A redução de elementos que antes dependiam de digitação manual para sua escrituração, tal como a qualificação subjetiva e a qualificação objetiva, pode contribuir para a redução do número de notas devolutivas, em decorrência da padronização de procedimentos.

Não se pode olvidar também que a constituição de garantias poderá ocorrer de forma mais célere, destacadamente a alienação fiduciária, passando a ser possível, a exemplo do que já acontece de acordo com as Normas de Serviço do Foro Extrajudicial da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a realização de determinados procedimentos na modalidade eletrônica.³⁰

Parece inequívoco, ademais, o proveito de escala que se poderá alcançar para o enfrentamento dos custos e dificuldades da adoção de novas tecnologias para com vistas à obtenção de soluções cooperativas ou compartilhadas e ganhos com a redução de custos e com a adoção de tecnologia e metodologia padronizadas.

Muito relevante também é o fato de que as associações de classe (Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, Colégio Notarial do Brasil – CNB-CF, Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg-BR, Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp, Instituto de Registro de Títulos e Documentos de Pessoas Jurídicas – IRTDPJ, Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – IEPTB, Associação dos Registradores de Pessoas Naturais – Arpen, dentre outros) têm disponibilizado constante suporte material e técnico a seus associados, o que tem é fundamental para a boa execução da atividade notarial e registral. Na esteira dessa cooperação, podem decorrer sinergias benéficas.

Finalmente, a intercomunicação informatizada entre os registradores e entre estes e os notários, constitui um passo importante na direção da desburocratização e celeridade no cumprimento das atividades notarial e de registro, possibilitando o acesso à informação em menor espaço de tempo e, consequen-

30. ARISP. Registro eletrônico de imóvel e seus impactos no mercado. Artigo de 29.01.2015, publicado no site *iRegistradores*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/noticias/registro-eletronico-de-imovel-e-seus-impactos-no-mercado/>]. Acesso em: 02.03.2015.

temente, reforçando a eficiência e a segurança dos negócios jurídicos entabulados pelos indivíduos.³¹

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPECTIVAS

Pela singela apresentação realizada até aqui já se vislumbra a importância do tema e a razão de sua escolha. Seu estudo justifica-se não apenas por sua relevância intrínseca, mas, sobretudo, pela conexão que guarda com os princípios doutrinários que informam o Direito Notarial e Registral – como, por exemplo, segurança jurídica, publicidade, autenticidade, eficácia –, os quais devem nortear todas as reflexões que se façam sobre o tema.

Os registros públicos e os Tabelionatos de Notas e de Protesto, para além de outras importantes funções que desempenham, têm por missão a elaboração e a manutenção de documentos públicos essenciais a toda a sociedade. Para a consecução de tais atividades, são utilizados os tradicionais livros registrares e notariais em papel, ao lado de sistemas informatizados, de cópias de segurança e de arquivos de *backup*.

Com o avanço dos métodos tecnológicos de informática, e com a regulamentação normativa recente – impulsionada, sobretudo, pela Lei Federal 11.977/2009, que dispõe sobre o registro eletrônico, e por normas infralegais emanadas do Poder Judiciário no exercício de sua competência legalmente atribuída – a utilização de ferramentas digitais tende a levar os serviços extrajudiciais a uma realidade predominantemente eletrônica. Trata-se, pois, de uma verdadeira mudança de paradigma.

Com a migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, e com a escrituração *nato-digital*, emergirá um verdadeiro novo mundo digital no âmbito dos registros públicos e Tabelionatos de Notas e de Protesto. E, neste contexto, surgem questões importantes a serem analisadas e solucionadas.³²

O impacto das novas tecnologias pode levar a um progressivo esvaziamento das tradicionais funções registrares e notariais em nosso país.³³ E a adoção

31. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 307-308.

32. Nesse sentido é a afirmação de: CAMARGO NETO, Mário de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Op. cit., p. 90: “A utilização de documento eletrônico nos registros públicos já é uma realidade. No entanto, as questões que essa matéria proporciona ainda estão longe de ser consideradas concluídas, se é que um dia estarão concluídas”.

33. Sobre a opacidade dos registros privados, questão que tangencia o tema proposto: GONZÁLEZ, Fernando Méndez; DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. *Registro público de imóveis eletrônico. Riscos e desafios*. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 130.

de tais tecnologias, em especial pela referida migração do acervo físico para o meio eletrônico e escrituração digital, pode resultar em inobservância dos princípios registrares e notariais.

É claro que, a par dos problemas a serem enfrentados, há um campo considerável de oportunidades para melhoria e aperfeiçoamento do sistema, em especial ao se considerar os benefícios que tais mudanças podem trazer aos usuários dos serviços extrajudiciais, que poderão deles desfrutar de maneira mais célere e menos dispendiosa.

Por meio de uma análise de verticalidade limitada pela relativamente breve extensão de um trabalho jurídico desta natureza, procurou-se apresentar este quadro de riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico, à luz dos princípios jurídicos registrares e notariais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORBA, Francisco S. (org.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: Unesp, 2004.
- CAMARGO NETO, Mário de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro civil das pessoas naturais. Parte geral e registro de nascimento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, Afrânio de. As inovações e o Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 27. p. 49. São Paulo: Ed. RT, jan. 1991.
- CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIP, Ricardo. Base de dados, registro informático e o acesso à informação registral versus direito à privacidade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 112-122. São Paulo: Ed. RT, jul. 2007.
- _____. A qualificação no registro de imóveis. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 6. p. 933. dez. 2011. Disponível em: [<https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/007-dip-qualificacao-registral.pdf>]. Acesso em: 01.03.2015.
- _____. *Registros públicos. A trilogia do camponês de Andorra e outras reflexões*. Campinas: Millennium, 2003.
- GONZÁLEZ, Fernando Méndez; DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. *Registro público de imóveis eletrônico. Riscos e desafios*. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.
- JACOMINO, Sérgio. Novos cartórios, velhas questões. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 55. p. 221-223. São Paulo: Ed. RT, jul. 2003.
- _____. Registro de imóveis eletrônico. Recomendação CNJ 9/2013 em discussão. *Revista de Direito Imobiliário*. ano 36. vol. 75. p. 75-96. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2013.

- _____; CARNEIRO, Andrea Flávia Tenório; LOCH, Carlos. Tendências do cadastro imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 48. p. 233-242. São Paulo: Ed. RT, jan. 2000.
- LAMANA PAIVA, João Pedro; ALVARES, Pércio Brasil. *Registro civil das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos. Teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.
- MCLUHAN, Marshall. *Undertanding media: extensions of man*. Cambridge: The MIT Press, 1994.
- RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis I. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TEIXEIRA, Madalena. O registro eletrônico: vantagens e desvantagens. *Revista de Direito Imobiliário*. ano 38. vol. 78. p. 259-266. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil, de Miguel Maria de Serpa Lopes – *RDI* 79/441-447 (DTR\2016\35);
- Documento digital – Autenticação notarial ou ato de registro?, de Paulo Roberto de Carvalho Rêgo – *RDI* 52/264-278, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/627-644 (DTR\2002\37);
- Informática, seguridad jurídica y responsabilidad del registrador, de Luis Moisset de Espanés – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 8/903 (DTR\2013\10101); e
- O registro eletrônico – Vantagens e desvantagens, de Madalena Teixeira – *RDI* 78/259-266 (DTR\2015\3597).

NÓTULAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E DISCIPLINAR DOS TABELIÃES E REGISTRADORES PÚBLICOS

*SHORT NOTES ABOUT CIVIL AND DISCIPLINARY LIABILITY
OF PUBLIC NOTARIES AND REGISTRARS*

RICARDO HENRY MARQUES DIP

Mestre em Função Social do Direito, pela Faculdade Autônoma de Direito. Acadêmico de honra da Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madri (Espanha). Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, convidado a colaborar na Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça. Presidente da Seção de Direito Público do TJSP. Coordenador acadêmico da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário (ABDRI). Membro do Centro de Estudos Notariais e Registrais (CENoR) da Universidade de Coimbra, Portugal. Diretor da Seção de Direito Natural da Associação Hispânica Felipe II de Madrid.
ricardodip@tjsp.jus.br

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: O autor trata da questão da responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos no direito brasileiro atual, distinguindo a responsabilidade subjetiva da objetiva, além de analisar a impossibilidade de responsabilização penal-disciplinar objetiva e apontar a deficiência da tipologia legal da penalidade de perdimento da delegação outorgada aos tabeliães e registradores públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Notários e registradores – Responsabilidade civil e disciplinar – Tipologia penal.

ABSTRACT: The author approaches the matter of civil and disciplinary responsibility of public notaries and registrars in current Brazilian law, distinguishing between social responsibility and strict liability, aside from analyzing impossibility to hold one criminally/strictly liable and pointing the legal typology of the penalty of losing delegation granted to public notaries and registrars.

KEYWORDS: Notaries and Registrars – Civil and disciplinary liability – Criminal typology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade (breve referência etimológica). 3. Responsabilidade (indicação semântica geral). 4. Responsabilidade (especialização jurídica). 5. Da imputabilidade física, moral e jurídica. 6. Da responsabilidade civil. 7. Da responsabilidade penal-disciplinar. 8. Livros referidos.

1. INTRODUÇÃO

Do terço de hora que, em interessante seminário acadêmico franco-brasileiro realizado em São Paulo, fora propiciada ao exame – no âmbito do direito vigente no Brasil – ao tema da responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos, despendi um tanto menos (foram 17 minutos) para dar conta, estrangidamente, do alinhavo (ou desarranjo) de algumas nótulas. Trago-as aqui. Com suas infelicidades, é certo. Mas com sua relação cronométrica atrelada rigorosamente àquele terço de hora. Servirão, acaso, como um roteiro para mais acabadas meditações.

Dirão alguns (não sem certa impiedade) que isto foi meu “quarto de hora” trágico. Saí-me como pude (e não sei se bem). Estas nótulas não são um esquema de aula. São umas notazinhas em que eu me apoiei para resumir o que, ao largo de duas décadas (desde a vigência da Lei brasileira 8.935, de 1994), fui acantonando aqui e ali, isto de par com a trilha que segui de bons autores (devo referir, *inter plures*, de modo específico: Décio Antonio Erpen, Hercules da Costa Benício, Renato Nalini, Rui Stoco e Sonia M. Péres Alves). O resultado é o que se estampa abaixo (com o acréscimo póstero de umas linhas de rodapé), indicando seguida e muito concisamente algo sobre: (1) o conceito de responsabilidade: (a) referência etimológica; (b) indicação semântica geral; (c) especialização jurídica; (2) da imputabilidade física, moral e jurídica; (3) da responsabilidade civil: (a) elemento essencial; (b) divisão; (c) da culpa *lato sensu*; (d) da distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva; (e) da responsabilidade civil dos tabeliães e registradores, no direito brasileiro em vigor; (4) da responsabilidade disciplinar dos tabeliães e registradores públicos, no direito brasileiro atual: (a) a unidade do direito sancionador; (b) a atração dos princípios do direito penal comum; (c) a impossibilidade de uma responsabilização penal-disciplinar objetiva; (d) relevo do *discrîmen* entre a imputação jurídica e a imputação moral; (e) o tema da consciência da antijuricidade; (f) o problema dos elementos normativos do tipo de ilícito (pontualmente diante da independência jurídica dos tabeliães e registradores); (g) a deficiência da tipologia legal da penalidade de perdimento de delegação tabelio e registrária.

Vamos a isso (com prévio pedido de perdão).

2. RESPONSABILIDADE (BREVE REFERÊNCIA ETIMOLÓGICA)

O verbo latino *respondeo* (*respondes*, *respondere*, *respondi*, *responsum*) tem muitíssimas acepções, entre as quais as de comprometer-se, afirmar, pro-

meter, comparecer, dar resposta, dar consulta, dar conselho,¹ pagar, obedecer, refutar, satisfazer. Considerando-se, em paralelo, a noção, a que se liga à raiz, do verbo *spondeo* (engajamento solene),² *respondeo* é *engajamento em retorno*, é a resposta a um prévio engajamento; era, ao princípio, uma resposta dos oráculos; desta gênese religiosa especializou-se na órbita do direito³ (*respondere* é, então, proferir sentenças ou pareceres – as *responsa*⁴ – em questões jurídicas); ao fim, na linguagem comum, tornou-se resposta a qualquer questão.

3. RESPONSABILIDADE (INDICAÇÃO SEMÂNTICA GERAL)

A ideia dominante no conceito de “responsabilidade” é a de “prestar contas dos próprios atos” ou de omissões:⁵ (a) já enquanto corresponde à *imputabilidade* moral (é dizer, a suscetibilidade de atribuir-se, *moralmente*, um determinado ato e seus efeitos a seu próprio actante ou agente); (b) já enquanto suscetibilidade de sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de dada conduta. Atribuição, pois, seja do próprio *actum*, seja de seus efeitos (*effecta actionis aut omissionis*). Relação, em parte, factual, mas também valorativa do ato ou de seus efeitos com o agente seu executor.⁶

4. RESPONSABILIDADE (ESPECIALIZAÇÃO JURÍDICA)

A responsabilidade (juridicamente) é (a) imputação da autoria ou dos efeitos de uma conduta (ativa ou omissiva) e (b) uma das consequências genéricas da inexecução ilícita de uma obrigação ou de um dever (*rectius*: inexecução imputável ao actante). A outra consequência geral é a continuidade do liame jurídico com a obrigação ou o dever de satisfazer o devido.

1. JORS-KUNKEL, 1965, p. 28.

2. ERNOUT-MEILLET, 2001, p. 643.

3. D’Ors assinala, a propósito, o comum cotejo entre o jurista e o oráculo, os augures e os sacerdotes (1997, p. 59 e 45-46).

4. A função do *respondere*, segundo o autorizado romanista que foi Sebastião Cruz (1984, p. 351), tornou-se a mais importante dentre as dos juristas romanos. Também designam-se *responsa* os conjuntos de pareceres jurídicos sobre casos práticos (assim, os de Scaevola, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino).

5. ZALBA, 1958, p. 1-145.

6. AMOR RUIBAL, 1973, p. 1-256.

5. DA IMPUTABILIDADE FÍSICA, MORAL E JURÍDICA

Imputabilidade *física* diz-se a relação do ato com seu autor ao modo de uma causa material, ou, quando não, de mera causa eficiente. Ali, na medida em que se possa reconhecer a *ação humana* (a que *procedit a deliberata hominis voluntate*; de tal sorte que o ato *sciens et volens* do homem seja o próprio homem em ato; ato pessoal, a atualização de uma potência da pessoa); como causa eficiente, quando não se trate de ação humana, mas de simples ato do homem *sine deliberatione*. Imputabilidade *moral*: relação do ato com seu autor, enquanto actante consciente e livre (*agere sciens et volens*), em que se define sempre o papel causativo material desempenhado pelo agente. Imputabilidade *jurídica*: relação do ato externo do agente, enquanto é este responsável perante a lei.⁷

6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

a) Elemento essencial: a responsabilidade civil é, em essência, uma imputação de prejuízos resultantes de um ato. Pode ser: (a) indenização de prejuízos materiais ou (b) compensação metapatrimonial de lesões morais. Indenização: reposição do patrimônio ao *status* anterior ao ato que o prejudicou.

b) Divisão: a responsabilidade civil pode ser obrigacional (contratual ou extracontratual – exemplo: gestão de negócios) e delitual (aquiliana).

c) Da culpa *lato sensu*: a culpa (*latiore sensu*) é o nexo de imputação moral do ato ou omissão a seu actante ou omitente (o ato ou seu efeito procede, de algum modo, da vontade do agente).

Modalidades da culpa *lato sensu* são o dolo direto, o dolo necessário, o dolo eventual, a culpa consciente e a culpa inconsciente.

d) Da distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva: àquela, a responsabilidade subjetiva, interessa a culpa (*lato sensu*), ao passo que, com a responsabilidade objetiva, não há imputação *moral* do ato ao agente.

e) Da responsabilidade civil dos notários e registradores, no direito brasileiro atual. Controvérsia capital: *trata-se de responsabilidade objetiva ou subjetiva?*

Lê-se no § 6.º do art. 37 da CF/1988: “As *personas 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

7. Idem, *ibidem*.

direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (o realce gráfico não é do original). Ora, os tabeliães e os registradores são pessoas físicas privadas, profissionais do direito, jurisperitos que, em nome próprio, exercitam o serviço de notas, protestos e registros, mediante prévio concurso público, delegado pelo Poder político. A eles não se aplica a norma contida no § 6.º do art. 37 do vigente Código da República, pelo bom motivo de que, *a parte subiecti*, essa norma se refere a pessoas jurídicas, quer de direito público, quer de direito privado.

Não é só. O § 1.º, do art. 236 da CF/1988 dispõe que “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”. E a lei subconstitucional (é dizer, Lei 8.935, de 18.11.1994), assim autorizada pela Constituição, podendo embora definir a responsabilização objetiva dos tabeliães e registradores, fê-lo, ao revés, centrada na culpa *lato sensu*, por isso que respeitosa do atributo da independência de qualificação jurídica nas funções tabeliônicas e registrárias. Persevera o disposto no art. 28 da Lei 6.015, de 31.12.1973: “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”. Esse preceito não se divorcia da norma do art. 22 da Lei 8.935/1994, cuja primeira parte – “Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia (...)” – não indica a espécie da responsabilidade (se objetiva ou subjetiva), mas somente ancora a *direta responsabilidade civil* do registrador pelos atos próprios e de seus prepostos, contra esses últimos autorizando “regresso no caso de dolo ou culpa” (parte final). Responsabilidade direta – vale dizer, sem cabimento de convocação solidária ou secundária (reservadas as hipóteses de insolvabilidade do registrador, assim já o observara Décio Erpen, e na bitola de um erro clamoroso *in vigilando*) – que *não importa em responsabilidade objetiva*.

7. DA RESPONSABILIDADE PENAL-DISCIPLINAR

a) A unidade do direito sancionador: cabe, à partida, afirmar o caráter unitário do *ius puniendi* estatal: é dizer a “potestas puniendi pública global y única en su raíz”.⁸ Há, com efeito, uma ordem sancionadora estatal que, sem prejuízo

8. NIETO, 2008, p. 146.

de matizações, molda-se a *princípios penais comuns* a todos seus ramos, incluídos os penal-administrativos ordinário e disciplinar.⁹

b) A atração dos princípios do direito penal comum a culpabilidade é requisito da sanção,¹⁰ e, certamente, a legitimidade presumida dos atos administrativos abona o estado de não culpabilidade inscrito na Constituição Federal de 1988 (inc. LVII do art. 5.º), limitando-se a presunção de veracidade daqueles atos – sempre sem caráter definitivo, ante a discussão judicial que pode afetá-los – a indicações materiais originárias de atuação presencial do agente público.

c) De conseguinte, conclui-se pela impossibilidade de uma responsabilização penal-disciplinar objetiva (*nulla poena sine culpā, nulla culpa sine āctō propriō*), inclusa a que remonte da culpa do preposto à ausência de culpa do tabelião ou do registrador. (Todavia, a culpa *in vigilando* é culpa própria, mas já aqui a questão é toda outra.)

d) Relevância do *discrimen* entre a imputação jurídica e a imputação moral.¹¹⁻¹² A ausência de uma tipologia cerrada para as infrações administrativas de tabeliões e registradores – o que pareceria, num primeiro ângulo, melhor atender ao interesse público – não pode, contudo, levar ao menoscabo da distinção entre, de um lado, a esfera jurídica e, de outro, a mais ampla da moralidade, porque o desprezo da consciência da ilicitude pelo actante e a exacerbação dos juízos valorativos pósteros acarretam ofensa da independência jurídica nas funções tabelio e registrária, e isto é a *desatenção máxima* do interesse público quanto a essas funções.

e) O tema da consciência da antijuricidade empolga por primeiro a distinção entre consciência psicológica *simplex* e consciência moral (que é uma das espécies da anterior), na medida em que reclama advertência (*cognitionis in subiecto capacis*) e consentimento, ou, quando menos, exigibilidade de advertência quanto aos atos ou omissões correspondentes (com a necessidade de *discrimen* entre a *ignorantia physice invincibilis* e a *ignorantia moraliter*, que, podendo ser *vencibilis*, nem sempre é culpável).¹³ É dizer que a consciência da ilicitude – em todas as amplas modalidades de culpa – deve ser indispen-

9. GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2006, p. 170-171.

10. HUERGO LORA, 2007, p. 377-380; MELLO, 2007, p. 184 et seq.

11. Por todos: DIAS, 1983, p. 254 et seq.

12. Tudo, é certo, sem embargo da correta meditação de Roger Merle, no sentido de que, uma vez cabível a pena jurídica, já sua organização deva favorecer a penitência voluntária do culpável (1985, p. 150).

13. DIAS, 1995, maxime p. 305 et seq.

savelmente investigada, em cada caso, para evadir o reato da *poena sine culpā*, injusta subjetivamente¹⁴ e, não menos, *institucionalmente*.

f) O problema dos elementos normativos do tipo de ilícito, com sua combatida *possível* regressão externa temporal e “ontológica” (ou seja, esses elementos podem às vezes valorar-se apenas *ab extrinseco* – é dizer, só pelo julgador, e não, realmente, pelo actante – atuando como fator retrocessivo de constituição de uma conduta *pretérita*) afronta pontualmente a independência jurídica dos tabeliães e registradores.

8. LIVROS REFERIDOS

AMOR RUIBAL, Ángel. *Derecho penal de la Iglesia católica*. Madri: Eco de Santiago, 1973.

CATHREIN, Viktor. *Philosophia moralis in usum scholarum*. Friburgo: Herder, 1955.

CRUZ, Sebastião. *Direito romano*. 4. ed. Coimbra, 1984.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Liberdade culpa direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, 1997.

ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Dictionnaire étimologique de la langue latine -histoire des mots*. Paris: Klincksieck, 2001.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1965.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MERLE, Roger. *La penitence et la peine*. Paris: Cerf, Cujas, 1985.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

ZALBA, Marcellino. *Theologiæ moralis compendium*. Madri: BAC, 1958.

14. CATHREIN, 1955, p. 60-62.

DIF, Ricardo Henry Marques. Nótulas sobre a responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 143-150. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Da responsabilidade civil dos tabeliães, de Claudinei de Melo – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/129-134 (DTR\2013\10022);
- Os notários e registradores e sua atuação na desjudicialização das relações sociais, de Yasmim Leandro Veronese e Caique Tomaz Leite da Silva – *RTSP* 4/65-80 (DTR\2014\9403);
- Registro de empregados por tabeliães e registradores, de Gentil Domingues dos Santos – *RTSP* 2/109-117 (DTR\2013\10337); e
- Tabelião – Responsabilidade pelos atos de seus auxiliares – Limites, de Plínio Barreto – *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 4/1203-1207, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/1279 (DTR\2012\972).

PURGAÇÃO DA MORA EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E O REGISTRO DE IMÓVEIS

DEFAULT PURGE ON CHATTEL MORTGAGE CONTRACTS AND THE REAL ESTATE REGISTRY

RODRIGO PACHECO FERNANDES

Pós-graduando em Direito Imobiliário na Escola Paulista de Direito – EPD.
Aluno especial do curso de Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP em 2014. Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da Sede da Comarca de São Bento do Sapucaí/SP. Ex-preposto do 15º Oficial de Registro de Imóveis da Cidade de São Paulo/SP.
pachecofernandes0001@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Este artigo tem por objetivo estudar a mora nos contratos de alienação fiduciária e suas consequências perante o Registro de Imóveis, definindo a natureza jurídica da consolidação da propriedade, bem como o limite circunstancial para que o devedor purgue sua mora.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação fiduciária – Propriedade resolúvel – Mora – Consolidação da propriedade – Cancelamento.

ABSTRACT: This article aims to study the default on chattel mortgage contracts and its consequences to the Real Estate Registry by defining the legal nature of the purchaser's title and the circumstantial limit for the borrower to purge their default.

KEYWORDS: Chattel mortgage – Conditional property – default – purchaser's title – cancellation.

SUMÁRIO: 1. Conceito de propriedade fiduciária. 2. Mora e a atuação do registrador de imóveis. 3. Natureza jurídica do ato de averbação da consolidação da propriedade. 3.1 Natureza constitutiva. 3.2 Natureza declaratória. 4. Limite para a purgação da mora. 5. Cancelamento da averbação de consolidação. 6. Conclusão. 7. Bibliografia referenciada.

1. CONCEITO DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Propriedade fiduciária imóvel, conforme conceito legal extraído do art. 22, *caput*, da Lei 9.514/1997, com redação semelhante à do art. 1.361 do CC/2002,

é aquela cuja constituição depende da existência de uma determinada dívida, qualquer que seja sua natureza – mais comumente um mútuo, ainda que a este negócio não se limite – a qual fica atrelada como garantia.

Nota-se desde logo o caráter acessório de tal transferência, vinculada à própria dívida que garante.

Ensina Orlando Gomes¹ que:

“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*”.

Mostra-se lógico o fato de a lei atribuir caráter resolúvel à propriedade fiduciária, condicionando-a ao evento futuro e incerto de adimplemento total da dívida, com o qual retornará a coisa ao patrimônio do devedor ou do terceiro que tenha alienado seu imóvel em garantia de obrigação alheia.

Assevera Francisco Eduardo Loureiro² que:

“A propriedade fiduciária constitui patrimônio de afetação, porque despida de dois dos poderes federados do domínio – *jus utendi e fruendi* –, que se encontram nas mãos do devedor fiduciante [ou do terceiro garantidor]. O credor fiduciário tem apenas o *jus abutendi* e, mesmo assim, sujeito à condição resolutiva, destinado, afetado somente a servir de garantia ao cumprimento de uma obrigação. O direito de dispor, na verdade, está atrelado à cessão do crédito garantido. A propriedade-garantia é acessória à obrigação e segue sua sorte. A peculiaridade é que, ao contrário das demais garantias reais, incide não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria transferida ao credor, embora sob condição resolutiva” (destaques no original).

2. MORA E A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS

Ocorrendo o inadimplemento da dívida, estará o credor resguardado, de modo que terá em suas mãos o poder de converter o imóvel que recebeu fiduciariamente em dinheiro, mediante alienação em leilão ou, caso não alcance o valor do débito em lances (art. 27, §§ 5.º e 6.º, da Lei 9.514/1997), em futura venda da coisa que ficará no patrimônio do fiduciário.

-
1. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 251.
 2. PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2015. p. 1318, comentários ao art. 1.361.

Entretanto, para que seja possível levar imóvel a leilão visando saldar a dívida é necessário, inicialmente, constituir o devedor em mora, intimando-o para que realize o pagamento das prestações vencidas e não pagas.

Tal procedimento, regido pela Lei 9.514/1997, correrá perante o Registro de Imóveis, cujo papel será dar ciência ao devedor acerca dos valores devidos, convocando-o a pagar no prazo de 15 dias corridos (art. 26, *caput* e § 1.º).

Comparecendo o fiduciante perante o Oficial e acertando o valor devido, voltará o contrato ao seu rumo natural, ou seja, estará o fiduciário mais perto de alcançar a quitação integral e conseqüentemente de reaver a propriedade do imóvel.

Outra é a situação quando o devedor não efetua o pagamento das prestações dentro do prazo legal.

Isto porque a propriedade se consolidará em nome do credor-fiduciário, o qual tem por determinação legal o dever de alienar o imóvel em leilão público (duas tentativas) no prazo de 30 dias a contar da consolidação (art. 27, *caput*).

Conforme as lições de Orlando Gomes:³

“O titular do direito de propriedade resolúvel é um proprietário sem certeza do destino final da propriedade, mas é um proprietário. Se a condição se verifica, perde a propriedade, mas, se falha, consolida-se em definitivo”.

Eis que surge o problema e as indagações a seguir: Qual é a natureza jurídica do ato de averbação da consolidação da propriedade? O adimplemento da totalidade da dívida fica frustrado, não sendo mais possível a realização da condição resolutiva?

A resposta para tais perguntas reflete diretamente em saber qual será o limite circunstancial para a purgação da mora, bem como, caso aceita a possibilidade de pagamento posterior à consolidação, qual ato ou negócio faria com que a propriedade fiduciária se restabelecesse.

3. NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE AVERBAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE

Quanto à natureza jurídica da consolidação da propriedade, o exegeta poderá chegar às seguintes afirmações: De que o ato é (a) declaratório ou (b) constitutivo.

3. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 253.

3.1 *Natureza constitutiva*

Uma forma de enfrentar a questão é entender que a averbação da consolidação é *constitutiva* do direito do credor, antes titular de um direito real limitado, investindo-o na propriedade plena da coisa por meio de uma transferência. Com isso, desvincula-se o fiduciário de qualquer condição resolutiva justamente a partir deste ato de averbação.

Tal raciocínio pode ter como base (a) o fato de o § 7.º do art. 26 da Lei 9.514/1997 mencionar o recolhimento de imposto de transmissão *inter vivos* quando da consolidação;⁴ (b) o art. 1.367 do CC/2002, no qual consta não se equiparar a propriedade fiduciária, “para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231”;⁵ ou (c) a expressão “transmitida a propriedade plena”, constante do parágrafo único do art. 1.368-B do CC/2002.

Melhim Namem Chalhub,⁶ em estudos acerca do negócio fiduciário, assim escreveu:

“A consolidação da propriedade em nome do fiduciário é o evento que materializa a hipótese de incidência do imposto de transmissão *inter vivos*, pois até então o credor-fiduciário é proprietário fiduciário do bem (...).

De fato, ao se contratar a alienação fiduciária, não se tem em vista a transmissão plena da propriedade ao credor-fiduciário, mas, apenas, a constituição de uma propriedade fiduciária sobre o bem, que é um direito real limitado, constituído com o escopo de garantia. Tratando-se, assim, de um direito real de garantia, a constituição da propriedade fiduciária não enseja a incidência do imposto de transmissão (...).

Excepcionados, assim, pela Constituição, os direitos reais de garantia, só se tornará exigível o imposto de transmissão, por efeito do contrato de alienação fiduciária, no momento em que vier a se verificar a transmissão do imóvel ao fiduciário, o que ocorrerá somente quando da consolidação da propriedade em seu nome”.

Com efeito, se a consolidação transforma, por transmissão, a propriedade fiduciária em plena, a aquisição deste direito em caráter fiduciário demanda

4. Ressalva-se a opinião do autor deste trabalho sobre a aparente inconstitucionalidade desta parte do dispositivo legal, haja vista o teor do art. 156, II, da CF/1988, cujo debate foge ao tema do presente trabalho.

5. “Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.”

6. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290-291.

sua constituição pela prática do ato devido perante o Registro de Imóveis (art. 1.227 do CC/2002).

Entretanto, não parece ser este o melhor entendimento, conforme se demonstrará abaixo.

3.2 *Natureza declaratória*

Com todo respeito ao posicionamento anterior, entender diversamente está consentâneo com a lei. O ato de averbação da consolidação é meramente declaratório de uma situação já perfeita, ou seja, o esgotamento do prazo de 15 dias sem purga da mora perante o Oficial de Registro. Tal ocorrência resulta na imediata consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário.

O negócio de alienação fiduciária é condicionado (art. 121 do CC/2002), ou seja, subordina-se “o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”, existindo uma condição resolutiva, cujo acionamento é a quitação integral do contrato, momento em que a coisa retorna ao devedor-fiduciante, bem como uma condição suspensiva, tendo por evento futuro e incerto o inadimplemento da dívida, seguido de constituição em mora via Registro Imobiliário, desperdando o direito de o credor-fiduciário vender o bem em leilão.

Conforme ensinamento de José Homem Corrêa Telles:⁷ “Um direito, ou obrigação é condicional, quando subordinado a um acontecimento, que pode ou não vir a existir”. A quitação, ou não, das parcelas enquadra-se perfeitamente neste conceito, seja para acionar o direito subordinado à condição suspensiva ou resolutiva.

Não se confunde o pagamento de imposto de transmissão (art. 26, § 7.º) com a aquisição do domínio. Do mesmo modo, o fato de o art. 1.367 do CC/2002 estabelecer que a propriedade fiduciária não se equipara à propriedade plena não significa que com a consolidação existirá uma transferência para que se torne pleno o domínio do credor.

Sobre os conceitos de propriedade plena e limitada, constava do Código Civil de 1916 um dispositivo esclarecedor: “Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resoluvel”.

7. TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis*. Coimbra, 1835. t. I, p. 14. Disponível em: [www.fd.unl.pt]. Acesso em: 20.08.2015.

Pois bem. A transferência da propriedade ao credor, em caráter fiduciário e com escopo de garantia, importa na “criação de um *patrimônio de afetação*, ao qual é atribuída uma destinação específica”⁸ sendo que o “acervo afetado não pode ser alvo de constrição por dívidas ou obrigações que não sejam relacionadas à função específica para a qual foi instituída a afetação”⁹, qual seja retornar ao patrimônio do devedor-fiduciante ou servir de pagamento da dívida, seja em espécie, se alienado nos leilões públicos, ou ainda, em patrimônio imobiliário propriamente dito.

A elasticidade da propriedade é restringida pelos contornos dados pela lei ao negócio fiduciário em garantia.

A propriedade do credor somente não é plena porque pela natureza do negócio: (a) os direitos de *usar* e *gozar* estão nas mãos do devedor-fiduciante, por permissão legal, enquanto adimplente (art. 24, V, da Lei 9.514/1997); (b) o direito de *dispor livremente* da coisa é ceifado, estando condicionado à situação de inadimplemento do fiduciante, momento em que a venda sequer é facultada ao credor, mas *imposta* pela lei; (c) a propriedade do credor é *temporária*, ao contrário do que normalmente ocorre em relação a este direito, cuja característica é ser perpétuo. A propriedade, embora pertença desde o início ao fiduciário, fica afetada a garantir a dívida, tendo seus contornos delineados pela lei para tal situação.

Outrossim, a consolidação não implica transmissão de propriedade, pois esta já pertence ao credor desde o registro de transferência em caráter resolúvel. A alienação fiduciária é uma garantia sobre coisa própria. O que ocorre é apenas a retomada de elasticidade da propriedade, assim como acontece em relação ao nu-proprietário quando extinto o usufruto constituído sobre seu imóvel.

A consolidação abre ao credor as portas de seu direito-dever de alienar o imóvel em leilão público para utilização dos recursos da venda para quitação da obrigação inadimplida pelo fiduciante, sendo-lhe imperativo, ainda, devolver eventual sobra do valor ao fiduciante, conforme preconiza o § 6.º do art. 27 da Lei em estudo.

8. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*. ano 30. vol. 63. p. 83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.

9. *Idem*, *ibidem*.

4. LIMITE PARA A PURGAÇÃO DA MORA

Feitas as considerações acima, indaga-se qual o limite circunstancial para que o devedor purgue sua mora.

Um primeiro raciocínio pode ser firmado com base no argumento de que a consolidação é ato constitutivo do direito do credor à plena propriedade, representando uma verdadeira transmissão de direitos. A partir desse momento estaria extinto o contrato de alienação fiduciária e, com isso, a propriedade em caráter fiduciário (já que acessória de um contrato principal cujo objeto é uma obrigação), restando quitada a totalidade da dívida, por força dos §§ 4.º e 6.º do art. 27 da Lei 9.514/1997.¹⁰

Assevera Melhim Namem Chalhub¹¹ que o contrato de alienação fiduciária

“Só se extingue como decorrência da extinção do contrato principal, que, em geral, é o de mútuo e, nesse caso, a extinção natural da alienação fiduciária em garantia se dá pela reposição do crédito concedido ao devedor, enquanto a extinção excepcional opera-se mediante consolidação da propriedade no credor seguida de leilão do imóvel”.

Já um segundo jogo de ideias pode ser criado, pautando-se no argumento de ser a consolidação uma mera declaração de que houve o decurso do prazo de 15 dias sem que tenha havido quitação da dívida.

Nesse caso, a ausência de pagamento após a devida intimação extrajudicial representaria o inadimplemento absoluto, frustrando *definitivamente* a condição resolutiva característica da propriedade resolúvel. Nas palavras de Eduardo

10. “Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

(...)

§ 4.º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2.º e 3.º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5.º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.º.

§ 6.º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio. (...)”

11. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária de bens...* cit., p. 102.

de Assis Brasil Rocha,¹² “com a falta de pagamento pelo devedor, devidamente constituído em mora, é que se dará a consolidação definitiva da propriedade em nome do fiduciário, para que o mesmo possa, então, realizar os leilões e receber o valor que lhe é devido”.

Estes dois primeiros entendimentos levam a crer que a consolidação da propriedade em nome do credor representaria a extinção do direito do devedor-fiduciário reaver a coisa.

Consolidada a propriedade, seja em decorrência da frustração automática da condição resolutiva (ato registral de cunho declaratório), seja pela averbação praticada na matrícula (constitutiva), seus efeitos estariam operados, inexistindo a possibilidade de cancelamento deste ato por ajuste entre as partes. O raciocínio é o mesmo utilizado em relação aos contratos de compra e venda, quando extintas as obrigações, situação em que o distrato/cancelamento do negócio não é possível.¹³

Assim, somente um outro pacto teria o condão de novamente constituir um negócio jurídico entre as mesmas partes, com uma nova alienação fiduciária para a garantia da mesma dívida, inclusive. Seria necessária a (re)transmissão do imóvel ao devedor, seguida de uma nova alienação fiduciária ao credor.

Parece ter sido essa a inteligência formulada pela 1.^a Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, no Processo 1043214-93.2015.8.26.0100,¹⁴ em que a ilustre jurista e magistrada Dra. Tânia Mara Ahualli, embora tenha adotado posicionamento pela viabilidade de quitação da dívida após a consolidação – o que será analisado abaixo –, decidiu pela impossibilidade de desconstituição da averbação, nos seguintes termos:

“Uma vez determinado que a quitação da dívida após a consolidação da propriedade é cabível, surge questão importante: de que maneira o domínio voltará a ser exercido pelo antigo devedor? A sugestão do Ministério Público, no sentido de que este deve adquirir o bem no leilão, não me parece de bom senso, embora fiel à letra da lei. Contudo, o cancelamento da averbação que consolida a propriedade também não é possível, pois esta averbação é apenas

12. ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Doutrinas essenciais – Direito registral: propriedade e direitos reais limitados*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 5, p. 334.

13. FERNANDES, Rodrigo Pacheco. Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*. ano 37. vol. 77. p. 151-152. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2014.

14. DJe-SP 13.08.2015.

declaratória. (...) Acredito ser necessária a realização de novo negócio jurídico entre as partes, que suportarão os seus custos, para a renovação da garantia ou alteração da propriedade. A situação foi criada pela mora do devedor, que teve oportunidade anterior de purgá-la e não o fez, bem como pela atitude do credor em abrir mão da arrematação e aceitar a quantia devida, não podendo ser resolvida por mero cancelamento de averbação”.

Um terceiro entendimento, mais brando que os anteriores, foi adotado pela 3.^a Turma do STJ. Entendeu a C. Turma ser a assinatura do auto de arrematação a data-limite para a purgação da mora em contratos de alienação fiduciária, conforme decisão cuja ementa merece ser transcrita:

“Recurso especial. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Lei 9.514/1997. *Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Possibilidade. Aplicação subsidiária do Dec.-lei 70/1966.*

1. Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário.

2. No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, *o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação.*

3. *Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Dec.-lei 70/1966.*

4. O devedor pode purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1º, da Lei 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Dec.-lei 70/1966). Aplicação subsidiária do Dec.-lei 70/1966 às operações de financiamento imobiliário a que se refere a Lei 9.514/1997.

5. Recurso especial provido” (REsp 1462210/RS, 3.^a T., j. 18.11.2014, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 25.11.2014)¹⁵ (destaques nossos).

15. Entendimento neste sentido também foi adotado no REsp 1433031/DF (3.^a T., j. 03.06.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 18.06.2014).

Entender pela possibilidade de purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação parece ser, com todo o respeito, a melhor interpretação do instituto.

Nestor Duarte¹⁶ quando tratou da definição de negócio fiduciário, asseverou ser este

“(...) fundado na confiança, pelo qual uma das partes, o fiduciante, transfere a propriedade de um bem para a outra, o fiduciário, para usá-lo com fim determinado ou com o escopo de garantia, ficando ele obrigado a restituí-lo, esgotada a finalidade, realizada a condição, sobrevivendo o termo estabelecido ou cumprida a obrigação garantida por aquele bem”.

Ora, a alienação fiduciária de bem imóvel, cuja característica é a transmissão do domínio ao credor, tem por escopo justamente resguardá-lo com tal operação, trazendo a certeza de que seu crédito será honrado, seja pelo pagamento espontâneo, ou pela venda da coisa. A propriedade do credor-fiduciário importa na “criação de um *patrimônio de afetação*, ao qual é atribuída uma destinação específica”¹⁷ sendo que o “acervo afetado não pode ser alvo de constrição por dívidas ou obrigações que não sejam relacionadas à função específica para a qual foi instituída a afetação”,¹⁸ qual seja retornar ao patrimônio do devedor-fiduciante ou pagar a dívida que garante.

Justamente por isso existe o leilão, que tem “por finalidade angariar recursos para a satisfação do crédito, mas também para que as quantias pagas pelo devedor lhe sejam restituídas”.¹⁹

Além disso, nos exatos termos do *caput* do art. 26 da Lei 9.514/1997, o procedimento de intimação realizado pelo Registrador de Imóveis tem por missão *constituir em mora o fiduciante*.

O devedor encontra-se em mora, não estando caracterizado, portanto, o inadimplemento absoluto, o que ocorrerá apenas no caso de “recusar-se o de-

16. DUARTE, Nestor. Propriedade fiduciária no direito brasileiro. Tese apresentada para concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 41/2012. São Paulo, 2013, p. 45.

17. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens... cit., p. 83.

18. Idem, *ibidem*.

19. BUENO, Marcio Antonio; AMARAL, Fernanda Costa do. A tutela específica e a política social. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 552.

vedor a prestar a obrigação ou tornar-se esta inútil ao credor”,²⁰ bem como diante da impossibilidade de cumprimento.

A própria Lei 9.514/1997, em seu art. 39, II, dispõe que “aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966”.

Tal Decreto-lei traz em seu art. 34 a seguinte redação:

“Art 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I – se a purgação se efetuar conforme o § 1.º do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II – daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação”.

Conforme exposto neste trabalho (item 3.2), a consolidação da propriedade é automática, tratando-se de *condição suspensiva* o direito de o credor levar a coisa a leilão. Entretanto, tal fato (inadimplemento) não representa absoluta frustração da condição resolutiva – direito de o devedor-fiduciante reaver a coisa ao final do contrato.

Isto somente ocorrerá após a realização dos leilões, momento em que (a) a coisa passará ao patrimônio de terceiro; ou (b) permanecerá definitivamente no domínio do credor-fiduciante, tendo por consequência a quitação da dívida (art. 27, §§ 5.º e 6.º, da Lei 9.514/1997). Somente esses dois acontecimentos esgotam os efeitos do negócio fiduciário, extinguindo-o por via diversa do pagamento espontâneo.

Ao tratar da alienação fiduciária, Álvaro Villaça Azevedo²¹ desperta no leitor essa ideia quando escreve o seguinte:

“Por esse contrato, utiliza-se a propriedade para fins de garantia, podendo o domínio sobre o imóvel consolidar-se, *definitivamente*, após a realização do segundo leilão, em caso de inadimplemento do contrato principal” (destaque nosso).

As próprias Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, tomo II, trazem dispositivo no sentido de que decorridos 120 dias da certificação, pelo Registrador, de que não foi purgada a mora dentro do prazo legal de 15 dias, será necessário “novo procedimento de execução extrajudicial” (Subitem 256.1, do Cap. XX). Norma semelhante é encontrada no

20. FERNANDES, Rodrigo Pacheco. Op. cit., p. 157.

21. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133.

Código de Normas de Serviços dos Ofícios Extrajudiciais do Estado da Bahia²² e no Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Piauí.²³

Tais atos normativos revelam uma presunção de continuidade no cumprimento das obrigações, ou seja, o pagamento realizado posteriormente ao procedimento de intimação e constituição em mora – o que conforme visto acima, faz surgir o direito-dever de venda do imóvel pelo fiduciário –, resultando na desnecessidade de o credor tornar pública, por intermédio do Registro de Imóveis, a consolidação da propriedade e por consequência, a venda do imóvel em leilão.

De todos os lados, é de solar clareza que a consolidação da propriedade de que trata o *caput* do art. 27 da Lei 9.514/1997, não tem o condão de automaticamente frustrar a possibilidade de quitação da dívida, de forma que, havendo quitação da dívida anteriormente ao leilão inexistirá razão para prosseguimento dos atos de execução extrajudicial do imóvel.

Mister se faz ressaltar que a purgação da mora englobará os valores devidos, “mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta” (art. 401 do CC/2002), ou seja, o débito será acrescido dos juros convencionais (moratórios), correção monetária incidente até o momento da purgação, as penalidades contratualmente previstas, despesas de cobrança e intimação (valores despendidos com o procedimento realizado perante o Registro de Imóveis), tributo municipal (transmissão *inter vivos*) arcado pelo credor quando da averbação da consolidação, gastos com anúncio e contratação do leilão e eventuais débitos condominiais imputáveis ao imóvel, tudo isso conforme interpretação dos arts. 34 e seus dois incisos, 33 e seu parágrafo único, ambos do Dec.-lei 70/1966, combinados com o art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997.

-
22. “Art. 1.191. A consolidação da plena propriedade será feita à vista da prova do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do *laudêmio*. Para tais fins, será considerado o preço ou valor econômico declarado pelas partes ou o valor tributário do imóvel, independentemente do valor remanescente da dívida. Parágrafo único. Decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem as providências elencadas no subitem anterior, os autos serão arquivados. Ultrapassado esse prazo, a consolidação da propriedade fiduciária exigirá novo procedimento de execução extrajudicial, ser exigido, no ato do requerimento, depósito prévio dos emolumentos e demais despesas estabelecidas em lei, importância que deverá ser reembolsada ao apresentante, por ocasião da prestação de contas, quando ressarcidas pelo devedor fiduciante.”
23. “Art. 906. Decorrido o prazo da intimação sem purgação da mora, o oficial do Registro de Imóveis, lançará Certidão de Transcurso de Prazo sem Purgação da Mora e dará ciência ao requerente, para eventual requerimento de consolidação da propriedade fiduciária, no prazo de cento e vinte (120) dias.”

Uma última ressalva merece ser feita com relação à dívida garantida pela alienação fiduciária. Conforme o inc. III do art. 1.425 do CC/2002, aplicável aos contratos de alienação fiduciária por força do art. 1.367 deste mesmo diploma, considera-se vencida a dívida se as prestações não forem pontualmente pagas.

Pela sistemática da Lei 9.514/1997 tal regra não se aplica, ao menos até o escoamento do prazo de 15 dias posteriores à intimação extrajudicial.

Entretanto, depois de consolidada a propriedade em nome do credor a resposta parece ser diversa, ou seja, poderá o credor exigir o pagamento *integral* do saldo da dívida garantida pela propriedade fiduciária. Ressalte-se que essa é apenas uma faculdade, podendo ser renunciada a execução da totalidade, o que não implicará novação, pois inexistente o desejo de criar nova obrigação em substituição à anterior, mas apenas a intenção de preservar o acordado anteriormente firmado (art. 361 do CC/2002).

5. CANCELAMENTO DA AVERBAÇÃO DE CONSOLIDAÇÃO

Conforme os ensinamentos de Miguel Maria de Serpa Lopes, “o cancelamento pode decorrer da lei, da sentença judicial ou da vontade dos interessados, em razão do que pode ser legal, judicial e voluntário”.²⁴

Firmado o entendimento acima esboçado, pelo qual a consolidação opera-se de pleno direito, sendo sua averbação declaratória dessa situação, claro fica que o escopo do ato praticado na matrícula é meramente publicitário – em relação ao inadimplente e a terceiros eventualmente interessados em oferecer lances pela coisa – de que foi realizado o procedimento de intimação do devedor-fiduciante para que fosse efetuada a quitação das prestações até então devidas, sendo que o pagamento não ocorreu dentro do prazo legal, surgindo a possibilidade de o credor realizar a venda do bem para obter o valor da dívida.

Tal ato, quando praticado na matrícula do imóvel, seria o marco inicial do prazo para alienação em leilão, que deverá ocorrer em até 30 dias, ficando a sociedade ciente, por meio da publicidade registral, que dentro deste período poderá ocorrer a arrematação do bem.

Pois bem, conforme adrede explicado, a intimação extrajudicial apenas constitui em mora o devedor-fiduciante, sendo possível a quitação, até a assinatura do auto de arrematação, da integralidade da dívida ou, caso consinta o

24. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos: registro de imóveis (inscrição, transcrição e cancelamento) e registro da propriedade literária, científica e artística*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. vol. 4, p. 475.

credor – renuncie à cobrança do todo –, apenas da parte inadimplida mantendo-se os termos do contrato tal como originalmente firmado.

Parece clara a possibilidade de averbação de cancelamento legal do ato de consolidação, seja a requerimento firmado pelo credor e pelo devedor (art. 250, II, da Lei 6.015/1973), ou por requerimento de apenas um deles, juntado o instrumento de quitação assinado pelo credor (art. 250, III, da Lei de Registros Públicos).

Tal cancelamento poderá ser feito de dois modos.

O primeiro deles, no caso de a quitação ser da *integralidade* da dívida objeto do negócio fiduciário, bastará que o Oficial de Registro de Imóveis efetue uma averbação na matrícula do imóvel alienado fiduciariamente, (i) informando o pagamento da totalidade do débito pelo fiduciante, fato este ocorrido anteriormente à assinatura do auto de arrematação, ficando cancelados a averbação da consolidação e o registro da alienação fiduciária, por implemento da condição resolutiva característica da propriedade fiduciária.

Já no caso de o credor renunciar à cobrança da totalidade da dívida, consoante faculdade prevista no art. 1.425, III, do CC/2002, cobrando apenas parte da dívida e dando continuidade ao contrato nos moldes inicialmente estabelecidos entre as partes, bastará que o Registrador averbe o cancelamento da consolidação da propriedade, informando que será dado seguimento ao pagamento da dívida nos exatos termos do contrato de alienação fiduciária, mantendo-se íntegro o registro da propriedade resolúvel.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, de se concluir que a alienação fiduciária de coisa imóvel implica a transmissão da propriedade, em caráter fiduciário, ao credor, estando tal direito afetado, sujeito aos contornos legais, com certas limitações peculiares ao negócio em questão, como, por exemplo, a posse e fruição da coisa que ficam em mãos do devedor, bem como a impossibilidade de alienação da coisa a terceiros enquanto o devedor-fiduciante estiver adimplente.

Com o inadimplemento, seguido de procedimento extrajudicial, fica o devedor constituído em mora e, não efetuado o pagamento perante o Registrador de Imóveis, opera-se automaticamente a condição suspensiva do direito de o credor vender o bem em leilão.

Para fins de publicidade e eficácia perante terceiros, se faz necessária a averbação da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel em que constituída a propriedade fiduciária. Tal ato é marco inicial do prazo de 30 dias dentro do qual o credor-fiduciante deverá promover o leilão da coisa, não im-

plicando óbice absoluto à purgação de mora por parte do devedor, que poderá pagar sua dívida até a assinatura do auto de arrematação, nos termos do art. 34 do Dec.-lei 70/1966.

Uma vez purgada a mora neste ínterim, possível será o cancelamento do ato de consolidação, mediante simples averbação, retornando a propriedade ao devedor, no caso de quitação total da dívida, no caso de pagamento parcial da dívida, verificar-se-á a continuidade do contrato original, em que o imóvel continuará alienado fiduciariamente ao credor, em garantia do pagamento da dívida originária.

7. BIBLIOGRAFIA REFERENCIADA

Livros

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUENO, Marcio Antonio; AMARAL, Fernanda Costa do. A tutela específica e a política social. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2015.
- ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito registral: propriedade e direitos reais limitados*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 5.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos: registro de imóveis (inscrição, transcrição e cancelamento) e registro da propriedade literária, científica e artística*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. vol. 4.
- TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto português ou tratado dos direitos e obrigações civis*. Coimbra, 1835. t. I. Disponível em: [www.fd.unl.pt]. Acesso em: 20.08.2015.

Publicações em revistas e periódicos

- CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*. ano 30. vol. 63. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.
- FERNANDES, Rodrigo Pacheco. Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*. ano 37. vol. 77. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2014.

Trabalhos científicos

DUARTE, Nestor. Propriedade fiduciária no direito brasileiro. Tese apresentada para concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 41/2012. São Paulo, 2013.

Códigos e normas

Código de Normas de Serviços dos Ofícios Extrajudiciais do Estado da Bahia. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 20.08.2015.

Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Piauí. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 20.08.2015.

Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo. t. II. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/NormasExtrajudicial.aspx?f=2]. Acesso em: 16.08.2015.

Outros sites visitados

Kollemata Jurisprudência. Org. Sérgio Jacomino. Disponível em: [www.kollemata.com.br/]. Acesso em: 15.08.2015.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [www.stj.jus.br].

Relação da produção intelectual anterior

Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*. vol. 77. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, de Melhim Namem Chalhub – *RDC* 66/91, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 5/439-456 (DTR\2008\824);
- Hipóteses excepcionais de sujeição de operações garantidas por alienação fiduciária à recuperação judicial, de Rodrigo Shirai – *Crise Econômica e Soluções Jurídicas* (DTR\2015\16716);
- Preço vil: impossibilidade de arguição na alienação fiduciária de bem imóvel, de Everaldo Augusto Cambler – *RDI* 78/277 (DTR\2015\3598); e
- Regularidade da arrematação – Não caracterização de preço vil, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito* 9/691 (DTR\2014\17475).

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO SOBRE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DISCUSSÃO SOBRE AS FORMAS DE OCUPAÇÃO DO SOLO

*THE JUDICIAL DECISIONS OF THE COURT OF SAO PAULO ON THE SOCIAL ROLE
OF PROPERTY: COMPLEMENTARY INFORMATION TO DISCUSS DIFFERENT
FORMS OF LAND OCCUPATION*

THIAGO DOS SANTOS ACCA

Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP.
Professor e Pesquisador da FGV Direito SP.
thiago.acca@fgv.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional; Civil

RESUMO:¹ O conceito de função social da propriedade e suas consequências jurídicas continuam sendo alvos de muitas controvérsias. Nesse contexto, o presente artigo pretende, com base no levantamento de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo no período entre 2002 e 2014, responder as seguintes questões: (i) O TJSP apresenta um conceito aplicável de função social da propriedade? (ii) Em que situações tal conceito é utilizado pelo Tribunal? (iii) Há uma autopercepção do Tribunal de que seu papel é verificar se o proprietário está cumprindo com a função social da propriedade ou essa seria uma competência exclusiva da Administração Pública? (iv) Quais são as consequências jurídicas para o proprietário que não cumpre com a função social?

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade – Direitos fundamentais – TJSP.

ABSTRACT: The concept of social function of property and their legal consequences are still targets of many controversies. In this context, this paper wants, based on the cases law of the São Paulo Court of Justice between 2002 and 2014, to answer the following questions: (i) The TJ-SP has an applicable concept of social function of property? (ii) In what situations this concept is used by the Court? (iii) There is a perception of the Court that its role is to verify that the owner is complying with the social function of property or this would be an exclusive competence of the Public Administration? (iv) What are the legal consequences for the owner who does not comply with the social function of property?

KEYWORDS: Social function of property – Fundamental rights – Sao Paulo Court of Justice.

-
1. Gostaria de agradecer o apoio dos pesquisadores Ramon Alberto dos Santos e Natalia Amancia pelo auxílio no levantamento de jurisprudência. Esse artigo faz parte de

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Procedimento adotado para levantamento jurisprudencial. 3. Análise dos casos. 3.1 Categorias de análise da função social da propriedade nos acórdãos. 3.2 Análise das decisões em que a função social da propriedade foi utilizada de forma autoaplicável. 3.2.1 Função social da propriedade como destinação social dada à propriedade abandonada/transcurso de grande lapso temporal. 3.3 Análise de grupos de decisões classificados como descrição ou princípio legitimador. 3.3.1 Normatividade da função social da propriedade. 3.3.2 Consequências jurídicas pelo descumprimento da função social da propriedade. 3.3.3 Poder responsável pela aplicação das consequências jurídicas em virtude do descumprimento da função social da propriedade. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos as ocupações de imóveis, sobretudo, em grandes cidades, vêm se tornando cada vez mais frequentes. O cerne da disputa jurídica entre proprietários e ocupantes se estabelece, em última instância, com base no conceito de propriedade. A Constituição garante o direito de propriedade, mas ao mesmo tempo diz que ela deve cumprir com sua função social. A visão de que as prerrogativas criadas com o direito real de propriedade só são juridicamente protegidas se esse imóvel estiver cumprindo com sua função social é argumento muito utilizado pelos movimentos de moradia para justificar não apenas politicamente, mas também juridicamente sua ação de residir em um imóvel que não está registrado como seu.

Nesse contexto de tensão crescente em áreas urbanas o Judiciário é constantemente chamado a arbitrar conflitos por meio de ações de reintegração de posse, ou reivindicatórias, propostas pelo proprietário. As notícias veiculadas pela imprensa apontam como hipótese que o Judiciário não insere em suas decisões qualquer raciocínio jurídico que incorpore um conceito de função social da propriedade. Diversos casos ilustram essa hipótese como as reintegrações ocorridas no Pinheirinho, em São José dos Campos, ou na Ponte Estadiadinha, em São Paulo. Embora o tema da função social gere diversas discussões doutrinárias e práticas não há qualquer pesquisa jurisprudencial que tenha como objetivo traçar o modo como decidem os Tribunais.

O presente artigo tem como objetivo analisar qualitativamente de que forma o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reconhece e aplica o conceito

um esforço mais amplo para compreender como os Tribunais conceituam e aplicam a função social da propriedade, bem como a forma de utilização dos mecanismos jurídicos existentes para implementá-la como o Parcelamento, Edificação e Utilização compulsórios dos imóveis (PEUC). Essas pesquisas estão sendo desenvolvidas, sob a minha coordenação, pela FGV Direito SP.

de função social da propriedade, por meio da análise de acórdãos coletados dentro do lapso temporal que compreende os anos de 2002 até 2014. O início do levantamento jurisprudencial se dá em 2002 não por acaso. O Código Civil atualmente em vigor reafirma a nova concepção de propriedade, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo direito constitucional, nos seguintes termos:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1.º O direito de propriedade deve ser exercido em *consonância com as suas finalidades econômicas e sociais* e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Este artigo pretende responder basicamente quatro indagações: (i) O TJSP apresenta um conceito aplicável de função social da propriedade? (ii) Em que situações tal conceito é utilizado pelo Tribunal? (iii) Há uma autopercepção do Tribunal de que seu papel é verificar se o proprietário está cumprindo com a função social da propriedade ou essa seria uma competência exclusiva da Administração Pública? (iv) Quais são as consequências jurídicas para o proprietário que não cumpre com a função social?

2. PROCEDIMENTO ADOTADO PARA LEVANTAMENTO JURISPRUDENCIAL

Para coleta das decisões estudadas na pesquisa efetuou-se uma busca no *site* do próprio Tribunal, no portal e-SAJ, por meio do serviço “Consultas de Jurisprudência”, selecionando o modo “Pesquisa completa”. Foi adotado o pressuposto de que a ementa de um acórdão revela os pontos mais importantes da decisão e, por esse motivo, optou-se por filtrar a busca pelo campo “ementa”, de modo a selecionar apenas acórdãos que tivessem como central a questão acerca da função social da propriedade, pretendendo-se, assim, encontrar um debate mais aprofundado sobre o assunto.

Deveria constar na ementa a expressão “função social da propriedade”, com aspas duplas.² O procedimento utilizado pode ser visto na imagem a seguir, na pesquisa do ano de 2002:

2. A utilização das aspas duplas correspondem à função frase-exata, que possibilita o retorno de decisões com a frase exatamente como definida.

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

IMAGEM 1 – INDICAÇÃO DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PARA A BUSCA DE JURISPRUDÊNCIA NO SITE DO TJSP

Consulta Completa

Pesquisa livre :
 Como utilizar os filtros Pesquisar por sinônimos

Pesquisa por campos específicos

Ementa :
Número do recurso :
Número do registro :
Relator(a) :
Magistrado prolator :
Classe :
Assunto :
Comarca :
Órgão julgador :
Data do julgamento : até (dd/mm/aaaa)
Data de registro : até (dd/mm/aaaa)
Origem : 2º grau Colégios Recursais
Tipo de Decisão : Acórdãos Homologações de Acordo Decisões Monocráticas
Ordenar por : Data de registro Relevância

Com essa busca, obtiveram-se os seguintes resultados: (a) 294 decisões em 2002; (b) 317 decisões em 2003; (c) 202 decisões em 2004; (d) 13 decisões em 2005; (e) 11 decisões em 2006; (f) 10 decisões em 2007; (g) 38 decisões em 2008; (h) 41 decisões em 2009; (i) 60 decisões em 2010; (j) 134 decisões em 2011; (k) 80 decisões em 2012; (l) 82 decisões em 2013 e (m) 45 decisões até 12 de agosto de 2014.

Os números apontados se referem à contagem que o próprio banco de dados disponibilizado no site do TJSP efetua, ou seja, ao pesquisar com os critérios apontados acima o site realiza a busca e expõe os dados encontrados, indicando o número de acórdãos coletados, como se vê:

IMAGEM 2 – DEMONSTRAÇÃO DA RESPOSTA DO SÍTIOS DEPOIS DE EFETUADA A BUSCA

Pesquisa por campos específicos

Ementa : "função social da propriedade"

Número do recurso :

Número do registro :

Relator(a) :

Magistrado prolator :

Classe :

Assunto :

Comarca :

Órgão julgador :

Data do julgamento : 01/01/2014 até 12/08/2014 (dd/mm/aaaa)

Data de registro : até (dd/mm/aaaa)

Origem : 2º grau Colégios Recursais

Tipo de Decisão : Acórdãos Homologações de Acordo Decisões Monocráticas

Ordenar por : Data de registro Relevância

Acórdãos(45)

Resultados 1 a 10 de 45

1 - 0021230-73.2009.8.26.0361 Apelação / IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano

Entretanto, esse número não demonstra as decisões que realmente estão à disposição. Essa constatação ocorreu durante o preenchimento de planilha que foi utilizada para organizar as informações da pesquisa, montada a partir do *download* dos casos filtrados pela busca, pois ao baixar esses arquivos, percebemos que alguns acórdãos exibidos nos resultados eram idênticos. O mesmo acórdão aparecia em duplicidade na busca e era contado duas vezes, como demonstrado a seguir:

IMAGEM 3 – EXEMPLO DE DUPLICIDADE DE ACÓRDÃOS

Acórdãos(13)	
Resultados 1 a 10 de 13	
1 -	9051025-36.1999.8.26.0000 Apelação Com Revisão / Assunto não Especificado
	Relator(a): James Siano Comarca: Comarca não informada Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal A Data do julgamento: 03/03/2005 Data de registro: 07/06/2005 Outros números: 873297200 Ementa: EXECUÇÃO FISCAL - CERVDÃO DA DÍVIDA ATIVA - Embargos - Alegação de cobrança de IPTU excessiva, com base em progressividade de alíquota, em ofensa à disposição legal - Inexistência de lei federal para enquadramento do imóvel como de destinação social - Impossibilidade de quitação da taxa para remoção do lixo domiciliar, visto estar embutida no imposto tido por inconstitucional - Procedência dos
2 -	9051025-36.1999.8.26.0000 Apelação Com Revisão / Assunto não Especificado
	Relator(a): James Siano Comarca: Comarca não informada Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal A Data do julgamento: 19/05/2005 Data de registro: 07/06/2005 Outros números: 873297200 Ementa: EXECUÇÃO FISCAL - CERVDÃO DA DÍVIDA ATIVA - Embargos - Alegação de cobrança de IPTU excessiva, com base em progressividade de alíquota, em ofensa à disposição legal - Inexistência de lei federal para enquadramento do imóvel como de destinação social - Impossibilidade de

Nesses casos, foi mantida apenas uma das decisões que aparecia em duplicidade e o número total, após a exclusão dos acórdãos repetidos, ficou da forma como se segue: (a) 268 para o ano de 2002; (b) 294 para o ano de 2003; (c) 184 para o ano de 2004; (d) 10 para o ano de 2005; (e) 11 para o ano de 2006; (f) 10 para o ano de 2007; (g) 38 para o ano de 2008; (h) 41 para o ano de 2009; (i) 60 para o ano de 2010; (j) 133 para o ano de 2011; (k) 80 para o ano de 2012; (l) 82 para o ano de 2013 e (m) 41 até 12 de agosto de 2014.

TOTAL DE DECISÕES ANALIZADAS

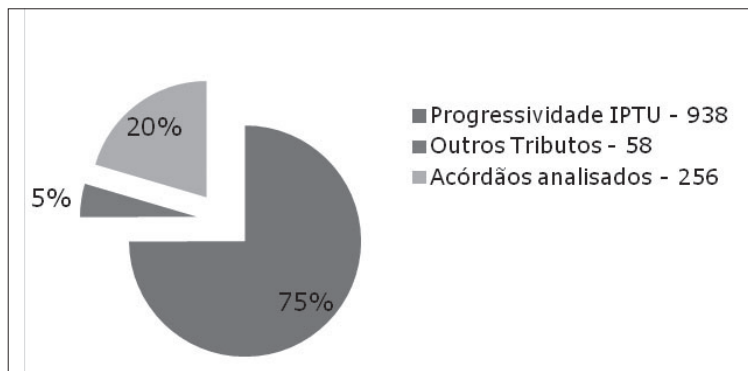


Gráfico 1 – Elaboração própria com base na jurisprudência coletada

Com os limites definidos acima, chegou-se ao *universo total de 1.252 acórdãos* dos quais 996 tratavam de questões tributárias (ITBI, IPTU e Taxas diversas), sendo 938 relacionadas apenas com a progressividade do IPTU.³ Para o presente relatório, excluíram-se essas acórdãos referentes a matéria tributária, tendo-se focado no restante dos acórdãos, obtendo-se um total de 256 acórdãos, referentes a 255 decisões.⁴

3. ANÁLISE DOS CASOS

3.1 *Categorias de análise da função social da propriedade nos acórdãos*

Durante a análise dos acórdãos, pôde-se dividir a utilização da função social da propriedade em três grandes categorias: (a) simples menção; (b) descrição ou princípio legitimador; e (c) norma autoaplicável.

Do total de decisões, 38,04% se enquadram na categoria *simples menção*. Nessas decisões há unicamente uma citação da expressão “função social da propriedade”, contudo não se apresenta qualquer aprofundamento sobre seu significado ou relevância para a fundamentação da decisão.⁵ Em outras palavras, nesses casos a função social da propriedade não só não faz nenhuma diferença como não tem qualquer função argumentativa.

Por sua vez, a grande maioria das decisões foi classificada como *descrição ou princípio legitimador* nas quais a citação da expressão “função social da propriedade”, diferentemente dos acórdãos classificados como *simples menção*, aparecia ora com um aprofundamento, uma descrição da interpretação e aplicação do

3. Diante dessa expressiva quantidade de acórdãos referentes a progressividade do IPTU, iniciou-se uma análise específica deles, que se tornou objeto de uma outra pesquisa desenvolvida por mim na FGV. Os resultados preliminares foram publicados pelo jornal *Valor Econômico* em 03.02.2015 com o título *Decisões do TJSP são contrárias à progressividade do IPTU*.
4. Os acórdãos do AgIn 0110155-22.2013.8.26.0000 e do AgRg 0087170-59.2013.8.26.0000/50000 em verdade trata-se da mesma decisão, razão pela qual foram contabilizados como uma mesma decisão.
5. Como exemplo vide o AgIn 1.128.908-2, no qual o relator apenas menciona no relatório que o agravante apresenta como um de seus argumentos “que se deve observar o princípio constitucional da função social da propriedade”, sem abordar novamente a função social da propriedade; no AgIn 1.274.867-7 há apenas uma menção a função social da propriedade como um dos princípios balizadores da ordem econômica; e no AgIn 0.093.436-96.2012.8.26.0000 no penúltimo parágrafo o relator argumenta que “por fim” não havia no caso afronta a função social da propriedade.

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 80, ano 39, p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

princípio da função social da propriedade,⁶ ora se extraindo um fundamento legitimador de algum instituto jurídico ou de alguma restrição a direito imposta pelo Estado.⁷ Embora a função social da propriedade aqui seja usada para fundamentar uma posição, ela não é utilizada como norma autoaplicável.

E em um conjunto mais restrito, de 17 acórdãos, a função social da propriedade possuía autonomia normativa, no sentido em que era entendida como norma (ou princípio) constitucional diretamente aplicável ao caso concreto, sem a necessidade de regulamentação constitucional ou infraconstitucional, possibilitando ao magistrado flexibilizar o direito posto “excepcionalmente, tal se faça necessário para assegurar a função social da propriedade” (ARRUDA ALVIM, 2012, p. 581-582), ou utilizar a função social da propriedade diretamente como um dos fundamentos da decisão.

DIVISÃO DOS ACÓRDÃOS CONFORME CATEGORIAS

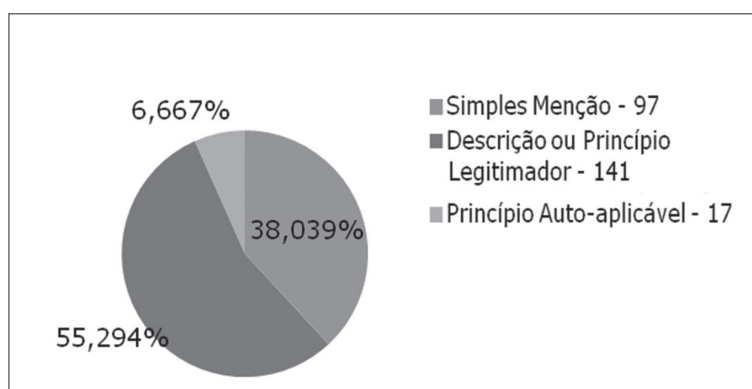


Gráfico 2 – Elaboração própria com base na jurisprudência coletada

3.2 Análise das decisões em que a função social da propriedade foi utilizada de forma autoaplicável

Passa-se agora a uma análise das oito decisões mais relevantes em que a função social da propriedade teve uma aplicação autônoma na fundamentação da decisão. Buscou-se encontrar alguns elementos fáticos e jurídicos que eram

6. Como exemplo aponto as seguintes decisões: Ap 788.678-0/0, Ap 994.08.177540-2 e Ap 9205986-80.2009.8.26.0000.

7. Como exemplo indico as seguintes decisões: Ap 800.205-5/7-00, Ap 994.06.028078-1 e 0022543-69.2009.8.26.0361.

comuns aos casos, de forma a tentar encontrar padrões de aplicação e interpretação da função social da propriedade entendida como norma autoaplicável.

É imprescindível ressaltar que o número de decisões que aplicaram diretamente a função social da propriedade ao caso concreto é extremamente exíguo, pois representa apenas 6,67%. Esse número foi calculado com base no número total de acórdãos utilizados para a elaboração deste artigo (conforme destacado no item 2). Entretanto, não podemos nos esquecer de que o universo total de acórdãos levantados é de 1.251. Assim, tomando o universo total da pesquisa há apenas 1,36% dos acórdãos que aplicam diretamente a função social da propriedade no caso concreto em período temporal nada desprezível que corresponde ao intervalo de 2002/2014.

3.2.1 Função social da propriedade como destinação social dada à propriedade abandonada/transcurso de grande lapso temporal

Nas ações de reintegração de posse e reivindicatórias encontradas nesse grupo, que constitui a maior parte dos casos de aplicação direta da função social, dois são os elementos principais presentes na argumentação: (i) a destinação social dada a propriedade pelo(s) esbulhador(es)/ocupante(s); e (ii) o abandono/transcurso de grande lapso temporal da data de esbulho/ocupação até o momento da reivindicação da posse pelo proprietário/ possuidor.

Ap 531.997.4/0-00: Nessa Ação Reivindicatória julgada parcialmente procedente, apelam os autores para que seja reformada a sentença afastando a indenização por benfeitorias construídas e a retenção delas pelos apelados. O Relator entende que no caso as construções dos réus devem ser entendidas como benfeitorias com direito a retenção, pois os proprietários agiram de maneira desidiosa em relação ao seu imóvel, *demorando quase oito anos para se manifestar definitivamente sobre o esbulho*, indicando ainda que:

“Além disso, *se os apelados não tivessem utilizado o lote ele provavelmente estaria destituído de qualquer função social*, pois se os apelantes titubearam em repelir o esbulho de sua posse, é forçoso reconhecer que eles não iriam conferir qualquer destinação útil ao terreno. Dessa forma, os apelados, ao construírem residências – como necessidade de moradia –, e uma simples oficina – como forma de subsistência –, aumentaram o uso da coisa, tornando-a mais útil. *Por isso, à luz do princípio da função social da propriedade, disposto na Constituição Federal arts. 5.º, XXIII, e 170, III, deve-se reconhecer que com a construção das residências e da oficina ocorreu o aumento da utilidade social do lote, devendo ser consideradas essas construções como benfeitorias úteis, e não acessões*. A interpretação *supra* privilegia aqueles que utilizaram o imóvel de forma a confeccionar

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

uma maior utilidade social ao mesmo, em detrimento daqueles que o utilizam de forma abusiva, ou mesmo, dos que o ignoram e não conferem nenhuma função que estabeleça mínimos benefícios à sociedade em geral” (grifei).

Ap 994.03.098351-6: Trata-se de apelação interposta pelos réus em ação reivindicatória julgada procedente. O relator, por meio da apelação, *deu provimento para garantir a posse dos réus em detrimento do direito de propriedade dos autores*. Os fundamentos trazidos pelo relator concentram-se na ausência de má-fé da posse dos réus da ação reivindicatória e no transcurso de grande quantidade de tempo da ocupação, que “foi ocupado na década de 1980”. Segundo o relator:

“Ao contrário das disposições civis, que se desenvolvem no interesse do proprietário, *a Constituição prestigia a função social da propriedade, visando o desenvolvimento urbano e os interesses da coletividade. Sob esse enfoque, a função social da propriedade implica um verdadeiro dever de uso para o proprietário, mediante aproveitamento da coisa*. Do mesmo modo, a realidade urbanística não prescinde da utilização racional do solo, mormente no que toca ao acesso à moradia pela população de baixa renda. *Em suma, as características excepcionais do caso permitem consagrar aos apelantes o direito à posse do bem, em detrimento do direito individual de propriedade dos apelados, que mal a exerceram*” (grifei).

Dessa maneira, o relator nega que os réus tenham exercido a posse injustamente. Diante da ausência de má-fé e do grande decurso de tempo da ocupação com destinação social, a decisão, com base no princípio constitucional da função social da propriedade, não concede a posse aos proprietários.

Ap 9095494-55.2008.8.26.0000: Trata-se de apelação interposta pela autora de ação reivindicatória julgada improcedente, na qual o relator manteve a improcedência da ação. A Ementa da decisão indica bem o contexto do caso:

“Reivindicatória. Juízo petitório em que se discute apenas o direito à recuperação da posse, com base nos aspectos dominiais. *Gleba de terra na qual se erigiu verdadeiro loteamento clandestino. Inércia dos proprietários para obstar situação juridicamente estável. Função social da propriedade aplicável ao caso, porquanto não se revela razoável autorizar reivindicação de todo um bairro que se formou na gleba rural*. Irrelevância da falsidade dos documentos para o julgamento do caso. Posse justa dos réus da qual é possível aferir possível prescrição aquisitiva. Construções erigidas no imóvel. *Animus domini* comprovado. Ciência da apelante acerca da posse dos apelados. Improcedência da ação. Recurso desprovido” (grifei).

Em sua fundamentação o relator minimiza a legitimidade da apelante para pleitear a reivindicatória em decorrência de ser titular de apenas 1/10 do imóvel e de não haver “manifestação dos demais herdeiros condôminos, presumindo concordância com a situação já sedimentada”, entendendo assim que seria

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

“inviável pretender a requerente desalojar todo um bairro, na simples condição de condômina, sem a participação dos demais herdeiros da família Jafet, titulares dos 9/10 restantes”.⁸

Prossegue o relator indicando que “o fato de que a situação perdura por dez anos, sedimentando situação juridicamente estável”, não tendo os proprietários ou apelante em particular tomado “qualquer providência para obviar a consolidação do loteamento clandestino (*em qualquer momento anterior, a ação reivindicatória teria alguma utilidade, mas atualmente a eficácia dos fatos consolidados é suficiente para repudiar qualquer direito de propriedade*)” (grifei).

Após explicar o princípio da função social da propriedade, indicando que ele “atua no conteúdo do direito” e que não seria “razoável propugnar pela procedência da demanda reivindicatória, o que resvalaria em desalojamento de todas as pessoas vítimas da inércia da autora e que compraram de boa-fé os lotes”, o relator indica que às apelantes caberia se valer das “vias ordinárias contra o herdeiro eventualmente responsável pelas vendas pleiteando o quinhão que lhe é de direito”, e conclui seu voto indicando que:

“Em suma, a conclusão que aqui se estabeleceu decorre do princípio da função social da propriedade, devendo ser afastada qualquer pretensão fundada em direito dominial, quando presentes elementos que lhe privem da força dada pelo ordenamento jurídico” (grifei).

Ap 9170028-67.2008.8.26.0000: Trata-se de apelação interposta pelos réus contra sentença que julgou procedente ação reivindicatória determinando a imediata desocupação do imóvel por parte dos requeridos e imitando a autora na posse do bem. O relator em seu voto deu provimento ao recurso para julgar improcedente a reivindicatória.

Em seu fundamento o relator lembra que o imóvel objeto da disputa é um bem dominical e que os réus “invocaram usucapião como matéria de defesa, uma vez que residem no imóvel de 250 m², de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com *animus domini*, desde 1983, ou seja, há mais de 23 (vinte e três) anos”. Além disso, explica em seu voto que:

“É certo, pois, que esse imóvel, se não tivesse sido ocupado pelos réus, não teria cumprido, como deveria, a sua função social, e isso porque, desde que passou a integrar o patrimônio da USP, em 1991, não lhe foi dada qualquer destinação específica e assim contínua, uma vez que a autora não expõe exatamente que atividade seria exercida na residência. (...) Nesse passo, *pode-se afir-*

8. Nos termos do art. 1.314 do CC/2002 essa interpretação não parece se sustentar.

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 80, ano 39, p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

mar que, inobstante o fato de ser um bem público dominial, deixou a autora de dar cumprimento à sua função social, não merecendo, pois, a proteção constitucional da imprescritibilidade” (grifei).⁹

Ainda como fundamentação do seu posicionamento o relator traz o voto de lavra da Des. Lucila Toledo nos EI 9172311- 97.2007.8.26.0000/50000 (j. 22.05.2012):

“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. (...) 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” (grifei).

Conclui o relator pelo acolhimento da exceção de usucapião arguida em defesa, julgando-se improcedente a ação reivindicatória diante do tempo em que os apelantes residiam no imóvel, realizando benfeitorias necessárias e úteis e pagando o IPTU, e pelo fato de que o dono da coisa foi negligente “ao deixar de utilizá-la por muito tempo”. Apenas fazendo uma ressalva: “o reconhecimento da exceção de usucapião como matéria de defesa e improcedência da reivindicatória não implica aquisição de domínio do imóvel pelos requeridos”.

Ap 1.129.712-0: No caso o relator mantém a improcedência de ação de reintegração de posse, diante da ausência de comprovação de posse antiga dos proprietários autores, que conforme indicam as provas dos autos teriam abandonado o imóvel, não havendo que se falar em esbulho praticado pelos réus. Ao afastar a alegação pelos autores de revelia dos requeridos, o relator justifica que “a função social da propriedade, em casos como o dos autos, adquire especial preponderância”.

O relator, diante do caso concreto, em que estavam presentes tanto o abandono do imóvel pelos autores, quanto a ausência de esbulho, interpretou que os réus davam cumprimento ao princípio da função social da propriedade e, portanto, entendeu que a aplicação dos efeitos da revelia a eles não estaria em consonância com referido princípio.

9. A posição adotada por essa decisão releva, diferentemente do encontrado na maioria das vezes, um desapego da formalidade, pois a Constituição estabelece claramente que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião” (art. 183, § 3.º).

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Ap 7.080.408-7: Em seu voto o relator, embora pareça se filiar a corrente que entende não poder ser a função social da propriedade “utilizada para dar amparo a toda e qualquer invasão, mormente porque ao Estado de Direito é que compete a sua implementação”, reconhece no caso concreto que a decisão de primeiro grau que negou provimento à reintegração de posse diante do fato de o imóvel “ter sido abandonado por vários anos pela autora, não cumprindo sua função social”, deve ser mantida em seus termos. Segue sua fundamentação:

“Deveras, o caso retrata verdadeira colisão de direitos fundamentais, refletindo, de um lado, o direito à propriedade da autora e, de outro, o direito à moradia dos requeridos. Nesse vértice, impõe-se a otimização dos direitos em conflito, com o escopo de se assegurar a situação que evidencie o menor prejuízo aos direitos em contraste. Por isso, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora (algumas delas de cinco anos – vide f.)” (grifei).

Embora fique a impressão, pela leitura do trecho transcrito, que o relator não está utilizando o princípio da função social da propriedade, a leitura do acórdão como um todo, tanto do relatório quanto dos parágrafos finais, demonstra seu posicionamento no sentido de que “as relações que tratam de propriedade e moradia devem prover prestígio que merece o princípio da função social da propriedade”.

Por fim o relator mantém uma posição do juízo de primeiro grau, determinando que “cabe ao município proceder sua desapropriação ou, se assim não o fizer, a autora requerê-la”.

Ap 0159938-90.2007.8.26.0000: Trata-se de apelação apresentada tanto pela autora, Prefeitura do Município de São Paulo, quando pela ré, Associação dos Moradores da Vila Bianca, em face de sentença que julgou parcialmente procedente ação de reintegração de posse, para conceder a reintegração a prefeitura, mas negando o pedido de indenização feito por ela, bem como reconhecendo os direitos de retenção e ressarcimento à Associação, pelas benfeitorias necessárias e úteis que construiu no local.

O ponto principal do acórdão é a fundamentação esboçada pelo relator para afastar a má-fé da ré e afastar o direito a indenização do município:

“Tais constatações não significam que a posse seja de boa-fé, como entendido na sentença recorrida. Não. Sob o ponto de vista estritamente formal, a má-fé e o esbulho pela Associação ficaram perfeitamente caracterizados desde 20.01.2003, mediante a notificação administrativa de f.. Ocorre, no caso, que os efeitos legais da caracterização da má-fé ficam mitigados pelo objeto social da demandada e pelo tipo de uso que vem dando ao imóvel, autorizando um abrandamento na interpretação da lei” (grifei).

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 80, ano 39, p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Tendo em vista que o logradouro estava abandonado, não estando sendo utilizado como tal, e, portanto, sem destinação social, a ocupação dada pela associação de amigos de bairro, dando destinação social ao imóvel, deu cumprimento a função social da propriedade. Por esse motivo, mesmo se tratando de imóvel público, o relator entendeu que os efeitos legais da má-fé deveriam ser mitigados.

Ap 0005454-82.2010.8.26.0495: Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença que julgou improcedente ação de reintegração de posse. O relator negou provimento ao recurso mantendo a sentença. A autora é proprietária do imóvel objeto da ação desde 1998, e pleiteou a reintegração na posse em face do réu que trabalhava na propriedade e que após o falecimento de seu pai e de um período em que teve de ficar afastada da propriedade, o réu invadiu imóvel.

Dentre os fundamentos apresentados pelo relator, ressaltam-se os relacionados com a função social da propriedade:

“Já com relação à má-fé, resta afastada sua configuração também pelo abandono da proprietária. Mais uma vez, ainda que assim não fosse, *estaria afastada tendo em vista tratar-se de posse-trabalho, pro labore, onde há atos que possibilitam ‘o exercício da função social da propriedade, visto que nela há construção de moradia ou investimentos econômicos, (...)’*, no caso em tela, ambos. Isso porque, com tais atos o recorrido possibilitou o exercício da função social da propriedade, ao contrário da recorrente, nos termos previstos no art. 6.º da Magna Carta, o que afasta a má-fé original. (...) Assim, *tem-se que, havendo cumprimento da função social da propriedade, através de trabalho, há boa-fé*. Dessa forma, no caso em tela, tendo o recorrido construído sua moradia e tornado produtivo o imóvel da autora, abandonado, no mínimo por 3 ou 4 anos (segundo datas fornecidas pela própria recorrente), de rigor o reconhecimento da perda da posse daquela, por abandono, bem como a existência de posse *pro labore* pelo recorrido, que deu cumprimento à função social da propriedade” (grifei).

O reconhecimento de que o exercício da função social da propriedade afasta a má-fé original da posse é um argumento com implicações importantes, aparecendo como um dos fundamentos desse acórdão.

3.3 *Análise de grupos de decisões classificados como descrição ou princípio legitimador*

Após a leitura de várias decisões classificadas como “descrição ou princípio legitimador”, pode-se chegar a determinados padrões em relação a uma série de debates relacionados com a função social da propriedade, os quais tentou-se sistematizar nos subitens abaixo. As referências são *obiter dictum*, ou seja, não

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

são elementos essenciais na fundamentação do posicionamento adotado pelo acórdão, mas servem como indicativo da opinião do relator sobre a matéria.

3.3.1 *Normatividade da função social da propriedade*

Em alguns acórdãos pode-se verificar um posicionamento acerca de qual seria a normatividade da função social da propriedade, explicitando se se compreende a função social da propriedade como norma programática ou legitimadora a ser implementada por meio da lei.

Na Ap 640.469-00/0, o relator faz uma comparação da função social da propriedade com os direitos sociais do art. 7.º, para dizer que dessa maneira “trata-se de direitos e garantias do cidadão, deveres do Estado, ‘(...) em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a ser cumpridos pelos Poderes Públicos (...)’ (Maria Helena Diniz. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3. p. 371)”, concluindo assim tratar-se de “normas programáticas”.

Na Ap 0049446-60.2009.8.26.0000, o relator indica que o princípio da função social da propriedade “tem por finalidade orientar a conduta do legislador, ao qual compete estabelecer os mecanismos legais mitigadores dos poderes classicamente conferidos ao proprietário”, destacando que:

“(...) o princípio da função social da propriedade não é fundamento para que, sem previsão expressa de lei, seja tirada a propriedade de quem a tem em quantidade em favor daqueles que nada possuem. (...) Não por outra razão o próprio constituinte cuidou de incluir dispositivos que desde já tornassem concreto o comando, como se vê nos arts. 182 e 183 da Carta Magna; assim também procedeu o legislador infraconstitucional, servindo como exemplo a elaboração do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e a inclusão de diversos dispositivos no Código Civil de 2002” (grifei).

Nesse mesmo sentido é o posicionamento adotado pela Ap 0018099-34.2009.8.26.0606, em que descabe falar em descumprimento à função social da propriedade no caso analisado, “pois sua eventual caracterização, como é curial, além de requerer tipificação legal das hipóteses (...), exige a abertura de ampla defesa àqueles a quem é imputado (inc. LV)”.

Introduzindo outro ponto a essa mesma abordagem, a Ap 9165066-11.2002.8.26.0000 além de indicar que a propriedade “em razão da função social, sofre limitações de várias naturezas, sejam aquelas atinentes ao direito de vizinhança, previstas no Código Civil de 2002, bem como as de ordem constitucional e administrativas”, apresenta um posicionamento sobre qual seria o papel do Judiciário nessa questão:

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

“Cabe ao legislador ordinário resolver o justo equilíbrio entre o individual e o social. Ao Julgador, por sua vez, cumpre dirimir as dúvidas acerca da existência ou não de equilíbrio entre referidos interesses e extirpar eventuais excessos presentes no caso concreto sempre que se mostre necessária a medida”.

Para a Ap 0002703-67.2007.8.26.0127, a normatividade da função social da propriedade urbana é cumprida na medida em que o imóvel urbano esteja sintonizado com as diretrizes do Plano Diretor Municipal, e o seu descumprimento enseja a aplicação de “instrumentos urbanísticos específicos (edificação/parcelamento compulsório; IPTU progressivo no tempo; desapropriação-sanção: art. 182, § 4.º, da CF/1988 c.c. os arts. 5.º a 8.º do Estatuto da Cidade)”.

Já na Ap 0003423-74.2006.8.26.0028 parece que em nenhuma hipótese poderia o Judiciário aplicar diretamente a função social da propriedade pois não “cabe ao intérprete alargar os requisitos não previstos pelos legisladores constituinte e ordinário”, posicionamento compartilhado pela Ap 0001827-79.2004.8.26.0366, ao estabelecer que a função social da propriedade “não pode se sobrepor aos requisitos legais”.

Na Ap 261.947-4/0-00, encontramos um posicionamento geral e um excepcional acerca da função social da propriedade. Assim, embora o relator concorde com o argumento de que o princípio da função social da propriedade “tem como destinatário o legislador”, ele também aceita que esse princípio pode ser aplicado pelo Judiciário em alguns casos, ao consignar em seu voto que no caso analisado pela Ap 261.947-4/0-00 não se estava “diante de situações extremas não regulamentadas por lei, capazes de justificar a aplicação direta pelo Judiciário do preceito da função social da propriedade.”

3.3.2 *Consequências jurídicas pelo descumprimento da função social da propriedade*

Para alguns doutrinadores,¹⁰ o descumprimento da função social da propriedade implica consequências jurídicas diretas, visto que a função social é requisi-

10. “O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida (...) Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

to da propriedade constitucionalmente protegida, sem o qual essa perderia a sua tutela. Para outros,¹¹ entretanto, não há qualquer previsão legal para se falar em perda da tutela da propriedade, devendo, o Estado fiscalizar e aplicar os instrumentos legais para o cumprimento da função social da propriedade.

Dos seis acórdãos que abordam diretamente esse ponto, cinco posicionam-se pela possibilidade de tutela da propriedade, mesmo diante de possível violação da função social da propriedade:

Ap 1.009.214-1: “Em resumo, a tese brandida nas razões recursais, *segundo a qual só pode ser protegida a posse de propriedade que esteja cumprindo sua função social* subverte inteiramente o ordenamento, na exata medida em que confere

de outrem, devem ser afastadas. (...) Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (CC, art. 502) e as ações possessórias (COMPARATO, 1997). Gustavo Tepedino adota uma posição semelhante: “A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo em seu *perfil interno* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*. *Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico*” (grifei) (TEPEDINO, 2008, p. 338-340). José Afonso da Silva também faz uma relação entre o descumprimento da função social da propriedade e falta de tutela jurídica: “O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. *Esta garante o direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social*. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5.º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5.º, XXIII), *não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda sua função social*. A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra a sua função social” (grifei) (SILVA, 2011, p. 270).

11. Autores como Orlando Gomes apresentam um posicionamento restritivo da função social da propriedade: “O preceito constitucional que atribui função social a propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação” (GOMES, 2012, p. 123). Francisco Eduardo Loureiro também adere a uma postura restritiva, pois além da Constituição não haver previsto “negativa de tutela, ou da retirada de legitimação do mau proprietário”, referido entendimento sobre a proteção da propriedade, negando “pura e simplesmente, qualquer ato de defesa do mau proprietário à agressão de terceiros significaria legitimar o reino da força, uma vez que, sendo os bens escassos em relação às necessidades do homem, seria inevitável a luta por sua apropriação” (LOUREIRO, 2014, p. 1118).

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

não à União Federal, mas a terceiros, o poder de definir o que seja em cada caso concreto tal função social. Interpretação desse conteúdo é interpretação que conduz a absurdo e, em consequência, deve ser descartada” (grifei).

Ap 7.016.012-4: “Melhor sorte não lhe assiste no que tange à alegação de impossibilidade jurídica do pedido por descumprimento da função social da propriedade. (...) É certo, ainda, que se mostra sedutora a tese de que o não cumprimento da função social impede a proteção possessória da propriedade. Ocorre, todavia, que referida posição não é amparada pela análise mais profunda dos ditames constitucionais e legais. (...) Segundo porque o descumprimento da função social justificaria a desapropriação, por parte da autoridade pública competente e nos termos da lei, conforme art. 184 da CF/1988, salientando-se, inclusive, que é insuscetível de desapropriação, para fins de reforma agrária, a propriedade produtiva, nos termos do art. 185 da Carta Magna” (grifei).

Ap 9172942-51.2001.8.26.0000: “Sem embargo aos defensores da ideia de que o mau comportamento do proprietário implica a carência de legitimidade ao exercício do direito de propriedade, o princípio da função social não pode simplesmente ser oposto à este” (grifei).

Ap 9203235-96.2004.8.26.0000: “Não se nega a função social da propriedade, tampouco que os imóveis abandonados por longos períodos devam ter destinação mais proveitosa. Entretanto, no caso destes autos não há como se acolher a tese de que a função social deva suprimir o próprio direito de propriedade em toda sua amplitude, acobertando atos de invasão que, por algumas vezes, revestiu-se, inclusive, de violência, com o que não se pode coadunar” (grifei).

Ainda, é possível encontrar posicionamento semelhante na Ap 0049446-60.2009.8.26.0000 diante do afastamento por parte do relator da alegação dos apelantes de que “quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico”, sob o argumento de que “o princípio da função social da propriedade não é fundamento para que, sem previsão expressa de lei, seja tirada a propriedade de quem a tem em quantidade em favor daqueles que nada possuem”, sendo a função social da propriedade, apenas princípio orientador da conduta do legislador.

3.3.3 Poder responsável pela aplicação das consequências jurídicas em virtude do descumprimento da função social da propriedade

Em uma quantidade maior, foi possível identificar em nove acórdãos argumentos quanto a questão de quem detém a competência para verificar o descumprimento da função social da propriedade e aplicar a sanção cabível, tendo todos eles definido o Poder Público como único legitimado.

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Como exemplo, na Ap 640.469-00/0, o relator estabelece que “quem deve garantir a utilização da propriedade com observância do cumprimento de sua função social é o Estado” não cabendo imputar ao particular em ação privada o dever de observância da função social da propriedade, assim, “eventuais direitos decorrentes da ocupação de terras improdutivas devem ser postulados perante o Estado, e não o particular”.

Abaixo segue transcrição dos trechos obtidos nos outros acórdãos:

Ap 1.009.214-1: “*Compete ao Estado, se o caso e verificado e efetivo descumprimento aqui apontado, providenciar a desapropriação do bem (art. 184 da CF/1988) (...) Se está ou não sendo cumprida a função social da propriedade da autora, isso é irrelevante na espécie, visto que a presente demanda não é o palco adequado para ser encetada ou encenada discussão desse conteúdo. Não pode a apelada ficar à margem da proteção jurídica que o ordenamento a todos confere, até mesmo, para aparente pesar dos subscritores do recurso, aos proprietários rurais. O direito de propriedade, bem o sabe o apelante, tem matriz constitucional (art. 5.º, XXII, da CF/1988). A propriedade que não cumpre sua função social pode ser desapropriada pela União Federal (art. 184, caput, da CF/1988). Isso significa, digressões acadêmicas à parte, que compete à União Federal verificar as hipóteses em que é cabível declarar por decreto determinado imóvel de interesse social, para fins de reforma agrária. Enquanto isso, é evidente que o proprietário e possuidor pode ser protegido de turbações e esbulhos, partidos de quem quer que seja, pena de violação dos ditames legais incidentes, a que todos devemos respeito. O que não tem nenhum cabimento é a tentativa de conferir legitimidade à ação injurídica do réu, a pretexto de que o imóvel não cumpre sua função social” (grifei).*

Ap 7023800-5: “A verificação e o reconhecimento dessa ‘função social’ há de ser feita pelos meios regulares e por quem de direito, pois mesmo os direitos sociais não podem ser ilimitados, mas também sujeitos a conceitos, definições e regras, de modo a que se conciliem e se salvaguardem os interesses gerais”.

AgIn 7.188.589-1: “(...) é a lei – e não a vontade de um grupo de pessoas – que estabelece os mecanismos para se impor sanção à propriedade que não cumpre a função social”, sendo “o Poder Público – (e) não aquele grupo organizado – quem pode subtrair a propriedade de quem deixa de atender ao referido enunciado”.

Ap 7.236.839-5: “Descabe invocação da função social da propriedade, pois essa deve operar-se pela atuação do Poder Público, por meio de desapropriação por interesse social, segundo o art. 5.º, XXIV, da CF/1988”.

Ap 9172942-51.2001.8.26.0000: “No mais, a seara da ação petitoria não é a mais adequada para debater a ofensa ou abuso ao princípio da função social,

especialmente quando não verificada de imediato a condição de abandono a justificar a ocupação. Como já se decidiu: ‘A invasão da propriedade urbana não encontra respaldo na ordem jurídica. A discussão sobre a função social da propriedade compete ao Poder Público Municipal, estabelecendo e verificando seu cumprimento. Qualquer desapropriação há de ser realizada mediante prévia e justa indenização’ (RT 727/294)”.

Ap 0002447-29.2010.8.26.0642: “Por derradeiro, a questão atinente ao cumprimento ou não da função social da propriedade é matéria de desapropriação, fugindo tal discussão ao espectro da presente lide.”

AgIn 2018816-45.2013.8.26.0000: “Além disso, a posse é situação de fato e não está relacionada ao cumprimento da função social da propriedade. (...) A subutilização do imóvel pela agravada não legitima o esbulho possessório praticado. Ainda que se constatasse a inadequação do uso do solo ao Plano Diretor do Município, tal circunstância não autoriza aos agravantes, por meios próprios, dar-lhe um emprego mais socialmente relevante. Tal mister cabe ao Poder Público municipal, consoante autoriza o art. 182 da CF/1988 (...). Nesse percurso, mesmo que o exercício do direito de propriedade não atenda ao seu fim social, tal fato não descaracteriza a posse justa da agravada (art. 1.200 do CC/2002), e, por conseguinte, não lhe retira o direito de defendê-la (art. 1.210 do CC/2002). A inadmissibilidade legal do exercício da justiça de mão própria em hipóteses é também evidenciada pelo art. 2.º, § 6.º da Lei 8.629/1993 (...)”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, uma grande conclusão da leitura das decisões é a de que não há no TJSP, como órgão colegiado, um enfrentamento de posições a respeito do que seria o princípio da função social da propriedade. Praticamente todos os acórdãos foram decididos de forma unânime. Mesmo nos acórdãos pertencentes a categoria de princípio autoaplicável (6,67% dos acórdãos analisados), não há um debate entre os desembargadores sobre o significado da função social da propriedade. Note-se que não há uma clareza do Tribunal a respeito dos critérios a serem verificados para aplicação da função social da propriedade. Os poucos acórdãos em que a norma foi compreendida como autoaplicável derivam não de uma interpretação precisa, mas sim de um subterfúgio para se ter um resultado mais “justo”.

Outro ponto importante, focando-se nas ações em que a função social da propriedade foi utilizada de forma autoaplicável, é que alguns elementos factuais são recorrentes: abandono do imóvel por uma quantidade significativa de tempo e uma nova situação fática consolidada. A repetição desses elementos

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

parece indicar que o entendimento de uma função social da propriedade autoaplicável estaria conectado com a garantia de estabilidade e segurança jurídica nas relações jurídicas, na qual uma situação fática se sobrepõe a uma situação jurídica, indicando que a função social da propriedade nesses casos assumiu contornos de um usucapião atípico.

Um fato curioso é que alguns desembargadores aparecem como julgadores em mais de um caso como norma autoaplicável. Essa repetição, somada a quantidade pequena de acórdãos encontradas seguindo esse posicionamento, parece indicar também que a aplicação da função social da propriedade como norma autoaplicável no TJSP, está vinculada a um grupo minoritário de desembargadores dentro do Tribunal.

Além disso, analisando todas as decisões, pode-se dividir o debate da função social da propriedade nos acórdãos em dois elementos: um referente a competência para pleitear e para aplicar sanção contra o proprietário diante do descumprimento da função social (*questão de competência*); e outro que tange a definição da normatividade da função social da propriedade, sendo ela contida, e portanto dependente do estritamente estipulado pelo constituinte ou legislador, ou seria ela autoaplicável e portanto norma constitucional de aplicação direta, cujos contornos devem ser decididos no caso concreto? (*questão de eficácia jurídica*), podendo ainda ser incluído nesse questionamento sobre a normatividade do princípio da função social da propriedade, a análise de se seria ou não esse princípio um requisito a ser cumprido para se poder falar em um direito a propriedade juridicamente tutelável.

Da perspectiva de como o TJSP vem utilizando a função social da propriedade, o baixo número de decisões em que a função social da propriedade aparece como norma autoaplicável, pode ser visto *em relação à questão da normatividade* como um indicador de que: (a) o Tribunal entende majoritariamente que o princípio da função social da propriedade não tem força normativa própria em relação aos particulares (eficácia horizontal), servindo apenas como norma programática e de defesa em relação ao Estado, sendo, portanto, dependente de definição infraconstitucional para aplicação em face do particular; ou (b) a função social da propriedade já é delineada de forma suficiente nos vários institutos jurídicos que dão concretude no ordenamento jurídico, como os tipos de usucapião, a desapropriação, as limitações administrativas etc., e portanto não é necessário aplicar diretamente o princípio da função social da propriedade.¹²

12. Veja-se, por exemplo, trecho da Ap 261.947-4/0-00, na qual em seu voto o relator consignou: “No caso concreto não estamos diante de situações extremas não regula-

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Soma-se a isso o fato de que 141 decisões (55,29%) foram incluídas na categoria “b”, reconhecendo na função social um princípio legitimador ou descritivo de institutos jurídicos estabelecidos.

Já no que tange à questão da competência, as decisões analisadas entendem em sua maioria que é o Estado (na figura do Executivo), o competente para pleitear e aplicar sanções pelo descumprimento da função social da propriedade.¹³ Nas ações possessórias e petições que envolvem esbulhos ou ocupações a preocupação esboçada por vários relatores em relação a “paz social” e a “justiça pelas próprias mãos”, parece ser um argumento relevante na escusa do TJSP em analisar a função social da propriedade como argumento de defesa, na medida em que se poderia estar fomentando invasões e o aumento da insegurança e violência nas questões relacionadas a terra.

Sendo o princípio da função social da propriedade, com força autoaplicável, uma exceção e não uma regra, o TJSP indica que o caminho para realizar a função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro não é, por regra, o Judiciário, mas sim por parte de uma atuação do legislador ou da Administração como executora de políticas públicas. É preciso, portanto, aumentar o debate sobre a eficácia e eficiência das instituições estatais envolvidas nesse processo de concretude da função social da propriedade, tanto na fiscalização quanto na implementação das medidas sancionadoras do descumprimento da função social da propriedade.

Ainda no que concerne a questão da competência pode-se analisá-la pelo viés dos instrumentos jurídicos disponíveis, ou da falta deles. Seria possível questionar acerca de quais seriam os instrumentos jurídicos disponíveis para fazer cumprir a função social da propriedade no caso de demora ou ausência de atuação por parte do Poder Público. Se o Poder Público é o único legitimado para fazer cumprir a função social da propriedade, por exemplo, por meio do PEUC (parcelamento, edificação e utilização compulsórios dos imóveis) no caso de propriedade urbana, e ele não o instituiu, fulminando toda a eficácia do *iter* previsto no art. 182, § 4.º, da CF/1988, qual deveria ser a postura do Judiciário?

Essas são questões que precisam ser debatidas e esclarecidas, pois sem debates aprofundados e completos sobre a função social da propriedade no direito brasileiro, com todos os pontos aqui suscitados pelas decisões, tende-se

mentadas por lei, capazes de justificar a aplicação direta pelo Judiciário do preceito da função social da propriedade”.

13. Veja-se, por exemplo, as decisões seguintes: Ap 7023800-5, AgIn 7.188.589-1 e Ap 7.236.839-5.

Acca, Thiago dos Santos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 167-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

a manter o estado atual no qual a doutrina e o Judiciário caminham com posições incompletas e em muitos aspectos contraditórias.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRONE, Ricardo. Os direitos reais codificados no curso da constitucionalização do direito civil. In: EHRHARDT JR., Marcos (coord.). *Os 10 anos do Código Civil – Evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ARRUDA ALVIM. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo et al. *10 anos do Código Civil – Desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- COMPARATO, F. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*. vol. 1. n. 1. Brasília: CEJ, set.-dez. 1997. Disponível em: [www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166]. Acesso em: 01.12.2014.
- DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. Disponível em: [www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf].
- DIMOULIS, D. Por uma visão mais plural da pesquisa jurídica. *Consultor Jurídico*. 30.08.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-30/dimitri-dimoulis-visao-plural-pesquisa-juridica].
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Art. 1.228. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. Barueri: Manole, 2014.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Ed.RT, 2008.
- PILATI, José Isaac. *Propriedade & função social na pós-modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- RODRIGUES JUNIOR, O. L. Riscos de uma pesquisa empírica em direito no Brasil. *Consultor Jurídico*. 07.08.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-07/direito-comparado-riscos-certa-pesquisa-empirica-direito-brasil].
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. n. 1. vol. 1. 2014.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Da possibilidade de interservação da posse precária e a sua configuração em posse *ad usucapionem*, de Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes – *RDPriv* 45/241-262 (DTR\2011\1126);
- Função social da posse e ações possessórias (releitura do art. 927, I, do CPC/1973 e perspectiva de interpretação para o art. 561, I, do NCPC), de Eduardo Cambi e Eduardo de Lima Galduróz – *RePro* 247/387-407 (DTR\2015\13190); e
- Função social da posse, de Luiz Henrique Tamaki – *RT* 956/53-86 (DTR\2015\7812).

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying sizes. A fine grid pattern is visible, particularly in the lower right quadrant, where it overlaps with the circular shapes.

Doutrina Internacional



TRÁFICO JURÍDICO Y DELIMITACIÓN DE DERECHOS

LEGAL PROCEDURES AND LEGAL DELIMITATION

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de La Propiedad y Mercantil.
fpmendez@registradores.org

ÁREA DE DERECHO: Inmobiliario y Registral

RESUMEN:¹ El autor analiza la existencia de una posible relación entre las cuestiones relativas a la determinación de la localización y los límites de la propiedad y la evolución futura de las organizaciones de registro, focalizando su trabajo en el análisis de la problemática de la determinación de los límites en el tráfico jurídico inmobiliario y en el auxilio proveniente de las nuevas tecnologías. Aborda, además, la necesidad de fijación de límites como costo exclusivo de la propiedad inmobiliaria y como parte de la delimitación del derecho, además de señalar técnicas cartográficas como método de descripción de estos límites.

PALABRAS-CLAVE: Tráfico jurídico – Límites de la propiedad – Técnicas cartográficas.

ABSTRACT: The author analyzes a possible connection between matters regarding determination of property location and limits and future evolution of registry organizations, focusing on their work of analyzing the legal real state matters and on aid from new technologies. He also approaches the need for establishing limits as exclusive costs of real state and as a part of the definition of right, in addition to pointing cartographic techniques as a description method of those limits.

KEYWORDS: Legal matters – Real state limits – Cartographic Techniques.

SUMÁRIO: 1. Encuadre de la cuestión. 2. Objeto de la exposición. 3. Referencia a algunos conceptos fundamentales. 4. La necesaria delimitación de los linderos. 4.1 La necesidad de fijación de linderos: un coste exclusivo de la propiedad inmobiliaria. 4.2 La delimitación de los linderos como parte de la delimitación del derecho. 5. Las técnicas cartográficas como método de descripción de los linderos. 6. La pretensión de que deban ser los catastros los que suministren la información gráfica a los registros.

-
1. Trabalho apresentado no XIX Congresso Internacional de Direito Registral, que teve lugar nos dias 27, 28 e 29 .10.2014, em Santiago, Chile.

1. ENCUADRE DE LA CUESTIÓN

Ante todo, quiero expresar mi agradecimiento a los organizadores de este XIX Congreso Internacional por concederme la oportunidad de intervenir en la misma. Y lo hago con una ponencia cuyo título, en otras circunstancias, podría causar una cierta sorpresa, pero que, probablemente, no la cause en las circunstancias actuales. En efecto, lo normal es que hablara de titularidades y tráfico jurídico, pero sin hacer una referencia expresa a los linderos. Solamente esta referencia expresa, ya focaliza la atención sobre los mismos, máxime si la ponemos en relación con los desafíos a los que se enfrenta el Registro de la Propiedad.

Es preciso admitir, sin embargo, que existe o puede existir una relación entre todo lo relativo a la determinación de la ubicación y linderos de las fincas registrales y la evolución futura de las organizaciones registrales.

Prescindiendo, por el momento, de la consideración de los diferentes intereses en juego, las razones de ello son varias:

– En primer lugar, la expansión del ámbito cartográfico debido a la eclosión de nuevas tecnologías sobre geolocalización, lo que ha permitido alumbrar herramientas cartográficas cada vez más potentes y a un coste cada vez más reducido. A su vez, ello es utilizado por los catastros y por las asociaciones cartográficas de todo tipo para intentar asumir funciones reservadas a los registros de la propiedad, bien (1) mediante la exigencia de la cartografía en todo caso – o, particularmente, de la catastral – en el procedimiento registral, como instrumento insustituible y, por lo tanto, imprescindible de identificación de las fincas, (2) bien mediante la asunción directa de algunas de las funciones registrales – v.gr.: exigencia de que la presunción *iuris tantum* de exactitud en relación a la descripción de las fincas solo opere si han sido descritas cartográficamente y, en su versión más catastral, solo si lo han sido mediante la cartografía catastral –, (3) bien mediante el intento de fusión por absorción de los registros por los catastros, configurándose como una única institución.

– En segundo lugar, los registros han solido carecer – y suelen carecer – de una base gráfica como instrumento de documentación de la ubicación y linderos de las fincas registrales, lo que es presentado como una grave debilidad de los sistemas registrales. En efecto, suele presentarse este hecho como una característica prácticamente invalidante de los sistemas registrales que carezcan de bases gráficas, considerándola origen de una inseguridad jurídica – y, por tanto, de una fuente de litigios – incompatible con las exigencias de un mercado eficiente. La tecnología cartográfica – particularmente la aportada por los catastros – vendría a ser el instrumento – salvador – de tales deficiencias registrales.

– En tercer lugar, la función clásica de los catastros – relacionada especialmente con la fiscalidad que grava la tenencia de inmuebles – se ha

venido debilitando progresivamente, no porque la fiscalidad territorial no produzca ingresos sino por el hecho de que han ido apareciendo nuevos impuestos. – Impuesto sobre los ingresos personales, sobre los ingresos de las sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido, etc. – cuya importancia recaudatoria es mucho mayor, lo que ha relegado a un segundo plano la importancia recaudatoria de la fiscalidad territorial y, por lo tanto, de los catastros. Ello les obliga a buscar nuevas funciones, lo que se halla en el origen del denominado catastro multifunción y, en última instancia, de la pretensión de absorber las funciones características de los registros de la propiedad. En esta estrategia, las posibilidades abiertas por el desarrollo de las tecnologías cartográficas son dirigidas en la dirección indicada, y las debilidades gráficas de los registros se exageran, como veremos.

– En cuarto y último lugar, no debemos olvidar que el Estado, especialmente el Estado moderno, es un arreglo institucional que define y distribuye derechos de propiedad a cambio de impuestos. Es el único que puede resolver los problemas de seguridad jurídica del mercado, pero sólo lo hace a cambio de impuestos. Ello explicita un *trade off* cuya adecuada solución es clave para facilitar o dificultar – incluso impedir el desarrollo de los mercados – en este caso, de los mercados inmobiliario e hipotecario –. Una de las claves para incrementar la recaudación consiste en generar una “*eficiente legal framework*” que permita el desarrollo eficiente de los mercados inmobiliario e hipotecario, lo que exige derechos de propiedad fuertes, seguros y fácilmente transmisibles.

Pero, las urgencias fiscales del Estado pueden hacer prevalecer soluciones organizativas que primen los resultados fiscales a corto plazo a costa del desarrollo de los citados mercados y, en última instancia, de la recaudación. Existen abundantes ejemplos de ello a lo largo de la historia europea. Todo gobernante tendrá siempre esta tentación y el desarrollo actual de las tecnologías cartográficas, junto con la presión corporativa de los catastros y topógrafos, y el poco adecuado entendimiento de la función de los registros de la propiedad y de la compleja ingeniería jurídica requerida para que dicha función pueda ser desempeñada eficientemente, puede hacerle optar por soluciones organizativas en las que, consciente o inconscientemente, se de prevalencia al factor fiscal, *aún a costa de la eficiencia de los mercados y, en última instancia, del desarrollo general de la economía.*

2. OBJETO DE LA EXPOSICIÓN

Son cuestiones suficientemente complejas por sí solas cada una de ellas. Considerando su complejidad y el tiempo disponible, es necesario prescindir

del análisis separado de cada una de ellas y focalizar la exposición en el análisis de la problemática que plantea la determinación de los linderos en el tráfico jurídico inmobiliario y en el de la ayuda que aportan o pueden aportar las nuevas tecnologías, lo que ayudará a resolver adecuadamente el conjunto de cuestiones implicadas. Intentaré tratar ambas cuestiones con un cierto detenimiento. Ello exige hacer una referencia previa a ciertos conceptos fundamentales que deben ser tenidos permanentemente en cuenta si no queremos correr el riesgo de que cuestiones de segundo orden acaben devorando una tecnología institucional –la registral– que se ha ido construyendo trabajosamente.

3. REFERENCIA A ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Todos los seres humanos estamos destinados a compartir la superficie terrestre. Mientras el tamaño de la misma permanece relativamente estable, el número de seres humanos que soporta crece sin cesar. En consecuencia, la superficie terrestre deviene un bien progresivamente escaso y nuestra supervivencia como especie – y como individuos – exige que aprovechemos ese recurso escaso de una manera crecientemente eficiente.

El análisis económico pone de manifiesto que la forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es la propiedad privada, pero, también, que ésta no siempre es posible porque su implantación va asociada a una serie de costes que no siempre la permiten. En estos casos, las alternativas son la propiedad comunal y, en última instancia, el acceso libre, la forma más ineficiente de explotación.

El concepto de propiedad privada está relacionado con el de exclusión, es decir, con la posibilidad de excluir a otros del aprovechamiento de recursos escasos y valiosos. Toda forma de propiedad privada tiene, por ello, un coste genérico, cual es la necesidad del Estado. Dando por supuesto la existencia de este coste genérico, cada recurso tiene costes específicos, costes que pueden impedir la propiedad privada sobre los mismos.

Tratándose de propiedad privada sobre la tierra, nos encontramos con problemas específicos, cuya solución genera también costes específicos, distintos – y mayores – de los que genera, por ejemplo, la propiedad sobre bienes muebles.

En sociedades como las que vivimos, en las cuales las transacciones son impersonales y la forma ordinaria de acceso a la propiedad es la derivativa, nos encontramos con que, tratándose de bienes inmuebles, las principales dificultades con las que se encuentra la propiedad privada son las siguientes:

1. Saber si quién se presenta como dueño lo es realmente. Sucede que, en el ámbito inmobiliario, la posesión, incluso la pacífica posesión, no es un signo fiable para identificar al propietario, por lo que no se le puede atribuir a la misma

el alcance legitimador que, sin embargo, sí se le puede atribuir en el ámbito mobiliario. Las razones son claras: no todos los *iura in rem* conllevan posesión, muchos no la conllevan y, además, pueden coexistir simultáneamente varios *iura in rem* sobre un mismo activo inmobiliario, unos que conlleven posesión y otros que no la conlleven; inversamente, la posesión puede no ser expresión de *ius in rem* alguno. Todo ello, además, es especialmente real en sociedades en las que hay una frecuencia transaccional alta en el ámbito inmobiliario y, además, tal frecuencia transaccional tiene lugar entre anónimos.

2. Si tiene facultades de disposición. Al igual que sucede con la anterior incertidumbre, la apariencia no revela, ordinariamente, la carencia de tales facultades, carencia que puede dar lugar a la pérdida del derecho que se creía haber adquirido.

3. Si existen vicisitudes que puedan afectar a los contratos anteriores relativos al mismo inmueble de tal naturaleza que puedan dar lugar a la pérdida del derecho que se creía haber adquirido. Esta incertidumbre tiene lugar no solo en los sistemas transmisivos causales sino también en los sistemas transmisivos denominados abstractos, pese a las apariencias en contrario.

4. Si existen cargas sobre el inmueble, impuestas por propietarios anteriores, que sean preferentes al derecho adquirido y cuya ejecución pueda dar lugar a la pérdida del derecho adquirido.

5. Dada la creciente penetración del Derecho público en el Derecho privado y, concretamente, en el derecho de propiedad privada, si lo que se desea adquirir es un terreno, el adquirente necesita saber cuáles son los usos permitidos por la legislación urbanística y la medioambiental, y, dado el carácter estatutario de la propiedad urbanística en una serie de jurisdicciones, las obligaciones que puede conllevar su adquisición.

6. Si la porción física de terreno que, según el transmitente, conforma los contornos físicos del derecho de propiedad que se desea adquirir se corresponde con aquella que conforma el derecho de propiedad del transmitente.

De no existir instituciones específicas para resolver estos problemas, los costes de adquisición y protección de la propiedad inmobiliaria podrían llegar a ser tan altos que la propiedad sobre la tierra solo estaría al alcance de los más poderosos. Adicionalmente, ciertos suelos no podrían ser objeto de propiedad privada, como veremos. En la medida en que las tecnologías físicas, jurídicas e institucionales disponibles permitan rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

La primera incertidumbre, se ha resuelto históricamente mediante la creación del Registro de derechos, el cual implica una intervención directa

del Estado en el sistema transmisivo. Es la única institución que permite conocer *ex ante*, es decir, sin necesidad de usucapión, quien es el titular *in rem* y que el adquirente se convierta, también en titular *in rem*. En ausencia de un registro de derechos solo caben titularidades obligacionales. Los três siguientes problemas también los resuelve el Registro de derechos, pero no el Registro de documentos. Para resolver los cuatro primeros problemas se requiere, por tanto, la tecnología jurídica e institucional adecuada.

Para resolver el quinto problema, los ayuntamientos u otros organismos públicos suelen disponer de sistemas específicos de información. Para la articulación de tales sistemas es imprescindible el recurso a las técnicas cartográficas y de geolocalización.

4. LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE LOS LINDEROS

4.1 *La necesidad de fijación de linderos: un coste exclusivo de la propiedad inmobiliaria*

Con ello, llegamos al sexto problema que debe ser resuelto, el de la delimitación de los linderos, un aspecto característico de la propiedad inmobiliaria.

En efecto, no se plantea este problema en relación con los bienes muebles: su propia figura los define. En rigor, tampoco debería plantearse en el ámbito inmobiliario, pues, en sentido estricto, solo hay un inmueble, cual es el planeta tierra. Los denominados bienes inmuebles no son sino lós trozos de la superficie terrestre – incluidas las construcciones realizadas por el ser humano – cuyo aprovechamiento es atribuido en exclusiva a una sola persona o a varias en *pro indiviso* y que, inevitablemente, son contíguos unos de otros, lo que exige su delimitación. Dicha delimitación está sujeta a costes, variables en función de la naturaleza y uso del terreno y de la tecnología disponible. Si éstos son muy elevados, impiden la explotación del recurso mediante el régimen de propiedad privada.

Así, tratándose de recursos naturales, los linderos no solo deben ser fijados, sino que deben ser protegidos para evitar el aprovechamiento de los recursos por terceros sin derecho a ello. La propiedad privada sobre la tierra genera así algunos costes característicos relacionados con la proliferación de lindes entre las diferentes parcelas. La tesis de la eficiencia predice que la innovación tecnológica para marcar, defender y probar las lindes de las parcelas facilitará una mayor parcelación porque reduce los costes relacionados con el régimen de propiedad privada. En ausencia de tales innovaciones es usualmente más barato usar trabajo y material para cerrar un terreno amplio que dividirlo en muchas parcelas privadas.

Así parece suceder en la realidad. La invención por Glidden del alambre de espino en 1874 parece que estimuló la subdivisión de parcelas en el oeste norteamericano. Así, en Shasta County, en California, las innovaciones en las técnicas de vallado e irrigación reforzaron el balance coste-beneficio de cercar los pastos y estimularon la parcelación de las tierras de pastos.

No es éste, sin embargo, el aspecto que más interesa en esta ponencia en relación con los linderos sino el relativo a la fijación y documentación de los mismos, un aspecto imprescindible de toda transacción inmobiliaria.

4.2 *La delimitación de los linderos como parte de la delimitación del derecho*

Lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto que la delimitación de los linderos forma parte de la delimitación del derecho que se desea adquirir y que, por lo tanto, el concepto de lindero es un concepto jurídico.

Mientras que la resolución de los problemas a los que me he referido anteriormente – esto es, quién es el dueño, si tiene facultades de disposición, qué causas de resolución pueden derivar de contratos anteriores referentes al mismo bien, qué cargas preferentes han sido impuestas por los propietarios anteriores, etc. – han requerido la elaboración de una compleja tecnología jurídica, que se ha ido construyendo lentamente a lo largo de la historia, sin embargo, la cuestión relativa a la delimitación de los linderos no ha requerido la elaboración de dicha compleja tecnología jurídica.

En efecto, en toda adquisición derivativa, se adquiere una propiedad preexistente, es decir, una propiedad cuyos linderos ya existen. Los linderos existentes son el resultado del consenso inicial entre los primeros propietarios y, en su caso, entre los sucesivos propietarios de todas las propiedades colindantes. Sin este amplio consenso, la propiedad privada, sencillamente, no sería posible, pues la propiedad privada no es sino un consenso sobre la atribución y el aprovechamiento de bienes, en este caso, de trozos contiguos de la superficie terrestre.

Tal consenso se suele hacer visible sobre el terreno mediante la existencia de signos físicos, acordados por los colindantes, cuya significación es, precisamente, la de poner de manifiesto los límites de las diferentes propiedades. Tales señales suelen conocerse con el nombre de *mojones*.

El adquirente necesita, en primer lugar, que el transmitente describa los linderos con la mayor precisión posible y, en segundo lugar, necesita asegurarse de que tales linderos son los que corresponden a su derecho.

Así, cuando se transmite una propiedad es preciso describir lo más claramente posible sus linderos. El método tradicional ha sido el conocido tradicionalmente

en Inglaterra bajo la denominación de “*metes and bounds*”, método similar al seguido por la mayoría de países. Se trata de un método descriptivo literario, normalmente sin recurso a planos ni a descripciones mediante imágenes.

Para tener una seguridad razonable de que los linderos descritos son los que corresponden al derecho que se desea adquirir, el adquirente puede utilizar diversos procedimientos. Uno de ellos consiste en utilizar el signo de la pública y pacífica posesión.

En efecto, así como, en relación a la propiedad inmobiliaria, la posesión no es signo fiable de propiedad, por las razones expuestas anteriormente y de todos conocidas, sin embargo, la pública y pacífica posesión sí es signo fiable de definición de linderos. Puede que los colindantes no sepan si su vecino es el *verus dominus*, pero si aceptan los linderos de la finca que posee, ello garantiza al adquirente que los linderos que le manifiesta el transmitente son los que, en efecto, delimitan su derecho. Por esta razón, la solución de esta incertidumbre no ha requerido, históricamente, la elaboración de ninguna compleja tecnología jurídica. Las discusiones entre colindantes se solucionan mediante la acción de deslinde – la *actio finium regundorum* del Derecho Romano –; si ello diera lugar a una disminución de la propiedad adquirida, era posible la *actio quanti minoris* y, en todo caso, siempre estaba presente la responsabilidad por evicción.

Por estas razones, la mayor parte de los modernos sistemas registrales, cuando se ponen en funcionamiento, utilizan, para la identificación de las áreas terrestres que conforman los diferentes *iura in rem*, los métodos descriptivos habituales de la contratación.

5. LAS TÉCNICAS CARTOGRÁFICAS COMO MÉTODO DE DESCRIPCIÓN DE LOS LINDEROS

Durante los últimos tiempos han experimentado un gran desarrollo las técnicas fotográficas, cartográficas y de georreferenciación. Basta con navegar con *Google Earth* para darse cuenta de hasta qué punto. Podemos visitar virtualmente ciudades enteras en tres dimensiones, reproducidas con un nivel de detalle extraordinario. Las empresas dedicadas a los desarrollos cartográficos, en su mayoría multinacionales, han puesto ya en el mercado herramientas muy potentes y unos precios cada vez más razonables, pues las técnicas utilizadas son estándares reutilizables en la mayoría de países, todo lo cual hace atractivos sus productos. Todo ello está desarrollando una nueva industria, la industria productora de datos geoespaciales, que pretende alcanzar a todo lo relacionado con el territorio sobre la base de la utilización de tales técnicas fotográficas, cartográficas y de georreferenciación.

En este ambiente, se están propiciando reformas dirigidas a introducir la obligatoriedad de utilizar tales técnicas en la descripción de los trozos de la corteza terrestre que forman parte del contenido de los *iura in rem* inmobiliarios prescindiendo de la vieja técnica literaria de los *metes and bounds*.

La cuestión que se plantea es la de reflexionar sobre si está justificada dicha obligatoriedad.

Ayer tuvimos la oportunidad de escuchar un análisis realizado por el prof. Arruñada de coste/beneficio de la utilización de estas técnicas en el marco de la reunión celebrada para tratar del proyecto CROBECO – *Cross Border Electronic Conveyancing* –, análisis que comparto en sus líneas fundamentales.

Del citado análisis se deduce que en países como los que abarca la Unión Europea, con propiedades inmobiliarias normalmente documentadas, lo que incluye la delimitación de los linderos, no estaría justificada la imposición obligatoria de tales técnicas, puesto que, en principio, no habría externalidades, salvo, quizás, en supuestos de inmatriculación y modificación de fincas inscritas – y aún en estos casos sería dudoso –.

Por ello, deben ser los particulares – no el legislador – quienes deben decidir qué técnicas de identificación deciden usar, salvo en los dos supuestos citados, en su caso.

La hipótesis del comportamiento racional implica que los particulares sólo recurrirán a las nuevas técnicas de identificación si conllevan un valor añadido superior a los costes explícitos e implícitos que implican.

Los costes explícitos no son desdeñables. Según el Informe del ZERP de la Universidad de Bremen de 2007, los costes explícitos oscilarían desde un 38,08% en Inglaterra hasta un 50,78% en los Países Bajos. Para España, sobre seis comprobaciones a través de Internet, Arruñada calcula un sobre coste de unos 455 euros por transacción, según nos explicaba en su intervención de ayer.

Los costes implícitos, medidos en términos de retraso de todo el procedimiento de inscripción, no son tampoco desdeñables, y difícilmente serán inferiores.

A cambio de estos costes, las partes, podrían esperar un beneficio consistente en una menor litigación por problemas de linderos. A este respecto, es preciso decir que, en principio, eso depende en gran medida del tipo de activo inmobiliario. Normalmente, los edificios por pisos no plantean problemas de linderos, tampoco las casas adosadas ni las casas aisladas. Estos pueden plantearse más bien en el caso de fincas rústicas de poco valor comparativo y que por sus características físicas resulte difícil marcar los lindes, o los sucesivos propietarios no se hayan preocupado de ello.

A pesar de lo mucho que se insiste en que la falta de la utilización de técnicas cartográficas y de georreferenciación por los registros de la propiedad plantean un grave problema de seguridad jurídica, sin embargo, puede observarse que el nivel de litigación por estos asuntos es muy bajo. Es más, no está claro que la utilización de tales técnicas produjera una disminución del nivel de litigación, sino, probablemente, a corto plazo, un aumento de la misma, debido al hipotético incremento en el nivel de precisión de los linderos que las mismas permitirían, al menos en relación al tipo de fincas rústicas al que anteriormente me he referido.

Adicionalmente, puede observarse que los informes elaborados por W. Wyman para la Federación Hipotecaria Europea demuestran también que los países que presentan mejores resultados son Reino Unido, Países Bajos, Alemania y España, los cuales siguen, en este terreno, políticas muy diferentes. De esos cuatro países, el que presenta mejores resultados globales es España, lo cual echa por tierra la afirmación de que la no utilización de bases gráficas en las inscripciones registrales plantea graves problemas de seguridad jurídica, pues de esos cuatro países España es el único que no utiliza bases gráficas en el procedimiento registral, salvo para la inmatriculación. En un anteproyecto de ley presentado recientemente, parece que se extenderá esta exigencia a los supuestos de modificación física de fincas inscritas.

La utilización obligatoria de tales técnicas en toda transacción inmobiliaria plantearía también un problema de transición que debería ser resuelto. En efecto, si una finca que, en estos momentos, se halla inscrita y descrita literariamente, debe ser descrita gráficamente en la siguiente transacción para poder ser inscrita, deberían buscarse procedimientos para que la nueva descripción gráfica sea consentida por los colindantes, y ello, por sí solo, implica un coste añadido de dimensión muy variable porque puede dar lugar a conflictos, sin que el beneficio resultante sea claro.

6. LA PRETENSIÓN DE QUE DEBAN SER LOS CATASTROS LOS QUE SUMINISTREN LA INFORMACIÓN GRÁFICA A LOS REGISTROS

Esta pretensión de obligatoriedad de la descripción gráfica de las fincas en el procedimiento registral, suele complementarse con la pretensión adicional de que dicha representación gráfica deba suministrarla el Catastro. En otros términos, supuesta la obligatoriedad de la utilización de técnicas cartográficas y de georreferenciación en la descripción y, más estrictamente, en la identificación de las fincas, la función de la descripción gráfica identificadora de las mismas corresponde al Catastro, debiendo el Registro limitarse, en este

aspecto, a utilizar dichas bases gráficas, sin que pueda aparecer en el Registro descripción alguna distinta a las mismas. Dicha descripción gráfica, y no otra, gozaría de la presunción *iuris tantum* de exactitud.

En mi opinión, esta pretensión no está justificada. Intentaré explicar las razones que me mueven a opinar de este modo.

Parece existir una especie de automatismo mental en cuya virtud, en cuanto se habla de “representación gráfica de fincas” dicho concepto se asocia automáticamente con el de “Catastro”. La razón hay que buscarla en que, a diferencia de un cierto número de sistemas registrales, los catastros han recurrido desde épocas muy tempranas a las representaciones gráficas y, además, han procurado que los planos levantados por sus funcionarios o personal contratado abarcaran todo un país. La razón es clara: la función identificadora del Catastro se halla relacionada con la fiscalidad territorial. Para ello, debía elaborar un inventario de la denominada riqueza territorial del país. La mejor manera de identificarla, evitando ocultaciones, era el levantamiento de planos y, a ser posible, el mapeo de todo el país.

Identificada la denominada riqueza territorial, para poder gravarla, se requería saber, además, quiénes eran los propietarios y cuáles las porciones de terrenos sobre las que se proyectaban sus derechos. Para resolver estos problemas no servían los registros pues, como ha sido una constante histórica, los propietarios, de no serles beneficioso o inevitable, preferían serlo en régimen de privacidad, sin necesidad de acudir a los registros públicos o, incluso, asumiendo el riesgo de no hacerlo. A lo largo de la historia, la principal razón para no hacerlo ha sido siempre de índole fiscal.

Para resolver estos problemas, los catastros, en España por ejemplo, realizaban trabajos de campo, municipio por municipio, casa por casa, aceptando como propietarios a los poseedores que se manifestaban como tales, o, en caso de ausencia, a los que señalaban los vecinos y colindantes, y como linderos, los manifestados por los mismos poseedores o, en su caso, por colindantes que no necesitaban acreditar ser propietarios. Por esta razón, ni las delimitaciones de los linderos ni la identificación de los propietarios ofrecían fiabilidad alguna y no producían más efecto que el fiscal.

Los registros, distintamente, no tienen una función fiscal. Su función consiste en resolver o, al menos, mitigar, los problemas de seguridad jurídica del mercado, cuya utilización por los individuos suele ser voluntaria. Estos solo lo utilizarán si desean que sus documentos contractuales gocen de prioridad formal y oponibilidad, en los países con registros de documentos, o si quieren ser titulares *in rem* en el caso de los países con registros

de derechos, en lugar de titulares meramente obligacionales. Cuestión distinta es que los gobiernos suelen utilizar las necesidades de seguridad jurídica de los individuos para obtener ingresos fiscales y, en consecuencia, también usen los registros con dicha finalidad, algo que puede contribuir a desnaturalizar su verdadera función, como ya advertía la Ley Hipotecaria Española de 1861.

Debido a esta distinta función, un número significativo de sistemas registrales no han exigido ni exigen la representación gráfica de las fincas. Estas constan en los registros con descripción literaria, realizada por los particulares, basada en el método de *metes and bounds* o similares. Dos razones pueden aducirse para ello: 1. la descripción realizada por los particulares tiene bastantes probabilidades de ajustarse a la realidad, por su propio interés, especialmente por interés del adquirente, lo que, empíricamente se confirma por la escasez de litigios al respecto en relación al número total de transacciones, como puede observar todo profesional del registro. 2. las tecnologías cartográficas y de georreferenciación no ofrecían, hasta hace poco, alternativas asumibles por los particulares.

Ello ha dado lugar a que la descripciones catastrales y registrales no coincidieran en muchas ocasiones, algo que se fue ampliando a lo largo del tiempo como consecuencia del hecho de que el tráfico jurídico fue adquiriendo intensidad y el catastro no ha sido capaz de acomodarse a dicho ritmo.

Desde el nacimiento de los modernos sistemas registrales europeos, allá por el siglo XIX, hasta el presente, las cosas han cambiado considerablemente. En efecto, las propiedades inmobiliarias se hallan inscritas, lo que significa que son muy pocos los adquirentes que viven al margen del Registro. Además, los mecanismos de coordinación con el Catastro funcionan y los registros comunican con agilidad los cambios en las titularidades al Catastro para que éste pueda cumplir su función fiscal.

En relación a las fincas, sin embargo, el Catastro no ha avanzado con la misma intensidad. El tráfico jurídico inmobiliario ha aumentado. Los mercados inmobiliario e hipotecario se han desarrollado espectacularmente. No solo hay compraventas o herencias sino operaciones que conllevan divisiones, segregaciones, agregaciones, agrupaciones, edificaciones, etc. En definitiva, modificaciones sustanciales de las fincas inscritas. En muchas ocasiones, los catastros no han sido ni son capaces de seguir el ritmo del mercado, algo a lo que los registros, sin embargo, están obligados. Ello da lugar a que, mientras los registros reflejan descripciones presentes de las fincas, los catastros, en el mejor de los casos, reflejan descripciones desactualizados. Y ello por más

dinero que hayan gastado en mapear el territorio, pues tal mapeo requiere una actualización constante.

Para resolver este problema – un problema que afecta exclusivamente al Catastro y a la efectividad de su función fiscal – pueden seguirse varias vías:

1. Exigir que los particulares tengan que usar en sus transacciones la descripción gráfica catastral, la cual puede coincidir o no con la realidad jurídica, que es, a todos los efectos, la realidad. Si no coincide, debe actualizarse la descripción catastral y hasta que esta operación no se realice, el Registro no puede realizar su trabajo.

Esta solución tiene el inconveniente de que encarece y retrasa las operaciones inmobiliarias por razones estrictamente fiscales. Así, si observamos los diferentes informes *Doing Business* podemos observar que el mayor número de trámites en los procedimientos registrales se hallan relacionados con el hecho de involucrar al Catastro en los mismos.

Tiene, además, un inconveniente mayor. Como hemos visto, los linderos son un concepto jurídico, pues su fijación forma parte de la delimitación del contenido del derecho. Y esta es una función estrictamente registral. En efecto, cuando el registrador examina la descripción de la finca realizada por los particulares en una nueva transacción, comprueba si hay alguna variación respecto de la descripción existente en el Registro, particularmente, si hay variación de linderos o de cabida, porque ello puede afectar a derechos de terceros, singularmente de los colindantes, y solo acepta la descripción contenida en el documento contractual tras asegurarse de que la descripción de la finca no viola derechos de los colindantes o, en caso de incorporar modificaciones – v.gt.: nueva edificación – sujetas a requisitos legales complementarios, tales requisitos han sido cumplidos, funciones todas ellas ajenas a las catastrales.

2. La misma solución anterior pero sin supeditar la actuación registral a que el Catastro realice la adaptación.

Presenta los mismos inconvenientes, si bien el retraso será menor.

3. Las partes realizan la descripción de las fincas con suficiente precisión, bien sea mediante la utilización de técnicas gráficas y de georreferenciación, bien mediante una descripción literaria, bien mediante la utilización de ambas. El Registro, una vez realizadas las operaciones correspondientes, remite al Catastro la nueva descripción de la finca, gráfica y/o literaria si la hubiere, y la nueva titularidad, pero sin imponer obligación alguna al respecto a los particulares.

Esta solución supone una menor interferencia en el tráfico jurídico por razones fiscales, un menor coste en tiempo y en dinero que las dos anteriores, y una igual efectividad fiscal.

Para optimizar esta solución, en el caso de que la descripción sea gráfica – solamente o además de la literaria –, debe hacerse conforme a unos parámetros estandarizados y compartidos, de modo que la remisión al Catastro posibilite la inmediata ubicación de la finca. Si la descripción que figura en el Registro es literaria y, a partir de un determinado momento, se pretende que sea gráfica – solamente o además de literaria –, deben arbitrarse mecanismos para que la descripción gráfica vincule a los colindantes, sin que ello interfiera en el tráfico jurídico.

En todo caso, para los supuestos de inmatriculación y de modificaciones físicas de fincas inscritas, podría estar justificado, por las razones expuestas anteriormente, la exigencia de descripciones gráficas.

Todo lo expuesto pone de manifiesto que los registros de la propiedad pueden acoger descripciones de las fincas mediante la utilización de técnicas cartográficas y de georreferenciación, técnicas cuya utilización no es privativa de ningún organismo público ni privado. Pone también de manifiesto las cautelas con las que deben utilizarse dichas técnicas en sistemas registrales que vienen operando desde mucho tiempo atrás, con descripciones literarias, en muchos casos, de modo que su utilización sirva para mejorar el servicio en lugar de para crear más problemas de los que podrían resolver. Pone también de manifiesto por qué la fijación de linderos, o mejor dicho, la admisión de la descripción de los linderos realizada por las partes corresponde al Registro. Pone también de manifiesto cómo debe actuar el Registro en relación con el Catastro a fin de que este pueda realizar su función fiscal sin que ello suponga la imposición de mayores costes explícitos – dinero – ni implícitos – tiempo – a los particulares.

Muchas gracias por su atención.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Intercâmbio de informações entre o Incra e os serviços notariais e registrais, de Andrea Flávia Tenório Carneiro – *RDI* 56/71 – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/655 (DTR\2004\761); e
- La implantación de registros públicos, de Benito Arruñada – *RDI* 79/223 (DTR\2016\26).

O EFEITO DO REGISTO DAS ACÇÕES E RESPECTIVAS SENTENÇAS QUE AS JULGUEM PROCEDENTES

THE EFFECT OF ACTIONS AND THEIR JUDGMENTS THAT ARE CLAIMED GRANTED

MÓNICA VANDERLEIA ALVES SOUSA JARDIM

Mestre, pela Faculdade de Direito de Coimbra, em Direito Civil (Tese de Mestrado intitulada: *A garantia autónoma*). Doutora, pela Faculdade de Direito de Coimbra, em Direito Civil (Tese de Doutoramento intitulada: *Efeitos substantivos do registo predial*). Professora Auxiliar na Faculdade de Direito de Coimbra, onde é regente das disciplinas de Direito das Coisas I, Direito das Coisas II, Direito dos Registos e do Notariado. Presidente do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR). Membro Cooptado, por reconhecido mérito científico, do Conselho do Notariado de Portugal. Académica da Academia Brasileira de Direito Registral. Membro do Conselho Editorial dos "Cadernos do CENoR". Membro do Conselho Editorial da revista: *Cadernos da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo*. Corresponsável pela organização da Pós-graduação em "Direito Notarial e Registral – Prof. Doutor Henrique Mesquita" e dos diversos Cursos Breves realizados pelo CENoR, bem como pela organização do Seminário Luso-Brasileiro e Espanhol sobre Direito Imobiliário Registral, pela Bienal de Jurisprudência Luso-Brasileira em Direito Imobiliário e Registral e pelo Encontro de Direitos Reais, Direito Registral e Direito Notarial. Fez múltiplas apresentações em colóquios, seminários e conferências em Portugal e no Estrangeiro. Tem diversos artigos publicados no domínio dos Direitos Reais e do Direito do Registo Predial.
mjardim@fd.uc.pt

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil; Processual

RESUMO: Neste estudo, nos posicionamos a respeito do registo de uma demanda e respectiva decisão, e defendemos que o efeito do registo de ações não é uniforme, em oposição ao que ocorreu perante o Código Civil Português de 1866 – em que o registo de qualquer demanda sempre assegura o efeito direto da decisão contra subsequentes "terceiros" compradores do réu, em vez disso, somente efeitos diretos são assegurados neste ato. Como comprovação disso, os seguintes efeitos de registo de ações legais e as decisões consideradas admissíveis são apontadas como: ação de reivindicação; ação de prelação; ação de execução compulsória; ação revogatória; ação

ABSTRACT: In this study, we take a stand about the effect of registration of a demand and respective decision, and we defend that the effect of the action's registration is not uniform, contrary to what occurred in the presence of Portuguese Civil Code of 1866 – when registration of any demand always ensure the direct effect of the decision against "third parties" subsequent purchasers from the defendant, instead, only such direct effect is ensured thereby. As evidence of that, the following effects of registration of legal actions and the decisions holding them admissible are pointed out: *rei vindication* action; preference action; compulsory enforcement action; revocatory action;

para revogar doações; ação de nulidade; ação a respeito da nulidade do registro (da terra).

action to revoke donation; resolution action; invalidity action; action concerning invalidity of (land) registration.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Registro de Terras – O efeito da demanda de registro – Art. 5.º do Código de Registro de Terras.

KEYWORDS: Land Registration Law – The effect of demand's registration – Art. 5.º of Land Registration Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O registo da acção e os seus efeitos *versus* o n. 3 do art. 263 do CPC. 3. O registo da acção e os seus efeitos na actualidade. 3.1 O registo da acção, quando prioritário, pode garantir "apenas" eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – contra "terceiros" subadquirentes do réu e assegurar, ainda, a exequibilidade da sentença quando condenatória. 3.2 O registo prioritário da acção pode não garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente e que também seja registada contra um "terceiro" que haja adquirido do réu, nem assegurar a sua eventual eficácia executiva, uma vez que pode não alterar nem ampliar os efeitos substanciais da sentença que a venha a julgar procedente. 3.3 O registo da acção pode assumir, somente, uma função de publicidade notícia. 3.4 O registo prioritário da acção, contra terceiros que hajam adquirido *pendente litem*, pode *limitar-se* a garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada –, bem como a sua exequibilidade, quando condenatória. Mas, contra terceiros adquirentes *ante litem*, pode *atribuir à sentença que a julgue procedente* – e que também aceda ao registo – *um efeito substantivo novo e desfavorável*, estendendo, assim, os seus limites subjectivos e assegurando a sua eventual exequibilidade contra tais terceiros. 3.5 O registo prioritário da acção, contra terceiros que hajam adquirido *pendente litem*, pode *consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente* – e também seja registada – e *garantir a sua eficácia direta e exequibilidade*. Mas, contra adquirentes *ante litem*, pode *atribuir à sentença que a julgue procedente* – e que também aceda ao Registo – *um efeito substantivo novo e desfavorável*, estendendo, assim, os seus limites subjectivos e assegurando a sua eventual exequibilidade contra tais terceiros. 3.6 O registo da acção pode consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente – e que também seja registada – *perante terceiros subadquirentes do réu a título oneroso e de boa fé e garantir também a eficácia direta da referida sentença contra tais terceiros*. 4. Bibliografia citada.

1. INTRODUÇÃO

Actualmente, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Seabra, o efeito do registo das acções não é uniforme.¹ De facto, varia consoante a acção.²

1. A propósito do efeito do registo das acções na vigência do Código de Seabra vide Mónica Jardim. *Efeitos substantivos do registo predial – Terceiros para efeitos de registo*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 367 e ss.
2. E isto independentemente de em causa estar um assento registal provisório de conteúdo negativo que alerte para a eventualidade de a situação jurídico-real ser diversa

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves Sousa. O efeito do registo das acções e respectivas sentenças que as julguem procedentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 207-234. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Vejam os com o pormenor devido.

Na vigência do Código de Seabra, o assento prioritário da acção “apenas” assegurava que a futura sentença, depois de registada, produziria os seus *efeitos directos* e, quando condenatória, seria exequível no confronto dos subadquirentes do réu. Ou seja, no confronto de *terceiros juridicamente interessados* contra quem a sentença, mesmo na ausência do registo, sempre produziria *efeitos reflexos*, em virtude da relação de prejudicialidade/dependência existente entre a relação jurídica sobre a qual havia recaído a decisão judicial e a relação jurídica da qual tais terceiros eram partes.³

Efectivamente, se, não obstante o art. 951 do Código de Seabra (que consagrava a inoponibilidade a terceiros dos factos sujeitos a registo e não registados), as sentenças que julgavam procedentes as acções não registadas produziam os seus efeitos substanciais contra os subadquirentes do réu, tal só podia significar – tal como afirmava a doutrina e a jurisprudência⁴ – que ao registo das acções era reconhecido um efeito processual: o de assegurar a eficácia dire-

daquela que o registo publica (v.g., o registo da acção de inexistência, de uma acção nulidade ou de acção de anulação) e, conseqüentemente, da possibilidade de esta vir a ser alterada ou, ao invés, um assento registal provisório de conteúdo positivo, como, por exemplo, o um registo de uma acção de execução específica.

3. “O nexa de prejudicialidade-dependência existe quando uma relação constitui pressuposto ou elemento essencial doutra relação jurídica.

(...)

Quando o caso julgado incide sobre uma relação que é prejudicial quanto a outras, visto que dependem daquela, não podem deixar de sofrer o efeito da decisão proferida” (Alberto dos Reis. Eficácia do caso julgado em relação a terceiros. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 17. p. 237).

4. Na doutrina *vide*, entre outros: José Dias Ferreira. *Código Civil português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895. vol. 2. p. 217; José Marques Barbosa Reis Maia. *Direito geral das obrigações*. Barcelos: Companhia Editora do Minho, 1926. p. 540; Guilherme Moreira. *Instituições de direito civil português. Parte Geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. vol. 1. p. 527 e ss.; Adriano Vaz Serra. Hipoteca. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 62. p. 7-8 e 48; _____. Enriquecimento sem causa. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 81. p. 40-41, nota 44-a; Manuel de Andrade. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 63. p. 307 e ss. _____. *Teoria geral da relação jurídica. Facto jurídico em especial – Negócio jurídico*. reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. 2. p. 18; Rui de Alarcão. Invalidez dos negócios jurídicos – Anteprojecto para o novo Código Civil. *Boletim do Ministério da Justiça*. 89. p. 243. 1959; Manuel Salvador. *Terceiro e os efeitos dos actos ou contratos – A boa fé nos contratos*. Lisboa: Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962. p. 123 e ss., 155-175, 191 e ss., p. 244 e nota 329, p. 350 e ss.

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves Sousa. O efeito do registo das acções e respectivas sentenças que as julguem procedentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 207-234. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

ta da sentença, que também acesse ao Registo, contra “terceiros”, bem como a sua exequibilidade, quando condenatória.

De facto, sempre se considerou que os terceiros que tivessem “adquirido” direitos do réu e houvessem obtido o registo do respectivo facto aquisitivo antes da inscrição da acção apenas não eram afetados pela eficácia direta e, quando condenatória, pela eficácia executiva da sentença proferida numa acção não proposta contra si,⁵ ou seja, sempre se entendeu que o terceiro apenas beneficiava de uma protecção processual que não o colocava numa posição inabalável. Consequentemente, afirmava-se que o autor da acção, e verdadeiro titular do direito, que obtivesse uma sentença favorável numa acção sujeita a registo e não registada (ou não registada com prioridade), não estava, por qualquer forma, impedido de posteriormente intentar contra o terceiro (subadquirente do réu) e titular registal uma nova acção declarativa.⁶⁻⁷

Na jurisprudência *vide*, entre outros, acórdãos do STJ: de 21.02.1890, *Direito*, XXVIII. p. 246; de 09.01.1891. *Boletim dos Tribunais*, 1891. n. 235. p. 263; de junho de 1901. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, XLI. p. 223; de 12.04.1932. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 65. p. 124; de 10.11.1944. *Boletim Oficial*, ano 4, p. 583; de 26.10.1946, *Vida Judiciária*, 9.º. p. 460; de 25.03.1949. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 12. p. 278; de 03.07.1951, *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 26. p. 165; de 02.10.1951. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 60. p. 485; de 13.05.1952. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 31. p. 365; de 03.01.1953. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 35. p. 217; de 01.07.1953. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 50. p. 425; de 16.07.1957. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 69. p. 551; de 21.07.1959. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 89. p. 489.

5. Por todos, *vide*: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 31, p. 244; Alberto dos Reis. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1946. vol. 3. p. 82; _____. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 84. p. 139 e ano 69. p. 332; Manuel de Andrade. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1956. p. 293, nota 1; Manuel Salvador. *Op. cit.*, nota 364 e p. 350 e ss.; Pedro Pitta. *Revista de Notariado de Registo Predial*. n. 7. p. 97 e ss. 1941.
6. Provavelmente por isso, “rara era a acção, sujeita a registo levada aos livros” (Cfr. Catarino Nunes. *Código do Registo Predial anotado*. Coimbra: Atlântida, 1968. p. 173).
7. A doutrina e a jurisprudência, na vigência do Código de Seabra, além do referido no texto, consideravam que o titular de um direito, *mesmo que nunca tivesse constado como titular registal* e também não houvesse obtido um assento registal que alertasse para a discrepância entre a realidade tabular e extratabular, veria a sua posição jurídica prevalecer em face de um terceiro que visse a sua posição jurídica afectada consequencialmente pela inexistência ou pela invalidade do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa*. Uma vez que afirmavam que tal decorria do princípio *nemo plus iuris*

Ao invés, hoje, repetimos não se pode afirmar que o registo de qualquer acção garante *sempre* a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – contra “terceiros” subadquirentes do réu, *mas que se limita a assegurar tal eficácia directa*.

2. O REGISTO DA ACÇÃO E OS SEUS EFEITOS *VERSUS* O N. 3 DO ART. 263 DO CPC

Antes de explicitarmos o acabado de afirmar, cumpre referir que, para nós, é inequívoco que os efeitos do registo das acções perante terceiros não decorrem, por qualquer forma, do estatuído no n. 3 do art. 263 do CPC, tal como não decorriam do n. 3 do art. 271 do anterior CPC, nem do n. 2 do art. 271 dos Códigos de 1939 e de 1961.⁸

in alium transferre potest quam ipse habet e do princípio *resoluto iuris dantis resolutorius accipiens*.

É claro que aplicando o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* à hipótese de dupla venda do mesmo bem imóvel, feita sucessivamente pelo mesma pessoa a favor de diversos adquirentes, a primeira venda devia prevalecer, uma vez que a segunda era nula por se traduzir numa venda a *non domino*. No entanto, tal não ocorria, porque o legislador português, nesta hipótese, estatuiu de forma expressa em sentido contrário.

Acrescente-se que o legislador não poderia ter actuado de outro modo, uma vez que, instituindo um sistema registal, não podia negar aos terceiros a protecção mínima que lhes é concedida pelos sistemas registais mais “fracos”.

Como é consabido, o mínimo de garantia que qualquer registo imobiliário oferece é a chamada força negativa ou preclusiva da publicidade: aquele que pretende adquirir sabe que, se inscrever a sua aquisição no registo, fica a salvo dos ataques de qualquer “terceiro” que haja adquirido um direito incompatível do mesmo *dante causa*, que não tenha obtido o registo a seu favor ou que o tenha obtido posteriormente a si – em virtude da primeira dimensão da inoponibilidade, anteriormente explicitada. A este propósito, Mouteira Guerreiro. O registo como instrumento de protecção das garantias do aproveitamento económico das coisas. *Temas de Registos e de Notariado. Centro de Investigação Jurídico Económica*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 277 e ss., afirma: “‘sistemas registais’ (referentes aos registos imobiliários) devem ser considerados *apenas* os que, como mínimo, tenham o denominado efeito de mera oponibilidade (...)”.

8. Em sentido contrário, entre outros, *vide*: Isabel Quelhas. Registo das acções. p. 5. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_Registo_de_Accoes.pdf]; Luís Gonzaga da Silva Pereira. Registo das acções (efeitos). p. 6. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_DOC070314-004.pdf].

Consideramos que os efeitos do registo das acções perante terceiros não decorrem, por qualquer forma, do estatuído no n. 3 do art. 263 do CPC, uma vez que este preceito legal – para além de só ser aplicável quando na pendência da acção ocorra a transmissão da coisa ou do direito litigioso – não assegura que a sentença produza os seus efeitos *em face de um terceiro* (o adquirente da coisa ou direito litigioso). Ao invés, de acordo com tal preceito legal, a sentença produz efeitos diretos contra o subadquirente do réu porque ele é havido como parte processual e não como um terceiro.

Acresce que a parte final do n. 3 do art. 263 do CPC apenas consagra uma excepção ao regime da substituição processual, para a hipótese de o adquirente haver obtido com prioridade o registo e, assim, ter conseguido tornar o seu facto aquisitivo processualmente oponível ao pedido formulado pelo autor da acção, assegurando-se, conseqüentemente, de que assumirá, se quiser, a posição de terceiro perante a lide.

Portanto, o n. 3 do art. 263 do atual CPC, tal como os seus antecedentes, não é o preceito que fixa os efeitos do registo das acções contra terceiros. É, isso sim, uma norma que se limita, na primeira parte, a prever o que é mera consequência do facto de o adquirente se ter habilitado ou ter sido substituído pelo transmitente e, na parte final, a introduzir uma excepção ao regime da substituição processual em virtude das regras registais.

3. O REGISTO DA ACÇÃO E OS SEUS EFEITOS NA ACTUALIDADE

Posto isto, regressemos ao inicialmente afirmado.

Atualmente não se pode defender que o registo de qualquer acção garante *sempre* a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – contra “terceiros” subadquirentes do réu, *mas que se limita a assegurar tal eficácia directa*.

Porquanto:

Por um lado, não temos dúvidas de que existem acções que, não obstante estarem sujeitas a registo, as respectivas inscrições provisórias não conduzem à eficácia direta das sentenças – que as julguem procedentes e também sejam registadas – contra terceiros, não intervenientes no processo, que adquiram direitos sobre a coisa, mesmo que na pendência do pleito. Isto porque, uma sentença, proferida numa acção registada com prioridade, na nossa perspectiva, só é processualmente oponível a “terceiros” não intervenientes na lide se produzir contra eles um efeito substantivo ou substancial. Ora, acontece que, actualmente, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Seabra, nem todas as sentenças, proferidas em acções sujeitas a registo e prioritaria-

mente inscritas, produzem um efeito substantivo ou substancial contra terceiros subadquirentes do réu não intervenientes na lide.

Por outro lado, na vigência do atual Código Civil, o registo de determinadas acções não se limita a garantir a eficácia direta da sentença, que julgue procedente a lide e também seja registada, perante terceiros.

Na verdade, como começamos por referir, o efeito do registo da acção, ou a função por si desempenhada, não é uniforme: varia consoante a acção em causa. E, o máximo que se pode defender é que o efeito do registo de uma acção, *em regra*, é determinado pelo n. 1 do art. 5.º do Código do Registo Predial –, nos termos do qual o registo da acção garante que a futura sentença, depois de registada, produzirá os seus efeitos substantivos *directamente* contra os subadquirentes do réu⁹ – em conjugação, naturalmente, com o estatuído no Código Civil a propósito da sentença que julgue procedente a lide em causa, bem como, pelo estatuído, ou não, por este diploma legal, sobre a inscrição registal da referida acção.

Traduzindo-se, claramente, em exceções a esta regra, nomeadamente, o registo da acção de execução específica de um contrato-promessa meramente obrigacional tendente à constituição ou transmissão de um direito real e o registo da acção de impugnação pauliana.

Concretizando e exemplificando.

3.1 *O registo da acção, quando prioritário, pode garantir “apenas” eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – contra “terceiros” subadquirentes do réu e assegurar, ainda, a exequibilidade da sentença quando condenatória*

Efectivamente, o registo da acção pode assumir apenas a função do registo da acção na vigência do Código de Seabra, ou seja, quando prioritário, garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – *contra* “terceiros” subadquirentes do réu – afastando, portanto, a regra segundo a qual a sentença só produz efeitos diretos *inter partes* –, e assegurar, ainda, a exequibilidade da sentença quando condenatória.

9. Assim, o legislador, ao introduzir o n. 4 do art. 5.º do Código do Registo Predial, nos termos do qual “terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”, parece ter-se esquecido de que a expressão “terceiros” utilizada no n. 1 do mesmo preceito legal também inclui os subadquirentes do réu, não intervenientes na lide, de uma acção sujeita a registo.

É o que ocorre sempre que a sentença produza efeitos substanciais reflexos contra um terceiro independentemente do registo da acção e da sua conversão em definitivo, em virtude da relação de prejudicialidade/dependência existente entre a relação jurídica sobre a qual recai a decisão judicial e a relação jurídica da qual é parte o terceiro.

Assim, por exemplo, uma sentença que julgue procedente uma acção de reivindicação causa, inelutavelmente, prejuízo aos subadquirentes do réu, quer tenham “adquirido” antes, quer depois, de proposta a acção e independentemente do facto de haverem obtido com prioridade o registo do respectivo “facto aquisitivo”, porquanto, após o trânsito em julgado da acção de reivindicação, torna-se inquestionável que o réu nunca foi o proprietário da coisa e, portanto, que o seu subadquirente “adquiriu” a *non domino*.

Do mesmo modo, se em causa estiver uma sentença que julgue procedente uma acção de preferência, uma vez que também esta gera, necessariamente, prejuízo ao subadquirente do réu que haja adquirido do obrigado à preferência, quer tenha “adquirido” antes, quer depois, de proposta a acção e independentemente do facto de haver obtido com prioridade o registo do respectivo “facto aquisitivo”, uma vez que, após o trânsito em julgado da acção de preferência, o adquirente do obrigado à prelação é substituído pelo preferente com eficácia *ex tunc* e, portanto, o seu subadquirente é havido como um adquirente a *non domino*.¹⁰

3.2 *O registo prioritário da acção pode não garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente e que também seja registada contra um “terceiro” que haja adquirido do réu, nem assegurar a sua eventual eficácia executiva, uma vez que pode não alterar nem ampliar os efeitos substanciais da sentença que a venha a julgar procedente*

O registo prioritário da acção não garante a eficácia direta da sentença que a julgue procedente e que também seja registada contra um “terceiro” que haja adquirido do réu, nem assegura a sua eventual eficácia executiva, porque não altera nem amplia os efeitos substanciais da sentença que a venha a julgar procedente, quando em causa está o registo prioritário da acção de execução

10. A propósito da acção de preferência, por todos, *vide*: Vaz Serra. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.06.1969. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 103. p. 469 e ss.; Antunes Varela. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.06.1969. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 103. p. 487 e ss.

específica – quer em causa esteja um contrato-promessa com eficácia real, quer meramente obrigacional e tendente à constituição ou transmissão de um direito real.

Na verdade, a sentença que julgue procedente a acção de execução específica produz apenas um efeito: a realização coerciva da prestação obrigacional que o devedor não cumpriu, ou seja, a celebração do contrato prometido. Portanto, a sentença que julgue procedente uma acção de execução específica, prioritariamente registada, não produz qualquer efeito substantivo *reflexo contra um eventual subadquirente* (imediato ou mediato)¹¹ do réu de um direito total ou parcialmente incompatível com a pretensão do autor. Isto porque, entre a relação obrigacional julgada e a relação real de que o subadquirente do réu faz parte não existe qualquernexo de prejudicialidade/dependência. Na verdade, o referido subadquirente é um terceiro juridicamente interessado, titular de uma relação real incompatível e independente em face da relação obrigacional sobre a qual recai a sentença que julgue procedente a acção. Consequentemente os *efeitos substantivos* que a sentença produz não o atingem nem o obrigam.

Mais, a sentença que julgue procedente a acção de execução específica registada não produz – para além dos efeitos substantivos que lhe são típicos – um qualquer novo efeito substantivo contra os subadquirentes do réu, nem vê, consequentemente, ampliada a sua eficácia subjectiva.

Acrescente-se, ainda, que se em causa estiver o registo da acção de execução específica de um contrato-promessa dotado de “eficácia real”, tal registo, depois de convertido em definitivo, não produz um qualquer novo efeito substantivo contra os subadquirentes do réu, porque, substantivamente, nada acrescenta ao registo do próprio contrato-promessa ao qual as partes tenham atribuído eficácia perante terceiros.

Contra, não se afirme que o terceiro que haja adquirido um direito incompatível o verá decair ou ficar onerado após o registo da sentença que julgue procedente a acção, porquanto, sendo tal inquestionável, também é inegável que não é uma consequência do efeito substantivo gerado pela sentença, mas sim da aquisição do direito incompatível pelo autor – decorrente da celebração coactiva do contrato – e esta (a aquisição do direito) não é minimamente assegurada pelo registo da acção, mas, apenas, pelo registo do contrato-promessa dotado de “eficácia real”.

11. Nesta matéria, sempre que utilizarmos a expressão *subadquirente do réu* estaremos a fazer referência quer aos seus adquirentes imediatos quer aos mediatos.

Por fim, segundo o nosso entendimento, ao *registo de uma a acção de execução específica de um contrato-promessa, meramente obrigacional, de transmissão ou constituição de um direito real de gozo, por si só* (ou seja, *independentemente do registo da sentença*) deve ser reconhecida a função de garantir a possibilidade de cumprimento da pretensão obrigacional tal como esta existia no momento em que foi lavrado.¹²

Portanto, entendemos que a este registo, provisório por natureza, deve reconhecer-se o papel de: conservar intactas as condições de cumprimento existentes no momento em que o mesmo é solicitado, ou seja, manter a situação existente no momento em que é lavrado.

Ora, só se pode reconhecer esta função ao registo da acção de execução específica se se afirmar que este registo gera, perante o autor da acção, a ineficácia substantiva provisória dos títulos aquisitivos de direitos a favor de “terceiros” (*fundem-se ou não na vontade do réu/promitente*); títulos aquisitivos esses que, surgindo *na pendência da lide*, caso fossem substantivamente eficazes, frustrariam ou prejudicariam a pretensão obrigacional do autor feita valer em juízo. E isto porque só assim se conservam intactas, até o momento da execução da sentença que julgue procedente a acção, as condições de cumprimento existentes no momento em que o registo a favor do autor é solicitado ou, por outra via, porque só assim se garante, efetivamente, a pretensão – atual e exigível – do autor da acção.

Acresce que tem de se reconhecer que a ineficácia de tais títulos aquisitivos se torna definitiva, na medida do necessário, logo que o autor adquira o direito real, por meio do contrato celebrado coactivamente pela sentença que julgue procedente a acção –, e obtenha o registo definitivo. Por isso, o direito adquirido após o registo de uma acção de execução específica de um contrato-promessa meramente obrigacional, *torna-se definitivamente ineficaz* e decai ou fica onerado; no entanto, sublinhámos, tal não ocorre em virtude da eficácia substantiva da sentença, mas sim, porque o registo da acção gera a *ineficácia provisória* dos títulos aquisitivos incompatíveis com a pretensão creditória feita valer em juízo e, depois, uma vez julgada procedente a acção, o autor vitorioso, publicita o seu direito real e, assim, torna definitiva tal ineficácia.

É verdade que o autor vitorioso publicita o seu direito real, decorrente da celebração coactiva do contrato, através do registo da sentença, mas tal não al-

12. Para mais pormenores sobre ao registo de uma a acção de execução específica de um contrato-promessa, meramente obrigacional, de transmissão ou constituição de um direito real de gozo *vide* Mónica Jardim. Op. cit., p. 632 e ss.

tera em nada o afirmado. Isto porque, como é evidente, não se pode confundir o efeito substantivo da sentença que julgue procedente a acção de execução específica – a celebração coerciva do contrato prometido – com o efeito decorrente de tal contrato – a aquisição do direito real.

Ora, quem segue este entendimento, como nós, não pode negar que o registo provisório em apreço consubstancia uma reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu perante actos incompatíveis posteriores*.

De facto, o registo da acção de execução específica “guarda o lugar” para um direito que ainda não nasceu, mas que há-de vir a nascer, e garante, também, desde logo, direitos insusceptíveis de acederem ao registo: o direito à prestação *in natura* e o direito à execução específica.

Ou seja, o registo da acção de execução específica, anunciando registalmente uma pretensão obrigacional de mutação real, assume a função de uma reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu*, uma vez que garante a pretensão creditória à celebração do contrato prometido – *já exigível* na esfera jurídica do autor, mas que não pode aceder ao registo – e, assim, assegura o direito real que pode vir a ser adquirido no futuro e que, caso o seja, beneficiará da prioridade registal do assento provisório da acção.¹³

Deste modo, o eventual e futuro direito real é garantido e vê a sua oponibilidade imediatamente assegurada perante direitos que venham a constituir-se e a aceder ao Registo, porque o assento registal provisório por natureza protege a pretensão creditória – atual e exigível – que o antecede, perante tais direitos,

13. Em causa não está uma reserva de prioridade *em sentido próprio*, uma vez que tal assento não se limita a assegurar o autor, enquanto eventual futuro adquirente de um direito real, perante a inscrição de factos jurídicos que venham a ocorrer entre o momento em que consulta o registo e o momento em que venha a ser proferida e registada a sentença que julgue procedente a acção, garante também a pretensão exigível de que já é titular.

Mas também não se pode afirmar que em causa esteja uma *reserva de prioridade em sentido impróprio strito sensu*, uma vez que não se limita a assegurar o direito de crédito à prestação *in natura* e o direito à execução específica já existentes na esfera jurídica do autor da acção, garante ainda a oponibilidade do futuro direito real que venha a ser adquirido em virtude da celebração coactiva do contrato prometido e que seja publicitado mediante a conversão do registo da acção em definitivo após o averbamento da sentença. De facto, em causa não está apenas uma prioridade obtida; se assim fosse, nada justificaria a necessidade de o direito real adquirido coactivamente, através da sentença, também aceder ao registo.

Para mais pormenores sobre a figura da reserva da prioridade, *vide* Mónica Jardim. Op. cit., p. 109 e ss.

ao determinar a ineficácia relativa destes e ao “guardar lugar” para si. O mesmo é dizer que a prevalência do direito real adquirido pelo autor vitorioso, em face de direitos reais anteriormente constituídos, não é mais do que a concreção de tal ineficácia anterior.

3.3 *O registo da acção pode assumir, somente, uma função de publicidade notícia*

O registo da acção não assume a função do registo da acção na vigência do Código de Seabra mas, somente, *uma função de publicidade notícia*, sempre que, mesmo beneficiando de prioridade, o registo da acção, por um lado, não garanta a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – *contra “terceiros” subadquirentes do réu* – não afastando, portanto, a regra segundo a qual a sentença só produz efeitos diretos *inter partes*. E, por outro, quando tal registo não consubstancie uma reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu*.

Assim, por exemplo, o assento prioritário da acção pauliana. De facto, não obstante o legislador, através do Dec.-lei 116/2008, ter sujeitado a acção de impugnação pauliana a registo (embora não obrigatório), não alterou o regime substantivo previsto no art. 613 do CC, conseqüentemente, o subadquirente beneficia sempre da protecção que a lei atribui ao adquirente a título oneroso e de boa fé, não sendo atingido pela sentença que defina o direito entre o credor e o transmitente, mesmo que esta tenha sido precedida pelo registo prioritário da acção.

Portanto, o legislador continua a condicionar o êxito da acção de impugnação pauliana, contra os subadquirentes mediatos, ao facto de estes haverem adquirido a título gratuito ou a título oneroso, mas de má fé e, desse modo, acautela os interesses dos subadquirentes mediatos a título oneroso e de boa fé, quer tenham adquirido antes ou depois da propositura da acção e mesmo que não tenham obtido o registo do seu facto aquisitivo.

Na verdade, tal como na vigência do Código Civil anterior (cfr. art. 1.037 do Código de Seabra), os subadquirentes mediatos que adquiram a título oneroso, na pendência da acção já registada, nem por isso podem ser havidos como de má fé e se de boa fé não podem sofrer prejuízo. Isto porque, o legislador não estatuiu que a aquisição posterior ao registo da pauliana equivale à má fé do adquirente, ao contrário do que, por exemplo, determina quanto à acção de simulação (cfr. art. 243 do CC).

Em resumo, a inscrição prioritária da acção em apreço não conduz, por qualquer forma, à alteração do regime substantivo e, por isso, segundo o

nosso entendimento, não pode produzir outro efeito para além da mera publicidade notícia.¹⁴

14. Por ser esclarecedor, passamos a citar, parcialmente, o parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado proferido no processo R.P. 19/98-DSJ-CT, no qual se defendeu a não sujeição a registo da acção de impugnação pauliana, além do mais, por tal registo apenas poder assumir a função de mera publicidade notícia. Cfr. parecer do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado proferido no processo R.P. 19/98-DSJ-CT, recolhido na base de dados da DGRN – Direcção-Geral dos Registos e do Notariado – Publicações – BRN, II caderno, 4/1999. Disponível em: [www.dgrn.mj.pt/BRN_1995-2001/htm]. Acessos em: 02.03.2011.

“A procedência da acção pauliana *individual* deixa intocada a validade da transmissão que por efeito do acto impugnado se processou a favor do réu adquirente e, consequentemente, incólume o registo que estendeu a sua eficácia a terceiros.

(...)

A acção pauliana tem hoje no nosso direito carácter pessoal e escopo indemnizatório e da sua procedência resultam apenas efeitos meramente obrigacionais, limitando-se a eliminar, através da responsabilização do terceiro que de má-fé se locupletou (adquirente), o dano sofrido pelo credor impugnante como consequência do acto impugnado, que, no mais, fica intacto (Henrique Mesquita. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.01.1995. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 128. n. 3856-3857. p. 222-224 e autores aí citados).

Ora, a natureza obrigacional do direito do credor (a ser indemnizado nos termos sobreditos) confina os efeitos da procedência da acção *inter partes* (credor e terceiro adquirente demandado na acção), efeitos esses que por isso são insusceptíveis de atingirem eventuais subadquirentes, relativamente aos quais o credor só pode exercer aquele direito em *acção adrede contra eles intentada* visando que contra eles também se verifiquem os requisitos gerais da impugnação pauliana (art. 613 do CC).

E cremos que este ponto é extraordinariamente importante para o tema de que agora nos ocupamos.

É que entre os interesses do credor prejudicado com os actos de alienação praticados pelo devedor e os daqueles subadquirentes (a título oneroso) que tenham procedido de boa-fé, não obstante o vencimento na impugnação daqueles actos, o legislador dá prevalência absoluta a estes últimos.

O que desde logo significa que *no nosso ordenamento jurídico*, contrariamente ao que sucede com o Código Civil italiano – onde, para além de se lhe atribuir um efeito de ineficácia do acto em função do credor, mantendo-se embora os bens no património do adquirente, se sujeita a acção a registo que torna aquele efeito oponível aos subadquirentes posteriores, independentemente do seu estado (subjectivo) de consciência relativamente ao prejuízo que os respectivos actos causam ao credor, mesmo quando o direito adquirido seja a título oneroso (arts. 2.901, 2.902 e 2.652, n. 5) –, *o subadquirente (em iguais circunstâncias) desfruta sempre da protecção que a lei dispensa ao adquirente a título oneroso e de boa-fé, mesmo que, ao admitir-se de jure constituto o registo da acção pauliana, esta tenha sido registada* (arts. 612, ns. 1 e 2, e 613, ns. 1, b), e 2, do CC).

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves Sousa. O efeito do registo das acções e respectivas sentenças que as julguem procedentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 207-234. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

Certo é que já se pretendeu que o registo da acção pauliana – condicionado aliás à procedência desta – constituiria presunção juris et de jure da má-fé por parte do subadquirente (que assim não teria de ser apurada), sempre que o registo de acção antecederesse o registo das transmissões posteriores ao acto impugnado.

Todavia, tal perspectiva tabular contraria frontalmente – pelo que é de rejeitar – o regime jurídico a que está sujeita a impugnação das posteriores transmissões ou constituição de direitos na medida em que se exige, como seu requisito no caso de a nova aquisição ser a título oneroso, a má-fé enquanto efectiva consciência do prejuízo que o acto causa ao credor (art. 612 do CC) e essa é um estado subjectivo (quer do alienante, quer do adquirente) com o qual não interferem os efeitos, objectivos e automáticos, do registo.

Aliás, cremos que tal presunção só poderia valer relativamente aos subadquirentes posteriores ao registo da acção e não também relativamente àqueles que lhe foram anteriores (embora com registo posterior ao da acção).

Como também houve quem tivesse intentado aplicar à impugnação pauliana o art. 435, n. 2, do CC, que prevê o registo da acção de resolução de contratos.

O registo da acção pauliana tornaria assim oponível o direito nela exercido – o direito de o credor a ser indemnizado a que atrás nos referimos – a terceiro que não tenha registado o seu direito antes daquele registo.

Todavia, julgamos que tal solução não é de aceitar.

E não o é, desde logo, porque ela contrariaria o regime jurídico a que estão sujeitas as posteriores transmissões e constituições de direitos quanto à sua impugnação pelo credor nos termos a que já aludimos.

Depois, porque nenhum paralelismo (ou analogia) existe entre a acção resolutória e a impugnação pauliana.

Visando situações e finalidades muito distintas, a lei equipara, quanto aos seus efeitos, a resolução à nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos com as ressalvas constantes da lei, enquanto na procedência da impugnação pauliana deixa intactas a validade e a eficácia do acto impugnado. Daí que bem se compreenda que a lei ligue ao registo da acção resolutiva os assinalados efeitos de oponibilidade a terceiros, que já não se justificam numa acção de cariz meramente pessoal e de escopo indemnizatório como é a acção pauliana.

Finalmente, porque chegaríamos ao absurdo de tornar oponível o referido direito indemnizatório a quem tivesse eventualmente adquirido o seu direito mesmo antes de celebrado o acto impugnado, mas que não tivesse registado ainda a sua aquisição à data em que a acção pauliana ingressou no registo.

Cremos ter assim demonstrado que, mesmo a admitir-se – repete-se – de jure constituto o registo da acção pauliana, este não poderia alcançar o efeito típico que no nosso sistema registral é próprio do registo: a oponibilidade a terceiros do facto inscrito a partir da data do seu registo.

(...)

Assim na falta de disposição legal que determine a sua sujeição a registo, será que a mera publicidade-notícia poderá justificar, mesmo no plano do direito constituído, a admissibilidade da acção em causa a registo?

Pela afirmativa se pronunciou Menezes Cordeiro, “de modo a que a publicidade registral dê a conhecer ao público a precisa situação dos bens” (*Revista da Ordem dos Advogados*. ano 51. p. 567).

Por nossa parte, julgamos porém não haver motivo para tal.

Não evidentemente porque o sistema registral em vigor no nosso ordenamento jurídico não conheça casos de eficácia tabular reduzida àquela publicidade-notícia (designadamente, ao nível das anotações).

Mas essencialmente porque esses casos devem constituir a excepção relativamente à regra geral contida no art. 5.º do CRP (arvorada aliás em princípio enformador do nosso direito registral), segundo a qual o registo confere, a partir da sua data, ao facto inscrito eficácia relativamente a terceiros.

Quando não imposto por lei, o registo que escape a esta regra não pode deixar de constituir um elemento perturbador da clareza do registo, dificultando a sua leitura e a interpretação do sentido e alcance dos registos em vigor, com todas as consequências novicas que daí advêm para a segurança do comércio jurídico imobiliário, que precisamente ao registo predial cabe garantir.

Importa, por isso, que haja lei a determinar o registo com eficácia reduzida à publicidade-notícia para que o facto possa ingressar efectivamente nas tábuas (cfr. art. 11 do CC).

De resto, para que prevenir terceiros quando os seus interesses estão já protegidos pelo próprio regime previsto na lei substantiva para a impugnação das transmissões e da constituição de direitos ocorridas posteriormente ao acto impugnado e, designadamente, no art. 613 do CC.

E do ponto de vista do credor impugnante também se não vislumbra interesse juridicamente relevante a justificar a admissibilidade do registo da acção pauliana, pois dele não pode retirar outros benefícios ou vantagens que não lhe advenham da própria procedência da acção.

Bem pelo contrário, registando a acção, poderia mesmo criar dificuldades para provar a má-fé do subadquirente, que poderá então, eventualmente, invocar a falta de consciência do prejuízo que o respectivo acto causava ao credor por estar convencido de que o registo da acção assegurava a prioridade do direito do credor nele publicitado, por força dos próprios princípios que enformam o registo e, nomeadamente, dos que se contêm nos arts. 5.º e 6.º do CRP, atrás aludidos.

Assim, em face de todas estas razões e ao arrepio mesmo de anterior entendimento perfilhado por este Conselho consideramos, na senda, aliás da doutrina expandida por Henrique Mesquita no seu citado estudo, que a acção pauliana, no nosso ordenamento jurídico, não está sujeita nem é passível de registo.” (Destacamos)

A propósito da não sujeição a registo da acção de impugnação pauliana, antes da entrada em vigor do Dec.-lei 116/2008, vide, ainda: o parecer do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado proferido no processo R. P. 150/2005 DSJ-CT onde se afirmou, além do mais, que: “Não obstante se possa entender o direito do credor impugnante como um encargo ao direito de propriedade, o mesmo não se enquadra na previsão da alínea u) do n. 1 do art. 2.º do CRP, pela simples razão de não se encontrar especialmente prevista na lei a sua sujeição a registo” (Cfr. parecer do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado proferido no processo

3.4 *O registo prioritário da acção, contra terceiros que hajam adquirido pendente litem, pode limitar-se a garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada –, bem como a sua exequibilidade, quando condenatória. Mas, contra terceiros adquirentes ante litem, pode atribuir à sentença que a julgue procedente – e que também aceda ao registo – um efeito substantivo novo e desfavorável, estendendo, assim, os seus limites subjectivos e assegurando a sua eventual exequibilidade contra tais terceiros*

O registo prioritário da acção, contra terceiros que hajam adquirido *pendente litem*, limita-se a garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente – e também seja registada –, bem como a sua exequibilidade,

R. P. 150/2005 DSJ-CT, recolhido na base de dados do Instituto dos Registos e do Notariado – Doutrina – Pareceres do Conselho Técnico, Registo Predial/Casa Pronta, 2005, disponível em: [www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2005]), consultado em 03.11.2011; o acórdão do Tribunal Constitucional n. 273/2004, publicado no *Diário da República*, II Série, n. 134, de 08.06.2004, que decidiu: “não julgar inconstitucional a norma que se extrai dos arts. 2.º, n. 1, alínea u) e 3.º, n. 1 alínea I), do Código do Registo Predial, quando interpretada em termos de não admitir o registo da acção de impugnação pauliana”; o acórdão de uniformização de jurisprudência 6/2004, publicado no *Diário da República*, I Série-A, n. 164, de 14.07.2004; Henrique Mesquita. Op. cit., p. 218 e ss. e p. 251 e ss.; Quirino Soares. O problema do registo da acção pauliana – Acórdão de uniformização de jurisprudência n. 6/2004 de 27.5.2003, Proc. 1174/2002, *Cadernos de Direito Privado*. n. 22. p. 35 e ss. abr.-jun. 2008.

Refira-se que Quirino Soares pronunciando-se sobre a função da inscrição da acção pauliana caso o legislador tivesse previsto o seu registo, tal como acabou por ocorrer com o Dec.-lei 116/2008, depois de defender que o registo da pauliana nunca poderia cumprir a função declarativa/consolidativa de desencadear um efeito de oponibilidade em relação a estranhos à causa, termina a sua anotação afirmando:

“O registo da acção pauliana seria, portanto, uma inutilidade, pois não dispensaria o credor de intentar uma subsequente acção autónoma contra o subadquirente, na qual lhe caberia alegar e provar o requisito da má fé relativamente à transmissão posterior, realizada na pendência da causa, e, também, o montante da dívida.

Precisamente porque inútil, o registo seria provavelmente fonte de falsas expectativas e de equívocos para credores que confiassem numa função declarativa/consolidativa e numa força presuntiva que a lei, ao fim e ao cabo, lhe não atribuiu.”

Em face do exposto, mantém-se completamente válido o afirmado por Henrique Mesquita no estudo referido, ou seja, se o credor impugnante quiser precaver-se contra o perigo de o demandado, na pendência do pleito, alienar os bens que adquiriu do devedor, frustrando desse modo a satisfação do crédito, só poderá consegui-lo pela via de uma providência cautelar, designadamente pela via de um arresto.

quando condenatória, mas, contra terceiros adquirentes *ante litem*, atribui à sentença que a julgue procedente – e que também aceda ao registo – um efeito *substantivo novo e desfavorável*, estendendo, assim, os seus limites subjectivos e assegurando a sua eventual exequibilidade contra tais terceiros quando em causa esteja, por exemplo, uma sentença proferida numa acção de revogação de uma doação.

Na vigência do atual Código Civil, o legislador continua a reconhecer apenas efeitos *ex nunc* à revogação da doação, mesmo *inter partes*, por isso, no art. 978 do CC, de forma expressa, estatui que “os efeitos da revogação retrotraem-se à data da proposição da acção”. Acresce que, de acordo com o art. 979 do mesmo diploma legal, “a revogação da doação não afeta terceiros que hajam adquirido, anteriormente à demanda, direitos reais sobre os bens doados, sem prejuízo das regras relativas ao registo”.

Assim sendo, *quando em causa esteja uma acção de revogação da doação não sujeita a registo*, é pacífico que os terceiros adquirentes na pendência da acção são prejudicados pela sentença que a julgue procedente, uma vez que adquirem em data posterior à da produção dos efeitos da revogação e, portanto, a *non domino*.

Ao invés, os terceiros adquirentes *ante litem* – quer tenham adquirido de boa ou má fé, a título gratuito ou oneroso – não são atingidos pela cessação da eficácia da doação.

Quando em causa esteja uma acção de revogação da doação sujeita a registo o legislador português, perante os adquirentes *pendente litem*, continua a reconhecer ao registo prioritário da acção apenas a função de garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente e também seja registada.

De facto, tal como na vigência do Código de Seabra, na ausência do registo da acção de revogação da doação, os direitos dos terceiros adquiridos na pendência da acção, mesmo que tenham acedido ao registo com prioridade, são afetados pela cessação da eficácia da doação – que ocorre à data da propositura da acção –, uma vez que para todos os efeitos adquirem a *non domino*.

Efectivamente, na nossa perspectiva, o legislador não pretendeu que a falta de prioridade do registo da acção excluísse a eficácia reflexa da sentença perante os adquirentes *pendente litem*, por isso, no art. 979 do CC, apenas se referiu aos adquirentes *ante litem*, estatuinto que “a revogação da doação não afecta terceiros que hajam adquirido, anteriormente à demanda, direitos reais sobre os bens doados, sem prejuízo das regras relativas ao registo” e, portanto, *a contrario*, que “a revogação da doação afecta terceiros que hajam adquirido, posteriormente à data da proposição da acção, direitos reais sobre os

bens doados, mesmo que tenham obtido o registo do respectivo facto aquisitivo com prioridade”.

Portanto, o legislador nacional, perante os terceiros subadquirentes do réu na pendência da acção, não atribui ao registo prioritário da acção de revogação o efeito de *consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente* – e também seja registada. Continua, isso sim, tal como no Código de Seabra, a reconhecer-lhe apenas a função de garantir a eficácia direta da sentença que a julgue procedente e também seja registada.

Ao invés, perante os adquirentes *ante litem*, o atual Código Civil inovou, uma vez que passou a reconhecer ao registo prioritário da acção a função de *atribuir à sentença que a julgue procedente* – e que também aceda ao registo – *um efeito substantivo novo e desfavorável e de garantir a sua eficácia directa, bem como, a de assegurar a sua eventual exequibilidade* contra tais terceiros.

De facto, atualmente, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Seabra, os terceiros adquirentes *ante litem* que não obtenham com prioridade o registo dos respectivos factos aquisitivos são prejudicados pela revogação da doação, vendo os seus direitos extinguirem-se, desde que a acção tenha sido registada, bem como a respectiva sentença.

Porque assim é, o registo em apreço derroga a regra geral segundo a qual a revogação apenas produz efeitos *ex nunc* mesmo *inter partes* e estende os limites subjetivos da eficácia da sentença que a julgue procedente aos adquirentes *ante litem*.

Contrariamente, na ausência do registo prioritário da acção de revogação vale a regra geral: a revogação da doação não afeta terceiros que hajam adquirido anteriormente à demanda. E, portanto, os terceiros adquirentes *ante litem* – independentemente da aquisição ter ocorrido de boa ou de má fé, a título gratuito ou oneroso – gozam de uma posição inatacável, uma vez que o legislador não reconhece eficácia *ex tunc* à revogação da doação.

Por fim, na hipótese de nem a acção nem a aquisição *ante litem* acederem ao registo, valem, naturalmente, as regras do direito substantivo “puro” e, obviamente, os direitos adquiridos pelo terceiro com base num acto de *per se* válido e eficaz, ocorrido antes da citação do réu, não serão afectados pela revogação da doação.¹⁵

15. Sobre o efeito do registo da acção de revogação da doação na vigência do Código de Seabra vide Mónica Jardim. Op. cit., nota 733 e p. 694 e ss.

3.5 *O registo prioritário da acção, contra terceiros que hajam adquirido pendente litem, pode consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – e garantir a sua eficácia direta e exequibilidade. Mas, contra adquirentes ante litem, pode atribuir à sentença que a julgue procedente – e que também aceda ao Registo – um efeito substantivo novo e desfavorável, estendendo, assim, os seus limites subjectivos e assegurando a sua eventual exequibilidade contra tais terceiros*

O registo prioritário da acção, contra terceiros que hajam adquirido *pendente litem, consolida os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente – e também seja registada – e garante a sua eficácia direta e exequibilidade. Mas, contra adquirentes ante litem, atribui à sentença que a julgue procedente – e que também aceda ao registo – um efeito substantivo novo e desfavorável, estendendo, assim, os seus limites subjectivos e assegurando a sua eventual exequibilidade contra tais terceiros quando em causa esteja, por exemplo, uma sentença proferida numa acção na qual se exerça o direito potestativo de resolução, uma vez que, não obstante o n. 1 do art. 435 do CC estatuir que “a resolução, ainda que expressamente convencionada, não prejudica os direitos adquiridos por terceiro”, de acordo com o n. 2 do mesmo preceito legal, “o registo da acção de resolução que respeite a bens imóveis ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da acção”.*

Vejamos com mais pormenor.

Na vigência do atual Código Civil, a doutrina continua a afirmar que, em caso de litígio, o tribunal é chamado, *não a decretar a resolução, mas a verificar se ela juridicamente ocorreu*, isto é, se se reuniram as condições necessárias para o credor poder romper o contrato por sua vontade unilateral.

Porque assim é, *quando em causa esteja uma acção de resolução que respeite a bens móveis simples*, é pacífico que os terceiros adquirentes na pendência da acção são prejudicados pela sentença que a julgue procedente – uma vez que adquirem em data posterior à da produção dos efeitos da resolução –, ou seja, depois da data da citação do réu e, portanto, a *non domino*.

Quanto à eventual possibilidade de os efeitos da resolução retrotraírem à data da celebração do negócio ineficaz, afetando assim terceiros adquirentes *ante litem*, o actual Código Civil, de forma expressa, não a reconhece,¹⁶ *quando*

16. Como se sabe, a resolução tem, em princípio, efeito retroativo entre as partes (cfr. n. 1 do art. 433 do CC). No entanto, esta regra envolve desvios, uma vez que, nos termos

em causa esteja uma acção de resolução não sujeita a registo, não sendo, portanto, os terceiros adquirentes *ante litem* – quer tenham adquirido de boa ou má fé, a título gratuito ou oneroso – atingidos pela cessação da eficácia do negócio jurídico do seu *dante causa* (cf. o n. 2 do art. 435 do CC). Isto porque, o legislador considerou que a cessação dos efeitos do facto jurídico-real em que interveio *dante causa*, em princípio, não pode afetar os direitos adquiridos pelo terceiro com base num acto de *per se* válido e eficaz ocorrido antes da citação do réu.

Ao invés, quando em causa esteja uma acção de resolução que respeite a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, como já afirmámos, o n. 2 do art. 435 do CC estatui que o registo da acção de resolução torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito com prioridade.

Não delimitando o legislador o elenco de terceiros – se apenas os adquirentes *ante litem* ou, ao invés, também os adquirentes *pendente litem* – entendemos que se refere a ambos. Por isso, segundo o nosso entendimento, perante adquirentes *pendente litem*, o legislador português deixou de reconhecer ao registo prioritário da acção de resolução apenas a função de garantir a eficácia direta da sentença declarativa que a julgue procedente e também seja registada, tendo atribuído a tal assento o efeito de *consolidar os efeitos substanciais da sentença declarativa que a julgue procedente* e que também aceda ao Registo.

Explicitando:

Sendo certo, como referimos, que um adquirente *pendente litem* é prejudicado pela resolução porque adquire em data posterior à da sua verificação – que coincide com a da citação do réu –, se o legislador, através do n. 2 do art. 435 do CC, apenas tivesse pretendido referir-se aos terceiros adquirentes *ante litem* que não houvessem obtido o respectivo registo com prioridade, por certo, tê-lo-ia dito de forma expressa, uma vez que, perante os adquirentes *pendente litem*, o registo da acção produziria o efeito decorrente do n. 1 do art. 5.º do Código do Registo Predial, asseguraria a eficácia direta da sentença que a julgasse procedente e também fosse registada não introduzindo, assim, qualquer exceção ao regime substantivo.

Não tendo o legislador restringido o elenco de terceiros, somos levados a concluir que pretendeu que o registo da acção fosse imprescindível para consolidar a eficácia substantiva da resolução perante um terceiro adquirente *pen-*

do art. 434, n. 1, segunda parte, do mesmo diploma legal, a resolução não tem efeito retroativo entre as partes se tal contrariar a sua vontade ou a finalidade da resolução.

dente litem e garantir a eficácia direta da sentença, bem como a sua exequibilidade, quando condenatória.

Ou, noutra perspectiva, pretendeu que na ausência do registo da acção um adquirente *pendente litem* não fosse afetado pela resolução do negócio jurídico do seu *dante causa*, desde que tivesse obtido o respectivo registo.

Efetivamente, consideramos que, se o legislador não tivesse visado que a falta de prioridade do registo da acção de resolução excluísse a eficácia reflexa da sentença, perante os adquirentes *pendente litem*, não se teria limitado a afirmar que o registo da acção “torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito com prioridade”; teria, isso sim, de forma mais precisa, estatuído: “o direito de resolução não é oponível a terceiro adquirente *ante litem* que não tenha registado o seu direito antes do registo da acção”.¹⁷

Assim sendo, na nossa perspectiva, o autor da acção, que pretenda assegurar-se que a extinção do negócio jurídico produzirá efeitos perante o subadquirente do réu *pendente litem*, deve solicitar prontamente o registo da acção.

Por fim, na hipótese de nem a acção nem a aquisição *pendente litem* acedem ao registo, valem, naturalmente, as regras do direito substantivo “puro”, ou seja, a resolução ocorre na data da citação do réu e o adquirente *pendente litem* há-de ser havido como um adquirente a *non domino*.

Perante os adquirentes *ante litem*, por seu turno, o atual Código Civil, na esteira da legislação italiana, também inovou, uma vez que passou a reconhecer ao registo prioritário da acção a função *de atribuir à sentença que a julgue procedente* – e que também aceda ao registo – *um efeito substantivo novo e desfavorável e de garantir a sua eficácia directa, bem como a de assegurar a sua eventual exequibilidade* contra tais terceiros.

Concretizando. Atualmente, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Seabra, o registo prioritário da acção de resolução atribui à sentença que a julgue procedente um efeito novo e desfavorável em face de terceiros adquirentes *ante litem*, uma vez que, como resulta claramente do n. 2 do art. 435 do CC, estes são prejudicados pela extinção do facto jurídico aquisitivo do seu *dante causa* e pela cessação dos respectivos efeitos, vendo, conseqüentemente, extintos os seus direitos. Porque assim é, o registo em apreço derroga a regra

17. Como se sabe, a resolução tem, em princípio, efeito retroativo entre as partes (cf. n. 1 do art. 433 do CC). No entanto, esta regra envolve desvios, uma vez que, nos termos do art. 434, n. 1, segunda parte, do mesmo diploma legal, a resolução não tem efeito retroativo entre as partes se tal contrariar a sua vontade ou a finalidade da resolução.

geral da irretroactividade real da resolução e estende os limites subjetivos da eficácia da sentença que a julgue procedente aos adquirentes *ante litem*, não obstante inexistir um qualquer nexo de prejudicialidade/dependência entre a relação jurídica de que são sujeitos ativos e aquela que é julgada.

Ao invés, na ausência do registo prioritário da acção de resolução, os terceiros adquirentes *ante litem* que tenham obtido o registo dos respectivos factos aquisitivos – independentemente da aquisição ter ocorrido de boa ou de má fé, a título gratuito ou oneroso – gozam de uma posição inatacável, uma vez que o legislador não reconhece eficácia *ex tunc* à resolução e, portanto, inexistente, do ponto de vista substancial, qualquer nexo de prejudicialidade/dependência entre a posição jurídica do seu *dante causa* e a sua, não podendo, obviamente, o registo da acção desprovido de prioridade alterar esta realidade.

Por último, na hipótese de nem a acção nem a aquisição *ante litem* acederem ao registo, valem, naturalmente, as regras do direito substantivo “puro” e, obviamente, os direitos adquiridos pelo terceiro com base num ato de *per se* válido e eficaz, ocorrido antes da citação do réu, não serão afetados pela resolução.¹⁸

3.6 *O registo da acção pode consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente – e que também seja registada – perante terceiros subadquirentes do réu a título oneroso e de boa fé e garantir também a eficácia direta da referida sentença contra tais terceiros*

O registo da acção *consolida os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente – e que também seja registada – perante terceiros subadquirentes do réu a título oneroso e de boa fé e garante também a eficácia direta da referida sentença contra tais terceiros* em duas hipóteses:

I – Quando em causa esteja uma sentença de declaração de nulidade ou anulação de um negócio jurídico que tenha por objeto um imóvel ou móvel sujeito a registo (cf. art. 291 do CC).

II – Quando em causa esteja uma sentença de declaração de nulidade de um registo (cf. art. 17 do Código do Registo Predial).

Vejamos cada uma das hipóteses referidas.

I – Quando em causa esteja uma sentença de declaração de nulidade ou anulação de um negócio jurídico que tenha por objeto um imóvel ou móvel

18. Sobre o efeito do registo da acção de revogação da doação na vigência do Código de Seabra vide Mónica Jardim. Op. cit., p. 698 e ss.

sujeito a registo, sempre que o registo da respectiva acção seja obtido dentro do prazo previsto na lei substantiva (mesmo que posteriormente ao registo lavrado a favor do terceiro) pode *consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente* – e que também seja registada – *perante terceiros subadquirentes do réu a título oneroso e de boa fé e garantir também a eficácia direta da referida sentença contra tais terceiros*. Isto porque, tal assento assume o papel de elemento impeditivo de uma *facti-species* aquisitiva complexa a favor dos subadquirentes do réu *a título oneroso e de boa fé*, assegurando, assim, o funcionamento da regra *nemo plus iuris*.

Acresce que o registo de uma destas acções, precisamente porque consolida os efeitos substanciais da sentença perante tais subadquirentes do réu, também garante a eficácia direta da sentença contra eles, bem como a sua exequibilidade, quando condenatória.

Como se sabe, a sentença que julgue procedente uma destas acções prejudica sempre o “direito” do *avente causa* do réu que haja adquirido e ou obtido o registo do seu direito depois do registo da acção. De facto, tendo o subadquirente do réu obtido o registo do seu facto aquisitivo, após o registo da acção, tal registo, desprovido de prioridade, não o pode proteger perante o princípio *nemo plus iuris*.

E, a sentença que julgue procedente uma destas acções pode, ainda, prejudicar o *direito do subadquirente do réu que haja adquirido e obtido o registo do seu direito com prioridade*. Pois, como se sabe, a *eficácia ex tunc* da nulidade ou da anulabilidade apenas pode ser limitada porque a lei prevê uma *facti-species* aquisitiva especial.

Concretizando: a declaração de nulidade ou de anulação de um negócio sujeito a registo só não prejudica os direitos adquiridos por terceiros de boa fé, a título oneroso, que tenham acedido ao Registo com prioridade, se a acção não for proposta e registada nos três anos posteriores à celebração do negócio originariamente inválido.

De facto, o registo prévio a favor do terceiro, juntamente com os demais elementos – a boa fé do terceiro; a onerosidade da “aquisição”; o registo prioritário do “facto aquisitivo”; o decurso de um lapso de tempo sobre a data da conclusão do negócio cuja validade é impugnada – funciona como elemento impeditivo do funcionamento da regra *nemo plus iuris ad alium transferre potest* e como coelemento de uma *facti-species* aquisitiva complexa e de formação progressiva.

Por seu turno, o registo posterior da acção lavrado antes do decurso do prazo previsto na lei, caso a mesma venha a ser julgada procedente, funciona

como elemento impeditivo da *facti-species* aquisitiva complexa a favor de terceiro.¹⁹

II – Quando em causa esteja uma sentença de declaração de nulidade de um registo, o registo prioritário da acção pode *consolidar os efeitos substanciais da sentença que a julgue procedente* – e que também seja registada – e *garantir também a eficácia direta da referida sentença perante os adquirentes do réu a título oneroso e de boa fé*. Isto porque, nos termos do n. 2 do art. 17 do Código do Registo Predial, a declaração de nulidade do registo só não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da acção de nulidade.

O Código do Registo Predial, através deste preceito legal, tutela os terceiros – adquirentes de boa fé e a título oneroso que obtenham com prioridade o registo dos respectivos factos jurídicos perante a inscrição da acção de nulidade registal –, porque não permite que sejam prejudicados reflexamente, pela declaração de nulidade de um registo que haja suportado o seu.

De facto, desde 1967,²⁰ o preceito nos termos do qual a declaração da nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos por terceiros – adquirentes de boa fé a título oneroso com registo prioritário perante a inscrição da acção – deixou de ter natureza meramente processual. Ou seja, os terceiros em causa não são aqueles contra quem a acção não foi intentada e que, porque beneficiam de registo prioritário, não podem ser afetados pela eficácia direta da sentença que venha a ser proferida mas, apenas, pela sua eficácia reflexa. Os terceiros são, isso sim, desde 1967, os não titulares do registo originariamente inválido que poderiam ver prejudicada a sua posição jurídica, em virtude da declaração de nulidade consequencial dos respectivos registos.

Consequentemente, um adquirente a título oneroso e de boa fé que beneficie de registo prioritário não é prejudicado pela declaração de nulidade de um registo que haja suportado o seu, mesmo que o interessado também proponha contra ele a respectiva acção e solicite a declaração de nulidade consequencial do respectivo registo.²¹

19. Para mais detalhes sobre os efeitos do registo das acções de nulidade e de anulabilidade substantivas *vide* Mónica Jardim. Op. cit., p. 70 e ss.

20. Sobre o efeito do registo da acção de nulidade registal na vigência do Código de Seabra *vide* Mónica Jardim. Op. cit., p. 39 e ss.

21. E, naturalmente, também não será prejudicado, se após ser julgada procedente a acção de nulidade registal, não proposta contra si, o interessado propuser contra ele uma nova acção na qual invoque que o seu registo é consequencialmente nulo porque lavrado com violação do trato sucessivo.

No entanto, cumpre acrescentar que, apesar de entendermos que, em face do direito constituído, um vício registal pode sê-lo intrínseca ou extrínseca – o mesmo é dizer, por si e em si, ou, ao invés, em consequência de um vício substantivo (v.g., inexistência, nulidade ou anulação do facto inscrito),²² também defendemos que sempre que um facto jurídico aceda ao Registo e padeça de inexistência, seja nulo ou venha a ser anulado em causa estão dois atos viciados: o facto jurídico inscrito e o assento registal. E cada um desses atos está inquinado por vícios diversos.

Efetivamente, o facto jurídico inscrito padece do vício substantivo; o registo, por seu turno, é extrinsecamente nulo, porque lavrado com base num título falso ou com base num título insuficiente para a prova legal do facto registado (cf. a parte final da al. *a*) e a al. *b*) do Código do Registo Predial) e, portanto, padece de uma nulidade (extrínseca) consequencial.

Ora, parece-nos evidente que cada um destes vícios tem o seu respectivo regime.

Assim, em nossa opinião, não obstante um registo poder ser intrínseca ou extrinsecamente nulo, nos termos do art. 16 do Código do Registo Predial e o n. 2 do art. 17 conceder tutela a um terceiro – adquirente de boa fé e a título oneroso – perante qualquer registo nulo que haja suportado a feitura do seu e, portanto, também perante um assento extrinsecamente inválido, a verdade é que, se em causa estiver um vício registal extrínseco, não há necessidade de compatibilizar ou harmonizar o art. 17 do Código do Registo Predial com o art. 291 do CC, porquanto aquele preceito legal se aplica à nulidade registal, nunca à invalidade substantiva que lhe tenha dado causa.

Porque assim é, não temos dúvidas de que o preceito legal que tutela os terceiros perante o vício registal, o n. 2 do art. 17 do Código do Registo Predial, não concede (não pode conceder) qualquer protecção aos terceiros perante a inexistência ou a invalidade do facto jurídico inscrito que seja a causa da invalidade registal.

Portanto, quer numa hipótese quer noutra, o registo prioritário do terceiro, adquirente a título oneroso e de boa fé, apesar de viciado não será declarado nulo.

22. Um registo é extrinsecamente nulo, nomeadamente, quando tiver sido lavrado com base num título nulo ou que venha a ser anulado, porquanto, tendo em conta a eficácia retroactiva da nulidade e da anulabilidade, ter-se-á de afirmar que o registo, afinal, foi lavrado com base em título insuficiente para a prova do facto inscrito (cf. al. *b*) do art. 16 do Código do Registo Predial); e, por maioria de razão, um registo é extrinsecamente nulo quando tiver sido lavrado com base num título falso que seja o continente de um negócio materialmente inexistente (cfr. al. *a*) do art. 16.º do Cód. Reg. Pred.).

Por outra via, sendo o vício registal mera consequência do vício substantivo, na nossa perspectiva, um terceiro só pode beneficiar da tutela concedida pelo n. 2 do art. 17 do Código do Registo Predial perante o vício registal, já não perante a inexistência ou a invalidade substantiva, uma vez que não há-de ser o regime que tutela os terceiros perante uma *consequência* da inexistência ou da invalidade substancial – o mesmo é dizer, em face da nulidade registal extrínseca – a determinar o regime que tutela os terceiros perante a própria inexistência ou a invalidade substancial – ou seja, em face da *causa* da nulidade registal. Ou, de forma sincopada, não pode ser o regime da consequência a determinar o regime da causa.

Por fim, não podemos deixar de salientar que existindo uma invalidade registal extrínseca, como a mesma é mera consequência do vício substantivo, é o regime deste que, a final, assume relevância sempre que um terceiro necessite de tutela.

Isto porque, sempre que um facto jurídico aceda ao Registo e padeça de inexistência, seja nulo ou anulado, como referimos, existem dois vícios: o substantivo e o registal; ora se, de seguida, ocorrer um novo facto jurídico que tenha como sujeito passivo aquele em que interveio como sujeito ativo no anterior e se também este facto aceder ao registo, naturalmente, também o novo ato jurídico e respectivo registo estarão inquinados consequencialmente.

Efectivamente, o novo facto jurídico – aquele em que intervém o terceiro como sujeito ativo – é substancialmente nulo, porque *a non domino*; o correspondente registo, por seu turno, é extrinsecamente nulo, porque lavrado com base num título nulo, portanto, insuficiente para a prova legal do facto registado. Porque assim é, o sujeito ativo do novo facto jurídico e titular registal, terceiro perante o primeiro facto jurídico e correspondente registo extrinsecamente nulo, só poderá ser definitiva e efectivamente protegido se puder beneficiar da tutela do art. 291 do CC e, assim, não obstante ter participado de um negócio consequencialmente nulo, adquirir o direito, mediante aquisição derivada *a non domino*. Caso contrário o negócio em que interveio pode ser, a todo o tempo, declarado nulo e o respectivo registo cancelado.

Salientamos que, na nossa perspectiva, se o negócio anterior padecer de uma causa de inexistência, o terceiro, adquirente *a non domino*, não obstante ter obtido o registo do seu “facto aquisitivo” com prioridade perante o registo da acção, nunca beneficia da tutela do art. 291 do CC.²³

23. Para mais detalhes sobre o efeito do registo da acção de nulidade registal *vide* Mónica Jardim. Op. cit., p. 740 e ss.

Por fim, cumpre sublinhar que quando em causa esteja um registo intrinsecamente nulo porque falso, o terceiro também não será tutelado *definitivamente* através do n. 2 do art. 17 do Código de Registo Predial. Porquanto, sendo o registo falso, afinal, o facto jurídico inscrito não chegou a ocorrer, havendo inexistência material do mesmo.

4. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALARCÃO, Rui de. Invalidez dos negócios jurídicos – Anteprojecto para o novo Código Civil. *Boletim do Ministério da Justiça*. 89.º. 1959. p. 199 e ss.
- ANDRADE, Manuel de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1956.
- _____. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 63.º. p. 307 e ss.
- _____. *Teoria geral da relação jurídica. Facto jurídico em especial – Negócio jurídico*. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. 2.
- GUERREIRO, José Augusto Mouteira. O registo como instrumento de protecção das garantias do aproveitamento económico das coisas. *Temas de registos e de notariado*. Centro de Investigação Jurídico Económica. Coimbra: Almedina, 2010.
- FERREIRA, José Dias. *Código Civil português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895. vol. 2.
- JARDIM, Mónica. *Efeitos substantivos do registo predial – Terceiros para efeitos de registo*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MAIA, José Marques Barbosa Reis. *Direito geral das obrigações*. Barcelos: Companhia Editora do Minho, 1926.
- MESQUITA, Manuel Henrique. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1995. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 128. n. 3856-3857, respectivamente, p. 218 e ss. e p. 251 e ss.
- MOREIRA, Guilherme. *Instituições de direito civil português. Parte Geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. vol.1.
- NUNES, Catarino. *Código do Registo Predial anotado*. Coimbra: Atlântida, 1968.
- PEREIRA, Luís Gonzaga da Silva. Registo das acções (efeitos). p. 6. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_DOC070314-004.pdf].
- PITTA, Pedro. *Revista de Notariado de Registo Predial*. n. 7. p. 97 e ss. 1941.
- QUELHAS, Isabel. Registo das acções. p. 5. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_Registo_de_Accoes.pdf].
- REIS, Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1946. vol. 3.
- _____. Eficácia do caso julgado em relação a terceiros. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 17. p. 206 e ss.

- _____. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 84. p. 139 e ano 69. p. 332.
- SALVADOR, Manuel. *Terceiro e os efeitos dos actos ou contratos – A boa fé nos contratos*. Lisboa: Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962.
- SERRA, Adriano Vaz. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.06.1969. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 103. p. 469 e ss.
- _____. Enriquecimento sem causa. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 81. p. 5 e ss. 1958.
- _____. Hipoteca. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 62. p. 5 e ss. 1957.
- SILVA FERRÃO, Francisco António Fernandes da. Registo. *Dicionário Elementar Remissivo ao Código Civil Portuguez*. Lisboa, 1869.
- _____. Terceiros. *Dicionário Elementar Remissivo ao Código Civil Portuguez*. Lisboa, 1869.
- SOARES, António Quirino. O problema do registo da acção pauliana – Acórdão de uniformização de jurisprudência n. 6/2004 de 27.5.2003, Proc. 1174/2002, *Cadernos de Direito Privado*. n. 22. p. 35 e ss. abr.-jun. 2008.
- VARELA, Antunes. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de junho de 1969. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 103. p. 475 e ss. e p. 483 e ss.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A publicidade registral versus a tutela da privacidade em perspectiva de direito comparado: Portugal e Brasil, de Jéverson Luís Bottega – *RDI* 75/97 (DTR\2013\10165); e
- Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia, de Lucas Buriel de Macêdo – *RePro* 250/149-164 (DTR\2015\17048).

LE FUNZIONI DELLA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE NEL SISTEMA ITALIANO: LA TRASCRIZIONE

THE FUNCTION OF THE REAL ESTATE PUBLICITY IN THE ITALIAN SYSTEM: LA TRASCRIZIONE

VITULIA IVONE

Vitulia Ivone è Professore di Istituzioni di diritto privato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Salerno.
vituliaivone@unisa.it

ÁREA DO DIREITO: Civil; Registral e Imobiliário

RIASSUNTO: L'ordinamento italiano ha previsto un sistema di pubblicità volto a portare a conoscenza della collettività fatti e atti a contenuto patrimoniale, per tutelare l'affidamento dei terzi nella circolazione dei beni. La funzione della pubblicità coincide con l'esigenza di tutelare la buona fede e l'affidamento dei soggetti rispetto alla circolazione dei beni. Il lavoro ripercorre gli istituti della proprietà in Italia, soffermandosi in particolare, sulla trascrizione.

PAROLE CHIAVE: Pubblicità – Trascrizione – Opponibilità.

ABSTRACT: The Italian legal system provides an advertising system designed to bring the attention of the general public facts and acts to financial content, to protect the trust of the third parties in the movement of goods. The function of advertising coincides with the need to protect the good faith and the assignment of subjects in the respect to the movement of goods. The work traces the institutions of property in Italy, focusing in particular on the transcript.

KEYWORDS: Advertising – Transcription – Enforceability.

SUMÁRIO: 1. Note preliminari sulle funzioni della pubblicità nell'ordinamento italiano. 1.1 La pubblicità patrimoniale e il ruolo del notaio. 1.2 Il sistema tabolare. 2. L'istituto giuridico della trascrizione. Cenni storici. 2.1 La trascrizione nel codice civile italiano. 2.2 Gli artt. 2.643 e ss. del codice civile. 2.3 L'oggetto della trascrizione. 3. La disciplina della trascrizione presente nel codice civile e le nuove funzioni che essa può assumere. 4. Il principio della tassatività della trascrizione: vecchie impostazioni, nuove prospettive. 5. La trascrizione tra tipicità ed atipicità.

1. NOTE PRELIMINARI SULLE FUNZIONI DELLA PUBBLICITÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

L'ordinamento italiano ha previsto un sistema di pubblicità volto a portare a conoscenza della collettività fatti e atti a contenuto patrimoniale, per tutelare l'affidamento dei terzi nella circolazione dei beni.

Nello sviluppo dei traffici giuridici è tanto importante essere titolare di un diritto quanto fare in modo che la generalità dei consociati, estranea alla trasmissione, modificazione o nascita della situazione giuridica, ne sia a conoscenza.

La pubblicità soddisfa l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici e ha anche una funzione probatoria, fino a querela di falso, della dichiarazione ricevuta dal pubblico ufficiale addetto alla tenuta del pubblico registro.¹

Pertanto, la funzione della pubblicità coincide con l'esigenza di tutelare la buona fede e l'affidamento dei soggetti rispetto alla circolazione dei beni, soprattutto tenendo presente che le regole della circolazione variano a seconda della natura dei beni.

L'ordinamento italiano prevede tre tipi di pubblicità:

1) Pubblicità notizia che si ha quando i fatti oggetto di pubblicità servono solo ad assicurare la loro conoscibilità legale, ma non per questo sono opponibili ai terzi. Se quindi si vorrà opporre a un terzo un fatto reso pubblico bisognerà comunque dimostrare che questi ne era a conoscenza. Ad es. nella società semplice (sempre che non svolga attività agricola) l'iscrizione nel registro delle imprese non rende opponibili ai terzi i fatti registrati, ma bisognerà dimostrare che questi ne fossero comunque a conoscenza;

2) Pubblicità dichiarativa che svolge la funzione di rendere opponibili ai terzi i fatti resi pubblici; l'inosservanza dell'onere di pubblicità comporta la inopponibilità dei fatti non registrati, a meno che non si provi che i terzi ne erano comunque a conoscenza. In ogni caso, l'atto rimane valido anche senza l'osservanza della forma di pubblicità prevista dalla legge;

3) Pubblicità costitutiva che è voluta dalla legge. Senza la sua osservanza, l'atto non produce effetti, come nel caso della mancata iscrizione dell'ipoteca (art. 2.808 comma 2), oppure della mancata iscrizione nel registro delle imprese delle società di capitali (la società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni).

1. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015.

La pubblicità patrimoniale ha come oggetto i beni immobili e i beni mobili registrati e si attua nelle forme della trascrizione, dell'iscrizione e dell'annotazione, le quali, pur con diversità di effetti giuridici trovano il loro momento unificante nel fatto che si riferiscono al compimento di atti traslativi di diritti reali sui beni.²

La pubblicità patrimoniale si effettua in Italia secondo il sistema personale che si fonda sulla registrazione a favore dell'acquirente e a carico del dante causa, individuati in relazione all'atto posto in essere, cosicché il bene oggetto dell'atto risulta descritto nel registro in relazione al soggetto titolare del relativo diritto. Un sistema diverso – ma presente in alcune zone dell'Italia – è quello reale, di origine germanica, che trova attuazione solo nei territori già sottoposti alla sovranità austriaca.

La pubblicità è requisito indispensabile per la validità del negozio o per la sua efficacia, per quegli atti per i quali la legge richiede l'inserzione in pubblici registri: successioni, trascrizioni e iscrizioni ipotecarie, separazione degli immobili del defunto da quelli dell'erede, brevetti e marchi, matricole e simili per le navi maggiori e minori, per i galleggianti, per gli aeromobili, per gli alianti, per le automobili.

Quando sia prevista l'inserzione della pubblicità nei pubblici registri, la sua funzione può essere costitutiva (per es., iscrizione ipotecaria) ovvero solamente dichiarativa, nel senso che il negozio, valido tra le parti, è altrimenti inopponibile ai terzi o ad alcuni terzi.³

La pubblicità prescritta dalla legge è legale perché in essa si prescinde dalla conoscenza che i terzi abbiano acquistato degli atti o dei negozi pubblicati.

Si parla di pubblicità di fatto nel caso in cui la legge consente che si possa provare che i terzi abbiano avuto conoscenza di un dato atto sebbene esso non sia stato reso noto nelle forme di legge (per es., art. 19 c.c.).

Per quanto riguarda invece la pubblicità relativa alle persone occorre distinguere a seconda che si tratti di persona fisica, nel qual caso la pubblicità si realizza attraverso i registri dello stato civile, nei quali risultano inseriti tutti i fatti e le vicende che concernono la persona, dalla nascita alla morte, o di persona giuridica, nel qual caso la pubblicità si attua attraverso gli appositi registri.

2. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I modelli di pubblicità immobiliare nel diritto comparato*, in *Pubblicità, trasparenza e funzione notarile*, Napoli, 2000, p. 34.

3. G. FUCCILLO (a cura di), *Pubblicità, trasparenza e funzione notarile*, Napoli, 2000, p. 8.

1.1 *La pubblicità patrimoniale e il ruolo del notaio*

La pubblicità patrimoniale dei beni mobili viene realizzata attraverso il possesso: il mutamento della titolarità di un diritto sul bene mobile si evince dal passaggio materiale della *res* dalla sfera di disponibilità di un soggetto a quella di altro soggetto.

Per questa caratteristica relativa ai beni mobili, si parla generalmente di pubblicità di fatto.

Per i beni immobili e i beni mobili registrati si applica il regime della trascrizione in appositi registri.

Relativamente ai crediti, la circolazione si attua e viene certificata attraverso la notificazione al debitore.

Le modalità attraverso le quali l'atto umano deve necessariamente manifestarsi, per acquistare rilevanza giuridica, sono la veste formale necessaria per regolamentare i privati interessi: essa va vista come garanzia al servizio di interessi e valori preminenti.⁴

La considerazione della incidenza nella sfera degli interessi privati qualora non vi siano regole di disciplina per la circolazione delle vicende giuridiche, induce il giurista ad una attenta valutazione delle tutele attuabili nei confronti degli interessi di entrambe le parti del rapporto.

Con la pubblicità, la persona attiva tutti i mezzi per agevolare e facilitare il più possibile l'assunzione di conoscenza di taluni elementi a favore di uno o più soggetti: talvolta, tali mezzi possono essere ignorati o inutilizzati, generando conseguenze non soltanto nel campo sociale.

Pertanto, la problematica della conoscenza rappresenta l'elemento unificante della disciplina della pubblicità, il suo motore in tutte le affermazioni paradigmatica che, la sua rilevanza come momento qualificativo del sistema giuridico.

Garante dell'autonomia privata, sia in ambito patrimoniale che in quei settori inerenti la regolazione dei rapporti non patrimoniali, è il notaio.

Egli, quale titolare di un ufficio dello Stato-comunità, far suoi i compiti di trasparenza della negoziazione e del mercato, dando conto di una adeguata

4. "La forma non può essere fine a se stessa, arbitraria e capricciosa, bensì mezzo ad un fine omogeneo alle scelte di fondo dell'ordinamento". Questa è la posizione di chi (P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1986, p. 34) ha sostenuto l'importanza di una rilettura dura delle regole sulle forme alla luce della Costituzione, perché esse "si sottopongano ad un giudizio di idoneità rispetto ad interessi preminenti che supera ogni astratta valutazione in termini di ragionevolezza assoluta".

informazione alle parti contraenti, anche facendone menzione nell'atto, circa le attività preparatorie e quelle successive alle singole stipulazioni.

Il principio della trasparenza deve dunque governare il rapporto professionale anche a tutela dell'affidamento che la generalità dei consociati ripone nelle garanzie apprestate dall'intervento del notaio.⁵

L'art. 1 della legge notarile definisce i notai come "pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti".

Sulla base di tale qualificazione, la definizione dell'ambito della funzione pubblica ha subito una profonda evoluzione nel tempo, in quanto se, in un primo momento, centrale era considerato il ruolo di pubblico ufficiale deputato preminentemente ad una attività di certificazione, ad oggi emerge il riconoscimento di una più complessa funzione di garanzia dell'autonomia privata, alla quale concorrono la tradizionale certificazione, il controllo di legalità, l'adeguamento dell'intento empirico delle parti ai canoni dell'ordinamento e lo svolgimento di compiti ausiliari dell'apparato amministrativo finalizzati al perseguimento di interessi generali o di scopi di primaria importanza per la collettività.

La regola della trasparenza, intesa come canone che consente la piena esplicazione della volontà delle parti attraverso l'uso del chiaro linguaggio del diritto, si atteggia come richiesta al notaio di fornire piena informazione alle parti sul contenuto e sugli effetti di ciò che esse dichiarano di volere, ovvero sulla concreta realizzazione del loro programma e dei loro interessi.⁶

La profonda rivalutazione del ruolo notarile ha significato l'abbandono del mero compito di documentatore in favore di una posizione di interprete della legge, cosicché l'atto pubblico non sia solo documento dotato di quelle certezze, attitudini e caratteristiche che sono tipiche dell'attività del pubblico ufficiale, ma significhi anche consenso da parte dell'ordinamento ad una espressione di volontà che appare in sintonia con i fini di promozione e di miglioramento della società civile.⁷

5. G. AMATO, *I limiti della libertà professionale del notaio*, Riv.not., 1960, p. 63; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in Riv.dir.civ., 1, 1988, p. 431.

6. G. MARICONDA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, a cura di Carrabba, Napoli, 1998, p. 29 e ss.

7. V. IVONE, *La responsabilità del notaio*, in *Il contratto preliminare* (a cura di G. Capo, A. Musio, G. Salito), Padova, 2014, p. 1009.

1.2 *Il sistema tavolare*

L'Italia si caratterizza per la coesistenza di due sistemi di pubblicità immobiliare: da una parte la trascrizione nelle vecchie province, improntata alla Legge Francese del 23 marzo 1855, dall'altra il sistema tavolare o Libro fondiario, in vigore nelle nuove province di Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia ed in alcuni comuni delle province di Udine, Brescia, Belluno e Vicenza.

Il sistema tavolare della pubblicità immobiliare è unico, ma importante, istituto derivato dalla legislazione austro-ungarica rimasto in vigore nelle province indicate.

E' certo che già fin dalla prima metà del secolo XIV l'istituto mostrava quei principi giuridici che valgono ancor oggi a fondamento del moderno diritto tavolare: in particolare, la Boemia possedeva una raccolta di consuetudini riguardanti i registri pubblici nei quali dovevano venire iscritti tutti gli atti di costituzione e di variazione dei diritti reali, e che non si accordava l'iscrizione se non in base alla prova della validità del titolo nonché della legittimità del diritto del dante causa (es. venditore, donante, ecc.). Di pari passo veniva introdotto il principio fondamentale secondo cui l'iscrizione non è una semplice prova, bensì un requisito "sostanziale" per l'acquisto ed il trasferimento della proprietà e dei diritti reali su immobili.

A poco a poco, il principio si estese alle regioni vicine, fino al suo accoglimento nel codice civile universale austriaco nel 1811, che lo rendeva obbligatorio per tutte le province dell'Impero.⁸

La Legge Tavolare è quindi un complesso di norme avente carattere di diritto speciale, vigente nei territori già soggetti all'Impero austro-ungarico ed annessi all'Italia dopo la I Guerra Mondiale, che prevale sulla Legge Civile comune, qualora con questa incompatibile.

Il sistema tavolare è un sistema a base tipicamente reale: esso ha riguardo non alle "persone" dei proprietari o dei creditori, bensì sempre ed unicamente all' "immobile" che forma oggetto dei diritti. E' quindi semplice e sicura la consultazione facilitata dagli indici: delle particelle (registri reali), dei proprietari, dei creditori.

Pertanto, per conoscere le vicende giuridiche di un immobile (chi ne è o ne è stato il proprietario, di quali ipoteche o servitù sia gravato, ecc.), sarà

8. L'istituto è stato disciplinato con la Legge generale 25 luglio 1871 B.L.I n. 95, legge richiamata con modifiche nel nostro ordinamento giuridico dal R.D. 28 marzo 1929, n. 499.

sufficiente conoscere il numero della relativa particella e quindi risalire attraverso il succitato Registro Reale alla partita tavolare che la contiene, venendo così immediatamente a conoscenza di tutte le iscrizioni che la riguardano. L'operazione risulta tanto semplice quanto sicura ed esonera l'utente da quelle complesse e poco affidabili ricerche condotte partendo dal nome del proprietario come avviene presso le Conservatorie dei registri immobiliari del sistema della trascrizione.⁹

2. L'ISTITUTO GIURIDICO DELLA TRASCRIZIONE. CENNI STORICI

L'istituto della trascrizione rappresenta uno dei cardini della disciplina in tema di tutela dei diritti: il codice civile italiano, infatti, ha previsto un titolo espressamente dedicato: il Libro Sesto che si intitola Della tutela dei diritti contiene il Titolo I che si occupa della trascrizione. Il Capo I parla Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili.

In un ordinamento di matrice chiaramente romanistica appartenente alla tradizione del civil law, riscontriamo una spiccata continuità tra gli istituti dello *ius privatum romanorum* e quelli odierni.

Questa considerazione sembra non valere per la trascrizione,¹⁰ istituto che trova la sua dimensione soltanto con l'avvento delle codificazioni. Il primo riferimento alla trascrizione lo si rinviene nel Code Napoleon del 1804 il quale, rifiutando il più ampio sistema della trascrizione introdotto pochi anni prima dai coutumes de nantissement,¹¹ durante la Rivoluzione, conservava la trascrizione solo per i trasferimenti immobiliari che riguardavano la donazione. Una

9. Si veda [www.regione.taa.it/museo/sistema_tavolare_it.htm].

10. Nel diritto romano i modi di trasferimento della proprietà non si differenziavano a seconda che il bene stesso fosse mobile o immobile, ma piuttosto a seconda che esso fosse *mancipi* o *nec mancipi*. Sulla base di questa distinzione qualsivoglia *res mancipi* poteva essere trasferita mediante la *mancipatio* e qualsivoglia *res nec mancipi* con la *traditio* mentre la *in iure cessio* era un modo comune di trasferimento. I tre modi di trasferimento della proprietà presupponevano peraltro già intervenuto un accordo in ordine al trasferimento stesso, un accordo a carattere puramente obbligatorio, che impegnava, cioè le parti a porre in essere la successiva modalità traslativa. Così, E. GABRIELLI, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Torino, 2014, p. 9.

11. Si trasferivano con tale procedura "i soliti diritti reali di cui era titolare l'alienante, non essendo permessi acquisti a non domino in forza della mera formalità pubblicitaria". Così, V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema delle pubblicità*, Napoli, 2002, p. 76.

disciplina sicuramente più organica viene introdotta dal legislatore francese con la legge sulla trascrizione immobiliare del 23 marzo del 1855.¹²

Il codice civile del Regno d'Italia del 1865 ricalca lo schema francese e resta estraneo, nei successivi progetti di riforma, alle influenze del codice tedesco e del codice austriaco. Sia in Germania che in Austria il sistema che riguardava i trasferimenti immobiliari si presentava molto articolato e si caratterizzava: per la produzione dei soli effetti obbligatori dell'accordo iniziale, per l'astrattezza del contratto reale, per la separazione tra accordo iniziale e contratto finale. Tali caratteristiche, non risultavano compatibili con la disciplina della trascrizione del nostro ordinamento.¹³

La trascrizione, pur trovando una puntuale dimensione nel libro terzo della codificazione post-unitaria, resta però facoltativa.

Un'evoluzione decisiva nell'impostazione dell'istituto si ha con la cd. "legislazione di guerra" (1916-1919) che, spinta dall'esigenza di incrementare e soprattutto di rendere più sicuri i traffici commerciali, introduce importanti innovazioni.¹⁴ La più significativa è costituita dall'obbligo della trascrizione previsto a carico di notai, cancellieri, e altri pubblici ufficiali. In tale ottica emerge, come interesse primario della trascrizione, l'interesse pubblico.¹⁵

2.1 *La trascrizione nel codice civile italiano*

Il Codice Civile del 1942 conferma la preminenza della dimensione pubblicistica dell'istituto della trascrizione, conseguenza dell'evoluzione sociale e economica intervenuta nel frattempo. Il legislatore del '42 innova il precedente

12. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, Milano, p.150 e ss.

13. "Il rifiuto del sistema di tipo tedesco fu motivato con l'impossibilità di dar vita ad una perfetta organizzazione dei libri fondiari, senza la quale esso diventa una pericolosa insidia la proprietà. Ed in effetti il principio della pubblica fede, basato sull'astrattezza del contratto reale iscritto, in tanto ha un senso in quanto i libri fondiari siano completi, mentre in Italia, ad onta delle raccomandazione contenuta nel progetto Gian-turco del 1905, nulla si era fatto in questa direzione". E. GABRIELLI, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Torino, 2014, p. 19.

14. Tale legislazione viene confermata dal r.d del 30 novembre del 1923, n. 3272.

15. Secondo G. PETRELLI, *La pubblicità legale tra interessi privati e pubblici*, in *Rass.dir. civ.*, 2009, p. 693, "nello stabilire la obbligatorietà della trascrizione il legislatore, a prescindere dagli scopi fiscali, che pur teneva presente, ebbe il fine precipuo di favorire la tutela della proprietà e di polarizzare l'istituto della trascrizione specialmente tra le minori classi sociali che ne ignorano gli importanti effetti giuridici".

regime giuridico della trascrizione con importanti previsioni quali l'obbligo di trascrivere a carico del notaio e degli altri pubblici ufficiali, la trascrizione delle convenzioni matrimoniali, il principio di continuità delle trascrizioni, il nuovo regime della pubblicità sanante. Tutte queste previsioni trasformano l'istituto che non costituisce più uno strumento di portata circoscritta e dagli effetti limitati, quale era alle sue origini. Esso diviene, invece, un mezzo "regolare" per la risoluzione dei conflitti della circolazione giuridica immobiliare.

Al termine di questa disamina sulle origini dell'istituto in esame è opportuno chiedersi se la trascrizione, alla luce dell'avvento della Costituzione e dei nuovi e sempre più emergenti mutamenti della società, può essere concepita ancora con la logica del legislatore del '42, ancorata al centrismo proprietario, oppure sarebbe opportuno "depatrimonializzare" l'istituto, prescindendo dal rigor codicistico e interpretando la disciplina della trascrizione alla luce delle esigenze del caso concreto.¹⁶

E' opportuno, infine, inquadrare l'istituto della trascrizione nel sistema delle pubblicità predisposto dal legislatore al fine di rimuovere lo stato di ignoranza circa le situazioni giuridiche e i fatti che ne formano oggetto.¹⁷

Gli istituti pubblicitari operano nel rispetto della trasparenza delle regole del mercato e sono posti a presidio degli interessi delle parti contraenti.

Nel nostro ordinamento si distinguono tre tipi di pubblicità: la pubblicità-notizia, la pubblicità dichiarativa e la pubblicità costitutiva.

La pubblicità – notizia ha lo scopo di rendere conoscibile un atto senza però incidere sulla sua validità e sulla sua opponibilità ai terzi, nel caso di mancata attuazione della pubblicità. La pubblicità notizia è il contenuto di un obbligo e non di un onere.

16. "Con il termine, non certo elegante, di depatrimonializzazione s'individua una tendenza normativo-culturale: si sottolinea che nell'ordinamento si è operata una scelta, che lentamente si va attuando, tra personalismo (superamento dell'individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fino a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori)". Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 115.

17. S. PUGLIATTI (*La trascrizione*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1957, p. 195) rileva che "l'esigenza della certezza del diritto è talmente diffusa, che si può dire con natura al diritto stesso, nel suo aspetto oggettivo". L'autore, di fronte a tale assunto, ritiene insostenibile l'idea che prima della pubblicità il mondo delle situazioni giuridiche sia dominato dall'incertezza e dunque dal caos. In realtà egli fa riferimento ad "un'ambiguità linguistica" che impedisce la giusta comprensione dell'assunto.

La pubblicità dichiarativa ha, invece, lo scopo di rendere opponibile ai terzi il negozio e pertanto costituisce un onere per le parti, la mancata attuazione di questa pubblicità incide solo sull'opponibilità del negozio a determinati terzi.

La pubblicità costitutiva, infine, incide sulla nascita del diritto oggetto del negozio, in mancanza, il negozio non produce effetti tra le parti e di conseguenza non è opponibile ai terzi.

La dottrina ha cercato di determinare la funzione della pubblicità collocandola nell'ambito delle dinamiche della circolazione dei beni e individuandone il fondamento nell'esigenza di certezza del diritto, soffermandosi così sulla natura meramente pubblica della funzione e dell'interesse tutelato.¹⁸

In realtà per individuare la funzione specifica della pubblicità bisognerebbe soffermarsi sulla identificazione delle istanze che stanno alla base del meccanismo pubblicitario.¹⁹

L'evoluzione sociale porta all'emersione di nuove esigenze di tutela che conducono, inevitabilmente, il giurista ad abbandonare o a rivisitare le categorie tradizionali oggetto e soggette al regime di pubblicità. Nel quadro sociale, nel tempo, si è fatta strada la necessità di impiegare le regole pubblicitarie a salvaguardia delle situazioni esistenziali della persona. In questo caso il meccanismo pubblicitario che si fonda sull'informazione dei fatti o degli atti giuridicamente rilevanti, garantisce le situazioni personali attraverso i registri dello stato civile.²⁰

In essi sono conoscibili le situazioni delle persone che influiscono sui loro status mediante gli strumenti della trascrizione, iscrizione e dell'annotazione delle vicende di speciale importanza.

In assenza di una definizione del legislatore riguardo allo stato civile taluno ritiene che possa essere così definito il complesso degli stati personali che entrano a costituire la personalità giuridica di una persona fisica.

Lo status personae, dunque, per essere provato ha bisogno della necessaria documentazione data dagli atti dello stato civile nei quali viene accertato e documentato.

18. L. BARBIERA, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la novella del 1997*, in Studi in onore di P. Rescigno, Milano, 1998, p. 44 e ss.

19. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1957, p. 34, ha negato l'esistenza di una possibile funzione di tutela da parte della pubblicità agli interessi di natura privata.

20. L'ordinamento dello stato civile è attualmente regolato dal D.p.r. n. 396 del 2000.

Anche la pubblicità che riguarda lo status personale del soggetto mira a soddisfare l'esigenza di sicurezza del traffico tra due persone fisiche, soprattutto quando alle vicende personali, come ad esempio, allo status di coniuge, si collegano altrettante vicende di tipo patrimoniale. E' evidente come le vicende pubblicitarie che riguardano situazioni esistenziali si intrecciano con quelle che hanno ad oggetto diritti di tipo patrimoniale.

La trascrizione non ha ad oggetto solo atti che hanno un contenuto patrimoniale e diviene strumento di pubblicità funzionalizzato ad atti che denotano una determinata situazione esistenziale.

2.2 *Gli artt. 2.643 e ss. del codice civile*

L'istituto della trascrizione è disciplinato dagli articoli 2.643-2.695 nel titolo I del libro VI "della tutela dei diritti" del codice civile. Esso costituisce il mezzo di pubblicità delle vicende giuridiche relative ai beni immobili e ai beni mobili registrati ed è posto a tutela del commercio immobiliare. Se la trascrizione viene omessa da chi ha l'onere di porla in essere, ciò comporta, secondo il dettato dell'articolo 2.643 del c.c., l'inopponibilità, ovvero l'inefficacia, rispetto ai terzi, dell'atto che costituisce, trasferisce o modifica diritti reali immobiliari. Ciò non comporta una deroga al principio contenuto nell'art. 1.376 c.c. che enuncia la regola del consenso traslativo.

Tuttavia, come sottolinea autorevole dottrina, permangono difficoltà di coordinamento tra il regime di trascrizione e il principio *ut supra*.²¹

Secondo taluni, la funzione tipica della pubblicità nell'ambito della trascrizione è quella cd. dichiarativa il cui scopo è quello di rendere opponibile ai terzi il negozio: pertanto essa costituisce un onere per le parti secondo altri, invece, la funzione tipica dell'istituto sarebbe altra.²²

21. Secondo E. GABRIELLI e F. GAZZONI (*Trattato della trascrizione*, Torino, 2014, p. 1), "poche situazioni come questa espongono l'interprete problemi di ricostruzione astratta del sistema al fine di armonizzare tra di loro principi e regole che si presentano come intimamente contraddittori e sono pertanto in grado di elidersi vicendevolmente".

Relativamente allo scopo del trasferimento dei diritti, gli autori sottolineano che "il problema è infatti quello di assicurare che lo strumento giuridico scelto dal legislatore (...) garantisca sufficientemente chi si accinge all'acquisto nei confronti di alienazioni occulte e quindi nei confronti dei terzi che possono vantare sul bene diritti incompatibili".

22. L'autore chiarisce che "non esiste una funzione pubblicitaria rilevante in quanto tale, perché la pubblicità che deriva dalla trascrizione è solo una conseguenza indiretta ed

La funzione esclusiva della trascrizione sarebbe, secondo tale scuola di pensiero, da rinvenirsi nella risoluzione dei conflitti circolatori:²³ in tale ottica verrebbero meno tanto la funzione meramente notiziale quanto la prospettiva di ricollegare all'istituto *de quo* funzioni ulteriori e diverse. La trascrizione non dà vita ad alcun diritto, ove esso non sia già esistente, e non attribuisce validità ed efficacia al negozio che ne sia privo. Essa deve ritenersi consentita nei soli casi previsti tassativamente dalla legge, ergo, le norme sulla trascrizione non sarebbero suscettibili di applicazione analogica.²⁴ La tassatività dei casi in cui l'istituto della trascrizione può operare, costituisce un principio incontrovertibile della volontà del legislatore del '42.²⁵

Secondo autorevole dottrina, la funzione caratteristica e il risultato tipico della trascrizione hanno come fulcro il principio di conoscenza legale in rapporto a qualsiasi effetto che la legge preveda. In tal modo la funzione assoluta dall'art. 2.644 c.c. diviene un mero effetto secondario.²⁶

occasionale della funzione assoluta in altra direzione", e "ogniqualevolta non viene in questione un conflitto risolto dalle norme di cui agli artt. 2.643 e ss., la trascrizione non ha infatti alcuna funzione da svolgere". E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Torino, 2014, p. 4.

23. Tale tesi risulta essere ampiamente diffusa: si vedano G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1957, p. 314 e ss.; F. GAZZONI, *Funzione della trascrizione. La trascrizione e la cessione dei beni ai creditori*, in *La trascrizione fra pubblicità e acquisto dei diritti*, Palermo, 1992, p. 19 e ss.; ID. *La trascrizione immobiliare*, Torino, 2014, p. 40 e ss. e 76 e ss. In giurisprudenza si vedano Cass. Civ. Sez.I, 8 maggio 1991, n. 5119, in [www.foroitaliano.it], secondo cui le norme sulla trascrizione "vengono in considerazione soltanto quando si tratti di risolvere un conflitto fra più acquirenti di un medesimo diritto immobiliare". Successivamente, la Cassazione (sez. I, 12 novembre 1997, n. 11180, in [www.foroitaliano.it]), secondo cui la "funzione essenziale della trascrizione non è di fornire notizie sulle vicende riguardanti il patrimonio immobiliare, ma di risolvere eventuali conflitti fra più aventi causa".
24. Come affermato da autorevole dottrina (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, p. 63), "il ricorso all'analogia è un'espressione del principio di uguaglianza di trattamento, che è alla base di tutto l'ordinamento giuridico: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*, ovvero i casi simili devono essere regolati da norme simili".
25. L'affermazione del principio di tassatività delle trascrizioni è talmente diffusa da rendere superflua ogni citazione. Si vedano comunque, tra gli altri, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1998, p. 105 e 595 e ss.; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1982, p. 86.
26. S. PUGLIATTI, *La Trascrizione*, Milano, 1957, p. 13.

2.3 *L'oggetto della trascrizione*

L'art. 2.657 del c.c. statuisce l'oggetto della trascrizione: esso può sostanzarsi in una sentenza (compresa anche quella di accertamento), in un atto pubblico, in una scrittura privata con sottoscrizione autenticata. Secondo la norma, dunque, la trascrizione presuppone necessariamente l'esistenza di un titolo. Tuttavia sembra che il valore del titolo non possa essere sopravvalutato fino all'identificazione con lo stesso oggetto della trascrizione.²⁷

In merito all'oggetto dell'istituto la dottrina si divide tra coloro che ritengono che l'atto sia l'oggetto della trascrizione,²⁸ altri invece, sostengono che l'oggetto sia l'effetto, ovvero, la modificazione giuridica prodotta dall'atto stesso.²⁹ Tale questione, lungi dall'essere meramente teorica, ha i suoi risvolti pratici soprattutto rispetto al rapporto che intercorre tra la nota di trascrizione e l'atto sottostante. Secondo l'art. 2.655 c.c. l'omissione ovvero l'inesattezza di alcune indicazioni che devono essere inserite nelle note ai sensi degli artt. 2.659 e 2.660 del c.c. non comportano l'invalidità della trascrizione salvo l'ipotesi in cui l'omissione o l'inesattezza abbiano indotto incertezza riguardo al rapporto giuridico sotteso all'atto.³⁰ E' importante osservare che in sede di trascrizione, con riferimento all'effetto, può giustificarsi che talvolta, in sede di nota di trascrizione, non sia sufficiente riferirsi

27. E. GABRIELLI, F. GAZZONI, *Il Trattato della trascrizione*, Torino, 2014, p. 71.

28. Contra L. FERRI-ZANELLI, chiariscono che "la dottrina che individua nell'atto l'oggetto della trascrizione non può spiegare come ad un singolo atto corrisponda una duplicità di trascrizioni". *Della trascrizione*, Modena, 1998, p. 39.

29. Secondo E. GABRIELLI, F. GAZZONI (*op.ult.cit.*, p. 74), "oggetto della trascrizione è esclusivamente il mutamento giuridico conseguente ad un determinato atto. La conservazione dell'atto ha solo lo scopo di attestare l'avvenuta modificazione della realtà, una funzione, dunque, latamente probatoria, che di per sé appare del tutto superflua, atteso che il titolo è già di per sé pubblico".

30. La giurisprudenza di legittimità conferma tale tesi: "Sotto tale profilo va ricordato che l'art. 2.659, comma 1, n. 2, c.c., secondo cui nella nota di trascrizione devono essere indicati il titolo di cui si richiede la trascrizione e la data del medesimo, va interpretato in collegamento con il successivo art. 2.655 il quale stabilisce che l'omissione o l'inesattezza delle indicazioni richieste nella nota non nuoce alla validità della trascrizione eccetto che induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico a cui si riferisce l'atto. Ne consegue che dalla nota deve risultare non solo l'atto in forza del quale si domanda la trascrizione ma anche il mutamento giuridico, oggetto precipuo della trascrizione stessa, che quell'atto produce in relazione al bene". Cass. Civ., sez. II, 31 luglio 2014, n. 17493, in [www.foroitaliano.it].

all'atto produttivo dell'effetto ma occorre far riferimento ad una serie di dati estranei all'atto stesso.³¹

Oggetto della trascrizione – sia che si usi l'espressione “trascrizione dell'effetto” sia che si usi “trascrizione dell'atto” – sono sempre e solo gli effetti.

Sul piano degli effetti della trascrizione – escluso dunque che la funzione di notizia sia propria della trascrizione – è opportuno osservare che l'istituto, talvolta, funge da coelemento della fattispecie: in altre parole, l'effetto non si produce se non avviene la trascrizione (nel caso di una funzione dichiarativa dell'istituto *de quo*), altre volte essa costituisce la nascita della fattispecie, in questo caso l'efficacia è costitutiva degli effetti.³²

L'efficacia costitutiva della trascrizione si dispiega anche nei confronti dei terzi, in tale prospettiva essa costituisce la *condicio sine qua non* dell'opponibilità dell'atto. Gli effetti della trascrizione saranno irrilevanti ai fini dell'effetto traslativo *inter partes* ma sarà costitutiva nei confronti di taluni soggetti terzi indicati dall'art. 2.644 c.c.

In questo caso la trascrizione svolge una funzione preventiva e cautelativa, essa serve ad evitare che un terzo avente causa dello stesso autore possa prevalere per primo anche se ha acquistato in un momento successivo in virtù del principio “*prior in tempore potior in iure*”.

Il difetto di trascrizione non è rilevabile d'ufficio dal giudice: tale possibilità è esclusa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante.

Le stesse convengono sulla possibilità di rinunciare ad opporre gli effetti della mancata trascrizione.³³

La trascrizione avviene con la pubblicazione degli atti che vengono inseriti in appositi registri che sono tenuti con criterio personale e si attua presso

31. Secondo E. GABRIELLI, F. GAZZONI, *op.ult.cit.*, p. 74, esempio menzionabile è “il caso di acquisti a causa di morte là dove, oltre all'atto di accettazione dell'eredità, è necessario esibire il certificato di morte dell'autore”.

32. Secondo E. GABRIELLI, F. GAZZONI (*op.ult.cit.* p. 81) “in questi casi, la trascrizione svolge un ruolo in qualche modo analogo all'atto trascritto, perché i suoi effetti non si affiancano a quelli già prodotti sul piano sostanziale dell'atto stesso (come in caso di efficacia dichiarativa), ma completano la fattispecie”.

33. N. COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano*, Napoli, 1992, p. 444) partendo dalla concezione delle norme sulla trascrizione come di “ordine pubblico secondario”, escludeva la liceità del patto di non trascrivere.

l'ufficio dei registri immobiliari che ha la competenza territoriale sulla località dove i beni si trovano.³⁴

3. LA DISCIPLINA DELLA TRASCRIZIONE PRESENTE NEL CODICE CIVILE E LE NUOVE FUNZIONI CHE ESSA PUÒ ASSUMERE

L'istituto della trascrizione si caratterizza per la presenza di principi che si sono consolidati nel tempo e che la dottrina maggioritaria ha elevato a dogmi, a verità incontrovertibili, ad assunti che in nessun modo possono essere posti in discussione.

Essi possono essere elencati così di seguito:

- natura eccezionale dell'istituto
- tassatività della trascrizione
- tipicità della trascrizione
- la trascrizione costituisce un mero "onere" per le parti
- il ruolo passivo del conservatore dei registri immobiliari
- l'autoresponsabilità del richiedente la trascrizione.

L'eccessivo attaccamento al rigore delle regole poste dal codice civile del 1942 rende oggi la disciplina della trascrizione non più adeguata alle esigenze, agli interessi che, di giorno in giorno, emergono dalla realtà sociale. Occorre, dunque, condurre un'analisi critica che giunga ad una "rivisitazione" dell'istituto *de quo* in grado di poter attualizzare e funzionalizzare la disciplina della trascrizione alla luce delle nuove esigenze. L'operatore di diritto non può prescindere, dunque, dalla considerazione del sostrato sociale, delle nuove esigenze pratiche che non possono in nessun modo essere sacrificate e devono necessariamente essere salvaguardate dall'ordinamento giuridico, evitando così vuoti di tutela.³⁵ Con questo approccio occorre, dunque, ripensare

34. "Il conservatore dei registri immobiliari ha un ruolo meramente passivo, ed il relativo controllo ha natura esclusivamente formale non potendo egli, tra l'altro, rilevare l'esistenza di errori od omissioni nelle note". Così, G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass.dir. civ.*, 2009, p. 726.

35. Autorevole dottrina sottolinea che "è parte dell'ordinamento giuridico tutto ciò che concorre ad ordinare, cioè a regolamentare i fenomeni caratterizzanti una comunità organizzata di persone secondo una concezione e uno stile di vita condivisi e imposti. Sotto questo profilo vero è che non v'è *societas* senza *ius*, ma è anche vero

all'istituto in chiave sistematica, essendo emersi da tempo veri e propri principi generali di diritto costituzionale e di diritto comunitario in materia di pubblicità immobiliare, funzionali non già ad un interesse privato alla circolazione dei beni ma funzionali ad interessi pubblici connessi alla circolazione giuridica.³⁶ Basti pensare alla sicurezza giuridica, alla completezza e alla verità delle risultanze dei pubblici registri. L'interprete non può non tener conto di questi principi nella ricostruzione della trascrizione immobiliare. In questa prospettiva l'eccezionalità dell'istituto, sostenuta da taluni autori,³⁷ andrebbe negata.

E' opportuno sottolineare che hanno contribuito ad ampliare l'ambito di operatività della trascrizione il fenomeno della normativa speciale, sia statale che regionale, e la prassi amministrativa.³⁸ Nonostante questi indici di "apertura", dottrina e giurisprudenza,³⁹ tuttavia, continuano a declamare e a mantenere in vita con estrema sicurezza, dogmi come massima espressione di una visione statica del diritto, dell'ordinamento del caso concreto. Principi che an-

che lo *ius* è parte della *societas*, che lo *ius* dipende dal tipo di *societas*, e viceversa". P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi* Napoli, 2002, p. 361. L'autore sostiene che "il diritto è scienza sociale e deve sottolinearsi che la pluridisciplinarietà è un aspetto al quale non è possibile rinunciare. Il giurista deve sforzarsi di impostare la problematica prestando attenzione ai profili che non sono strettamente legislativi ma sociali, economici, tecnici, psicologici".

36. Secondo parte della dottrina (V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema della pubblicità*, Napoli, 2002, p. 68), "la prospettiva tesa ad inquadrare la legge come una collezione di enunciati "aperti", anche verso elementi extratestuali, impone all'interprete una riflessione in ordine alla considerazione della legge come sistema, eliminando ogni veicolo di apriorismo e recuperando il carattere di strumento operativo volto a regolare le controversie".
37. Per l'eccezionalità dell'istituto della trascrizione si vedano F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1912, p. 4; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli, 1992, p. 246 e ss; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 86; FGAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1991, p. 44 e ss.; 595 e ss.
38. La Circ. Min. Fin. 2 Maggio 1995, n. 128/E, contenente le "istruzioni per la compilazione dei nuovi modelli di nota" (emanate in attuazione dell'art.2, comma 2, del D.M. 10 Marzo 1995, pubblicato in G.U. n. 79 del 4 aprile 1995), al par.2 prevede espressamente l'assoggettabilità a trascrizione, tra l'altro, di "atti di conferma", "atti unilaterali d'obbligo edilizio", "convenzione amministrative", "costituzione di vincoli", "mutamento di denominazione o ragione sociale", "trasferimento sede sociale", "trasformazione di società", "rinuncia ad azione di riduzione", "rinuncia all'eredità". Tutte fattispecie la cui trascrizione non è espressamente prevista dalla legge.
39. Cass. Civ., sez. I, 5 maggio 1960, n. 1029, in *giustizia civile*; Cass. S. U., 18 febbraio 1963, n. 392, in *Riv. Dir.ipot.*, 1966.

cora oggi rendono l'istituto della trascrizione un istituto atavico, lacunoso, non flessibile, indifferente alla complessità dinamica,⁴⁰ ad un costante “*panta rei*” che vede protagonista l'ordinamento stesso.

4. IL PRINCIPIO DELLA TASSATIVITÀ DELLA TRASCRIZIONE: VECCHIE IMPOSTAZIONI, NUOVE PROSPETTIVE

Il principio di tassatività delle ipotesi di trascrizione è sicuramente uno dei principi più sostenuti e declamati da parte della dottrina e della giurisprudenza tradizionale e, sino a questo momento, dominante. Sia la dottrina che la giurisprudenza affermano infatti, che le ipotesi in cui è possibile effettuare la trascrizione sono tassative, ovvero si esauriscono in quelle previste espressamente dal legislatore.

Recentemente, la giurisprudenza – intervenendo in un caso relativo alla restituzione del bene donato – ha chiarito che il nostro ordinamento ha previsto un sistema di pubblicità volto a portare a conoscenza della collettività fatti e atti a contenuto patrimoniale, per tutelare l'affidamento dei terzi nella circolazione dei beni. Ne è conferma la dettagliata elencazione di tali atti (negozi unilaterali, contratti, domande giudiziarie, provvedimenti e sentenze) contenuta negli artt. 2.643, 2.645-bis, 2.645-ter, 2.646, 2.647, 2.648, 2.649, 2.651, 2.652, 2.653 cc, tutti accomunati dal fatto di spiegare incidenza sul regime giuridico dei beni immobili perché ne trasferiscono la proprietà, costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti di usufrutto, di superficie e di enfiteusi, costituiscono la comunione di tali diritti, costituiscono o modificano servitù prediali o il diritto di uso e abitazione, o, ancora, perché creano vincoli di destinazione (in genere ultranovennali) di determinati immobili; tutti, inoltre, accomunati dalla finalità indicata nell'art. 2.644 cc di attribuire prevalenza a quei diritti immobiliari (scaturenti dagli atti di cui al predetto elenco) trascritti per primi, pur se acquistati successivamente.⁴¹

Ne è altresì conferma la stessa così detta norma di chiusura dettata dall'art. 2.645 cc che estende l'obbligatorietà della trascrizione per la finalità ora detta

40. La dinamicità dell'ordinamento va intesa nel duplice senso: incrementativo delle regole e dei principi introdotti legalmente di giorno in giorno nel sistema e condizionato dall'evolversi delle esigenze e delle abitudini ,cioè dalla cultura come attualità di problemi e di possibili soluzioni. Tale dinamicità rappresenta l'aspetto più interessante della complessità , cioè quello procedimentale. E' il rifiuto a concepire la complessità come statica, suscettibile di essere fotografata e imbalsamata in una teoria generale ,là dove la complessità dell'ordinamento è per definizione dinamica, soggetta soltanto essere filmata nel suo evolversi. Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p.186 e ss.

41. Così, Trib. Torino, 26 settembre 2014, n. 2298.

ad ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2.643, così circoscrivendone chiaramente l'ambito ai soli atti negoziali che spieghino incidenza sul regime giuridico dei beni immobili.

Tale impostazione è legata chiaramente ad un'interpretazione "strettamente letterale":⁴² la questione della tassatività verrebbe così a coincidere con il problema dei criteri di interpretazione della legge. L'interpretazione letterale trova il suo fondamento nell'art. 12 delle preleggi, il quale rinnova l'antico contenuto del brocardo *in claris non fit interpretatio*.⁴³

Ermeneusi giuridica non può arrestarsi dinanzi ad un processo interpretativo che vede come protagonista la "lettera" della legge, ma deve tener conto dell'effettività dell'ordinamento giuridico.⁴⁴

In tale prospettiva l'interpretazione diviene logica e sistematica nonché evolutiva.⁴⁵

Se dottrina e giurisprudenza sostengono con enfasi la tassatività della trascrizione, è pur vero che alcuni interventi giurisprudenziali sembrano dimostrare il contrario.

42. Con riguardo al novero degli atti soggetti a trascrizione, nessuna disposizione di legge in questa materia né l'art. 2.643, né gli artt. 2.652 e 2.653, né le altre disposizione che prevedono trascrizioni ad effetti diversi, enuncia espressamente la regola per la quale soltanto le fattispecie incluse nell'elenco sono trascrivibili. Questo è il pensiero di G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 14.

43. Il primato dell'interpretazione letterale è stato da tempo messo in discussione vedi: P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo "in claris non fit interpretatio", il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in Rassegna di diritto civile, 1985, p. 990 e ss., ed in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1988, p. 273 e ss. Ma v. anche i numerosi saggi raccolti in P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 33 e ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I – Il concetto del diritto*, Milano, 1996, p. 236 e ss.; L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in Ermeneutica e dogmatica giuridica, Milano, 1996.

44. Secondo P. PERLINGIERI (*op.ult.cit.*), "le interpretazioni letterale, logica, sistematica non sono né possono essere fasi distinte cronologicamente e logicamente; esse sono profili e criteri di un processo conoscitivo unitario".

45. Come è stato affermato (V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema di pubblicità*, Napoli, 2002, in nota 9, p. 14), "La consapevolezza della cultura giuridica di dover superare la rigidità di una impostazione dogmatica e di dover inquadrare le previsioni codicistiche nell'ambito dei principi costituzionali, riconducendo comunque la varietà degli approcci all'unitarietà del punto di riferimento normativo, ha condotto ad un'attenta riflessione sulle necessarie connessioni del processo interpretativo con le altre scienze dell'uomo nonché con altri sistemi normativi".

Il comune denominatore di tutte le sentenze è, come si può desumere, l'espreso riconoscimento del ruolo dell'interpretazione sistematica, estensiva, analogica, adeguatrice che ha come scopo l'individuazione di ulteriori fattispecie trascrivibili.⁴⁶

Anche in dottrina, nonostante le “declamazioni” imperanti che ergono il principio di tassatività a dogma, a fondamento indiscusso della disciplina sulla trascrizione, si registrano “inversioni di tendenza”. Taluni fanno leva sul disposto dell'art. 2.645 c.c. per ammettere nuove fattispecie produttive di effetti simili (ma non identici a quelli enunciati dall'art. 2.643 c.c.) all'istituto della trascrizione.⁴⁷

Altri hanno inteso superare il principio di tassatività impiegando e ammettendo l'interpretazione estensiva delle disposizioni di legge che individuano le fattispecie trascrivibili nel nostro ordinamento.⁴⁸

Altri, ancora, per superare il principio di tassatività ritengono applicabile l'analogia.⁴⁹

Altra parte della dottrina, muovendosi sul piano dei principi costituzionali ha inteso dare rilevanza alle norme in tema di trascrizione nell'ottica di un'interpretazione adeguatrice⁵⁰ che sappia rispondere alla necessità di non intro-

-
46. E' stato osservato che “il canone dell'interpretazione conforme comporta un vero e proprio obbligo del giudice, e dell'interprete in generale, di attribuire alla legge un significato compatibile con i precetti della Costituzione, della CEDU e del diritto comunitario, prevalendo un tale significato anche su quello apparentemente ricavabile dall'interpretazione letterale”. G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare, Costituzione Repubblicana e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, p. 20.
47. C. MAIORCA, *Della Trascrizione*, in *Commento al Codice Civile D'Amelio*, Firenze, 1943, p. 177 e ss.; U. NATOLI, *Trascrizione*, in *Commento al codice civile*, Torino, 1971, p.100 e ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 123-124 il quale ritiene “possibile possibile ricomprendere nel quadro effettuale anche quelle situazioni che pongono regole relative all'esercizio di situazioni reali”.
48. S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, Messina, 1945, p. 61 e ss. ; R. NICOLO', *La trascrizione*, Milano, 1972, p. 72.
49. R. MASTROCINQUE, *La trascrizione*, Roma, 1963, p. 212-213. Per la prospettazione del superamento del principio di tassatività al fine di salvaguardare le esigenze di traffico giuridico, la trasparenza delle informazioni del regolamento contrattuale, la tutela del contraente debole e l'interesse della certezza degli acquisti. Così ampiamente, V. IVONE SALVO, in *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema della pubblicità*, Napoli, 2002.
50. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1; AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; ID, *L'interpretazione secondo costituzione nella giurisprudenza*, Napoli, 2012, p. 11 e ss.

durre discriminazioni irragionevoli tra fattispecie analoghe, in violazione del principio di uguaglianza, con l'ammettere la trascrivibilità soltanto di alcune di esse.

Aperture provengono anche da quella parte della dottrina che ha sostenuto con vigore la stretta interpretazione delle norme che richiedono la trascrizione, essa pur sempre nell'ottica della circolazione giuridica, ammettendo in numerosi casi concreti la trascrizione di atti non espressamente contemplati. Nonostante gli sforzi da parte della giurisprudenza e della dottrina, il principio di tassatività ancora oggi non risulta ancora completamente superato.

5. LA TRASCRIZIONE TRA TIPICITÀ ED ATIPICITÀ

La tipicità rappresenta un altro dei principi che la dottrina tradizionale ha posto a baluardo della disciplina della trascrizione. Esso opera sul piano degli effetti e si ritiene enunciato dall'art. 2.644 c.c.

Nel tentativo di superare l'impostazione tradizionale al fine di rendere l'istituto della trascrizione più versatile, flessibile e adeguato alle nuove esigenze che emergono dalla prassi, è opportuno soffermarsi sulla possibilità di estendere l'ambito di operatività della trascrizione a fattispecie che abbiano "effetti diversi" da quelli previsti dall'articolo enunciato ut supra, ovvero si tratta di comprendere se sia possibile discorrere di un principio di "atipicità" della trascrizione nel nostro ordinamento.

L'art. 2.645 del codice prevede un elenco aperto delle fattispecie trascrivibili e dei diritti immobiliari che ne formano oggetto "agli effetti previsti dall'articolo precedente" e "salvo che dalla legge non risulti che la trascrizione... è richiesta ad effetti diversi".

L'articolo, pur introducendo un catalogo "aperto" di fattispecie trascrivibili, non risolve il problema di quelle fattispecie non menzionate, qualora la trascrizione debba eseguirsi ad effetti diversi da quelli statuiti nell'articolo 2.644 c.c. Taluni ritengono che l'articolo 2.645 del c.c. debba ritenersi norma eccezionale,⁵¹ altri invece negano l'eccezionalità della disposizione.⁵²

51. L'articolo 2.645 dovrebbe riferirsi alle sole fattispecie tipiche così: R. NICOLO', *La trascrizione*, Milano, 1972, p. 67 e ss.; U. NATOLI, *La Trascrizione*, Firenze, 1963, p. 100; G. STOLFI, *Note minime sull'art. 2.645 codice civile*, in [www.giurisprudenza.it], 1975.

52. Una prima considerazione porta comunque ad affermare che l'art. 2.645 c.c. lascia intravedere "un principio di carattere generale in base al quale, a parità di effetti, corrisponderebbe identità di tutela". Così, V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema di pubblicità*, Napoli, 2002, p. 254. L'autore chiarisce che, una volta esclusa l'eccezionalità della tassatività, non si vede quindi perché dovrebb-

Con l'approccio di chi nega l'eccezionalità dell' art. 2.645 del codice civile ergendolo a principio generale della disciplina riguardante la trascrizione, è possibile prendere in considerazione e dare rilevanza a quelle fattispecie c.d. "atipiche", ovvero a fattispecie che hanno un'efficacia diversa da quella prevista dall'art. 2.644 c.c.

Come per la tassatività è opportuno prescindere da un'interpretazione restrittiva o letterale, la complessità dell'ordinamento come insieme di regole e principi, esige un'ermeneusi sistematica ed evolutiva che tenga conto dello sviluppo del sistema della pubblicità immobiliare e delle sue attuali finalità "le quali ne richiedono la tendenziale applicazione a tutte le fattispecie suscettibili di produrre effetti, anche riflessi, nella sfera giuridica dei terzi".⁵³

E' opportuno, inoltre, sottolineare che l'efficacia prevista dall'articolo 2.644 del c.c. – che si sostanzia nella risoluzione dei conflitti tra più acquirenti da un medesimo autore – non può essere letta in modo isolato e avulso rispetto ad altre ipotesi legislative di efficacia dichiarativa della trascrizione, anche perché le situazioni giuridiche di cui all'art. *ut supra* possono confliggere con situazioni disciplinate da altre disposizioni.⁵⁴

Concependo l'articolo 2.465 c.c. come espressione di un principio generale è possibile estendere l'ambito di applicazione della trascrizione a fattispecie e diritti (necessariamente opponibili a terzi) diversi da quelli espressamente contemplati. Tuttavia, questa lettura non risolve definitivamente il problema della trascrivibilità delle vicende atipiche per diverse ragioni.

In primo luogo l'applicazione dell'art. 2.645 c.c sarebbe possibile solo quando l'effetto di una determinata trascrizione di un atto "innominato" non pre-

be ritenersi eccezionale la previsione dell'art. 2.645. G. GABRIELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 310.

53. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella pubblicità immobiliare*, Napoli, 2009, p. 311.
54. Un esempio per chiarire "se si ritiene trascrivibile un'obbligazione *propter rem* sulla base dell'art. 2.645 c.c., non appare ragionevole attribuire a tale trascrizione l'effetto di risolvere solamente il conflitto con altro acquirente dal medesimo autore, e non invece anche il conflitto con chi abbia agito giudizialmente nei confronti del suddetto autore (artt. 2.652-2.653), o con chi abbia trascritto a carico di quest'ultimo un vincolo di destinazione (2.645ter c.c), o un pignoramento". (G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, p. 312 e ss.) chiarisce ancora che "allo stesso modo, se si ritiene che il titolare di un'obbligazione *propter rem*, prevista dalla legge, possa tutelare il proprio diritto agli effetti dell'art. 2.644 c.c., non si vede perché il medesimo soggetto non possa ottenere tutela, rendendo detto diritto opponibile a terzi, nel momento in cui ad esempio agisce giudizialmente a tutela dello stesso, e più generale invocando una disposizione in materia di trascrizione diversa dall'art. 2.644".

senti caratteri di eccezionalità o di necessaria tipicità⁵⁵ e quando l'effetto della trascrizione risponda ai principi generali, come la circolazione immobiliare, e soprattutto che non sia in contrasto con altri principi. E' possibile estendere l'ambito di applicazione della norma de qua nei casi in cui, le fattispecie richiedano effetti diversi da quelli dell'art. 2.644, come ad esempio nel caso in cui la trascrizione integri solo una pubblicità notizia. Dottrina, giurisprudenza e prassi amministrativa ammettono alla pubblicità numerose fattispecie non espressamente contemplate dalla legge quali: la rinuncia dell'opposizione alla donazione, il mutamento di denominazione o ragione sociale, o della sede sociale, la trasformazione di società, il mutamento dei dati anagrafici di una persona fisica, la rettifica catastale, o di dati anagrafici, la rinuncia all'eredità.

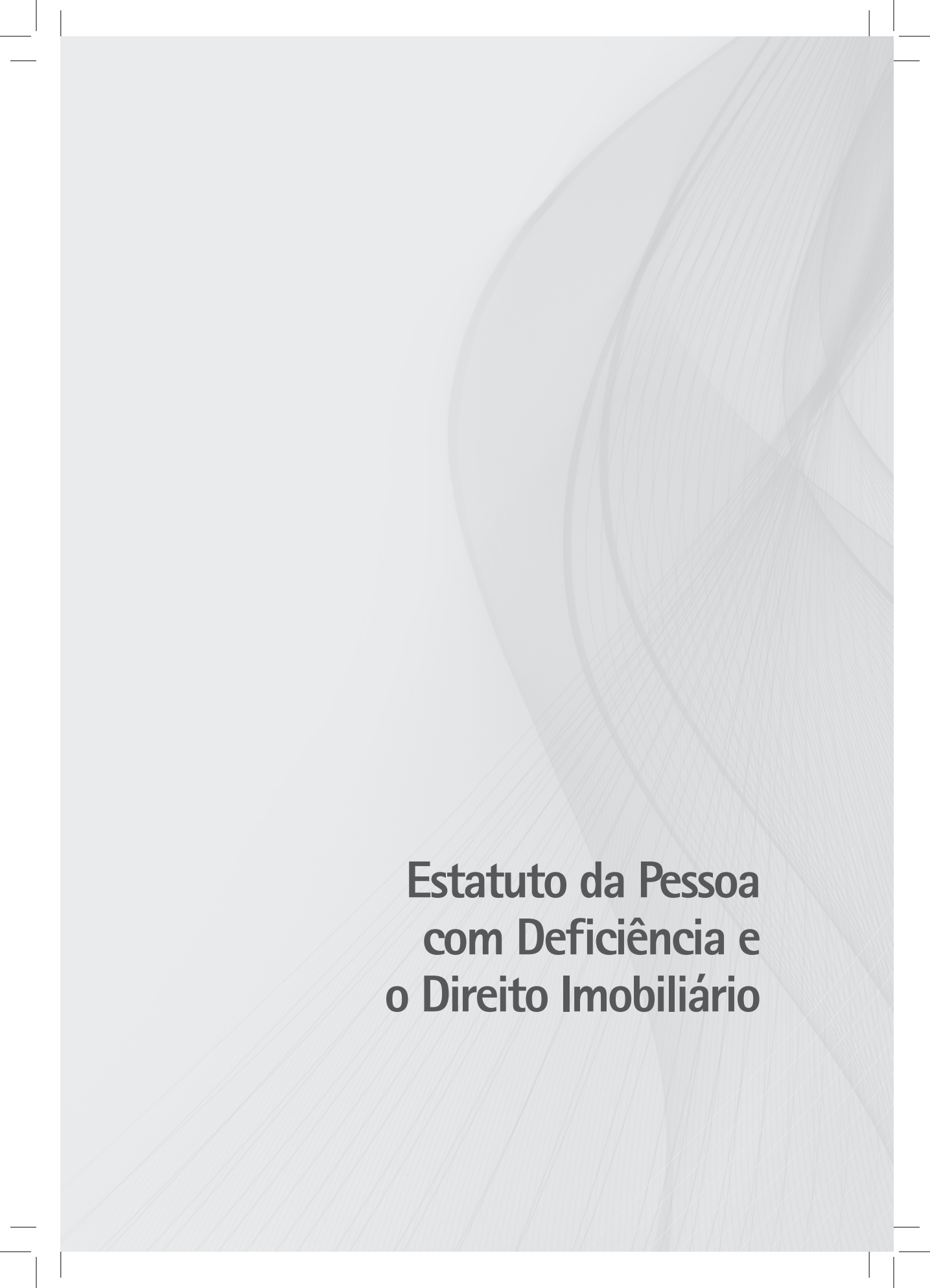
Nonostante i cenni di apertura e di ampliamento, è doveroso sottolineare che la questione della trascrivibilità o meno, riguardo a vicende circolatorie "atipiche", rimane ancora un terreno fertile su cui riflettere. Non si può, cedere ad un processo di "generalizzazione", la complessità dell'ordinamento impone che ogni fattispecie che non sia espressamente richiamata sia analizzata autonomamente e separatamente. Si auspica, in questa direzione, un intervento del legislatore.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função econômica da publicidade registral, de Fernando P. Méndez González – *RDI* 55/133 – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/117 (DTR\2003\360);
- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201 (DTR\2012\44777); e
- Publicidade registral imobiliária e a Lei 13.097/2015, de Leonardo Brandelli – *RT* 962/219 (DTR\2015\17071).

55. Esistono "disposizioni di legge che richiedono la trascrizione hanno una loro tipicità intrinseca che esclude qualsiasi estensione sul piano della fattispecie, del mutamento giuridico e della situazione giuridica soggettiva che ne è oggetto". Così G.PETRELLI, *op.ult.cit.*, p. 309.

The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping, semi-transparent circles and thin, intersecting lines, creating a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page.

Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Direito Imobiliário



OS DESAFIOS IMPOSTOS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM RAZÃO DAS MODIFICAÇÕES NA TEORIA DAS INCAPACIDADES E OS SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE DE REGISTRADORES E NOTÁRIOS

CHALLENGES IMPOSED BY THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITY DUE TO MODIFICATION ON THE THEORY OF DISABILITIES AND ITS IMPACTS ON NOTARIES AND REGISTRARS' ACTIVITIES

CHRISTIANO CASSETTARI

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela PUC-MG. Coordenador da Escola Nacional dos Notários e Registradores da Anoreg-BR. Membro da União Mundial dos Agraristas Universitários (Umau). Coordenador dos cursos de especialização em Direito Notarial e Registral da Faculdade Damásio de Jesus e em Direito Imobiliário da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP. Advogado e parecerista em São Paulo. contato@professorchristiano.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que tange às modificações por ele introduzidas no âmbito da teoria das incapacidades. Inicialmente, analisando sua origem, busca-se verificar a *ratio* da norma, para analisar os seus impactos. Indicando as mudanças que ele introduziu nos artigos do Código Civil brasileiro que estabelece o rol dos absolutamente e relativamente incapazes, apontam-se as dificuldades que os tabeliães e registradores de qualquer natureza encontrarão no exercício do seu ofício. A questão da situação atual da interdição também é abordada, já que o referido instituto é, com o advento da novel legislação, medida excepcional. Por meio de uma análise criteriosa, é feita uma reflexão se a modificação realizada é medida de inclusão ou de desamparo da pessoa defi-

ABSTRACT: This article analyzes the Statute of Persons with Disabilities, with respect to the changes it introduced, within the theory of disabilities area. Initially analyzing its origin, it seeks to examine the purpose of the rule to analyze its impacts. Indicating the changes it has introduced in articles of the Brazilian Civil Code, which establishes the list of absolute and relative disabilities, the difficulty that notaries and registrars of any nature face when exercising their duty is pointed. The matter of the interdiction current situation is also approached, since the mentioned statute is, with the advent of the new legislation, exceptional measure. By a careful analysis, a reflection about whether the modification is a measure for inclusion or abandonment of the disabled person, with problems to manifest their

ciente com problemas de manifestar seu discernimento. Apontando o projeto de lei que está tramitando no Congresso Nacional, demonstramos que há um sério interesse na sociedade de corrigir certos pontos controversos que passaram a existir.

PALAVRAS-CHAVE: Incapacidade – Capacidade – Estatuto da Pessoa com Deficiência – Tabelião – Registrador Imobiliário – Interdição – Escritura pública – Responsabilidade do notário e registrador.

discernment. Pointing to the bill of law that is being processed in the National Congress, demonstrating from the society, a serious interest of correcting certain controversial points that have arisen.

KEYWORDS: Disability – Capacity – Statute of Persons with Disabilities – Notary – Real Estate Registrar – Interdiction – Deed – Responsibility of Notaries and Registrars.

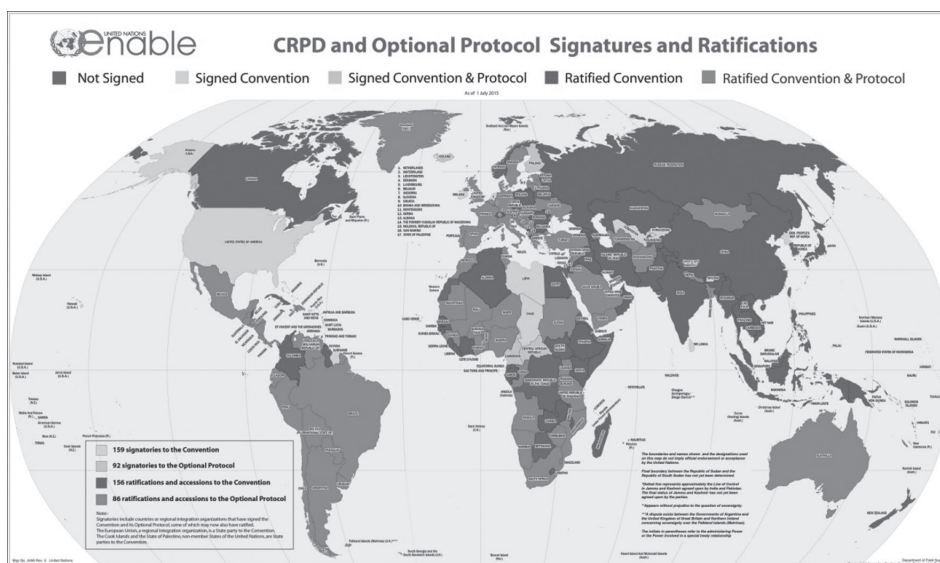
Entrou em vigor em janeiro de 2016 a Lei 13.146 de 06.07.2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, que teve 180 dias de *vacatio legis*.

O mencionado Estatuto tem origem no PL do Senado 6, de 2003, de autoria do então Senador Paulo Paim, que na Câmara dos Deputados recebeu o n. 7.699 de 2006.

A referida Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Dec. Leg. 186, de 09.07.2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3.º do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31.08.2008, e promulgados pelo Dec. 6.949, de 25.08.2009, data de início de sua vigência no plano interno.

A citada convenção foi assinada na sede das Nações Unidas em Nova York, no dia 30.03.2007, que em seu sítio coloca um mapa indicando quais países aderiram em todo o mundo:¹

1. Disponível em: [www.un.org/disabilities/documents/maps/enablemap.jpg]. Acesso em: 16.03.2016.



No art. 12 da Convenção, que trata do reconhecimento igual perante a lei do deficiente, os países que a assinaram se comprometem a:

1. Os Estados-Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2. Os Estados-Partes reconhecerão que *as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.*

3. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para *prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.*

4. Os Estados-Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. *Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.* As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados-Partes, sujeitos ao disposto neste artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Os grifos acima são nossos, no que se busca dar destaque aos pontos do citado artigo, que procura tratar da capacidade do deficiente.

No referido dispositivo verifica-se que o objetivo da convenção foi de estabelecer que as pessoas com deficiência devem gozar de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, e que o Estado deve prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal, para que tenham respeitados seus direitos, a vontade e as preferências da pessoa, que devem ser isentas de conflito de interesses e de influência indevida, e que também sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, para que os deficientes tenham assegurados o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, dentre outras coisas.

Nesta toada, o Estatuto da Pessoa com Deficiência entendeu por bem, no art. 6.º, conceder capacidade civil *plena* para todo e qualquer deficiente, para promover a sua inclusão social.

Todo e qualquer deficiente, pois o art. 2.º do referido Estatuto definiu pessoa deficiente como sendo quem tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O conceito descrito na Lei 13.146/2015 repete o que foi apresentado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado em Nova York em 2007.

Encontramos nesta definição de deficiente, uma equiparação plena de toda e qualquer deficiência, que também ocorrerá no âmbito da capacidade civil.

A teoria das incapacidades prevista no Código Civil brasileiro nunca negou capacidade civil para um deficiente que não tivesse o seu discernimento comprometido, como um deficiente físico, por exemplo, pois o seu foco de preocupação era com a pessoa que tivesse dificuldade de manifestar sua vontade, e por isso poderia ser ludibriada por alguém.

O Código Civil não tinha o condão de discriminar o deficiente e nem de não permitir sua inclusão social, mas sim protegê-lo das mazelas que existem em nosso mundo apocalíptico contemporâneo.

Como vimos no mapa feito pelas Organizações das Nações Unidas, a adesão no mundo foi quase que total, por países desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos, motivo pelo qual suas diretrizes devem ser avaliadas, pois deve ser levado em conta a realidade social de cada nação.

O questionamento que deve ser avaliado é se a atribuição de capacidade civil plena para o deficiente mental seria uma medida de inclusão em qualquer país do globo terrestre, ou em alguns, como o Brasil, seria uma medida de desamparo do deficiente, despindo-o da proteção que a legislação lhe oferecia, e deixando-os suscetíveis de serem enganados, ludibriados, prejudicados, por pessoas inescrupulosas, que querem levar vantagem em tudo, não medindo se a vítima pode ser destruída com um golpe financeiro que lhe impeça, inclusive, de viver e até mesmo fazer ou dar continuidade a um tratamento médico ou fisioterápico.

Diariamente os tabeliães de notas, em todo o país, são solicitados para lavrarem procurações públicas que permitam pessoas movimentarem contas bancárias, receberem benefícios previdenciários, gerenciarem patrimônio (imóveis e empresas), de pessoas com deficiência mental e intelectual.

Ressalte-se que a maioria de tais solicitações não é feita pelo próprio deficiente, mas sim pela pessoa que deseja receber a qualidade de mandatário, o que coloca em dúvida se o deficiente, de fato, concorda com o ato a ser praticado.

Se o legislador imaginasse o que ocorre no dia a dia de um tabelionato de notas em todo o país, certamente ficaria preocupado com a novel legislação, e com as consequências nefastas que a mesma pode produzir ao deficiente, seus familiares e seu patrimônio.

Os tabeliães de notas têm um papel fundamental em nossa sociedade, pois são eles que atuam na proteção da legalidade, da autenticidade, da segurança e da eficácia dos atos jurídicos, para impedir que atrocidades possam ocorrer, prejudicando as pessoas deficientes ou não.

Ocorre que alguns deficientes mentais estão mais suscetíveis de serem enganados, motivo pelo qual a interferência dos tabeliães é crucial para protegerem essas pessoas.

Diariamente os tabeliães de todo o Brasil impedem que vários golpes sejam aplicados na praça, em especial quanto a deficientes mentais que não possuem nenhuma condição de praticarem atos da vida civil, pois, por força de lei, eles

devem atestar nas escrituras a capacidade das partes. Isto está no art. 215 do CC/2002:

“Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1.º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

(...)

II – reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

(...)”.

A dúvida que surge a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência é como o tabelião irá atestar a capacidade de uma pessoa que a deficiência mental ou intelectual lhe impeça de manifestar sua vontade corretamente?

O receio de agir corretamente, honrando o ofício que lhe foi delegado pelo Estado, conforme a razoabilidade, cinge-se ao fato de que há norma expressa endereçada aos notários e registradores, estabelecendo punição no caso de não cumprir com as regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vejamos:

“Art. 83. Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no *caput* deste artigo constitui discriminação em razão de deficiência”.

Vejam que o parágrafo único da norma estabelece a conduta praticada por notários e registradores que criem óbices a qualquer deficiente, inclusive mental e intelectual, de celebrarem escrituras ou registro, seja ele qual for.

A discriminação pode gerar vários tipos de sanções, a saber:

a) pena de reclusão pela prática do crime de discriminação, tipificado no art. 88 do próprio estatuto da pessoa com deficiência:

“Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

b) dever de indenizar por dano moral, em razão da prática de um ato ilícito (art. 186 do CC/2002), ou por agir com abuso de direito (art. 187 do CC/2002).

c) perda da delegação (art. 32, IV, da Lei 8.935/1994) pela prática de infração disciplinar, descrita no art. 31 da Lei 8.935/1994:

“Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei:

I – a inobservância das prescrições legais ou normativas; (...)”.

Notem que se ficar tipificada a conduta de discriminação, haverá espaço para sanções penal, cível e administrativa.

Isto está fazendo os registradores ficarem com medo de suscitarem dúvida às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Tribunais de Justiça dos Estados.

A dúvida é um direito dos Oficiais de Registro, consoante permite os arts. 52 (RCPN), 116 (RCPJ), 157 (RTD) e 198 (RI) da Lei 6.015/1973. Aliás, o penúltimo artigo da Lei de Registros Públicos deixa isso bem claro em seu texto:

“Art. 309. Aplicam-se aos registros referidos no artigo 1.º, § 1.º, incisos I, II e III, desta Lei, as disposições relativas ao processo de dúvida no registro de imóveis”.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência os Oficiais Registradores em todo país, estão com medo de suscitarem dúvida ao Juiz Corregedor, e que isso possa ser interpretado como um óbice para reconhecer a capacidade do deficiente.

Neste ponto urge a necessidade das Corregedorias-Gerais dos diversos Tribunais de Justiça dos Estados, emitirem provimentos alterando as Normas de Serviço do Extrajudicial, para nelas incluírem um dispositivo que explicita que a suscitação de dúvida é um direito ao registrador, e que por si só não pode ser considerada como um ato que caracterizaria uma discriminação.

Enquanto isso não ocorre, entendemos que um oficial registrador não pode ser punido por exercer regularmente um direito, conferido pela Lei, podendo sim, sempre que julgar necessário, suscitar dúvida, mesmo que exista pessoa deficiente envolvida no ato registral.

Além do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência conceder capacidade civil plena para todo e qualquer deficiente, o art. 84, do mesmo diploma legal, lhes garantem o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Noutro giro, outro ponto controvertido é a situação atual da interdição. Quando uma pessoa possui algum problema que lhe impede de manifestar sua vontade, independentemente da razão, ela deve ser interditada para ser protegida, pois a situação da incapacidade, desta forma, se torna oponível contra terceiros.

No processo de interdição a pessoa é periciada, para que o juiz possa decidir favoravelmente ou não, e se entender que é o caso é nomeado um curador, que

irá representar ou assistir a pessoa, dependendo do grau de incapacidade, já que a interdição pode ser total ou parcial.

A sentença de interdição deve ser publicizada, para que tenha oponibilidade *erga omnes*, e para que isso ocorra se faz necessário, segundo os arts. 9.º, III, do CC e 93 da Lei 6.015/1973, registrá-la no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais do 1.º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária de cada comarca do domicílio do interdito.

Mas, a dúvida que surge é qual o futuro do instituto da interdição, se o Estatuto da Pessoa com Deficiência deu capacidade plena aos deficientes mentais e intelectuais, e muitos deles estão interditados, com sentenças transitadas em julgado registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Ademais, o referido estatuto estabeleceu, no art. 84, § 3.º, que a interdição é medida excepcional, o que demonstra que não há mais desejo da lei que ela se perpetue no tempo, e no art. 116 criou o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, acrescentando o art. 1.783-A no CC/2002, que irá substituí-la.

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Desta forma, a pergunta que devemos colocar para ser debatida é o que ocorreu com os deficientes interditados com sentenças registradas em cartório, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência?

A nossa posição é de que a pessoa deficiente interdita não volta a ser capaz automaticamente, pois os arts. 5.º, XXXVI, da CF, e 6.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro são claros e cristalinos em estabelecer que a lei nova não pode prejudicar a coisa julgada.

Desta forma, em respeito a coisa julgada, como a interdição decorre de sentença, não se pode afirmar que os interditos que são deficientes mentais e intelectuais estarão automaticamente livres dela, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O que a novel legislação irá permitir é que os deficientes mentais e intelectuais tenham, agora, um forte motivo para ingressar no Judiciário e pedir

o levantamento da interdição, que, no nosso sentir, não poderá ser recusado pelo magistrado.

Esse procedimento precisa ser feito até mesmo para a segurança do interdito, e para que se tenha uma ordem judicial que permita ao Registrador Civil das Pessoas Naturais, por meio de averbação no registro da interdição, publicar que aquela pessoa readquiriu a capacidade civil.

Os senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim apresentaram, em 01.12.2015, o PL do Senado 757 de 2015, de autoria dos competentes consultores do Senado Carlos Eduardo Elias de Oliveira e Felipe Basile, que tem por objetivo consertar os equívocos cometidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Reconhecendo que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi, sem dúvida, um dos maiores avanços legislativos brasileiros em matéria de proteção, valorização e inclusão das pessoas com deficiência, o citado projeto objetiva retificar a gravíssima falha que causará enormes prejuízos às pessoas que, por qualquer causa, tenham discernimento reduzido ou não tenham plena capacidade de manifestar a própria vontade.

Salienta o referido projeto que, enquanto não forem sanados tais equívocos poderão ocorrer incalculáveis danos jurídicos às pessoas que, por qualquer causa – relacionada ou não com deficiência –, precisam de apoio para praticar os atos formais da vida civil.

Nas razões do projeto se afirma que há sérias inconsistências legislativas que deixarão juridicamente desprotegidas pessoas desprovidas do mínimo de lucidez ou de capacidade comunicativa, e não apenas às pessoas com discernimento intelectual reduzido, mas especialmente àquelas em profundo grau de obnubilação.

Salienta o projeto, em suas fundamentações, que atualmente, a legislação envolve as pessoas desprovidas de discernimento total ou parcial (por serem incapazes) com um robusto arsenal de proteção jurídica aos incapazes, a exemplo destes casos:

a) invalidade dos negócios e atos jurídicos praticados pelos incapazes sem assistência ou representação do curador (arts. 166, I, 171, I, 185 e 1.767 e seguintes do CC/2002);

b) nulidade do casamento (e, por consequência, de eventual união estável) no caso de total falta de discernimento (arts. 1.548, I, e 1.727 do CC/2002);

c) suspensão do prazo de prescrição e de decadência contra o absolutamente incapaz (arts. 198, I, e 208 do CC/2002);

d) descabimento de repetição de indébito contra o incapaz no caso de invalidação do negócio jurídico, salvo prova de proveito dele (arts. 181, 588 e 589 do CC/2002);

e) invalidade da quitação dada pelo incapaz (art. 310 do CC/2002);

f) inexigibilidade de aceitação da doação pura pelo absolutamente incapaz (art. 543 do CC/2002);

g) direito do incapaz de pedir a devolução do valor pago em jogo ou aposta (art. 814 do CC/2002);

h) responsabilidade civil subsidiária com valor de indenização fixado com base na equidade e na garantia de sobrevivência do incapaz (art. 928 do CC/2002).

Corretamente, lembra-nos as razões do projeto, que como o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu do rol de incapazes as pessoas que não possuem discernimento intelectual adequado, todas essas proteções jurídicas não estão mais disponíveis para essas pessoas, com ou sem deficiência.

Em outras palavras, com a vigência do Estatuto poderá ocorrer o seguinte: se uma pessoa – por qualquer motivo que seja – imergir em um estado de total ausência de lucidez mental (como casos de pessoas que perdem totalmente a memória ou que avocam para si identidade misteriosa por conta de delírios, ou que estiverem em plena confusão mental causada por lesão cerebral ou trauma psicológico), ela, por exemplo:

a) poderá celebrar um contrato de empréstimo e de doação em favor de terceiros, sem possibilidade de reivindicar a invalidade dessas avenças;

b) poderá ser manipulada por uma pessoa que, apesar de não lhe tributar qualquer afeto, conseguirá dela uma declaração positiva de casamento em um momento em que aparentará uma falsa lucidez perante a autoridade celebrante do casamento, caso em que o matrimônio não poderá ser invalidado por falta de previsão legal;

c) perderá direitos e pretensões por conta da decadência e da prescrição;

d) terá de restituir os valores que, em estado de confusão mental, despendeu com questões não proveitosas, no caso de invalidação de negócio;

e) poderá dar quitação de dívidas pagas, ainda que não tenha lucidez para compreender os efeitos jurídicos desse ato;

f) terá de manifestar aceitação para receber uma doação pura por exigência da lei, embora não tenha condições práticas, reais, para tanto;

g) não poderá recuperar os valores que tenha perdido em jogos, ainda que a sua falta de lucidez o tenha arremessado em um estado de ganância

compulsiva e irresponsável, do qual pessoas inescrupulosas costumam saber se aproveitar;

h) responderá direta, exclusiva e integralmente por todos os danos que causar, ainda que tais danos tenham decorrido de eventual surto proveniente de situação de transtorno mental;

i) será obrigada a cumprir deveres previamente contraídos ainda que não tenha discernimento ou capacidade comunicativa alguma, ou seja, não tenha condições objetivas de praticar esses atos;

j) não conseguirá constituir advogado para se defender em juízo caso venha a ser acusada ou demandada, justa ou injustamente, pois será presumida juridicamente capaz, ainda que não tenha capacidade real de compreender ou de agir, inclusive para outorgar procurações.

Assim sendo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, infelizmente, recolhe o manto protetor que o Direito reservou para as pessoas sem discernimento ou sem capacidade de manifestar a própria vontade, não importando se essas condições resultam de deficiência, de enfermidade ou de qualquer outra causa, lembra a proposição.

Para impedir essa tragédia jurídica, o projeto propõe ajustes no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Código Civil e no Código de Processo Civil, sem vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil.

Saliente as razões do projeto, que é importante lembrar que pessoas sem discernimento não se confundem com as pessoas que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (texto proposto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao inc. III do art. 4.º do CC/2002). Essas últimas envolvem casos de pessoas que, embora possam ter pleno discernimento, estão impossibilitadas de expressar sua vontade por algum motivo de saúde, a exemplo de um estado de coma hospitalar. Nesses casos, a pessoa não tem condição alguma de exprimir sua vontade, de maneira que jamais poderia ser considerada relativamente incapaz, dada a sua impossibilidade de praticar atos da vida civil sob assistência. Por essa razão, essas pessoas devem ser consideradas absolutamente incapazes, como sucede atualmente, para que possam ser representadas na defesa de seus interesses.

E não se deixe de enfatizar! Em nenhum momento, a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, incorporada pelo Brasil por meio do Dec. 6.949, de 25.08.2009, pretendeu abolir as proteções jurídicas dadas às pessoas que possuem discernimento significativamente limitado, por defici-

ência ou por qualquer outra causa. Pelo contrário, o espírito da Convenção é no sentido de garantir que as pessoas com deficiência não sofram discriminação motivada por essa condição, mas tenham acesso aos mesmos mecanismos de apoio disponíveis para quaisquer outras pessoas. Infelizmente, em vez de adaptar o Código Civil aos comandos da Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência eliminou garantias que favorecem pessoas com ou sem deficiência que precisam de assistência. Concordamos, integralmente, com essa posição descrita na proposta legislativa.

Ora, o que a Convenção condena, com veemência, é que uma pessoa não possa exercer seus direitos apenas porque tem deficiência, de maneira que seria absurdo considerar civilmente incapaz uma pessoa com deficiência física motora ou sensorial, ou mesmo muitas pessoas com deficiência intelectual, que não necessariamente têm comprometimento das habilidades de compreensão ou de raciocínio, podendo ter, por exemplo, déficits relativos apenas em habilidades sociais, comunicativas ou de cuidados pessoais.

Todavia, no caso de pessoas que não possuem o discernimento mínimo para autodeterminar-se, o ordenamento jurídico precisa protegê-la com razoabilidade e de modo muito excepcional, impedindo, por exemplo, que ela – por um ato de desvario decorrente de um surto – perca todo o seu patrimônio com um negócio jurídico celebrado, ou seja prejudicada por não ter condições de compreender os riscos inerentes a alguns negócios, ou ainda fique indefesa diante de ataques aos seus interesses, por não ter condições de agir em defesa de si mesma e não ter representante que o faça em seu nome, sentença as razões do projeto.

Notícia o projeto que se desconhecem países que tenham deixado ao relento as pessoas sem adequado discernimento. Pelo contrário, nos Estados Unidos da América, na Alemanha, no Reino Unido e na Suécia, por exemplo, continua sendo concedido tratamento legislativo especial para essas pessoas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, num evidente contrassenso, fará o Brasil ser um dos poucos países do mundo que não apoia e não protege as pessoas sem a mínima lucidez. Num retrocesso inadmissível, tanto negaria às pessoas com deficiência o apoio de que porventura possam necessitar quanto declararia civilmente capazes quaisquer pessoas que, com ou sem deficiência, estão de fato inaptas para exercer sozinhas os atos da vida civil.

Assim sendo, a proposta do PL 757/2015 do Senado é de alterar os dois artigos que indicam o rol das incapacidades absoluta e relativa, que ficaria com a seguinte redação:

REDAÇÃO PROPOSTA PARA O ART. 3.º DO CC	REDAÇÃO PROPOSTA PARA O ART. 4.º DO CC
<p>Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos;</p> <p>II – os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.</p>	<p>Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido;</p> <p>III – (Revogado);</p> <p>IV – os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>

A proposta acima tenta corrigir os problemas causados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujos equívocos legislativos cometidos podem levar a bancarrota muitas pessoas, que ficam despidas do manto protetivo que sempre existiu em nossa legislação, e vulneráveis às ações de pessoas inescrupulosas.

Eugênia Augusta Gonzaga, nos *Novos Comentários a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*,² 3. ed., publicada em 2014 pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, p. 86-89, descreve que o item 3 do art. 12 da Convenção admite que certas pessoas com deficiência podem precisar de apoio para o exercício de sua capacidade legal, e afirma que considera essa previsão de apoio como absolutamente correta e deve ser interpretada como mais uma medida de equiparação de oportunidades, de direito à diferença.

Já Cleide Ramos em *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*,³ publicada em 2008 pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos, p. 54-57, afirma que vê-se que a Convenção disciplina a questão da preservação da capacidade jurídica da pessoa com deficiência de forma ampla, mas genérica, havendo necessidade de se desenvolver mecanismos internos de

2. Disponível em: [file:///C:/Users/Christiano/Downloads/Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%Aancia%20-%20Novos%20Coment%C3%A1rios.pdf]. Acesso em: 16.03.2016.

3. Disponível em: [file:///C:/Users/Christiano/Downloads/A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%Aancia%20Comentada.pdf]. Acesso em: 16.03.2016.

regulação e controle. Essa regulação e controle, infelizmente, não foram feitos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que apenas reproduziu o texto da Convenção, praticamente, em sua totalidade.

Assim sendo, aguardamos com ansiedade a aprovação de projetos de lei, de provimentos das corregedorias estaduais dos Tribunais de Justiça, e de decisões jurisprudenciais, que possam restaurar o manto protetivo que o deficiente, com dificuldade de manifestar sua vontade e praticar atos da vida civil, perdeu com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

REFERÊNCIAS

- CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GONZAGA, Eugênia Augusta. *Novos comentários a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. 3. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.
- RAMOS, Cleide. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência, de Maurício Requião – *RDCC* 6/37-54 (DTR\2016\436);
- Considerações sobre a interdição no projeto do novo Código de Processo Civil, de Maurício Requião – *RePro* 239/453-465 (DTR\2014\21361);
- O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro, de Luiz Alberto David Araújo e Maurício Maia – *RDC* 86/165-181 (DTR\2014\965); e
- Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil, de Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Lígia Coelho Mathias – *RDPriv* 66 (DTR\2016\4447).

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA VULNERABILIDADE E O NOVO REGRAMENTO DA INCAPACIDADE CIVIL

STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES AS AN INSTRUMENT OF PROTECTION FROM VULNERABILITY AND THE NEW REGULATION OF LEGAL DISABILITY

CRISTINA STRINGARI PASQUAL

Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Faculdade do Ministério Público. Advogada. cristinaspasqual@terra.com.br

MARCO ANTONIO PASQUAL

Especialista em Direito Empresarial. Professor na Faculdade São Judas Tadeu. Advogado. marco@stingaripasqual.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Civil; Constitucional; Internacional

RESUMO: O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi aprovado com o objetivo de proporcionar uma tutela especial ao deficiente, protegendo sua vulnerabilidade e acabou gerando uma importante alteração no instituto da capacidade civil disciplinada pelo Código Civil brasileiro. O presente ensaio busca analisar os reflexos práticos de tal alteração legislativa, visando destacar a necessidade de um tratamento especial aos deficientes mentais, em especial nas relações patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiente – Vulnerabilidade – Incapacidade civil.

ABSTRACT: The Statute of people with disabilities was approved with the objective of providing special protection to the disable individuals and their unique vulnerability. The special legislation generated an important alteration on the civil capacity brought by the Brazilian Civil Code. The present thesis proposes to analyse the practical reflects of the modification on the legislation, aiming to highlight the necessity of a special treatment to mentally disable people, specially in patrimonial relations.

KEYWORDS: Disable – Vulnerability – Civil Incapacity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estatuto do Deficiente como mecanismo de emancipação social. 2.1 O reconhecimento da vulnerabilidade do deficiente. 2.2 A tutela advinda da Lei 13.146/2015. 3. A nova visão da (in)capacidade civil. 3.1 A capacidade do deficiente mental. 3.2 A repercussão da nova regra da (in)capacidade civil nas relações patrimoniais. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que no decorrer dos anos o tratamento dado aos deficientes em sociedade passou a ser objeto de uma atenção especial nos mais diversos ramos da ciência.

Eventos de repercussão mundial, como as grandes guerras, que acabaram por trazer um número significativo de mutilados, cegos e surdos, provocaram uma atenção especial à situação dos deficientes, surgindo como decorrência da preocupação com este grupo social a adoção pela ONU de compromissos formais em apoio às pessoas com deficiência, a Declaração do Direito das Pessoas Deficientes em 1975, a celebração no ano de 1981, como o Ano Internacional da Pessoa Deficiente, a criação da Convenção da Guatemala e principalmente a aprovação da consagrada Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Identificou-se paulatinamente ser imprescindível uma atenção especial a este grupo vulnerável, para assim tutelar sua liberdade, sua dignidade, sua igualdade e seus direitos,¹ sendo que tal fenômeno mundial difundiu-se também no Brasil a partir da década de 70, e a Constituição de 1988 reconheceu formalmente que o deficiente deveria ter garantido diversos direitos para assim atingir-se a efetividade de sua inclusão na sociedade.

A partir de tal reconhecimento, foram surgindo no Brasil uma série de projetos trazendo disciplinas legislativas relativas às mais diversas áreas da vida, como, por exemplo, saúde, educação e lazer.

A atenção ao tema no Brasil mostrou-se tão significativa que em 2008, mediante o Dec. Leg. 186 ratificou-se com força de emenda constitucional a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência,

1. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18. Parte 1. Elementos Conceituais. Capítulo 1.

sendo a mesma reconhecida em maio do mesmo ano e, por meio do Dec. Presidencial 6.949, de 25.08.2009, sancionada, incorporando-se ao ordenamento jurídico brasileiro.

O legislador, entretanto, entendendo que os direitos consagrados constitucionalmente não eram suficientes para garantir a tutela dos deficientes, elaborou o PL do Senado 6, de 2003, denominado o Estatuto do Portador de Deficiência, sendo a proposição aprovada em 12.12.2006, como PL 7.699. Após longa tramitação o projeto de lei originou a Lei 13.146/2015 a qual foi aprovada e publicada em 07.07.2015, passando a vigor em 02.01.2016, sob a denominação de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi elaborado e aprovado com o objetivo de assegurar uma tutela jurídica capaz de promover a inclusão social e a proteção a dignidade de todos aqueles que “têm impedimento a longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”.²

Tal legislação provocou uma verdadeira evolução no tratamento dos deficientes, consagrando-lhes diversos direitos especiais, no intuito de proporcionar-lhes um tratamento isonômico em sociedade a partir do reconhecimento de seus impedimentos e, portanto, de sua vulnerabilidade.

A referida legislação estabeleceu alterações importantes em alguns dispositivos de leis ordinárias, em alguns casos revogando textos e em outros incluindo disciplina nova.

O Código Civil brasileiro foi uma das legislações que teve dispositivos alterados, tanto na Parte Geral, como no Livro dedicado a disciplina do Direito de Família.

Entre as alterações, está o novo tratamento ao instituto incapacidade civil regulada nos arts. 3.º e 4.º do CC/2002, mudança esta que representou uma verdadeira revolução no instituto. Entretanto, a mudança operada trouxe consequências que certamente vão acarretar dificuldades ao operador do Direito, em especial no âmbito das relações patrimoniais, pois pelo novo texto legal, somente os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, excluindo aqueles que por deficiência mental ou intelectual não têm como manifestar sua vontade.

2. Estabelece o art. 2.º da Lei 13.146/2015: “Art. 2.º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Esta nova visão da incapacidade civil exige uma reflexão cautelosa, pois apesar de inequívoco que a proteção do deficiente é imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais, o novo regramento cria um efeito colateral contraditório ao objetivo da nova Lei.

Se todo e qualquer deficiente deve ser considerado capaz ou em situações especiais, relativamente incapaz, como ficam as hipóteses dos deficientes que não têm como manifestar sua vontade consciente, pois não possuem a cognição necessária para tanto? Não estabelece tal entendimento uma consequência discriminatória, atribuindo-se tão somente uma igualdade formal a esta categoria de deficientes?

Estas são as questões que se pretende responder.

2. O ESTATUTO DO DEFICIENTE COMO MECANISMO DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Historicamente reconhece-se que os deficientes sempre enfrentaram dificuldades para serem incluídos na sociedade.³

No Brasil, como se pode observar pelo texto do *caput* do art. 5.º, a tutela do deficiente foi garantida pela Constituição Federal de 1988 estabelecendo a obrigatoriedade de um tratamento igualitário a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, sendo que apesar de não referir tal dispositivo expressamente quanto aos direitos dos deficientes, em artigos subsequentes faz menção expressa a sua tutela.

Exemplos disso são o previsto no art. 7.º, XXXI, ao estabelecer proibição de qualquer discriminação na relação de emprego, no art. 23, II, ao estabelecer competência comum dos entes da Federação quanto ao cuidado com a saúde, assistência pública, proteção e garantia dos deficientes; no art. 24, XIV, ao fixar competência concorrente dos entes Federados em legislar sobre proteção e integração social dos deficientes; no art. 208, III, ao fixar como dever do Estado ofertar um atendimento educacional especializado aos deficientes; no art. 227 § 1.º II, ao estabelecer o dever do Estado em promover a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os deficientes, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e

3. MARQUES, Christiani. Direito à integridade física e mental. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169. Parte 1. Elementos Conceituais. Capítulo 1.

serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Mais, seja em âmbito federal, estadual, municipal e distrital, foram sendo adotadas ações afirmativas como imposição de cotas em empresas ou cargos públicos, políticas públicas assistenciais para aqueles que não pudessem exercer qualquer ofício, direitos vinculados ao lazer, à acessibilidade, à informação,⁴ tudo no intuito de proporcionar um tratamento isonômico a este grupo de pessoas.

O Estatuto, todavia, surge como uma lei que busca não só a inclusão, mas a emancipação do deficiente, seguindo os mesmos princípios gerais fixados pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu art. 3.º, como o respeito a sua dignidade, a autonomia individual, a liberdade de escolha e independência, a não discriminação, a inclusão na sociedade e sua plena e efetiva participação, o respeito a diferença, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade.

Com o Dec. 6.949, de 25.08.2009, entretanto, atingiu-se no Brasil o ápice da tutela da pessoa deficiente, pois uma vez incorporado o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao sistema legal brasileiro, passou-se a seguir uma nova etapa na tutela da pessoa com deficiência, estabelecendo-se o dever do Estado de promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência para corrigir as desvantagens sociais existentes e promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.⁵

E foi com base no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que se construiu o atual Estatuto do Deficiente, seguindo a orientação de estabelecer a independência dos deficientes, consagrando-o como um sujeito capaz, emancipando-o socialmente, exigindo que o Estado elimine os obstáculos que impedem o pleno exercício de seus direitos.⁶

4. Sobre o tema ver a obra de: FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência. Garantia de igualdade na diversidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

5. Identifica-se esta consagração no texto da Convenção ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Ver texto completo da Convenção em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm].

6. PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Manual dos*

2.1 *O reconhecimento da vulnerabilidade do deficiente*

Seguindo a orientação adotada pelos mais diversos sistemas jurídicos, e identificando que a sociedade é composta por uma diversidade de grupos, sendo alguns mais fracos que outros, em decorrência de questões intelectuais, de saúde, econômicas, observadas na relação em concreto, o ordenamento brasileiro, no decorrer dos anos, passou a identificar que a busca pela igualdade de tratamento perante a lei exigiria uma intervenção mais atenta do Estado, pois uma única regra a todos os indivíduos não atenderia os fins sociais necessários.

Assim, muitas legislações dirigidas à proteção dos interesses sociais foram sendo aprovadas, como, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor, todos diplomas legislativos com um objetivo comum, proporcionar um tratamento isonômico às relações jurídicas nas quais participassem os sujeitos que objetivavam proteger, considerados mais fracos na relação jurídica, mediante a consagração de direitos especiais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência surgiu seguindo esta mesma orientação, de forma que para proporcionar a verdadeira igualdade e não discriminação aos deficientes, necessário foi reconhecer que são sujeitos mercedores de um tratamento especial, pois pertencem a um grupo de vulneráveis, afinal a ideia de igualdade que deve pautar a lei tem de estabelecer a proibição de um tratamento arbitrário, não podendo prosperar a igualdade concebida com a Revolução Francesa,⁷ pois ela demonstra-se somente formal, e assim insuficiente para afastar injustiças na aplicação da lei. A lei buscou evidenciar que a dicotomia desigualdade *versus* igualdade tem sua solução no reconhecimento que os desiguais devem ser tratados desigualmente, pois caso contrário o resultado seria uma profunda injustiça.⁸

Para uma proteção eficaz ao deficiente necessário reconhecer-se que se trata de um sujeito diferente, que apresenta características físicas, sensoriais, intelectuais ou mentais que criam barreiras para sua efetiva participação em

direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43. Parte 1. Elementos Conceituais. Capítulo 2.

7. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p.188-191.

8. Assim: SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29.

sociedade, sendo ele merecedor de uma proteção que tenha por base critérios justos, capazes de tutelar sua dignidade, um tratamento capaz de conferir-lhes igualdade de condições com as demais pessoas.

Esta sua posição de vulnerável e os efeitos jurídicos de que dela resultam vêm expressamente retratados na Lei 13.146/2015 ao determinar no art. 5.º que a pessoa com deficiência será protegida de toda a forma de discriminação que possa ocorrer, salientando que a criança, o adolescente, a mulher e o idoso com deficiência deverão ser reconhecidos como especialmente vulneráveis.

Em suma, a sua vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade⁹ como evidenciado no art. 5.º citado, serve de fundamento para a concretização da lei, e assim para afastar qualquer tipo de discriminação.

2.2 A tutela advinda da Lei 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe disciplina especial nas mais diversas áreas do Direito, estabelecendo inclusive alterações em diplomas legais de grande relevância, como, por exemplo, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código Eleitoral e no Estatuto da Cidade.¹⁰

Estabeleceu regras relativas à acessibilidade fixando um maior rigor, principalmente perante o Poder Público, seja esta acessibilidade no intuito de facilitar a locomoção do deficiente, quanto à informação e comunicação.

No âmbito do direito à saúde impôs ao Poder Público o dever de oferecer um tratamento especial em face de sua vulnerabilidade, com a adoção de medidas de proteção e segurança, além de estabelecer o direito ao consentimento prévio ao deficiente no caso de realização de intervenções clínicas ou cirúrgicas, como também para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização ou pesquisas científicas.

9. Expressão consolidada na doutrina e na jurisprudência. Em 2009 foi proferida no STJ a primeira decisão referindo a expressão hipervulnerabilidade. A discussão estabelecida em juízo dizia respeito à interpretação a ser dada a norma na tutela dos indígenas. REsp 1.064.009/SC. 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJ 27.04.2011.

10. Sobre o novo regramento estabelecido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ver ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas novidades. *Revistas dos Tribunais*. vol. 962. ano 104. p. 65-80. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015.

Quanto à educação assegurou acesso inclusivo em todos os meios de aprendizagem.¹¹ Em relação ao direito à moradia, consagrando a tutela do deficiente a uma moradia digna e que lhe permita independência.

Para a tutela aos direitos do trabalhador deficiente estabeleceu a impossibilidade de qualquer discriminação, cabendo não somente possibilitar a sua contratação, mas que o local de trabalho seja acessível, mediante adoção de medidas específicas.

No âmbito das relações de consumo impôs a inserção no Código de Defesa do Consumidor de regras relativa à informação, incluindo dentre os direitos básicos do consumidor o de apresentar todas as informações relativas ao produto ou serviço de forma acessível a pessoa com deficiência, evidenciando naquela norma de ordem pública e interesse social a vulnerabilidade especial dos deficientes.

Importante, entretanto, destacar que uma das mudanças mais significativas trazida pela Lei 13.146/2015 foi sem dúvida a advinda do reconhecimento da plena capacidade ao deficiente conforme consagrado em art. 6.º. A positivação constante deste dispositivo acabou por alterar o texto dos arts. 3.º e 4.º do CC brasileiro, e, como reflexo de tal alteração, a mudança em outros artigos, como os que tratam de matéria relativa à prova testemunhal,¹² ao casamento¹³ e à curatela.¹⁴

11. O que inclusive gerou uma Ação Direta de Constitucionalidade promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino questionando os arts. 28 e 30 do Estatuto sobre a tramitação da ADI. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&rs1=5357&processo=5357].
12. Conforme preceitua o art. 114 do Estatuto, os incs. II e III do art. 228 foram revogados, o que gera como consequência a interpretação de que os sujeitos com enfermidade ou retardamento mental, assim como os cegos e surdos, podem ser admitidos como testemunhas. Da mesma forma, impôs-se a inclusão do § 1.º no mesmo dispositivo, passando a ser possível ao juiz admitir o depoimento dos sujeitos arrolados nos incisos quando se tratar de prova dos fatos que somente elas conheçam. E ainda, incluiu-se o § 2.º, estabelecendo que a pessoa com deficiência pode testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistida.
13. O mesmo art. 114 do Estatuto estabeleceu novo texto aos arts. 1.518, 1.548, 1.550 e 1.557. Como consequência, acabou também trazendo alteração nos arts. 1.559 e 1.560. Tais dispositivos dizem respeito a regras aplicáveis ao casamento. No novo texto do art. 1.518 excluiu-se a possibilidade de o curador revogar a autorização do casamento até a sua celebração. Foi revogado o inc. I do art. 1.548, não sendo mais nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Renumerou-se o parágrafo único para § 1.º e incluiu-se o § 2.º determinando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade

Quanto ao instituto da curatela as mudanças foram bastante profundas, não só pela inclusão dos deficientes como capazes, mas porque o legislador criou uma nova figura que denominou de decisão apoiada,¹⁵ a qual decorre de um processo o qual o deficiente elege duas pessoas idôneas para lhes prestar apoio na tomada de decisões sobre sua vida civil.

O reconhecimento do deficiente como sujeito plenamente capaz trouxe uma nova realidade às relações jurídicas privadas em todos os seus setores, mas em especial no âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais, pois nestas relações, sendo o deficiente capaz, considera-se que ele tem plena e total possibilidade de manifestar sua vontade de forma consciente e racional, sem a necessidade de estar representado ou assistido, mas no máximo com apoio na sua decisão, ou seja, diante de nova realidade estabelecida pela Lei 13.146/2015, os deficientes, independentemente da causa, não poderão ser tratados como incapazes, seja absoluta ou relativamente, aplicando-se o instituto da curatela somente para aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, aos ébrios habituais e os viciados em tóxicos e os pródigos.

núbia poderá contrair matrimônio devendo para tanto exprimir sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Quanto ao art. 1.557, alterou-se o texto do inc. III, ressaltando-se que não será considerado erro essencial a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável se este caracterizar-se como deficiência e o inc. IV foi revogado, de forma que a ignorância anterior ao casamento, de doença mental grave não é considerada erro essencial sobre a pessoa.

14. No que tange a curatela, muitas alterações foram determinadas, pois com o reconhecimento da capacidade para os deficientes, deixaram eles de necessitar de proteção especial. O art. 1.767 teve seu inc. I alterado, excluindo-se as expressões enfermidade e deficiência mental, mantendo-se que são sujeitos a curatela os que não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Seguindo a mesma lógica revogou-se o inc. II, pois os que não podem exprimir sua vontade por causa duradoura passam a ser tidos por capazes. Do inc. III excluiu-se os deficientes mentais, pois passam a ser capazes e, revogou-se o inc. IV, pois os excepcionais sem completo desenvolvimento também passam a ser considerados capazes.
15. Inclusive foi inserido no Código Civil brasileiro um novo capítulo denominado de “Da tomada de decisão apoiada”, sendo o mesmo composto por um único artigo, o qual apresenta-se subdividido em dez parágrafos. Mais, como consequência do reconhecimento da capacidade dos deficientes e assim a exclusão da necessidade de curatela, o regramento dos arts. 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1.777 foi substancialmente alterado, passando-se a falar em situações nas quais pode ser necessária a nomeação de pessoas idôneas para prestar apoio ao deficiente, surgindo novas expressões nos dispositivos supracitados, como, por exemplo, “suposto incapaz”, “pontualidades da pessoa”, “limites da curatela”.

PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL, Marco Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 273-291. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

3. A NOVA VISÃO DA (IN)CAPACIDADE CIVIL

As relações sociais são dinâmicas alterando-se de acordo com o tempo e o espaço, impondo ao Direito por meio de atualizações de suas regras acompanhar o movimento social.¹⁶ Sabe-se que a necessidade de uma legislação surge inicialmente como fato social, o qual ganhando valor, impõe uma regulação, e isso é um processo que se manifesta em todos os setores do Direito, não sendo diferente no tema da capacidade civil.¹⁷

Nesse sentido, pode-se observar que o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe uma mudança importante ao romper com a regra que compunha o Código Civil de 1916 relativa à incapacidade civil, afinal excluiu-se a expressão louco de todo gênero, assim como deixaram de ser absolutamente incapazes os ausentes e os surdos-mudos. Verifica-se que a visão discriminatória que pairava sobre o anterior diploma civilista foi substituída por um entendimento mais social.

Ainda assim, o regramento referente a pessoas com incapacidade, seja ela física, seja ela mental, continuou gerando especial atenção nos últimos tempos. A doutrina¹⁸ já há algum tempo vinha se manifestando no sentido de que quando estão em jogo situações jurídicas existenciais, as quais envolvem o próprio desenvolvimento humano do indivíduo, não poderia prosperar a desconsideração da manifestação da vontade do deficiente mental e o enfermo. Que delegar o poder de escolha aos representantes violaria a dignidade da pessoa humana.¹⁹

Para melhor análise do tema, importante verificar qual o entendimento que o Código Civil brasileiro de 2002 em seu texto original estabeleceu sobre a matéria da incapacidade civil.

É possível observar que o Código Civil brasileiro disciplina a matéria nos seus arts. 3.º e 4.º, os quais tratam respectivamente da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa. Na sua redação original, no primeiro grupo (incapacidade absoluta), estavam incluídos os menores de 16 anos, os que por enfermidade ou deficiência mental não pudessem exprimir sua vontade, por falta

16. PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1.

17. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

18. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 1, p. 196-297.

19. Nesse sentido manifesta-se: RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. A parte geral do novo Código Civil*. 2. ed. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 25.

de discernimento para praticar atos da vida civil e, os que mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. No segundo (relativamente incapazes), os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que por deficiência mental tivessem discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

Verifica-se que o legislador além de estabelecer as duas espécies de capacidade, reconheceu as causas da incapacidade como sendo a falta de maturidade e a ausência de cognição necessária para a compreensão dos efeitos de determinados fatos jurídicos. A incapacidade por falta de maturidade, ou seja, em decorrência da idade, foi tida por presumida, enquanto para as outras hipóteses, exige-se a prova da condição de incapacidade, para que assim seja nomeado o representante legal ou assistente.

Considerou o legislador que os denominados incapazes mereceriam uma tutela especial por faltarem-lhes a perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos, proporcionando-se assim a “aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em uma posição desigual”.²⁰

As mudanças legislativas na matéria, advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência excluíram da regra de incapacidade estampada no Código Civil todas as hipóteses que abrangiam os sujeitos considerados por ela deficientes, independente da causa, no intuito assim de atingir seu objetivo: estabelecer legalmente que o deficiente, seja, físico, mental, intelectual ou sensorial, como refere no seu art. 2.º, é um sujeito plenamente capaz. Que ele é vulnerável, mas não incapaz. Que ele merece um tratamento diferenciado, mas não a aplicação das regras da incapacidade civil.²¹

3.1 *A capacidade do deficiente mental*

As alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência afastaram quase todas as hipóteses de incapacidade absoluta, sendo atualmente absolutamente incapaz exclusivamente o menor de 16 anos de idade. Todas as demais hipóteses originalmente referidas no art. 3.º foram excluídas por expressa reogação imposta pela Lei 13.146/2015.²²

20. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 274.

21. E por isso sequer aplicável a eles as regras dos arts. 198, I, 208 e 171, I, pois vistos como capazes.

22. “Art. 114. A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) passa a vigorar com as seguintes alterações:

Operou-se ainda, uma alteração significativa no art. 4.º do CC/2002, pois agora a categoria dos relativamente incapazes é composta pelos maiores de 16 anos e menores de 18 anos, ébrios habituais, viciados em tóxicos, pródigos e por aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Excluiu-se o deficiente mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, mas se incluiu os que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Este último grupo que era visto como absolutamente incapaz, agora foi recepcionado como relativamente incapaz, não mais necessitando ser representado, mas somente assistido.

A motivação da mudança encontra-se no objetivo de proporcionar a inclusão social das pessoas consideradas deficientes, preocupação essa que se demonstra relevante na medida em que a proteção dos minoritários busca proporcionar a redução das desigualdades sociais e o desaparecimento de condutas discriminatórias em sociedade.

Esta preocupação tem como principais motivadores a tutela da dignidade da pessoa humana, mas também o reconhecimento de uma vulnerabilidade daqueles com deficiência, de sorte que para alcançar a mesma liberdade daqueles sem deficiência, impôs o legislador um tratamento especial.

Neste contexto identifica-se que apesar de o objetivo do legislador ter sido que no atual ordenamento jurídico brasileiro o deficiente, seja ele físico, sensorial, mental ou intelectual deva ser tratado como um sujeito plenamente capaz, o exame das situações concretas demonstra que tal objetivo nem sempre poderá ser alcançado, pois nem todos os deficientes têm a cognição suficiente para participarem ativamente de relações jurídicas.

Não resta dúvida que o deficiente físico ou sensorial poderá participar ativamente dos mais diversos atos jurídicos, sendo que as barreiras que possam existir podem ser facilmente afastadas mediante a utilização de técnicas e procedimentos que permitem a total inclusão deste grupo de vulneráveis, sendo coerente o seu tratamento como plenamente capazes.²³

‘Art 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

I – (Revogado);

II – (Revogado);

III – (Revogado).’

23. Em algumas legislações, algumas deficiências físicas são consideradas como causa de incapacidade podendo ocorrer a interdição. Exemplo dessa situação é observado no

Já no que diz respeito ao deficiente mental e/ou intelectual, a situação é distinta, pois indiscutivelmente uma vez presente a deficiência, o sujeito não terá discernimento suficiente para participar em atos da vida civil sem estar representado por um curador.

Considerar juridicamente o deficiente como um sujeito plenamente capaz, independentemente do tipo de deficiência parece ser um objetivo intangível, pois a realidade de um sujeito considerado deficiente mental demonstra claramente ser impossível a manifestação de uma vontade consciente, pois falta cognição, seu funcionamento intelectual não permite que o mesmo tenha uma real compreensão das situações que lhe são apresentadas.

Assim, o objetivo de incluir se revela em uma exclusão, a busca de uma igualdade material retrata uma utopia, pois a condição pessoal do deficiente mental exige um tratamento especial pelo Estado, devendo a lei tutelá-lo adequadamente.

Houve na verdade um retrocesso. Enquanto o Código Civil de 2002 afastou da condição de incapacidade absoluta aos surdos-mudos uma vez que sua deficiência física não afeta o seu discernimento, inexistindo relação deste problema físico com os centros cerebrais²⁴ entendendo não compreender a categoria dos incapazes; a nova disciplina legal equipara as espécies de deficiência considerando que ambos podem ter as mesmas condições e por isso merecem o mesmo tratamento jurídico, quando na realidade não poderia, pois a situação fática é diversa.

Ao tratar de forma igualitária os deficientes físico e mental está o legislador impedindo a aplicação de um tratamento igualitário. Tem-se uma situação paradoxal, pois se há um tratamento diferenciado para os deficientes (físicos e mentais) com o objetivo de buscar uma “igualdade” em relação aos capazes, ao tratar os deficientes como uma única categoria, não os diferenciando en-

Código Civil português em que o surdo ou mudo pode vir a ser interditado. Carlos Alberto da Mota Pinto assevera que “são fundamentos de interdição as situações de anomalia psíquica (abrangendo, portanto, deficiências do intelecto, da afectividade ou da vontade), surdez-mudez ou cegueira, quando pela sua gravidade, tornem o interditado incapaz de reger a sua pessoa e bens (art. 138)” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 235.

24. Nesse sentido PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – Introdução ao direito civil*. Teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1. p. 239.

tre deficientes físicos e deficientes mentais, os considerou formalmente iguais, apesar de materialmente existir desigualdade.

3.2 *A repercussão da nova regra da (in)capacidade civil nas relações patrimoniais*

Toda nova legislação ou alteração de uma legislação impõe ao operador do direito um desafio: a interpretação da nova norma legal, mas não uma interpretação isolada, e sim ampla, levando em consideração a integralidade do sistema jurídico.²⁵

O Estatuto da Pessoa com Deficiência criou ao operador do Direito um grande desafio na matéria da incapacidade civil, na medida em que a hipótese de incapacidade absoluta se restringe a idade (menores de 16 anos), em virtude da revogação de incisos do art. 3.º do CC/2002. Assim, enfrentará o intérprete um grande problema, pois com certeza surgirão situações que gerarão importantes indagações e dificuldade de solução pela aplicação do texto legal. Com as mudanças no Código Civil advindas da Lei 13.146/2015 surgirão dificuldades de solução dos casos concretos. Isso será identificado quando existirem relações negociais de cunho patrimonial nas quais forem parte deficientes mentais, pois não resta dúvida que tais sujeitos não têm como manifestar sua vontade, sendo imprescindível sua interdição e a nomeação de um representante legal, sob pena de ficarem excluídos de proteção pelo Estado. Entretanto, isso agora, pela aplicação é impossível.

Esta é a interpretação que se pode concluir das alterações que atingiram o Código Civil brasileiro. E mais, o art. 114 da Lei 13.146/2015 ao criar o instituto da tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A), assim como estabelecer mudanças ao título que trata da tutela e da curatela, em especial os arts. 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1777, criou uma zona cinzenta, utilizando-se de expressões como “termos da curatela” (arts. 1.768, 1.769 e 1.771), “supos-

25. Conforme assevera Eros Grau “a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 34).

to incapaz” (art. 1.770), “limites da curatela” (art. 1.772). Mais, no art. 1.775 trouxe a previsão de nomeação de curador para a pessoa com deficiência.

Pode surgir o entendimento de que o intuito do legislador foi estabelecer que para as relações de índole patrimonial os deficientes mentais devem ser considerados relativamente incapazes, abrangidos quem sabe pela hipótese do inc. III do art. 4.º do CC e assim para tais casos devendo ser interditados.²⁶ Seguindo tal entendimento, será necessária a interdição para nomeação de um assistente, ou seja, um sujeito que irá acompanhar o incapaz, assentir, mas não praticar o ato, pois o mesmo deverá ser pessoalmente praticado pelo relativamente incapaz. A prática do ato em nome do incapaz se dá quando há incapacidade absoluta e, em tal caso, o representante age em nome do representado.²⁷

Prosperando tal entendimento, advindo de uma interpretação sistemática, continuará existindo um grande problema na solução dos casos concretos. A título de exemplo, pode-se trazer a hipótese de um sujeito no qual se manifesta uma patologia capaz de impedir-lhe a compreensão dos fatos, da realidade e o mesmo necessita firmar um contrato, como o caso de um oligofrênico. Segundo a nova visão legislativa este sujeito é titular de capacidade legal e pode participar de todas as relações que compõem a vida civil, e sequer cabe ser representado. Entretanto, é evidente que perante uma situação concreta, isso se demonstra inviável.

Ou ainda seguindo o entendimento de que em face da atual regra do inc. III do art. 4.º ele é relativamente incapaz. Em tal caso, como ele vai praticar o ato pessoalmente, se na maioria das vezes não tem nenhum tipo de compreensão da realidade?

26. Manifesta-se em tal sentido: ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Op. cit., p. 72. Referem os autores: “O art. 114 do EPCD trouxe modificações substanciais no Código Civil para fazer valer estes novos institutos da capacidade legal e da tomada de decisão apoiada e da nova concepção de curatela. Primeiramente retirou as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, remetendo-os para o rol dos relativamente incapazes a partir da nova redação do art. 4.º combinado com as alterações procedidas pelo art. 114 do EPCD nos arts. 3.º, 4.º, 228, 1.518, 1.550, 1.557, 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1.777, todos do CC/2002. Desta forma as pessoas com deficiência, ordinariamente, só serão interditas em relação aos atos negociais e patrimoniais, mantendo-se as faculdades para casar, trabalhar, testemunhar, votar e praticar outros atos da vida diária”.

27. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179.

Na verdade, os sujeitos que antes encontravam abrigo no art. 3.º, agora estão excluídos, segregados. Isso porque ainda que de fato sejam absolutamente incapazes, pode-se no máximo chegar ao entendimento de que são relativamente incapazes, e em tal caso inviável serão os mesmos exercerem seus direitos. E é claro, sequer será viável buscar-se o exercício dos direitos no novo instituto criado da “Decisão Apoiada”, até mesmo porque para tanto, a pessoa com deficiência terá que eleger duas pessoas idôneas.

Veja-se, portanto, que caberá aos operadores do Direito a tarefa de enfrentar esta situação delicada criada pelo legislador e buscar uma solução fato absolutamente incapaz de fato, possa exercer os seus direitos.

A busca de uma solução ao problema posto, muitas vezes é tormentosa ou até impossível sem atacar a norma questionada. E nesse aspecto, não se visualiza qualquer solução que não seja o afastamento das normas decorrentes da Lei do Deficiente que estabelecem um tratamento “isonômico” ao absolutamente incapaz com aquele relativamente incapaz.

Percebe-se que a própria Lei 13.146/2015 demonstra-se paradoxal na medida em que sua finalidade se encontra prevista no art. 1.º, prevendo que ela se “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, enquanto na prática pode criar situações de desigualdade, ferindo o direito fundamental de uma vida digna, reconhecido constitucionalmente.²⁸

Esta mudança legislativa que atinge o instituto da capacidade civil apresenta-se ilegal e inconstitucional e quatro argumentos revelam este entendimento.

O primeiro argumento encontra-se na própria norma, pois como o art. 1.º da Lei 13.146/2015, pois sendo o objeto da lei tutelar o deficiente, não pode deixar o deficiente mental excluído de uma tutela diferenciada decorrente de sua situação pessoal, pois há categorias distintas de deficientes.

O segundo encontra-se no próprio Código Civil o qual possui um regramento voltado à tutela da pessoa. No momento em que a Lei 13.146/2015 altera o art. 3.º afastando as hipóteses de incapacidade absoluta e, consequentemente segregando o deficiente mental do exercício de seus direitos, está contrariando as bases do sistema jurídico privado.

28. Nesse sentido ver: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01.

Como terceiro argumento, encontra-se a análise do presente tema sob a ótica constitucional. O art. 5.º da CF/1988 estabelece direitos fundamentais, sem apresentar qualquer distinção entre os sujeitos a quem é dirigido, ou seja, todas as pessoas possuem tais direitos fundamentais. Assim, ao ter o deficiente mental cerceado tais direitos, surge uma afronta ao texto constitucional, ofendendo o princípio da isonomia. Mais, ofende também o art. 3.º do mesmo diploma, em especial o inc. I que tem por fundamento a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, como quarto argumento identifica-se que há ofensa ao princípio da proibição do retrocesso,²⁹ pois o que se quer é a tutela do deficiente, evitando-se tratamento discriminatório e desigual, mas ao excluir-se do deficiente mental a tutela como absolutamente incapaz, o resultado que se está atingindo é um tratamento discriminatório e desigual, configurando-se um verdadeiro retrocesso na tutela deste sujeito.

4. CONCLUSÃO

Desta breve reflexão percebe-se o quão importante é o tema da tutela do deficiente, afinal trata-se de um sujeito vulnerável e por isso merecedor de uma tutela diferenciada. Houve equívoco do legislador ao equiparar todos os deficientes, sem distinguir que há categoria especial, como o caso do deficiente mental ser uma única categoria e, categoria que atribui a condição de incapacidade relativa.

Em razão da impossibilidade de grande parte dos deficientes mentais manifestar sua vontade de forma racional, a incapacidade de fato é absoluta e ao não ser reconhecido pelo direito essa limitação, segregou-se este sujeito, contrariando o sistema jurídico como um todo.

A legislação, em especial na parte que revoga os incisos do art. 3.º do CCB apresenta-se discriminatória, não tendo o legislador levado em consideração que os fatos não podem ser mudados pelo direito. Aquele que não possui qualquer capacidade mental de expressar a sua vontade (fato) jamais pode ser recebido pelo direito como capaz ou relativamente incapaz.

29. Sobre o tema ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana, e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n. 15. set.-out.-nov. 2008. Bahia. BRASIL. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf]. Acesso em: 11.03.2016.

O intérprete e aplicador da lei certamente enfrentará situações que deixarão clara esta realidade, o que demonstrará a necessidade de alteração na legislação, reconhecendo-se que o deficiente mental possui uma vulnerabilidade especial e por isso ao ser tutelado, suas desigualdades devem ser levadas em consideração para que o ordenamento jurídico atinja seu objetivo de verdadeiramente tutelar este sujeito de direitos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas novidades. *Revistas dos Tribunais*. vol. 962. ano 104. p. 65-80. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 1.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência. Garantia de igualdade na diversidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte 1. Elementos Conceituais. Capítulo 1.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, Christiani. Direito à integridade física e mental. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte 1. Elementos Conceituais. Capítulo 1.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1.
- PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão

- (coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte 1. Elementos Conceituais. Capítulo 2.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. A parte geral do novo Código Civil*. 2. ed. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana, e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n. 15. set.-out.-nov. 2008. Bahia. BRASIL. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/rere-15-setembro-2008-ingo%20sarlet.pdf]. Acesso em: 11.03.2016.
- SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo, de Fernando Rodrigues Martins – *RDC* 104 (DTR\2016\4625);
- As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de Maurício Requião – *RDCC* 6/37-54 (DTR\2016\436);
- Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social, de Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima – *RDPriv* 60/11-35, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/127-154 (DTR\2015\10958); e
- O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades, de Luiz Alberto David Araujo e Waldir Macieira da Costa Filho – *RT* 962/65-80 (DTR\2015\17066).



O ATENDIMENTO PRIORITÁRIO DA LEI FEDERAL 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE DO REGISTRO DE IMÓVEIS

*THE PRIORITY OF ACCESS ENTITLED TO PEOPLE WITH DISABILITIES BY FEDERAL
LAW 13.146/2015 AND THE LAND REGISTRY'S PRIORITY PRINCIPLE*

IVAN JACOPETTI DO LAGO

Doutor, Mestre e Bacharel pela Faculdade de Direito da USP – Pós-graduado pelo CENOR – Centro de Estudos Notariais e Registrais da Universidade de Coimbra. Ex-aluno do Cadri (2015).
Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de Santa Cruz do Rio Pardo – FASC.
Titular da Cadeira nº 11 da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário – ABDRI.
Registrador de Imóveis, títulos e documentos e civil de pessoa jurídica da Comarca de Paraguaçu Paulista – SP.
ilago@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: A recém-promulgada Lei Federal 13.146/2015 traz entre outras disposições o direito para a pessoa com deficiência à prioridade no atendimento por quaisquer instituições de atendimento ao público. A possível aplicação deste dispositivo aos serviços de registro de imóveis, contudo, pode levar a um conflito com a prioridade registral, estabelecida, nos termos da Lei 6.015/1973 e pelo Código Civil por ordem de apresentação dos títulos. O presente trabalho trata da (in)compatibilidade entre as duas prioridades, explorando a natureza e efeitos da prioridade registral, e propondo, ao final, um modelo de atendimento que pode resolver a contradição.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis – Direitos reais – Princípio da prioridade registral – Estatuto da pessoa com deficiência – Prioridade no atendimento.

ABSTRACT: The brand new Federal Law 13.146 of 2015 creates, among other rules, an entitlement to people with disabilities concerning priority in lines and queues to have access to public services in general. The possibility of this entitlement be enforced regarding real estate registrars may generate a conflict between this priority of access and the general registry's priority, based, according to Federal Law 6.015/1973 and the Brazilian Civil Code, on the order of arrivals. This paper regards the (in)compatibility between these two priorities, exploring the nature and effects of general registry's priority, and proposing, in the end, a practical model that may solve the contradiction.

KEYWORDS: Real estate registry – Property – Registry's priority – Disability law – Priority in access to public services.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O princípio da prioridade no registro de imóveis: 2.1 Introdução; 2.2 A primeira dimensão da prioridade: as regras de proceder do registrador; 2.3 A segunda dimensão do princípio da prioridade: os efeitos; 2.4 A terceira dimensão do princípio da prioridade: a existência de um direito material de prioridade; 2.5 Requisitos da atribuição de prioridade – 3. A prioridade do registro de imóveis e outras prioridades previstas em lei – 4. Possível conciliação entre prioridade registral e prioridade no atendimento: sistema de senhas e duplo protocolo – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO¹

No dia 02.01.2016 entrou em vigor a Lei 13.146/2015, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”. Não se trata do primeiro diploma legislativo a vigorar no Brasil sobre o tema, já que o país é signatário da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008, e sancionada pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25.08.2009.

Assim, como a Lei 13.146/2015, a Convenção toma como ponto de partida o conceito de “pessoa com deficiência”, e pode-se dizer que ambas têm o mesmo espírito. Isto é declarado expressamente no § 1.º do art. 1.º da Lei 13.146/2015, que reconhece ser a lei baseada na Convenção.

Assim, pessoa com deficiência é, segundo o art.2.º da Convenção, aquela que tem “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, o conceito tem por objetivo superar o viés assistencialista que já vigorou sobre a matéria, o qual, ainda que bem intencionado, se esgotado em si mesmo acabava por retirar dignidade e civilidade destas pessoas. Há, portanto, a ideia clara de que os impedimentos podem excluí-las do pleno convívio social quando conjugados com certas barreiras, que devem, mediante políticas públicas adequadas, ser superadas.²

Vale dizer, nessa nova fase da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, busca-se a remoção dos obstáculos que impeçam o pleno exercício de seus direitos, viabilizando o desenvolvimento de suas potenciali-

1. Neste trabalho será empregado o método franco-italiano de citações bibliográficas. A respeito, cf. E. C. Silveira Marchi. *Guia de metodologia jurídica (Teses, monografias e artigos)*. Lecce: Edizioni Del Griffo, 2001. p. 186.
2. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-24.

dades, autonomia e participação. O meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento da deficiência.³

A Convenção já tratava do acesso à Justiça de maneira geral, em seu art. 13. Isto implica o acesso físico aos prédios em que funcionem os vários serviços relacionados à prestação da justiça, bem como adaptações nos atos processuais e pré-processuais (tais como a presença de intérpretes), de maneira a possibilitar a participação das pessoas com deficiência, e a capacitação dos funcionários da Justiça para estarem preparados para recebê-las e atendê-las.⁴

E a nova lei trouxe alguns dispositivos que cuidam de maneira expressa e direta das atividades notariais e registras, como o disposto no art. 83, bem como outros que as atingem indiretamente.

Dentre estes últimos se encontra o art. 9.º, que trata da prioridade no atendimento da pessoa com deficiência em variadas circunstâncias.

No que diz respeito ao registro de imóveis, há um grande problema: como conciliar a prioridade no atendimento e o princípio registral da prioridade? Este deve ser sacrificado de maneira a se atender ao disposto na nova lei?

Para responder a esta pergunta, tratar-se-á da natureza e conteúdo do princípio registral da prioridade. Como se sustenta aqui, o princípio possui três dimensões: um conjunto de regras que trata da atividade do registrador; um conjunto de efeitos que atingem os direitos dos interessados no registro; e mesmo a existência de um direito material à prioridade.

Com base nisso e na finalidade da Lei 13.146/2015, procura-se demonstrar a incompatibilidade, *de lege lata*, entre as duas prioridades, bem como propor, *de lege ferenda*, uma solução prática para o conflito.

2. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE NO REGISTRO DE IMÓVEIS

2.1 Introdução

O princípio da prioridade significa, segundo Afrânio de Carvalho,⁵ que em uma disputa travada entre titulares de direitos reais sobre o mesmo imóvel, es-

3. Flávia Piovesan. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

4. Luiz Gustavo Simões Valença de Melo. O acesso à justiça da pessoa com deficiência: processo civil e aspectos procedimentais. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 292-296.

5. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 191.

tes não ocupam o mesmo posto. Antes, são graduados segundo uma escala de precedência, que se funda na ordem cronológica do aparecimento do direito. É a repercussão no registro do brocardo *prior tempore, potior jure*,⁶ que surge, em

6. Este princípio já vigorava no direito romano quando havia pluralidade de hipotecas, não obstante não houvesse qualquer tipo de registro. Segundo Santos Justo (*Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. vol. 3, p. 220), a ideia decorre das seguintes passagens do Digesto: 20,4,2: “Papinianus, libro III responsorum – Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventionem secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur” (Papiniano, livro III das respostas – Aquele que recebeu em penhor a generalidade dos bens do devedor tem preferência em relação àquele a quem o mesmo devedor dá, posteriormente, um imóvel específico; e com base nele poderá, ainda, obter o pagamento de seu crédito. Mas se o acordo mais antigo foi feito de modo que o credor, em relação a certos bens do devedor, somente poderia exercer seu direito se os demais não bastarem à satisfação de seu crédito, e esta condição não se verifica, então o segundo credor ter-se-á não apenas como o preferido, mas também como o único, em relação ao penhor dado posteriormente); 20,4,11: “Gaius, libro singulari de formula hypothecaria – Potior est in pignore, qui prius creditit pecuniam, et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam”. (Gaio, livro único acerca da fórmula hipotecária – Tem preferência no penhor aquele que primeiramente emprestou dinheiro, e recebeu a hipoteca, ainda que o devedor com outro houvesse estipulado antes que se deste recebesse dinheiro, para este ficaria obrigada a coisa, e mesmo que o dinheiro viesse a ser recebido depois; porque poderia, apesar desse prévio acordo, vir a não receber o dinheiro); 20,4,3,1: “Papinianus, libro XI Responsorum – Quum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit; prioris causam esse potioem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potioem fore constaret, nisi forte prior et pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum”. (Papiniano, Livro XI das Respostas – Alguém, que geria os negócios de Tício por conta de um mandato, devia lhe entregar um imóvel, comprado em seu nome em razão do mandato. Antes de receber a posse deste imóvel, o mandante o deu em penhor; e, após ter recebido sua posse, obrigou o bem novamente, a outra pessoa. Pareceu que o primeiro credor deve ter preferência, a menos que o dinheiro do segundo credor a quem a coisa foi empenhada tenha servido para pagar ao mandatário o preço de aquisição do imóvel. Neste caso, o segundo credor teria referência em relação ao primeiro, mas somente até o valor pago, acrescido de juros, salvo se o primeiro credor lhe oferecesse estas quantias. Mas se o devedor houvesse pago o preço da aquisição do imóvel com dinheiro oriundo de outra origem, então teria preferência o primeiro credor); 20,4,12,10: “Marcianus, libro singu-

LAGO, Ivan Jacopetti do. O atendimento prioritário da Lei Federal 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e o princípio da prioridade do registro de imóveis.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 293-318. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

um primeiro momento, tendo-se em conta a constituição dos direitos reais, e, após o nascimento do Registro de Imóveis, tendo-se em conta a data em que o direito é tornado público.⁷ Deve-se observar, contudo, que esta distinção não é de todo aplicável ao Brasil, em que o registro é modo de constituição de direi-

lari ad formulam hypothecariam – Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potioem esse; nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posterior ires tradatur, adhuc potioem esse priorem” (Marciano, livro único acerca da fórmula hipotecária – Se a hipoteca foi constituída em favor de um primeiro credor, e nada se estipulou acerca da possibilidade de venda do bem, e depois uma segunda hipoteca se constitui em favor de outro credor, e se estabelecesse que este fica autorizado a vender a coisa, terá preferência o primeiro credor; pois também é adequado dizer, quanto ao penhor, que se este fosse constituído em favor de uma pessoa, ainda que a coisa fosse entregue a uma segunda, teria preferência a primeira); e nas seguintes passagens do *Codex*: 8, 18, 6: “Impp. Valerianus et Gallienus AA. Philoxeno – Si generaliter bona sint obligata, et postea res alii specialiter pignori dentur, quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui ante contraxit, si ab illo tu comparasti, non oportet te ab eu, qui postea creditit, inquietari” (Imperadores Valeriano e Galieno, Augustos, a Filoxeno – Se os bens foram obrigados de maneira geral, e depois a outro foram oferecidos em garantia de modo específico, o credor que contratou antes, em virtude da obrigação geral, tem preferência, e se compraste as coisas, não deverás ser molestado pelo segundo); e 8, 26, 3: “Imp. Alexander A. Tauro – Si ignorante vel invito te debitor tuus, qui universe bona sua ob oecuniam debitam tibi obligaverat, etsi cum republica, postea contraxit, ius tuum non laesit” (Imperador Alexandre, Augusto, a Tauro – Se teu devedor, com tua ignorância ou contra tua vontade, contratou depois, ainda que com uma república, aquilo que havia de obrigado por conta do dinheiro que te devia, não prejudicou teu direito). O disposto no *Codex* em 8,18,3 – uma constituição do Imperador Antonino Caracala (cf. E. Petit. *Tratado elementar de direito romano*. 9. ed. Campinas: Bookseller, 2003.p. 398) – traz a fórmula que mais se aproxima do brocardo que sobreviveu ao longo dos tempos: “Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure”. Gabriel de Reina Tartiere aponta como origem também o disposto no fragmento 8,18,4 do *Codex*, e na regra 5,12,55 do *Sexto*, ou Coleção das Decretais de Bonifácio VIII (*La prioridad en el registro de la propiedad inmobiliaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002. p. 33). Não obstante, nem sempre o princípio surge dos textos de forma cristalina, estando sujeito a limitações e mesmo a soluções contraditórias; pelo que, não seria um princípio dogmático dos juristas romanos, mas uma construção feita a partir de soluções de casos específicos (A respeito, cf. Luis Mariano Robles Velasco. *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad: prior tempore, potior iure*. Madri; Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2004. p. 184-185). Nas traduções se empregou, além do texto original, também a tradução espanhola de Ildefonso L. Garcia del Corral (*Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Lex Nova, 1895) e a tradução francesa de Henry Hulot (*Les cinquante livres du Digeste ou les Pandectes de L’Empereur Justinien*. Paris: Rondonneau, 1804).

7. Cf. G. Reina Tartiere. Op. cit., p. 33.

tos reais sobre imóveis, não obstante seja plenamente válida para os sistemas em que o registro apenas gera oponibilidade de direitos já existentes.

É, portanto, um modo de solucionar um conflito entre direitos, não obstante não seja o único. Os direitos podem, também, ser hierarquizados por sua finalidade, ou origem, como ocorre com os créditos privilegiados em geral,⁸ ou com as penhoras, que são graduadas pela precedência da penhora em si, e não de seu ingresso no registro.⁹ E estes outros modos de solucionar conflitos de precedência podem, até mesmo, restringir os efeitos da prioridade registral, como ocorre com créditos trabalhistas ou fiscais.¹⁰

Roca Sastre¹¹ vai mais além, esclarecendo que, pela prioridade, o ato registrável que primeiramente ingressa no registro se antepõe com preferência a qualquer outro ato registrável que, sendo com ele incompatível ou prejudicial, não tenha sido apresentado ao registro anteriormente, ainda que o ato em si houvesse sido praticado em data anterior.

Assim, quando dois ou mais títulos relativos ao mesmo imóvel são suscetíveis de ingressar no registro, aquele que primeiramente for apresentado passa a ocupar posição de primazia, o que pode resultar, conforme o caso, na exclusão de títulos que venham a ser apresentados posteriormente, ou em uma posição de preferência em relação a eles.

Com isso, conclui Roca Sastre¹² que o princípio da prioridade tem duas grandes consequências. A primeira delas é a existência de algumas regras sobre o modo de proceder do registrador, em especial as que, segundo o Direito espanhol, o obrigam a despachar os títulos apresentados segundo a ordem de sua apresentação. E a segunda é a atribuição de uma ordem de precedência para a produção dos efeitos pelos direitos reais, que, como já se disse, poderá implicar, conforme o caso, na impossibilidade da inscrição (e, conseqüentemente, produção de efeitos perante terceiros) de títulos contraditórios, ou, ao menos, na

8. Idem, p. 34.

9. Francisco Rezende dos Santos, Princípio da prioridade. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 58, p. 35. São Paulo: Ed. RT, 2005..

10. Afrânio de Carvalho. Op. cit., p. 215.

11. Ramon Maria Roca Sastre, *Derecho hipotecario*. 6. ed. Barcelona: Bosch, 1968. vol. 1. p. 146-147. Esclarece Antonio Pau que na Espanha nem sempre a prioridade foi considerada um princípio autônomo, tendo havido um período anterior em que a doutrina o considerava uma decorrência do princípio da oponibilidade. A respeito, cf. *La prioridad registral: un nuevo enfoque*. Madri: Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2004. p. 48-54.

12. Ramon Maria Roca Sastre. Op. cit., p. 147.

atribuição a estes de um grau de preferência inferior.¹³ No primeiro caso estão, por exemplo, duas vendas do mesmo imóvel a pessoas diferentes; e no segundo a constituição de mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas. Nos dizeres de Afrânio de Carvalho, pode a prioridade implicar a *exclusão* do outro direito, ou então a concessão a este de uma *graduação inferior*.¹⁴

Ainda, Roca Sastre¹⁵ também considera um efeito da prioridade a regra que determina que, para todos os efeitos, considera-se como data da inscrição o dia em que o título foi apresentado ao registro.

Estas implicações do princípio da prioridade assinaladas por Roca Sastre são válidas também no Direito Brasileiro.

2.2 *A primeira dimensão da prioridade: as regras de proceder do registrador*

Quanto ao modo de proceder do registrador, o Código Civil Brasileiro e a Lei 6.015/1973 trazem inúmeras previsões relacionadas ao princípio da prioridade e que dizem respeito ao assunto.

A primeira delas é o art. 1.493 do CC/2002, que determina que *os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo*. Ou seja, cabe ao registrador praticar os atos de registro e de averbação de sua alçada, nos livros de registro geral e auxiliar, em ordem compatível com a sequência que foi estabelecida no livro 1, de protocolo.

Ainda, o dispositivo estabelece que os lançamentos feitos no protocolo devem levar em conta a ordem em que os atos foram requeridos ao oficial. Ou seja, o que determina a prioridade é a ordem dos pedidos feitos pelas partes ao oficial, ordem esta que é comprovada pelos sucessivos lançamentos que figuram no livro de protocolo.

É interessante observar que, como se viu, o Direito espanhol obriga o registrador a *despachar* os títulos segundo a ordem de sua apresentação. Esta determinação não consta da lei ou do regulamento hipotecários espanhóis – lacunosos a este respeito – mas das resoluções da Direção Geral de Registros e do Notariado, especialmente a data de 14.12.1953. Já o Código Civil brasileiro

13. Em sentido contrário, Antonio Pau, para quem a atribuição de precedência entre hipotecas é decorrência da oponibilidade, e não da prioridade, já que pela oponibilidade o título previamente apresentado a registro, qualificado positivamente e, conseqüentemente, inscrito, afeta os direitos posteriores (op. cit., p. 80).

14. Op. cit., p. 192.

15. Ramon Maria Roca Sastre. Op. cit., p. 149.

determina que os registros e averbações devem seguir a ordem em que requeridos. Teriam os dois dispositivos o mesmo sentido?

A questão de fundo é saber o que é que se veda ao registrador, na Espanha e no Brasil, havendo a apresentação posterior de um título contraditório em relação a outro prenotado anteriormente. O registrador deve abster-se simplesmente de praticar o ato de registro ou de averbação, ou, de maneira mais drástica, não pode nem mesmo realizar a sua qualificação?

O Código Civil Brasileiro parece claro ao determinar tão somente que os atos resultantes da qualificação positiva dos títulos, o registro e a averbação, sigam a ordem constante do protocolo. Assim, suponha-se que seja apresentada a registrou ma escritura pública de venda e compra em que A vende o imóvel X a B; e, dois dias depois, seja apresentada uma cédula rural hipotecária, em que A oferece o mesmo imóvel X em hipoteca ao banco C. Suponha-se, também, que a escritura seja devolvida com exigências. Deve o oficial, tão logo constate que há um título contraditório prenotado anteriormente, abster-se de realizar qualquer análise da cédula de crédito? A resposta é negativa. Pode e deve qualificar a cédula; contudo, caso a julgue apta ao registro, não pode praticar os atos dela decorrentes até que sobrevenha o cancelamento da prenotação anterior, seja pelo decurso do prazo, pelo julgamento de dúvida, ou mesmo pela prática do ato (o que resultará na qualificação negativa da cédula, por desrespeito à continuidade registral).

Roca Sastre, aparentemente, entende que o “despacho” do título significa todo o desenvolvimento do procedimento registral, abrangendo a sua qualificação e, superada esta, a prática dos atos correspondentes nos livros de registro; e, portanto, a prioridade impediria até mesmo a qualificação dos títulos apresentados posteriormente.¹⁶ No entanto, reconhece que a jurisprudência da Direção Geral de Registros e do Notariado é no sentido de que o registrador pode, e deve, analisar os demais atos pendentes, até mesmo como modo de analisar com mais acerto o título que goza de prioridade.¹⁷ A doutrina posterior desenvolveu-se no mesmo sentido.¹⁸

16. Idem, p.187

17. Res. de 05.09.1893; Res. de 22.10.1922, pela qual a aplicação rígida de qualquer princípio não pode limitar a função do registrador de levar em conta na qualificação todos os documentos pendentes de despacho relativos ao mesmo imóvel; Res. de 09.03.1942, pela qual os registradores podem e devem qualificar tendo em conta os *asientos de presentación*, e mesmo de outra classe, que tenham relação com o título em análise, com o objetivo de buscar o maior acerto possível; e a Res. de 31.03.1950, pela qual, segundo os princípios da legalidade e da boa-fé, cabe aos registradores levar em

Também é uma regra de proceder relacionada ao princípio da prioridade a contida no art. 188 da Lei 6.015/1973, que determina, como padrão, que o registro deverá ser feito no prazo de 30 dias contados do protocolo do título. Trata-se de prazo procedimental, e, por essa razão, sua contagem leva em conta o disposto no art. 224 do CPC/2015: exclui-se o dia do começo, inclui-se o dia do vencimento, e considera-se o prazo prorrogado até o próximo dia útil quando o último dia cair em feriado ou data em que a serventia de registro não esteja em atividade.

O preceito se relaciona ao princípio por que, como se verá, também é de 30 dias, como regra, a duração do direito de preferência concedido ao apresentante. No entanto, há, efetivamente, dois prazos distintos, que, como regra, se sobrepõem: um dirigido ao registrador, cuja infração pode implicar infração ao dever previsto no art. 30, X, da Lei 8.935/1994; e outro, dirigido aos apresentantes dos títulos, cuja infração implica a decadência do direito de preferência.

Outra regra de proceder derivada do princípio da prioridade é a constante do art. 209 da Lei 6.015/1973. O art. 209, de maneira anacrônica, determina que “o registro começado dentro das horas fixadas não será interrompido, salvo motivo de força maior declarado, prorrogando-se expediente até ser concluído”. O dispositivo é anacrônico porque – cópia *ipsis litteris* que é do art. 223 do antigo Dec. 4.857/1939 – tem em vista os vetustos livros de transcrição e inscrição, com escrituração manual: iniciada a redação de um novo assento, não convinha, por razões de organização e mesmo da conservação dos livros, que o ato fosse deixado pela metade, aguardando-se até o próximo dia de expediente para sua conclusão. O art. 209 complementa o dispositivo, dispondo que durante a prorrogação de expediente necessária à conclusão do ato o protocolo permanece cerrado: não se admite a apresentação de qualquer outro título.

Apesar do anacronismo presente no art. 208, o art. 209 permanece perfeitamente aplicável. É comum, na atualidade, que os escritórios de registro tenham horários de funcionamento que combinam períodos de atendimento ao público e períodos dedicados exclusivamente às atividades internas da serventia. Nestes períodos nenhum título poderá ser protocolado. O desrespeito à regra

conta os documentos pendentes de análise na qualificação dos títulos com prioridade, de maneira a evitar a realização de inscrições inúteis ou ineficazes e evitar litígios.

18. Jose Luis Lacruz Berdejo e Francisco de Asis Sancho Rebullida. *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 130-131; Jose Maria Chico y Ortiz. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1989. vol. 1. p. 402-403.

pode ensejar, além de infração aos deveres funcionais do registrador, também a sua responsabilização civil, já que passível de causar dano àquele que, confiando na sua observância, aguardou até o dia seguinte para protocolar seu título e se viu preterido pela prenotação extemporânea.

Há, ainda, outras regras de proceder constantes do Código Civil (art. 1.494) e da Lei 6.015/1973 (arts. 190, 191 e 192) também anacrônicas e, mais do que isso, enigmáticas. Quanto ao modo de proceder do registrador, as regras constantes dos mencionados dispositivos são, em essência: (a) não se deve registrar, no mesmo dia, títulos que constituam direitos reais contraditórios entre si sobre o mesmo imóvel; (b) esta primeira regra não se aplica para escrituras públicas lavradas na mesma data, com indicação da hora em que lavradas, e que sejam apresentadas a registro no mesmo dia; (c) tratando-se de duas hipotecas sobre o mesmo imóvel em favor de credores diferentes, ou de uma hipoteca e outro direito real, essas não devem ser registradas no mesmo dia, salvo se as escrituras, lavradas no mesmo dia, indicarem a hora da lavratura.

Tais regras – em tudo desnecessárias e mesmo incompatíveis com um sistema de fôlio real – somente podem ser explicadas tendo-se em conta complexo e algo confuso modo como se organizava a prioridade na vigência da Lei 1.237/1864, e de seu regulamento, o Dec. 3.453/1865.

Como regra geral, a prioridade era atribuída, nos termos do art. 46 do Dec. 3.453/1865, ao título que contasse com número de ordem mais baixo no protocolo. No entanto, tratando-se de hipotecas, as coisas ficavam mais complicadas.

A prioridade das hipotecas legais concedidas em favor das mulheres casadas, dos menores e dos interditos – que poderiam ser gerais, ou seja, abranger todos os bens da pessoa contra quem fossem estabelecidas – era dada não por seu protocolo, ou mesmo sua inscrição no registro, mas pela sua constituição (art. 116, § 1.º); e a sua constituição não se dava pelo registro, mas por alguns atos ou fatos jurídicos (art. 136): a expedição do termo de tutela ou curatela; a morte da mãe, ou a aquisição de bens por herança de outras pessoas pelo menor; o casamento; ou a aquisição de bens clausulados de incomunicabilidade pela mulher casada.

Já as outras espécies de hipoteca legal (concedidas em favor da Fazenda Pública, igrejas, mosteiros, misericórdias, corporações de mão morta, ofendidos contra o criminoso, ou coerdeiros contra o herdeiro a quem se adjudicou imóvel) tinham sua prioridade determinada pela prenotação, seguida da inscrição (art. 116, § 2.º). Não se deve confundir a prenotação mencionada no Dec. 3.453/1865 com aquilo que atualmente se entende por prenotação, ou seja, um sinônimo de protocolo.

A prenotação do Dec. 3.453/1865 consistia em um expediente destinado a gerar uma reserva de prioridade em uma situação específica, a das hipotecas legais que demandavam especialização. Segundo Lafayette, a especialização, apesar de sumária e rápida, não era obra para um dia.¹⁹ Solicitada a especialização a juiz de direito, em procedimento judicial especialmente destinado a isto, cabia ao juiz fixar um prazo máximo para sua realização, não superior a 30 dias (arts. 144 e 145). Fixado o prazo, o interessado deveria levar ao registro de imóveis o título ou documento em que se baseava a constituição da hipoteca. Então, o oficial realizava a prenotação: o lançamento no protocolo deste título ainda incompleto, pela falta de especialização, atribuindo-lhe um número de ordem. Tinha, com isso, a natureza de uma inscrição provisória da hipoteca, com a utilidade de autorizar a retroação dos efeitos da inscrição definitiva à data de sua realização.²⁰ Se a especialização fosse concluída no prazo, mantinha-se o número de ordem que fora concedido, atribuindo-se prioridade a esta hipoteca desde a data da prenotação; se, por outro lado, o procedimento não fosse concluído no prazo, a hipoteca perdia a prioridade.

Por sua vez, a hipoteca convencional não tinha sua prioridade definida por sua “constituição”, ou seu lançamento no protocolo, mas sim pela data de sua efetiva inscrição (art. 116, § 3.º). E para estas, não havia o benefício de uma reserva prévia de prioridade que a *prenotação* concedia às hipotecas legais.

Some-se a isso o fato de que títulos apresentados no mesmo período do dia (ou seja, entre as seis da manhã e o meio dia; ou entre o meio dia e às seis da tarde) consideravam-se como se houvessem sido apresentados simultaneamente, e que, portanto, recebiam o mesmo número de ordem, e entre eles não havia prioridade (arts. 47, 48 e 49); e, ainda, a ideia – ingênua – subjacente no Decreto de que, como regra, os títulos seriam registrados no mesmo dia em que apresentados, presente nos arts. 41 (que determinava ao oficial que guardasse em local seguro e sob chave os títulos *apresentados, mas não registrados no mesmo dia*) e 64 (que determinava que os títulos que fossem *apresentados e não pudessem ser registrados antes do encerramento do expediente*, ficariam reservados para o dia seguinte, devendo então ser os primeiros a ser registrados).²¹

19. Lafayette Rodrigues Pereira. *Direito das cousas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1906. p. 545.

20. *Idem*, p. 549.

21. Isto se relaciona ao que está dito em parecer elaborado por uma comissão de juristas, composta pelo Visconde de Monte Alegre e pelo Bispo de Anemuria, e apresentado ao Conselho de Estado do Império por ocasião da elaboração da primeira “lei” hipo-

Lafayette é claro ao afirmar que o número de ordem representa a data da inscrição, e que é a *data*, e não a posição do título no protocolo, que define a prioridade. Por essa razão, segundo ele, os dois tempos do dia – o período da manhã e o período da tarde – deveriam, para fins de prioridade, ser considerados uma mesma *data*.²²

Como resolver o problema da apresentação simultânea? Quanto aos títulos destinados à transcrição, ou seja, que tinham por objeto a transmissão do imóvel, ou a constituição de quaisquer direitos reais limitados que não a hipoteca (que era inscrita), a prioridade seria reconhecida ao título “mais antigo em data” (art. 49). Já quanto aos demais títulos – que tinham por objeto a constituição de hipotecas – valiam as regras de prioridade anteriormente expostas. Para Lafayette, evocando Cujácio, haveria aí uma *crux juris studiorum* – uma cruz dos estudos jurídicos.²³

Isso explica a importância para o sistema da época de não se registrar direitos contraditórios no mesmo dia, como uma maneira de se destacar e definir a prioridade, bem como a necessidade, em alguns casos, do recurso à maior antiguidade do título como maneira de se solucionar o conflito de prioridades.

Já o Dec. 18.542/1928 eliminou a regra da ficta simultaneidade de apresentação para o mesmo período do dia, bem como as regras distintas de prioridade acerca das hipotecas; e definiu, como regra geral, que o número de ordem determinaria a prioridade, e esta a preferência dos direitos reais (art. 194).

No entanto, permaneceram – já nesta época como algo fora do lugar – algumas regras semelhantes às que havia no regime anterior (arts. 199 e 200): (a) se duas escrituras contendo direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel são apresentadas no mesmo dia, prevalecerá, para fins de prioridade, a que foi lavrada em data anterior; (b) se forem apresentadas no mesmo dia, foram lavradas na mesma data, e contêm a indicação da hora em que lavradas,

tecária brasileira, de que teria o registrador “de deliberar sobre a validade dos títulos com os quaes se lhes requer o registro de hypothecas, ou de sua baixa e extincção. Certamente essa deliberação se deve limitar ao exame da existência ou não existência das formalidades externas prescriptas pelas leis a taes títulos; mas isso mesmo exige mais amplos conhecimentos que aquelles que se dão em grande parte dos Tabelliães dos municípios” (Sérgio Jacomino. Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 75. p. 294-295. São Paulo: Ed., 2013). Ou seja, havia uma ideia declarada de que a conferência dos títulos deveria ser meramente formal.

22. Lafayette Rodrigues Pereira. Op. cit., p. 647-648.

23. Idem, p. 648.

prevalecerá a que foi lavrada em primeiro lugar, ou, se houver coincidência, serão consideradas em pé de igualdade; (c) de todo modo, exceto no caso de serem do mesmo dia, e indicarem a hora em que lavradas, não serão registrados no mesmo dia direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel. O Dec. 18.542 ainda acrescentaria mais uma regra de teor semelhante (art. 201): se duas escrituras de mesma data e sem indicação de hora da lavratura fossem apresentadas a registro no mesmo dia, a que fosse apresentada depois somente poderia ser protocolada no dia seguinte.

E estas regras permaneceram em vigor nos arts. 207 a 209 do Dec. 4.857/1939, e foram reproduzidas na Lei 6.015/1973.

Uma última regra de proceder que decorre do princípio da prioridade – e, neste caso, age de maneira a negar preferência a quem apresenta seu título a registro em primeiro lugar – é a contida nos arts. 1.495 do CC/2002 e 189 da Lei 6.015/1973. Trata-se da situação em que credor hipotecário beneficiado pela prioridade decorrente do protocolo anterior reconhece, no próprio título, a precedência de outra hipoteca, não registrada. Em tal caso, deve o registrador sobrestar o registro do título pelo prazo de 30 dias, contados do protocolo, aguardando o registro da suposta primeira hipoteca. Se o título que a constitui for apresentado no período, terá a prioridade; se não for, então o registrador deverá inscrever a hipoteca que supostamente seria a segunda, a qual terá a prioridade.

2.3 *A segunda dimensão do princípio da prioridade: os efeitos*

Uma segunda dimensão do princípio da prioridade diz respeito aos efeitos produzidos por este, e, novamente, as conclusões de Roca Sastre são aplicáveis ao Direito Brasileiro.

Um primeiro efeito é a atribuição, mediante o preenchimento de certas condições, de uma escala de precedência entre certos direitos denominados *contraditórios* pelo art. 190 da Lei 6.015/1973. A atribuição desta precedência teria, para Afrânio de Carvalho, a natureza de sanção das regras de publicidade, punindo aquele que não leva ao registro os títulos que impliquem mudança de titularidade ou oneração de imóveis. Puniria, portanto, o retardatário, e beneficiaria o diligente.²⁴ Esta ideia estaria presente na Exposição de Motivos da primeira Lei Hipotecária Espanhola de, a qual afirma que: “*El que deja de inscribirelcontracto anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba no puedejarse; laley presume que renuncia suderecho em concurrencia com untercero*”.

24. Afrânio de Carvalho. Op. cit., p. 192.

Esclarece Francisco Ruiz,²⁵ no entanto, que esta explicação para a atribuição de uma escala de precedência não é adequada. Se a sua razão de ser fosse punir a negligência, então, quando esta não estivesse presente, o princípio da prioridade não deveria ser aplicável, sob pena de se praticar uma injustiça; e, não obstante, mesmo em tais casos a prioridade se aplica. Na verdade, o princípio da prioridade e os seus efeitos são uma consequência necessária dos demais princípios registrares, e sua razão de ser é a proteção do adquirente de boa-fé que confiou na publicidade registral.

Como se viu, esta contraditoriedade pode, pela inscrição de um direito, acarretar a impossibilidade da inscrição do outro, caso em que será *absoluta*; ou não fechar as portas do registro para o outro direito, mas, tão somente o enfraquecer, atribuindo-lhe um posto inferior na escala de precedência, caso em que será *relativa*. Veja-se que no campo dos efeitos da prioridade a precedência se dá, efetivamente, entre direitos, e não entre os títulos. A precedência entre os títulos se dá na dimensão anterior do princípio, que trata das regras de proceder para o registrador.

De todo modo, em outro sentido, como destaca a doutrina espanhola,²⁶ a contraditoriedade é sempre relativa: um direito não é contraditório em si mesmo, mas sempre em relação a outro direito. Assim, a prioridade somente produz efeitos quando há uma concorrência conflitua entre dois ou mais direitos.

Quanto à contraditoriedade absoluta, esta pode ser *substancial* ou *excludente por maior amplitude*.²⁷

Na contraditoriedade absoluta substancial há dois direitos com o mesmo conteúdo que não podem existir ao mesmo tempo e sobre o mesmo bem. É o caso da transmissão do domínio do bem a duas pessoas diferentes, mas também da constituição de direitos reais limitados que concedam a seu titular algum tipo de exclusividade, como o direito de superfície ou o usufruto. Se A institui usufruto sobre o bem como um todo em favor de B, e, em outro momento, em favor de C, os direitos de B e C não poderão coexistir.

Já na contraditoriedade absoluta excludente por maior amplitude, não há a impossibilidade pura e simples de coexistência entre os dois direitos sobre o mesmo imóvel, mas sim o fechamento das portas do registro a um direito mais

25. Francisco Ruiz. El principio de prioridad. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*. n. 295. p. 867-877. 1952.

26. Idem, p. 866; Roca Sastre, op. cit., p. 150.

27. Roca Sastre. Op. cit., p. 151-152.

restrito sobre o bem, por conta do prévio ingresso de um direito mais amplo. É o caso em que o proprietário A institui uma servidão em favor de B, e vende o mesmo bem em favor de C: o ingresso do título da venda impede o registro da servidão. Observe-se que a contraditoriedade não é substancial: houvesse o título que constitui a servidão sido apresentado antes, seria possível o registro da venda, já que o primeiro direito teria uma amplitude menor.

Em qualquer dos dois casos, ocorre aquilo que a doutrina espanhola denomina *cierre registral*: a impossibilidade de certos direitos terem acesso ao registro, ainda que baseados em título com data anterior, por incompatibilidade com um direito armado da prioridade, com a finalidade de proporcionar segurança jurídica e confiança no registro.²⁸ Mas este *cierre registral* também tem um aspecto que se adapta mais à dimensão da prioridade que diz respeito às regras de proceder do registrador, já que determina que ele se abstenha de praticar certos atos.²⁹

E a contraditoriedade relativa não implica a impossibilidade de coexistência entre dois direitos sobre o mesmo imóvel, mas, em vez, define regras para esta convivência. Os direitos não são incompatíveis, mas ocupam postos distintos dentro de uma hierarquia de precedência, decorrente da ordem em que ingressaram no registro. Ocorre, assim, uma prioridade gradual,³⁰ com repercussões econômicas que atribuem um maior valor aos direitos com mais precedência, ou de grau mais baixo.³¹ É o que ocorre na coexistência de múltiplas hipotecas sobre o mesmo bem.

O outro efeito da prioridade apontado por Roca Sastre³² – a regra que determina que, para todos os efeitos, considera-se como data da inscrição o dia em que o título foi apresentado ao registro – também é aplicável ao Direito Brasileiro. No Direito Espanhol a preferência leva em conta não apenas o dia, mas também a hora e os minutos da apresentação, se há conflito entre títulos apresentados no mesmo dia. O Direito brasileiro não chega a este grau de minúcia, estabelecendo o art. 1.246 do CC/2002 que *o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.*

28. Eduardo Serrano Alonso. *Conceptos fundamental es del derecho hipotecario*. 3. ed. Oviedo: Forum, 1999. p. 73; Gabriel de Reina Tartiere. Op. cit., p. 37; Jose Luis Lacruz Berdejo e Francisco Sancho Rebullida. Op. cit., p. 135.

29. Roca Sastre. Op. cit., p. 170.

30. Francisco José Rezende dos Santos. Op. cit., p. 17.

31. Eduardo Serrano Alonso. Op. cit., p. 70.

32. Roca Sastre. Op. cit., p. 149.

Prevalece, assim, o título protocolado sob número de ordem inferior, mas os efeitos retroagem ao *dia* do protocolo. Observe-se que a data do registro é o dia em que ele efetivamente for realizado nos livros 2 ou 3; mas seus efeitos retroagem à data da prenotação, de maneira que é possível dizer que “considera-se” a data da inscrição aquela do protocolo.³³

2.4 *A terceira dimensão do princípio da prioridade: a existência de um direito material de prioridade*

Mas há ainda, a nosso juízo, uma terceira dimensão do princípio da prioridade. É a atribuição àquele que preenche os requisitos da lei para sua concessão de um verdadeiro direito material de prioridade, suscetível, até mesmo, de apreciação econômica.

Este direito material de prioridade é direito potestativo, e protege seu titular contra violações à precedência de seu direito real. Aparece no art. 205 da Lei 6.015/1973 como “os efeitos da prenotação”, e, por isso, está sujeito a um prazo decadencial de 30 dias do lançamento no protocolo, se o título não for registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais. Com isso, pela própria dicção da lei, este prazo fica suspenso na hipótese de o não registro se dar por causa outra que não seja a omissão do interessado, não sendo de modo algum cabível o cancelamento de ofício da prenotação pelo oficial se, pelo grande fluxo de títulos, a serventia não consegue qualificá-los e registrá-los dentro deste prazo.³⁴

Violado o direito material à prioridade, pela realização de inscrição nos livros 2 ou 3 em desacordo com o que consta do protocolo, cabe ao titular do

33. Para fazer facilitar o reconhecimento destes efeitos retroativos, o art. 183 da Lei 6.015/1973 determina que a data da prenotação seja reproduzida no próprio título prenotado, o que em geral se faz por meio de carimbo ou etiqueta. Com este mesmo intuito, o item 78, *b*, do Livro XX das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo determina que é requisito do registro no Livro 2 “o número e data da prenotação”. Relata Francisco José Rezende dos Santos (op. cit., p. 19) que o Código Civil de 1916 determinava a realização dos registros com data retroativa, o que criava inúmeros conflitos (por exemplo, quando se suscitava um procedimento de dúvida registral, que poderia prorrogar a prenotação por muitos meses após o protocolo); havendo a necessidade de se recolher um determinado imposto, a data do registro seria anterior à data do pagamento, ainda que o recolhimento fosse requisito da prática do ato).

34. Neste sentido Afrânio de Carvalho, o qual afirma, ainda, que esta já seria a tendência nos cartórios (op. cit., p. 381-382).

direito de prioridade demandar a retificação dos registros,³⁵ se o conflito se dá por contraditoriedade relativa, ou o cancelamento do registro irregular, se houver contraditoriedade absoluta.

A existência deste direito material mostra-se também na possibilidade reconhecida pela doutrina da ocorrência de negócios que têm por objeto o grau de garantias reais. Afrânio de Carvalho³⁶ afirma que o grau é um direito adjunto à garantia e independente, que pode ser alienado a título gratuito ou oneroso. São exemplos de negócios desta natureza, no Direito espanhol, a permuta de grau, aplicável entre dois direitos reais já constituídos, que trocam de posto na hierarquia; e a posposição de grau, pela qual se atribui o grau de uma garantia já inscrita a uma nova garantia, deixando a primeira de gozar da prioridade que então desfrutava.³⁷ No entanto, a nosso ver não se trata de um direito adjunto à garantia, mas sim, verdadeiramente, do direito material de prioridade.

2.5 *Requisitos da atribuição de prioridade*

A prioridade, para gerar seus efeitos, e atribuir um direito material a alguém, depende do atendimento de certas condições.

Estas condições devem ser divididas conforme o momento em que atue a prioridade. Um primeiro momento é aquele em que o título, ainda não registrado, se encontra sob análise pelo registrador; e um segundo momento é aquele em que já houve o registro.

Neste primeiro momento, para que a prioridade produza efeitos é necessário, em primeiro lugar, segundo Roca Sastre,³⁸ que sejam apresentados de maneira contemporânea dois títulos contraditórios entre si, o que pressupõe que digam respeito ao mesmo imóvel. Como se viu, somente há sentido em se falar em prioridade quando há conflito, consistindo este, portanto, em requisito de sua atuação. Ainda segundo o autor, ambos devem ser títulos passíveis de inscrição, e outorgar direitos a pessoas distintas.

Uma primeira questão a se tratar neste ponto é o que se deve entender por título. Pode qualquer documento ingressar no protocolo, gerando uma prioridade provisória em favor do apresentante, ou há algum condicionamento? O art. 221 da Lei 6.015/1973 contém um rol dos títulos que podem ter ingresso

35. *Idem*, p. 384.

36. *Idem*, p. 205.

37. Roca Sastre. *Op. cit.*, p. 226-229.

38. *Idem*, p. 162.

no registro de imóveis. Este rol é taxativo, já que a lei afirma expressamente que “somente” os títulos ali enumerados são admitidos no registro. Assim, somente as escrituras públicas, instrumentos particulares e atos autênticos de países estrangeiros que atendam aos requisitos legais, e os termos e contratos administrativos ali indicados podem ser protocolados, e, por conseguinte, são aptos a gerar a prioridade.

Esta compreensão restritiva dos títulos é adotada de maneira pacífica no âmbito das decisões do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que reiteradamente não conhece de recursos em dúvida instruídos com meras cópias, ainda que se trate de cópias dos títulos enumerados na lei. Isto é salutar, e impede abusos de direito pela prenotação de documentos despidos dos mais mínimos requisitos de validade ou de transcendência real, com a finalidade de se trancar o protocolo de um determinado imóvel. Por outro lado, já decidiu a 1.^a Vara de Registros Públicos de São Paulo,³⁹ a propósito, que a reiteração de prenotações, em si, não ameaça o sistema de prioridade, já que esgotado seu prazo passa-se à análise do título imediatamente posterior na escala de precedência. Mas para tanto é imprescindível que se trate de título. É também o entendimento de Roca Sastre, para quem somente podem ter ingresso no protocolo aqueles documentos que, em princípio, tenham aptidão para produzir efeitos registrares, não obstante eventuais defeitos não devam, neste momento, ser considerados.⁴⁰

Uma segunda questão é a do instante de fixação da prioridade. Segundo o art. 1.246 do CC/2002, o registro é eficaz desde que se apresenta o título ao registrador, e este o prenota no protocolo. O Código Civil de 1916 continha, no art. 534, disposição que, neste ponto, era semelhante: A transcrição datar-se-á do dia, em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo. Para Afrânio de Carvalho, a ordem de apresentação era comprovada pelo protocolo.⁴¹ Assim, na hipótese de um título ser apresentado, e, por qualquer motivo, não protocolado, ainda assim o apresentante gozaria de prioridade; apenas não disporia de uma prova preconstituída de sua posição. No entanto, a dicção legal estabelece a eficácia somente se o título for apresentado ao registrador e este for prenotado, pelo que, ao que parece, a prenotação não é apenas prova da ordem de apresentação, mas efetivo requisito da prioridade.

39. Processo 0033805-18.2012.8.26.0100.

40. Op. cit., p. 192.

41. Op. cit., p. 193.

Quanto à etapa em que já houve o registro, a primeira condição dos efeitos da prioridade é a qualificação positiva do título, e conseqüente inscrição do direito,⁴² e, portanto, que, após análise, o registrador tenha considerado o título apto a tanto. Não obstante, nos termos do art. 1.245, § 2.º, do CC/2002, ainda que o título fosse inapto à inscrição, e tenha sido registrado erroneamente, o registro continuará a ser havido como válido, e presumir-se-á dotado de prioridade, até que venha a ser retificado ou cancelado.

3. A PRIORIDADE DO REGISTRO DE IMÓVEIS E OUTRAS PRIORIDADES PREVISTAS EM LEI

Em mais de uma oportunidade as Varas de Registros Públicos de São Paulo-SP foram instadas a se manifestar sobre a concessão de prioridade no atendimento nos serviços notariais e de registro a certas pessoas.

No primeiro caso,⁴³ pleiteava-se a concessão de prioridade no atendimento de advogados, por meio de guichê específico, já que estes teriam necessidade de obter com mais presteza documentos e certidões fornecidas pelos serviços de notas e registros, de modo a ter mais agilidade em sua atuação nos feitos judiciais. Esta prioridade foi negada no julgamento, pelos argumentos de inexistência de previsão legal específica a respeito na Lei 8.906/1994, e da violação à ordem de precedência que foi reconhecida como um dos princípios basilares de todo o direito registral. No entanto, a decisão recomendava aos notários e registradores que, sob seu prudente critério, se concedesse, se possível, em casos específicos, em caráter de deferência, e justificada a urgência, atendimento prioritário. Permanecia, no entanto, uma condição inafastável: a rigorosa observância dos princípios registrários.

Em outro caso,⁴⁴ pleiteou-se a concessão de atendimento prioritário a idosos, nos termos do art. 3.º, parágrafo único, I, do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003. Na decisão, ficou estabelecido que os títulos que geram prioridade devem ingressar no registro segundo os critérios definidos pela Lei 6.015/1973 e pelo Código Civil, a saber, seguindo a rigorosa ordem em que apresentados. Assim, a prioridade no atendimento deveria ser concedida na

42. Roca Sastre. Op. cit., p. 161.

43. Processo 000.02.144307, da 2.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo-SP, j. 18.12.2002.

44. Processo 100.09.326136-4, da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo-SP, j. 22.01.2010.

prática de outros serviços, como o fornecimento de certidões, ou a entrega de documentos, mas não no ingresso de títulos passíveis de gerar prioridade.

E em um terceiro caso,⁴⁵ novamente pleiteou-se a concessão de atendimento prioritário a idosos, com base no já mencionado art. 3.º, parágrafo único, I, da Lei 10.741/2003, e no art. 1º da Lei 10.048/2000. Novamente, afirmou-se que o disposto nestas leis não é aplicável à especial situação da apresentação de títulos para registro ou averbação nas serventias de registro de imóveis. E isto seria assim porque vigora para este atendimento regra específica, prevista no art. 186 da Lei 6.015/1973, que atribui a prioridade a quem chegar em primeiro lugar. Não há revogação expressa do dispositivo pelo Estatuto do Idoso, e, por se tratar de regra específica, deve prevalecer. No entanto, observa-se que o art. 186 somente prevalece nos casos em que a finalidade do atendimento seja a prenotação, devendo a prioridade concedida pelo Estatuto prevalecer nos demais.

As mesmas ideias valem para a prioridade concedida às pessoas com deficiência pelo art. 9.º, II, da Lei 13.146/2015, já que tanto esta norma quanto a prevista no Estatuto do Idoso tratam de prioridade no *atendimento*. E as mencionadas decisões são irretocáveis.

Contudo, dois argumentos podem ser acrescentados aos seus fundamentos.

O primeiro deles leva em conta a natureza da proteção dada pelos mencionados Estatutos. Segundo o art. 1.º da Lei 13.146/2015, é a finalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência a promoção da igualdade no exercício dos direitos e liberdades fundamentais. E o seu espírito, tal como se disse na introdução, é o da superação do assistencialismo e eliminação das barreiras, assegurando à pessoa com deficiência participação plena na sociedade.

Ocorre que, como se viu, o princípio registral da prioridade tem uma dimensão que consiste na atribuição de um *direito material de prioridade* àquele que preenche seus requisitos, o qual pode ser, até mesmo, suscetível de apreciação econômica, e de negociação autônoma. Atribuir este direito a quem não preencha os requisitos específicos que a Lei 6.015/1973 estabelece, em razão de uma condição pessoal, representaria inegável enriquecimento sem causa, comprometendo a finalidade da promoção da igualdade, e mesmo o princípio constitucional da isonomia.

Mas há mais: a ideia da prioridade no atendimento implica conceder precedência a certas pessoas que compareçam pessoalmente na instituição de cujos

45. Processo 0033013-30.2013.8.26.0100, da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo-SP, j. 06.08.2013.

serviços necessitem. Ao mesmo tempo, o direito material de prioridade é concedido, inarredavelmente, segundo a ordem de apresentação dos títulos.

E, segundo Afrânio de Carvalho,⁴⁶ o ingresso de um título no registro, no Brasil, é feito mediante requerimento do interessado. No entanto, este requerimento pode ser escrito ou oral, pelo que os títulos podem ser levados ao cartório por qualquer pessoa. Por conseguinte, o interessado acaba se confundindo com qualquer portador, que, se não figura no título, funciona como simples núncio.

Isto poderia levar a duas situações iníquas, e mesmo incoerentes entre si. Suponham-se duas situações. Na primeira, *A*, titular de prioridade no atendimento, pede a *B*, que não está sujeita a qualquer prioridade, que leve ao registro o título em que se tornou credora hipotecária. Consistindo a proteção legal em prioridade no atendimento, *B*, que foi ao cartório, dela não desfrutará; por conseguinte, a condição de *A* em nada lhe beneficiará. Na segunda ocorre o inverso: *B*, que não é titular de prioridade no atendimento, pede a *A*, que é titular, que leve ao registro seu título. *A* desfrutará de atendimento prioritário; e, com isso, na hipótese de haver pessoas portadoras de títulos que contenham direitos contraditórios que tenham chegado antes ao cartório, *B*, que não desfruta de atendimento prioritário, terá adquirido um direito material à prioridade.

Com isso, vê-se claramente a incompatibilidade entre a prioridade do registro de imóveis, e a prioridade no atendimento dos Estatutos.

E o segundo argumento – que se relaciona com o primeiro – decorre da adequada compreensão da prioridade no atendimento, e da redação do art. 9º, § 1.º, da Lei 13.146/2015. Segundo o mencionado parágrafo, “os direitos previstos neste artigo são extensivos ao acompanhante da pessoa com deficiência ou ao seu atendente pessoal, exceto quanto ao disposto nos incisos VI e VII deste artigo”.

Os incs. I a V tratam todos de situações de atendimento pessoal, ou seja, aquelas em que o portador de deficiência está presente em certo local (e, por isso, pode estar seguida por seu acompanhante ou atendimento pessoal): recebimento de proteção e socorro, atendimento em quaisquer instituições e serviços de atendimento ao público, acessibilidade em transportes coletivos, e acesso a informações e meios de comunicação. Em tais casos, negar a prioridade ao acompanhante ou atendente pode implicar a negação da prioridade à própria pessoa deficiente, que deles necessita para exercer seus direitos e liberdades.

46. Op. cit., p. 309-310.

Já os incs. VI e VII tratam de situações que não dizem respeito a atendimento pessoal – restituição de imposto de renda e tramitação de processos e procedimentos judiciais e administrativos – e, portanto, não são extensíveis ao acompanhante ou atendente.

Destaque-se que o mencionado parágrafo único trata do acompanhante ou atendente pessoal, não cogitando de procurador, núncio ou representante a qualquer título. Ou seja: a prioridade tem por objetivo tão somente propiciar o acesso da pessoa com deficiência a estes serviços, e não beneficiá-la, ou a seu acompanhante ou atendente, com uma vantagem material.⁴⁷

E já que a prioridade registral pode ter o condão de conceder a alguém um direito material de prioridade, não pode ser este o objetivo da lei, do que sua inaplicabilidade ao protocolo do registro de imóveis.

É importante frisar, no entanto, que não há incompatibilidade entre a prioridade no atendimento e os demais serviços prestados pelos registradores, tais como o fornecimento de certidões e a entrega de documentos, dos quais já se falou nas citadas decisões.

E o inc. VII do art. 9.º da Lei 13.146/2015 também é perfeitamente compatível com o registro, desde que respeitada a prioridade registral: não havendo títulos contendo direitos contraditórios com prioridade em tramitação, o título de interesse de pessoa com deficiência deve ser qualificado com precedência em relação aos protocolados posteriormente, o mesmo sendo aplicável a todos os procedimentos que tramitam no registro.

É importante observar que, como se viu, esta hipótese não trata de atendimento pessoal, pelo que deve ser aplicável quando a pessoa com deficiência é a efetiva interessada no ato a ser praticado pelo registrador, independente de quem leve o título ao cartório. Para tanto, e na falta de regulamentação específica, deverá formular, por analogia ao disposto no art. 95, II, da Lei, solicitação escrita de tramitação prioritária, que deverá ser apresentada juntamente com o título, e por cujos termos qual ficará pessoalmente responsável.

De todo modo, há, como se verá, uma maneira, *de lege ferenda*, de conciliar a prioridade registral e a prioridade no atendimento.

47. É a opinião também de Ricardo Dip, para quem uma prioridade de atendimento não pode resultar na supressão da ordem de prenotações que decorre da posição que se ocupa na fila ou na senha obtida (*Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54).

4. POSSÍVEL CONCILIAÇÃO ENTRE PRIORIDADE REGISTRAL E PRIORIDADE NO ATENDIMENTO: SISTEMA DE SENHAS E DUPLO PROTOCOLO

Como já se viu, a prioridade de atendimento concedida pela Lei 13.146/2015 é incompatível com o sistema de prioridade registral se implicar a atribuição a alguém que chegou depois um direito material de prioridade.

Com isso, a compatibilização entre as duas prioridades dependeria de se possibilitar um atendimento prévio a alguém, sem que, com isso, se lhe atribuisse precedência. É possível vislumbrar uma solução, de *lege ferenda*.

Em primeiro lugar, seria necessário haver no cartório um sistema de fornecimento de senhas apto a gerar dois tipos de senha específicos para protocolo – uma comum, e outra prioritária. E, em todas, deve haver indicação precisa de hora, minuto e segundo em que impressas. Ainda, seriam necessários dois livros de protocolo que coexistam: um preliminar, e outro definitivo.

Apresentados os títulos a registro, estes seriam lançados sempre no protocolo preliminar, no qual haveria menção da hora exata em que obtida a senha, independentemente de se tratar de senha comum ou prioritária. Observe-se que os lançamentos, neste protocolo preliminar, seguirão a ordem de atendimento, independentemente do horário de obtenção da senha. Feito o lançamento, o interessado recebe um comprovante de apresentação que faz menção ao número de ordem do protocolo preliminar.

Encerrado, no horário legal, o protocolo preliminar, passa o oficial à elaboração – manualmente ou por sistema eletrônico – do protocolo definitivo, no qual serão feitos os lançamentos, dos títulos, e serão atribuídos os respectivos números de ordem, pela rigorosa sequência cronológica dos horários de expedição das senhas que resultaram em prenotações. Então, são feitas remissões recíprocas entre os dois protocolos, com o intuito de se vincular o número recebido pela parte ao número de ordem que constará do protocolo definitivo.

Assim, imagine-se que A, B e C cheguem ao cartório e retirem suas senhas nesta sequência. A e B solicitam senhas normais, e C solicita uma senha prioritária. C será atendido em primeiro lugar, e, portanto, obterá o número de ordem 1 no protocolo preliminar. A seguir, B será atendido, obtendo o número 2; e, finalmente, C será atendido, obtendo o número 3. Encerrado o protocolo preliminar na hora legal, realizam-se os lançamentos do dia no protocolo definitivo. Neste, respeita-se o horário em que obtida cada senha: A obterá o número de ordem 1; B o número de ordem 2; e C o número de ordem 3.

Respeita-se, assim, a prioridade registral. Este sistema poderia, ainda, ser útil para a solução dos problemas apontados por Ricardo Dip:⁴⁸ múltiplos guichês de atendimento; senha única para múltiplos títulos; demora na escrituração do protocolo imputável à serventia.

5. CONCLUSÃO

A prioridade registral, em suas três dimensões, permanece em pleno vigor após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim, segue inspirando regras da atuação do registrador; produzindo efeitos para as partes; e gerando um direito material de prioridade a quem a ele faça jus.

E, em especial por conta de sua terceira dimensão, que atribui um direito material de prioridade a quem preencha seus requisitos, a prioridade registral mostra-se incompatível com a prioridade no atendimento prevista pelo Estatuto.

Vale dizer, a prioridade no atendimento não suplanta a ordem de precedência estabelecida com base na chegada dos apresentantes dos títulos, já que: 1. a prioridade registral é regra especial acerca do registro de imóveis; 2. não se pode atribuir um direito material à prioridade por conta de uma prioridade procedimental e que tem em vista tão somente o atendimento prioritário; 3. os casos em que alguém com deficiência levasse ao cartório títulos de pessoas sem deficiência, e vice-versa, ensejariam soluções iníquas; e 4. a dicção do Estatuto demonstra que a preocupação é com o atendimento pessoal da pessoa com deficiência, e não com a criação de vantagens materiais de qualquer natureza.

Conclusão diversa poderia significar violação à isonomia e mesmo enriquecimento seu causa, em afronta ao espírito do Estatuto e da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Por outro lado, nada obsta o atendimento prioritário nos outros serviços prestados pelo registro de imóveis, como o fornecimento de certidões e a entrega de documentos; nem a tramitação prioritária da qualificação dos títulos, ou dos procedimentos afeitos ao registro, desde que não impliquem violação à precedência decorrente da rigorosa ordem de sua apresentação.

Finalmente, a adoção – *de lege ferenda* – de um sistema composto por um dispositivo fornecedor de senhas com certas características, e dois livros de protocolo simultâneos – um preliminar e um definitivo – pode conciliar as duas prioridades, solucionando o problema.

48. Idem, p. 53-54.

6. BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- DIP, Ricardo. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GARCIA DEL CORRAL, Ildfonso Luis. *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Lex Nova, 1895.
- HULOT, Henry. *Lescinquante livres du Digeste ou les Pandectes de L'Empereur Justinien*. Paris: Rondonneau, 1804.
- JACOMINO, Sérgio. Parecer sobre proposta encaminhada pelo CNB-SP à Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo (CG 2013-7 339). *Revista de Direito Imobiliário*. vol.75. São Paulo: Ed., 2013.
- LACRUZ BERDEJO, Jose Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 1984.
- MARCHI, Eduardo César Silveira. *Guia de metodologia jurídica (Teses, monografias e artigos)*. Lecce: Edizioni Del Griffo, 2001.
- ORTIZ, Jose Maria Chico y. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1989. vol.1.
- PAU, Antonio. *La prioridad registral: un nuevo enfoque*. Madri: Fundación Beneficentia et Peritia Juris, 2004.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1906.
- PETIT, Eugene. *Tratado elementar de direito romano*. 9. ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REINA TARTIERE, Gabriel de. *La prioridad en el registro de la propiedad inmobiliaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano. *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad: prior tempore, potiori iure*. Madri: Fundación Beneficentia et Peritia Juris, 2004.
- ROCA SASTRE, Ramon Maria. *Derecho hipotecario*. 6. ed. Barcelona: Bosch, 1968. vol. 1.
- RUIZ, Francisco. El principio de prioridad. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*. n.295.1952.
- SANTOS, Francisco Rezende dos. Princípio da prioridade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 58. São Paulo: Ed. RT, 2005.

SANTOS JUSTO, Antonio de. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. vol. 3.

SERRANO ALONSO, Eduardo. *Conceptos fundamentales del derecho hipotecario*. 3. ed. Oviedo: Forum, 1999.

VALENÇA DE MELO, Luiz Gustavo Simões. O acesso à justiça da pessoa com deficiência: processo civil e aspectos procedimentais. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro, de Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia – *RDCI* 86/165-181 (DTR\2014\965);
- O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades, de Luiz Alberto David Araujo e Waldir Macieira da Costa Filho – *RT* 962/65-80 (DTR\2015\17066); e
- Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil, de Maria Helena Marques Bracero Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias – *RDPriv* 66 (DTR\2016\4447).

A QUALIFICAÇÃO NOTARIAL APÓS O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

NOTARIAL ELEGIBILITY REQUIREMENTS AFTER ENACTMENT OF THE DISABLED PERSON STATUTE

JOSÉ LUCAS RODRIGUES OLGADO

Especialista em Direito Público pela Unopar.
Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Arthur Thomas.
1.º Tabelião de Notas da Comarca de Jundiaí/SP
lucasolgado@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Civil; Constitucional; Imobiliário e Registral; Internacional

RESUMO: O trabalho analisa as recentes alterações no instituto da capacidade civil da pessoa humana para a prática de atos e negócios jurídicos privados, decorrentes do advento da Lei 13.146/2015, autodenominada Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estabelece, ainda, as características da qualificação notarial, revelando seu fundamento e missão no ordenamento jurídico, compatibilizando as inovações legislativas com a manutenção da função acautelatória exercida pelo notário em favor da proteção da pessoa portadora de deficiência, em estrita obediência aos princípios decorrentes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Dec. Leg. 186, de 09.07.2008, incorporado ao nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional na forma do procedimento previsto no § 3.º do art. 5.º da CF/1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Pessoa com deficiência – Capacidade civil – Exigências da qualificação registral – Base constitucional.

ABSTRACT: This paper analyzes the recent changes in the legislation for the individual's civil capacity to practice acts and private legal transactions as a result of the enactment of Statute 13.146/2015, commonly known as the Disabled Persons' Statute. It further establishes the requirements for notarial eligibility, outlining their foundations and the notary's mission within the legal system of harmonizing legislative innovations whilst also maintaining the cautionary role of the notary as protector of the disabled person, in strict accordance with the principles laid down by the Convention on the Rights of Disabled Persons and its Optional Protocol, both ratified by the National Congress through Legislative Decree 186 of July 9, 2008, and incorporated into our legal system with constitutional law status in accordance with the procedure laid down in Paragraph 3 of art. 5 of the Constitution.

KEYWORDS: Human rights – Disabled person – Civil capacity – Notarial eligibility requirements – Constitutional basis.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre os antecedentes legislativos. 3. A capacidade civil da pessoa natural no direito brasileiro. 4. Considerações sobre as modificações introduzidas no instituto da capacidade. 5. A qualificação notarial e a nova legislação. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No dia 07.07.2015, foi publicada no *Diário Oficial da União*, a Lei 13.146, de 06.07.2015, que trata da inclusão social da pessoa com deficiência, autodenominada “Estatuto da Pessoas com Deficiência”.

Para além de atender as diretrizes inauguradas pela Convenção das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Dec. Leg. 186, de 09.07.2008, o referido estatuto introduziu significativas alterações no sistema da capacidade civil, introduzindo modificações nos arts. 3.º e 4.º do CC vigente, causando alvoroço entre os civilistas.

Essas modificações, em linhas gerais, consistem na revogação de todos os incs. do art. 3.º do CC/2002, que trata dos absolutamente incapazes, conservando somente a hipótese do menor impúbere (menor de 16 anos). Quanto ao art. 4.º, que trata da incapacidade relativa, o inc. II suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico” e, o inc. III que mencionava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a se referir apenas, às pessoas que “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”. Permaneceu a previsão do inc. I que se refere aos menores púberes (maiores de 16 anos e menores de 18). A prodigalidade, também permanece como sendo hipótese de incapacidade relativa.

Ademais, os arts. 6.º e 84 do Estatuto, também estabelecem disposições a respeito da capacidade legal da pessoa portadora de deficiência, assegurando a sua participação, em igualdade de condições com as demais pessoas, em vários atos da vida civil.

Por fim, o art. 83 da parte especial do estatuto, traz interessante regra de acesso à Justiça, estabelecendo que “os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade”, e o parágrafo único, estabelece que o descumprimento do disposto no *caput* do artigo constitui discriminação, em razão de deficiência.

Todas essas modificações afetam diretamente a atividade de qualificação notarial dos atos e negócios jurídicos documentados por instrumento público. Não só a atividade de qualificação, mas também a função notarial como

instituto mais abrangente, haja vista a necessidade de uma adequação das disposições do estatuto em comento com os princípios da juridicidade e cautelaridade da função notarial. Também o fundamento da função notarial, ou seja, a segurança jurídica na esfera da realização voluntária dos direitos, sofre impactos com as novas regras referentes à capacidade civil da pessoa portadora de deficiência.

Revelar esses impactos e interferências, procurando oferecer uma forma de adequação da norma, são as propostas deste trabalho.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3.º do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno”.

Em 13.12.2006, foi adotada pela ONU a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos da Resolução da Assembleia-Geral 61/106. Esta Convenção entrou em vigor no dia 03.05.2008, após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação, atendendo ao disposto no art. 45 do seu texto e ficou comumente conhecida como Convenção de Nova York.

Os direitos protegidos pela Convenção estão abrigados no contexto do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos, como instrumento de viabilização do exercício pleno dos direitos humanos das pessoas portadoras de deficiência, historicamente violados pela maioria das nações. Sobre esse assunto, a ilustre internacionalista Flávia Piovesan, afirma que: “A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: (a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; (b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; (c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma ‘doença a ser curada’, sendo o foco centrado no indivíduo ‘portador da enfermidade’; e, (d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais,

físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta os deveres do Estado em remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação”.¹

O art. 1.º da Convenção estabelece o seu propósito nos seguintes termos: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.²

O mesmo artigo estabelece uma definição do que seja pessoa com deficiência, afirmando que “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Outra relevante definição erigida pelo instrumento internacional em questão é a que diz respeito ao conceito de discriminação por motivo de deficiência, estabelecido no § 3.º do art. 2.º, nos seguintes termos: “Para os propósitos da presente Convenção: “(...) ‘Discriminação por motivo de deficiência’ significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; (...)”

Na sequência, o § 4.º estabelece a definição de “adaptação razoável”, expressão que aparece no parágrafo anterior, com a seguinte afirmação: “Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exer-

1. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118-119.

2. O texto integral da Convenção encontra-se disponível com a publicação de seu decreto de promulgação em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm]. Acesso em: 29.02.2016.

cer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Os princípios inspiradores da Convenção são os seguintes: (a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (b) a não discriminação; (c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (e) a igualdade de oportunidades; (f) a acessibilidade; (g) a igualdade entre homens e mulheres; (h) o respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos destas crianças de preservar sua identidade.

No que tange aos princípios da igualdade e não discriminação, a Convenção estabelece que os Estados signatários poderão adotar medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência, deixando claro que essas medidas específicas não serão consideradas discriminatórias (art. 5.º, item 4). Representa essa norma, verdadeira homenagem ao princípio da igualdade material, ou seja, a efetiva igualdade alcançada pelo tratamento desigual dos desiguais para igualá-los na medida de suas desigualdades.

Outro tema importante da Convenção refere-se às disposições do art. 12, que estabelecem o reconhecimento igual da pessoa portadora de deficiência perante a lei. Os Estados-partes devem assegurar que as pessoas com deficiência tenham o direito de serem reconhecidas em qualquer lugar e perante a lei, que elas gozem de capacidade plena em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Portanto, mais um dispositivo que não se contenta com a mera igualdade formal, mas institui a capacidade legal como meio de se atingir a igualdade material das pessoas com deficiência em relação às demais.

Implementando o regramento da capacidade legal, festeja-se a redação do item 3 desse mesmo art. 12 da Convenção, estabelecendo que os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal. Portanto, esse conceito de capacidade legal da pessoa com deficiência diante dos atos necessários ao pleno exercício de seu direito, considera as dificuldades naturais que possam exigir um apoio especial. De fato, a Convenção reconhece que a pessoa portadora de deficiência, muito embora tenha garantido seus direitos de participação direta e efetiva na vida social, poderá estar limitada por situações naturais decorrentes da própria deficiência, exigindo-se um delicado processo de reconhecimento dessa situação da vida pelo legislador. Esse processo deverá resultar em medidas efetivas de apoio especial que supram as dificuldades e barreiras naturais.

No que toca ao direito de acesso à Justiça, os Estados-partes deverão assegurar o efetivo acesso das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares (art. 13, item 1). Deverão, ainda, promover a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

Por conta dos valores de dignidade humana presentes na Convenção, foi ela incorporada ao nosso ordenamento jurídico com *status* de norma material e formalmente constitucional, decorrência da eficácia expansiva dos direitos fundamentais prevista nos §§ 2.º e 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.³

Portanto, as regras e princípios veiculados pela Convenção de Nova York, ganham especial forma no direito brasileiro, com hierarquia de norma constitucional, equivalente à emenda constitucional.

Vale dizer, os direitos insculpidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possuem hierarquia de norma constitucional, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas do ordenamento. Mais que isso, constituem em cláusulas pétreas e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição (art. 60, § 4.º, da CRFB).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência originou-se do Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado 6, de 2003 (Projeto de Lei 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), de autoria do Senador Paulo Paim.

Na Casa de Origem, a proposição teve parecer favorável na Comissão de Direitos Humanos, na forma do Substitutivo apresentado pelo então Relator, Senador Flávio Arns, em 06.12.2006, e encerrava 287 artigos. O Substitutivo foi definitivamente adotado na reunião extraordinária realizada na mesma data, tendo sido aprovado terminativamente por força da expiração do prazo previsto no art. 91, § 3.º, do Regimento Interno do Senado Federal.

3. Dec. Leg. 186, de 09.07.2008: “Art. 1.º Fica aprovado, nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30.03.2007”. ([www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm]).

Novamente no Senado, em 03.06.2015, foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o parecer 266/2015 do Relator Senador Romário PSB/RJ, favorável ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 4, de 2015, com ajustes de redação. Na mesma data foi aprovado requerimento para incluir a votação plenária do Projeto em regime de urgência.⁴

Em sessão plenária do dia 10.06.2015, o Senado aprovou o projeto com redação final veiculada pelo Parecer 287/2015 da Comissão Diretora, remetendo à sanção presidencial em 18.06.2015.

O projeto recebeu sanção presidencial no dia 06.07.2015 e a nova lei, foi publicada no *Diário Oficial da União* em 07.07.2015 com veto parcial mantido em sessão conjunta do dia 22.09.2015.⁵

A Parte Geral (Livro I), contém quatro Títulos: Disposições Preliminares, com dois Capítulos (arts. 1.º a 9.º), dos Direitos Fundamentais, com dez Capítulos (arts. 10 a 52), Da Acessibilidade, com quatro Capítulos (arts. 53 a 76) e Da Ciência e Tecnologia (arts. 77 e 78).

A Parte Especial abrange três Títulos: Do Acesso à Justiça, com dois Capítulos (arts. 79 a 87), Dos Crimes e das Infrações Administrativas (arts. 88 a 91) e as Disposições Finais e Transitórias (arts. 92 a 127).

A legislação e a doutrina de cada época refletem o estado de evolução social das questões atinentes à pessoa com deficiência. O novel Estatuto surge em momento histórico muito importante, em que se reconhece os direitos humanos fundamentais, principalmente a dignidade, dos portadores de deficiência. Assim, o novo tratamento legislativo deve ser compreendido dentro do sistema como um todo, e não de maneira isolada.

Desta forma, importante observar que as normas e regras previstas no Estatuto, devem atender aos valores e aos fins previstos na Convenção de Nova York, como necessária obediência hierárquica normativa, sob pena de padecer do vício da inconstitucionalidade.

4. Relatório apresentado pelo Parecer 266/2015 pelo Senador Romário – PSB/RJ. ([www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1]. Acesso em: 02.03.2016.)

5. O trâmite legislativo e documentos que o acompanham, podem ser acessados no site do Senado Federal em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120108]. Acesso em: 29.02.2016.

3. A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL NO DIREITO BRASILEIRO

A capacidade, na lição de Washington de Barros Monteiro, “é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”.⁶

Neste conceito, o consagrado civilista unifica as duas espécies de capacidade, a de gozo ou de direito e a de exercício ou de fato. Segundo ele, esta pressupõe aquela, mas a primeira pode subsistir independentemente da segunda.⁷

O professor Flávio Tartuce, concordando com essas espécies, afirma: “*Capacidade de direito ou de gozo* – é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1.º do CC/2002). *Capacidade de fato ou de exercício* – é aquela relacionada com o exercício próprio dos atos da vida civil”.⁸

Portanto, toda pessoa humana tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato.

A capacidade que está em questão, relacionada às recentes alterações introduzidas pela Lei 13.146/2015, é a capacidade para agir, ou seja, a capacidade de fato ou de exercício. Essa é definida pela lei em seu sentido negativo, ou seja, o Código Civil disciplina as hipóteses de incapacidade.

Por outro lado, o conceito de incapacidade é obtido pelo sentido inverso, ou seja, é a restrição imposta à pessoa para o livre exercício de seus direitos, podendo ser mais ou menos intensa. Ela pode ser total: quando retira totalmente a possibilidade de o sujeito agir, sendo necessário que outrem compareça em seu lugar (representação), configurando a chamada incapacidade absoluta; ou pode ser parcial, quando, sem retirar a possibilidade de o sujeito participar diretamente dos atos da vida civil, exige um apoio de terceiro (assistência) para que esses atos sejam considerados válidos, hipótese que configura a chamada incapacidade relativa.

Portanto, conforme conclui Serpa Lopes: “Há então incapacidade absoluta, quando, de modo algum, o ato jurídico pode ser exercido pelo incapaz; há incapacidade relativa, quando tal exercício é possível, mediante certas condições.

6. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Parte Geral*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 61.

7. Idem, *ibidem*.

8. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. 1, p. 127.

Diferem, ainda, uma e outra forma de incapacidade tendo em vista a sanção que a lei estabelece em cada uma dessas hipóteses. Na incapacidade absoluta, produz-se uma nulidade de pleno direito; na incapacidade relativa, há uma anulabilidade, susceptível o ato jurídico de ser confirmado ou ratificado”.⁹

Por ser o instituto da capacidade civil um direito sobre o estado da pessoa, a legislação vem evoluindo numa tentativa de acompanhar os avanços sociais na área de reconhecimento de direitos e atribuição de condição mais digna à pessoa humana. Assim, desde o Código Civil de 1916, até o Código Civil de 2002, com redação atual estabelecida pela Lei 13.146/2015, o instituto abrigou diferentes hipóteses ou condições de incapacidade, vejamos:

Código Civil de 1916:

“Art. 5.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os loucos de todo o gênero;
- III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
- IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6.º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer:

- I – os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156)
- II – as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III – os pródigos.
- IV – os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país”.

Código Civil de 2002 (redação original):

“Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

9. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953. vol. 1, p. 224.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. A qualificação notarial após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 319-343. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

Código Civil de 2002 (redação após o advento da Lei 13.146/2015):

“Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

Observamos que o texto normativo previsto pelo legislador de 1916 empregava expressão já bastante criticada à sua época: “loucos de todo gênero”. Portanto, Carvalho Santos, apoiado nas lições de Tobias Barreto e Nina Rodrigues, distinguia os loucos dos alienados de qualquer espécie, e preferia a segunda expressão, por ser mais ampla e por abranger os casos de loucura propriamente dita, e os casos de demência: “Loucos são doentes de um processo patológico ativo. O idiota, parado no desenvolvimento de um processo patológico estacionário ou crônico: não são loucos, mas, como os outros, são alienados. A noção de loucura contém-se, pois, dentro da alienação muito mais ampla”.¹⁰

O fato de o legislador haver empregado expressão equivocada, ou preconceituosa conforme já se entendia pelos contemporâneos ao Código de 1916, levou os estudiosos da época a procurar expressão que melhor definisse aquele estado de anomalia psíquica ou intelectual.

10. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. vol. 1, p. 253.

Na vigência do Código de 1916, a doutrina já reconhecia que a capacidade deveria ser presumida. Dizia Carvalho Santos que a capacidade, como situação normal da personalidade, era uma decorrência lógica. “De modo que, até prova em contrário, toda pessoa se presume capaz. E quando não há sentença de interdição, a pessoa não incide em incapacidade absoluta, continuando, ao invés disso, a gozar de todos os seus direitos.”¹¹

Desta presunção da capacidade da pessoa, decorre importante questão prática já proposta na vigência do Código de 1916: “A alienação mental poderá ser causa de incapacidade, independente da sentença de interdição?” O mesmo Carvalho Santos, em resposta a esse questionamento, propõe farta argumentação iniciando por indicar duas correntes de pensamento localizadas em extremos opostos: a primeira no sentido de que todos os atos anteriores à decretação de interdição seriam válidos e a segunda, apoiada no reconhecimento da incapacidade natural e na exigência do consenso como requisito de validade dos atos jurídicos, a prova da ausência do querer consciente no momento do ato, acarretaria sua nulidade.¹²

O festejado mestre chega à conclusão de que é possível o reconhecimento da incapacidade pretérita à decretação da interdição, desde que evidenciada a notoriedade da incapacidade natural no momento da prática do ato.

Sobre esse tema, não podemos esquecer que o Código Civil de 2002, em seu art. 104, com redação inalterada, exige para a validade do negócio jurídico, o requisito da capacidade do agente. E qual seria, portanto, essa capacidade? Será a capacidade legal, ou seja, o sujeito contratante deve fazer prova de sua capacidade demonstrando a ausência de interdição?

Como primeiro esclarecimento, é evidente que essa capacidade como qualidade e requisito para validade dos negócios jurídicos é a capacidade para agir. É a mesma capacidade que se apresenta no art. 215, II, como uma aptidão necessária a ser aferida pelo notário ao lavrar as escrituras públicas em geral.

Entendemos que, no tocante às regras acima expostas, nosso direito adota a *teoria da capacidade natural*, fartamente compreendida no direito italiano. Essa capacidade natural seria, em linhas gerais, uma aptidão intrínseca do indivíduo, uma aptidão natural, capaz de dar vida aos atos jurídicos (sentido lato).¹³

11. Idem, p. 260.

12. Idem, p. 260-267.

13. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. II, p. 4-5.

Essa aptidão, não seria exatamente um pressuposto, mas sim um elemento do ato jurídico, como é a vontade ou a consciência de quem o pratica.¹⁴

Sobre essa teoria, o ilustre professor italiano Emilio Betti, esclarece: “A lei, ao estabelecer a inidoneidade de determinadas pessoas para realizar atos jurídicos, parte sempre da consideração da *natural* ineptidão desses sujeitos para cuidarem dos seus interesses materiais ou morais, e essa ineptidão deriva de uma deficiência fisiopsíquica, em virtude da qual os sujeitos em que estão não têm clara *consciência* do alcance das suas ações, determinando-se a elas de maneira irrefletida”.¹⁵

Essa capacidade natural está ligada a um elemento intrínseco do negócio jurídico, que é a consciência e a vontade, que devem abranger o comportamento no sentido de se vincular à relação jurídica e também de entender e suportar seus efeitos. Essa qualidade interna faz parte da própria vontade como elemento do ato, cuja manifestação deve ser livre e consciente, isenta de dúvidas ou confusões.

Em síntese, a capacidade natural nada mais é do que a presença de uma faculdade psíquica do indivíduo: o discernimento. Este é o pressuposto lógico para a verificação da existência de qualquer ato ou negócio jurídico.

Poder-se-ia argumentar que o inc. II do art. 3.º do CC/2002 que trazia a previsão expressa do discernimento foi suprimido pela alteração implementada pelo Estatuto do Deficiente. Ora, o inc. III do art. 5.º do CC/1916 que previa a incapacidade absoluta do surdo-mudo que não pudesse exprimir sua vontade, também não foi repetida no Código Civil de 2002, e nem por isso, os surdos-mudos que não podem exprimir a vontade passaram a gozar de capacidade plena, podendo praticar livremente atos da vida civil. Porque? Por lhes faltar a aptidão para a realização do elemento fundamental da formação da relação jurídica: a manifestação da vontade.

Por isso, entendemos que a capacidade natural é a existência de condições mínimas necessárias para a formação da relação jurídica entre os particulares: a manifestação da vontade de forma livre e isenta de dúvidas.

Conforme Pontes de Miranda: “Para a exercibilidade dos direitos, a lei parte do pressuposto da consciência, da liberdade dos atos, (...) Todos os atos jurídicos exigem a vontade, inteligente e livre, segundo o conceito-compromisso da coexistência social”.¹⁶

14. Idem, p. 14.

15. Idem, p. 13.

16. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Ed., 2005. vol. 1, p. 105.

As regras que sustentam essa teoria, permanecem inalteradas em nosso sistema. Portanto, as recentes modificações legislativas devem ser, com elas, compatibilizadas, sob pena de se perder a sistematização do direito civil com graves consequências para a segurança jurídica das relações privadas, possibilitando, inclusive, danos irreparáveis às pessoas portadoras de deficiência. Essa consequência mostrar-se-ia incompatível com os valores conquistados pela Convenção de Nova York.

Portanto, qualquer interpretação que se queira dar às alterações promovidas pelo Estatuto do Deficiente, que importe na prática de atos civis por pessoa destituída de discernimento ou aptidão para a manifestação da vontade, em razão do grave risco que importará para o próprio deficiente, deverá ser tida por inconstitucional.

A Convenção de Nova York almeja a igualdade de condições entre as pessoas limitadas por alguma deficiência, com as demais. Essa igualdade não pode ser a igualdade meramente formal, sob pena de não se atingir o propósito da norma internacional. O legislador e o aplicador do direito, por princípio basilar constitucionalmente previsto, têm o dever de tratar os desiguais com desigualdade, na medida de suas diferenças, para igualar suas condições.

Os argumentos humanitários a respeito das normas do Estatuto, não podem prevalecer sobre o erro legislativo de alguns dispositivos que trataram da capacidade.

Acredita-se na importância do Estatuto e especialmente da Convenção, como marco histórico de evolução no tratamento jurídico das pessoas portadoras de deficiência, que merecem toda a atenção da sociedade. Em razão dessa credibilidade e preocupação, é que se apontam os perigos e riscos decorrentes da aplicação literal das novas regras sobre a capacidade.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO INSTITUTO DA CAPACIDADE

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, como vimos, introduziu substanciais modificações no sistema das incapacidades no direito civil, buscando eliminar da legislação os tratamentos objetivamente discriminatórios.

Não interpretamos as novas regras como sendo uma nova teoria das incapacidades como alguns assim propõem,¹⁷ mas, pelo contrário, num aperfeiçoamento

17. TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 128.

mento da teoria já existente que não depende mais do apontamento objetivo e discriminatório de causas e circunstâncias que tornam incapaz uma pessoa de exercer seus direitos pessoalmente. Assim, a teoria da capacidade continuaria a mesma, aplicando-se a teoria da invalidade para corrigir acidentes de percurso na realização voluntária do direito privado.

Esse pensamento, levaria à conclusão de que não caberia a manutenção das demais hipóteses de incapacidade relativa, pois o que justifica uma pessoa desprovida de discernimento em razão de deficiência poder praticar pessoalmente um ato da vida civil, enquanto os ébrios habituais e os viciados em tóxicos ficariam impedidos. Ora, não possuem esses os mesmos direitos humanitários dos deficientes ou de qualquer outra pessoa humana? E o que falar a respeito dos pródigos? Não são eles também vítimas de uma patologia psíquica?

Outra questão que se coloca e demonstra a falta de coerência do sistema é a seguinte: qualquer ato praticado por uma pessoa viciada em tóxico é considerado inválido por estar a sua situação pessoal prevista objetivamente como hipótese de incapacidade relativa? Entendemos inválidos, somente os atos praticados quando o sujeito esteja com sua capacidade cognitiva bloqueada ou reduzida por influência da substância entorpecente.

A propósito, veja-se esse acórdão da 5.^a Câ. de Direito Privado do Egrégio TJSP:

“Interdição com pedido de internação compulsória. Interdito dependente químico – Síndrome que, por si só, não implica incapacidade. Medida excepcional que depende da comprovação de discernimento reduzido ou totalmente extirpado pelo vício. Hipótese não configurada nos autos. Réu que, ademais, está realizando tratamento ambulatorial. Conduta agressiva que pode ser combatida pela via adequada. Ação improcedente – Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP, Apelação com Revisão 0022875-66.2007.8.26.0309 da Comarca de Jundiaí, 5.^a Câ. de Direito Privado, j. 13.08.2014rel. Erickson Gavazza Marques, v. u.).¹⁸

Revela-se, portanto, uma incongruência no sistema. No entanto, é possível salvá-lo se admitirmos a teoria da incapacidade natural. Portanto, as hipóteses de incapacidade, salvo as decorrentes do critério biológico em razão da idade, ficariam reservadas à falta ou redução do discernimento, em grau que retira do sujeito a capacidade de autodeterminar-se, pois isso, afeta naturalmente o exercício direto de sua autonomia privada.

18. Disponível em: [<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7770013&cdForo=0&v1Captcha=zpvuiu>]. Acesso em: 15.03.2016.

Nossa opinião encontra sustentação no princípio da manutenção da unidade lógica do sistema, bem como nos motivos antecedentes que levaram à edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

As regras jurídicas especiais devem estar em total harmonia com a lógica estrutural do sistema jurídico. A aparente contradição ou incompatibilidade, deve ser resolvida por meio da aplicação da interpretação que melhor adapte seu preceito com os valores que lhe dão fundamento de validade.

Nesse particular, as alterações no regime das incapacidades, devem ser compreendidas de modo a oferecer, de um lado, o pleno exercício da autonomia privada das pessoas portadores de deficiência e, de outro, a sua proteção jurídica pelo Estado, de modo a protegê-la de prejuízos que sua desigualdade natural possa acarretar aos seus direitos.

Em consequência disso, os instrumentos jurídicos de proteção da pessoa com deficiência não podem ser interpretados como forma de discriminação ilícita, pois visam exatamente, dar apoio ao livre exercício dos direitos da pessoa humana, garantindo a realização segura de sua autonomia privada.

A segurança jurídica, portanto, como fundamento de todo o sistema, ainda que não invocada na elaboração da norma, deverá ser observada na sua interpretação e aplicação. O Estatuto da Pessoa com Deficiência com suas disposições modificativas da legislação civil, deverá, em decorrência, atender ao preceito da igualdade material, conferindo de um lado, a liberdade para atuar na vida civil, de outro a proteção jurídica do titular dessa liberdade.

O desrespeito a essa verdade, sujeitará o nosso sistema à patologia da inconstitucionalidade, lembrando que a incorporação da Convenção de Nova York se deu como norma material e formalmente constitucional.

Em verdade, a nossa interpretação, é que o Estatuto pretendeu eliminar a previsão genérica da deficiência como hipótese objetiva de incapacidade. Ou seja, desatrelou-se a deficiência do conceito de incapacidade. E isso tem um objetivo claro: a eliminação da interdição total ou completa da pessoa por motivo de enfermidade ou deficiência mental.

A novidade legislativa consiste em afastar-se do ordenamento jurídico, a concepção objetiva de que a presença de deficiência retira de forma automática, a capacidade de autodeterminação do sujeito.

Esta finalidade encontra-se nitidamente demonstrada no Parecer 266/2015, do Relator do Projeto na Casa Revisora, o Senador Romário (PSB-RJ), ao esclarecer que as disposições contidas nos arts. 6.º, 84 e 114 do Projeto têm como cerne “o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. As-

sim, a deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade”. E acrescenta: “Considerar que a deficiência, e não a falta desses outros elementos, justifica qualquer limitação de direitos é institucionalizar a discriminação. Esse paradigma proposto pelo SCD rompe com uma cultura de preconceitos e estigmas impostos às pessoas com deficiência, principalmente intelectual. Mesmo nessas hipóteses extremas, a curatela afetará, tão somente, os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, na redação proposta pelo art. 85 do SCD”.¹⁹

Conclui, portanto, o relator do Projeto, em caráter esclarecedor que: “O valor desses dispositivos reside em desvincular a associação imediata entre deficiência e incapacidade civil ou política, sem afastar a possibilidade de apoio para o exercício da capacidade legal para praticar os atos da vida civil, caso isso seja necessário, com ou sem deficiência, oferecendo salvaguardas contra possíveis abusos”.

Na sessão plenária que aprovou o Projeto na Casa Revisora por 50 votos a 0, o Senador Ronaldo Caiado (DEM-GO), manifestou-se: “Este texto aprovado, tenho certeza, na noite de hoje, altera o Código Civil, para desvincular a associação imediata entre deficiência e incapacidade civil. É também uma demanda e uma luta de todas essas pessoas atendidas neste projeto relatado pelo Senador Romário.”²⁰

Portanto, o que se vê e conclui, é a positivação da presunção doutrinariamente aceita na vigência do CC/1916: a capacidade é a regra, a incapacidade a exceção. Em outros termos, o Estatuto expressa a regra de que a capacidade legal deve ser presumida.

Isto não significa, no entanto, que a incapacidade natural do sujeito deva ser ignorada, sob pena de se colocar em risco os direitos da pessoa com deficiência, afrontando assim os valores humanos previstos na Convenção de Nova York.

19. Relatório apresentado pelo Parecer 266/2015 pelo Senador Romário – PSB/RJ ([www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1]. Acesso em: 02.03.2016).

20. Manifestação do Senador Ronaldo Caiado (DEM-GO), na sessão plenária do Senado em 10.06.2015 (disponível em: [<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/06/2015&paginaDireta=0025>]. Acesso em: 02.03.2016).

Essa conclusão é facilmente percebida pela manutenção da hipótese prevista no inc. III, art. 4.º do CC/2002, dispondo serem relativamente incapazes, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Aliás, essa limitação natural, importa na necessidade de nomeação de curador ao relativamente incapaz, que não pode exprimir sua vontade, conforme previsto no inc. I, do art. 1.767 do CC/2002.

Portanto, intencionalmente redundante, enfatizamos que a deficiência não é mais motivo para a decretação de incapacidade do sujeito de maneira objetiva. A incapacidade legal por motivos de limitação da consciência confunde-se, agora, com a incapacidade natural, ou seja, o elemento necessário para a formação do negócio jurídico. Em outras palavras, mantém-se a exigência do discernimento, que nada mais é do que a aptidão para manifestar a vontade de forma livre e consciente, afastada de qualquer confusão, que demonstre o querer agir e conhecer os efeitos da ação.

O sujeito que não conseguir manifestar, por qualquer meio, sua vontade subjetiva, seja por motivo de deficiência ou não, estará sujeito ao regime da curatela, na forma do inc. I, do art. 1.767 do CC/2002.

Lembramos que a utilização de tecnologias que possibilitam a comunicação da vontade pelo sujeito limitado em suas capacidades naturais, permitem o pleno exercício da autonomia privada, devendo o direito reconhecer a dignidade da pessoa e coibir práticas discriminatórias em razão, tão somente, da deficiência. É isso que a lei quer dizer por reconhecimento da capacidade legal prevista nos arts. 83 e 84 do Estatuto. Exemplo, sempre lembrado, é a história de vida do físico Stephen Hawking, muito bem interpretada no filme *The Theory of Everything* (no português: *A teoria de tudo*), dirigido por James Marsh.

5. A QUALIFICAÇÃO NOTARIAL E A NOVA LEGISLAÇÃO

Qualificar, nas sábias palavras do Desembargador paulista Ricardo Dip, é “ter uma dada qualidade em ordem a determinado fim. Qualificar é reconhecer num sujeito determinado (que alguns chamam de objeto material) os predicados (ou qualidade) para atingir certos fins”.²¹

Para o mesmo autor, citando Abbagnano e Lalande: “Estar qualificado por ou ser qualificado para alguma coisa é ‘possuir a capacidade ou competência, isto é, a qualidade disposicional para efetuar uma dada tarefa ou alcançar um

21. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Irib, Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 167.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. A qualificação notarial após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 319-343. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

dado escopo', é 'ter qualidade, possuir títulos ou as características que dão o direito, civil ou moral, de agir de uma certa maneira, que tornam 'hábil' (em sentido jurídico) a exercitar uma faculdade".²²

Na mesma direção de pensamento, Luiz Egon Richter afirma: "Qualificar é algo mais profundo do que simplesmente examinar ou verificar um objeto, pois o exame e a verificação ficam no campo da contemplação. A verificação é o início do caminho que deve levar à análise do mérito jurídico do título, com a finalidade de deferir ou não a lavratura da escritura pública ou o registro do título".²³ E arremata: "A função qualificadora do Notário tem na intervenção pela autenticidade do negócio jurídico o seu momento nobre, fazendo com que a vontade das partes seja enquadrada no mundo jurídico de forma válida e segura".²⁴

Há muito tempo a função notarial deixou de ser meramente redatora para abranger a função de assessoria jurídica das partes em relação aos atos que queiram ou devam dar a forma pública. Portanto, a função notarial é jurídica, consistindo em dar validade e eficácia aos atos e negócios jurídicos privados, conferindo a certeza e segurança necessárias à estabilização das relações jurídicas entre particulares.

Para Ricardo Dip, "Ofício de jurista é dizer a execução de trabalho – ou de dever – que versa o direito; ser jurista, em síntese, é ser 'alguém do direito', o que se ocupa de saber o direito".²⁵ E, complementa: "O notário, enquanto jurista, inclina-se a determinar a *res iusta*, e, na sequência, documentando-a com a qualidade da fé pública, tende a prevenir conflitos, o que faz emergir a prevalência da busca da *res certa*".²⁶

Essa qualidade especial anima a existência de um valor muito afeito a essa função: o princípio da juridicidade. Em decorrência desse vetor axiológico, Leonardo Brandelli afirma que: "O tabelião é um assessor jurídico das partes em relação aos atos aos quais estas lhe requerem a lavratura. Deve o notário receber a vontade das partes, avaliando-a, certificando-se de que está a mesma livre de vícios, livrando-a de qualquer ilicitude, esclarecendo às partes sobre o alcance jurídico de seus atos, sobre a possibilidade do atendimento do que

22. Idem, ibidem.

23. RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: IRIB, Fabris, 2004. p. 189.

24. Idem, p. 210.

25. DIP, Ricardo Henry Marques. *Prudência notarial*. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 28.

26. Idem, p. 33.

fora solicitado, bem como sobre a eficácia jurídica que terá o ato, se realizado. Deve ainda informar as partes de outra possível forma, se houver, para melhor atingir o resultado”.²⁷

O mesmo autor, afirma que a função notarial bifurca-se em dois momentos distintos: o primeiro é o da polícia notarial, em que o tabelião exerce a polícia jurídica dos atos que preside, conformando-os com o direito; o segundo é o da juridicidade da função notarial que determina ao notário que zele pela correta manifestação de vontade das partes.²⁸ E acrescenta: “O notário, no exercício de sua função, deve proporcionar a livre e correta manifestação de vontade das partes que participam do negócio jurídico instrumentalizado notarialmente. Deve assim zelar para que a vontade manifestada o seja livre de vícios que possam macular tal vontade”.²⁹

A função notarial também é informada pelo princípio da cautelaridade que “está intimamente ligada ao fundamento da existência do direito notarial e da própria função notarial, que é a intervenção estatal, por meio de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do direito, proporcionando o cumprimento adequado deste, e evitando o surgimento do conflito de interesses”.³⁰

De fato, a missão de prevenção de litígios faz parte da própria razão de ser da função notarial, configurando-se na “Magistratura da paz jurídica”, na visão de Monastério, essencial para a manifestação normal do direito (justiça reguladora em face da justiça reparadora dos juízes).³¹ Portanto, a função notarial, diferente da jurisdicional, é exercida dentro do âmbito da realização ordinária e normal do direito.

O notário exerce, por natureza, um verdadeiro ministério de prudência jurídica, representado muito bem nas lições do notário uruguaio Rufino Larraud, ao afirmar: “La función notarial es, por naturaleza y de modo cabal, menester de prudencia; lo es más definidamente que la de otros operadores del derecho,

27. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 128.

28. *Idem*, p. 128 e 130.

29. *Idem*, p. 130.

30. *Idem*, p. 132.

31. LARRAUD, Rufino. *A evolução do direito notarial*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registro imobiliário: temas atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2012. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Registral, vol. 2, p. 533.

precisamente por el sentido cautelar, precautorio, que domina en todas sus manifestaciones”.³²

A prudência, segundo Ricardo Dip, é virtude, porque é hábito que dispõe a operar bem (diversamente, o vício que é hábito de agir mal).³³

O notário, portanto, como profissional jurídico que é, deve conhecer não somente as normas de direito que regulam os negócios jurídicos com que trabalha, mas possuir um saber jurídico prático, consistente em bem empreender o seu conhecimento de modo a produzir o que é certo, o que é justo (dar a cada um o que é seu), objetivando num primeiro momento o bem dos indivíduos envolvidos, e numa escala maior, o bem superior da sociedade.

Nesse sentido, extremamente propícia a lembrança de Ricardo Dip, ao último dos discursos proferido pelo Papa Pio XII, em 05.10.1958, aos participantes do V Congresso Internacional do Notariado Latino: “O notário sabe (...) que nenhum enunciado jurídico consagre cobrir perfeitamente os dados de um caso determinado. Quantas vezes não é levado o notário a suprir seu silêncio ou ambiguidade. Em algumas ocasiões, ultrapassará francamente a letra da lei para conservar melhor a intenção. Porque as leis mesmas não são um absoluto; cedem lugar à consciência reta e bem formada, e precisamente se reconhece o verdadeiro homem de leis, seja juiz, advogado ou notário, na competência que aporta à interpretação dos textos em relação ao bem superior dos indivíduos e da comunidade”.³⁴

No entanto, o resultado virtuoso decorrente da prudência notarial, depende em muito da liberdade jurídica e da responsabilidade que são atribuídas ao notário pelo ordenamento. No Brasil, infelizmente, por razões históricas e sociais, a função notarial não encontra terreno fértil para o seu pleno desenvolvimento, como ocorre em outros países do sistema romano-germânico.

Por aqui, ainda ocorrem muitos equívocos no que tange à natureza jurídica da função notarial, à qualidade de profissional jurídico do notário e a necessária liberdade para exercer seu juízo prudencial na missão de dar a cada um o que é seu, na esfera voluntária da realização dos direitos. Por isso, não raras vezes é confundido como um mero burocrata, batedor de carimbos que para nada serve. Na melhor das intenções, é visto como um mero auxiliar da justiça, subserviente à estrutura administrativa do Poder Judiciário, sujeito à realizar tão somente aquilo que lhe é determinado ou permitido.

32. LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966. p. 138.

33. DIP, Ricardo Henry Marques. *Op. cit.*, p. 71.

34. Papa PIO XII. *Pour célébrer*; item 6. In: DIP, Ricardo Henry Marques. *Op. cit.*, p. 94.

Carece, ainda, o notário brasileiro, da liberdade para desenvolver toda a sua capacidade prático-jurídica como verdadeiro Magistrado da Paz Social idealizado há mais de um século por Monastério.

Essa incompreensão atinge, principalmente, o legislador brasileiro, que enxerga a função notarial como entrave burocrático para a plena realização dos direitos individuais. Imbuída desse preconceito, a regra disposta no art. 83 e parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência, *in verbis*:

“Art. 83. Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer a sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no *caput* deste artigo constitui discriminação em razão da deficiência”.

A fim de compatibilizar o disposto na regra mencionada, com a lógica do sistema jurídico e os valores internacionais da Convenção de Nova York, outra não pode ser a interpretação, que não a proibição de atitudes intencionalmente preconceituosas, como, por exemplo: negar ou dificultar o atendimento a pessoa deficiente alegando não possuir acessibilidade mínima exigida em lei; cobrar valores excedentes não previstos em tabela, alegando necessidade de maior tempo e atenção a pessoa deficiente, entre outras hipóteses de mesma natureza.

As disposições legais, cujo cumprimento é de observação obrigatória pelo notário, mormente aquelas que, apresentando-se como condições diferenciadas, têm por objetivo reduzir a condição de desigualdade, estabelecendo a igualdade material ao portador de deficiência, não podem jamais caracterizar discriminação em razão de deficiência.

Aliás, a interpretação que propomos atende aos preceitos contidos no § 3.º do art. 2.º da Convenção de Nova York, nos seguintes termos: “Para os propósitos da presente Convenção: (...) ‘Discriminação por motivo de deficiência’ significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; (...)”.

Sobre a adaptação razoável, lembremos o que dispõe a Convenção, ao afirmar: “Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando re-

queridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Portanto, a discriminação em razão da deficiência exige o propósito específico de impedir ou dificultar o pleno exercício dos direitos humanos da pessoa com deficiência, ou seja, propósito de prejudicá-la em seus direitos. O cumprimento de normas jurídicas que tutelam o indivíduo amparado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência configura adaptação razoável do sistema.

O conceito de adaptação razoável, verdadeiro vetor axiológico da Convenção de Nova York, também pode ser transportado para a esfera jurídica, ou seja, as normas podem ser adaptadas de forma diferenciada para atender às necessidades da pessoa com deficiência, colocando-a em estado de igualdade material com as demais.

Assim, a qualificação notarial nada tem de ilegítima, quando resulta na negativa da lavratura de atos notariais em que compareça pessoa que não tenha condições de manifestar pessoalmente sua vontade, de forma livre, consciente e desimpedida. Muito pelo contrário, não podendo a pessoa exercer a autodeterminação sobre seus bens e direitos, torna-se vulnerável diante da vontade alheia, e a negativa do ato se dá por conta da ausência da vontade e não da deficiência.

Impedir a violação dos direitos daquele que não tem condições de conhecer as consequências dos atos que pratica, é função acautelatória do notário. Retirar isso, significa reduzir a função notarial à mera atividade burocrática de formação de documentos, ferindo gravemente o art. 236 da Constituição da República, que exige o caráter privado da função jurídica notarial. É dizer, a Constituição opta por um notariado nacional do tipo latino, que se caracteriza primordialmente por ser “profissão jurídica independente”.

Por essas razões, entende-se que, nada obstante as alterações legislativas introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se modifica a qualificação notarial no que tange às pessoas desprovidas de discernimento, seja por motivo de deficiência ou outro qualquer.

Quando a causa da ausência do discernimento for uma deficiência, não poderemos dizer que a pessoa é incapaz porque é deficiente, mas porque se enquadra na hipótese do inc. III do art. 4.º do CC/2002.

O reconhecimento da capacidade civil plena, prevista no Estatuto, deve estar em consonância com a previsão na Convenção de Nova York e nos objetivos esposados pelo Relator do Projeto no Senado Federal, como vimos no início deste trabalho.

Assim, o conceito de capacidade civil plena significa o obrigatório reconhecimento da capacidade civil do sujeito, toda vez que a deficiência não afetar sua aptidão natural para manifestar a vontade livre e consciente. Se a deficiência causar a falta de discernimento, necessitará da nomeação de curador na forma do art. 1.767, I do CC/2002, sem interdição completa do indivíduo, que é relativamente incapaz.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, conhecida como Convenção de Nova York, veio estabelecer um marco significativo na evolução do reconhecimento dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Por se tratar de previsão de novos direitos e garantias individuais, são normas materialmente constitucionais. Ao ingressar em nosso ordenamento jurídico na forma do § 3.º do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, ganha o *status* de norma formalmente constitucional. Por isso, relevante conhecermos seu *status* de norma material e formalmente constitucional, que não poderá ser suprimida por emenda à Constituição.

Isso revela seus efeitos radiantes para todo o ordenamento jurídico, importando na inconstitucionalidade da legislação que com ela conflita.

A Lei 13.146/2015 veio tardiamente suprir a ausência de uma legislação nacional que conferisse direitos e dignidade às pessoas com deficiência. E isso revela sua importância.

No entanto, considerado o fato de o projeto ser resultado da reunião de várias propostas que eram discutidas simultaneamente na Câmara dos Deputados e, a urgência que foi revisto no Senado Federal, entendemos que algumas regras que trataram da capacidade civil ficaram deslocadas no sistema.

Isso não impede, no entanto, que os intérpretes e aplicadores do direito compatibilizem essas regras com o sistema, de modo a aproveitá-las ao máximo, dando sentido lógico e racional que faltou no momento de sua elaboração.

Para tanto, basta o jurista direcionar sua bússola para o norte que é a Convenção de Nova York, para obter os melhores efeitos possíveis, com vista à ponderação dos valores essenciais conferidos por este estatuto internacional às pessoas com deficiência: o direito a liberdade e autodeterminação de um lado e, de outro, a proteção jurídica necessária para igualá-las substancialmente às demais pessoas.

Como conclusão dessa operação, no que diz respeito à função qualificadora exercida pelo notário, é forçoso reconhecer que em nada se altera a lavratura

de atos notariais de pessoas desprovidas de discernimento, por lhes faltar o elemento essencial para a criação da relação jurídica patrimonial.

Esse pensamento está de acordo com a “vontade do legislador” aferido pela pesquisa realizada nos registros do trâmite do projeto constantes do *site* do Senado Federal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. II.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. vol. 7.
- _____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. vol. 1.
- DIP, Ricardo. *Prudência notarial*. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.
- _____. *Registro de imóveis. Vários estudos*. Porto Alegre: Irib, Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- _____. A evolução do direito notarial. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registro imobiliário: temas atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2012. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Registral, vol. 2.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Ed., 2005. vol. 1.
- RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib, Fabris, 2004.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953. vol. 1.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. 1
- _____. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro, de Renato Luís Benucci – *RDI* 74/239 (DTR\2013\3824);
- As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de Maurício Requião – *RDCC* 6/37 (DTR\2016\436);
- Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do poder judiciário, de Rafael Maffini – *RDI* 79/179 (DTR\2016\23); e
- Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil, de Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Lígia Coelho Mathias – *RDPriv* 66/57 (DTR\2016\4447).



ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REFLEXÕES APLICADAS AO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

*STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITY:
REFLECTIONS ABOUT NOTARIAL AND REGISTRAL LAW*

LUCIANO LOPES PASSARELLI

Mestre e Doutor em Direito Civil (PUC-SP). Membro da ABDRI – Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. Oficial de Registro de Imóveis em Batatais-SP.
lucianolopes.passarelli@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil; Internacional

RESUMO: O autor analisa em sede de primeiras reflexões a aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Notarial e Registral.

ABSTRACT: Autor analyzes in first reflections the applications of the Statute of the Person with Disability in Notarial and Registral Law.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência – Direito Notarial – Direito Registral.

KEYWORDS: Statute of the Person with Disability – Notarial and Registral Law.

SUMÁRIO: 1. Aspectos Introdutórios – 2. Panorama geral – 3. Definição – 4. Acessibilidade – 5. Acessibilidade virtual – 6. Atendimento às pessoas com deficiência – 7. Empreendimentos habitacionais – 8. Capacidade civil – 9. Igualdade formal ou substancial? – 10. Capacidade civil ou legitimação? – 11. Incapacidade civil relativa? – 12. Processo de tomada de decisão apoiada – 13. Conclusão – 14. Referências bibliográficas.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, consubstanciado na Lei 13.146/2015, e editado com vistas a dar concretude em nosso ordenamento infraconstitucional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo alternativo, da Organização das Nações Unidas, já inserida no nosso sistema constitucional por força do Dec. Leg. 186/2008 e do Dec. 6.949/2009, tudo de acordo com o procedimento do art. 5.º, § 3.º, da nossa Carta Maior, constitui uma verdadeira revolução de modo geral no trato ju-

rídico das questões atinentes às pessoas com deficiência e, especialmente, no que interessa mais de perto ao direito notarial e registral, nos temas atinentes à capacidade civil, além de temas como o atendimento que deve ser prestado por esses profissionais.

Neste estudo nosso objetivo é singelo: elaborar as primeiras reflexões sobre seus reflexos na atividade notarial e registral, notadamente em face do seu art. 83, que disciplina que “os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade”, prevendo seu parágrafo único que “o descumprimento do disposto no *caput* deste artigo constitui discriminação em razão de deficiência”.

O que mais chama nossa atenção é o dever de “reconhecer capacidade legal plena” às pessoas portadoras de algum *déficit cognitivo*, aplicando esse dispositivo, mas sem esquecer que a função primordial dos notários e registradores é outorgar publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos.¹

Por essa razão, talvez nossa abordagem se mostre um pouco diversa da que um civilista “puro”, com o perdão da expressão, provavelmente fará de alguns institutos, porque vamos tentar refletir sob o ponto de vista do profissional do direito, notário e registrador, que terá que aplicar esse dispositivo em suas lides diárias, com prováveis momentos de dúvidas e perplexidades, pois o novo sistema de capacidade civil, segundo nos parece, não é simples de ser interpretado e aplicado.

Vejamos isso com um pouco mais de vagar.

2. PANORAMA GERAL

Telma Aparecida Rostelato² faz um rápido resumo da evolução da legislação protetiva da pessoa portadora de deficiência, relatando que no Código de Hammurabi há caso de um ladrão que foi convocado a restituir o que havia sido roubado de um surdo.

No Livro VIII, Estância 394, na primeira legislação da Índia, há determinação de isenção de impostos para pessoas portadoras de certas deficiências.

Na Lei das Doze Tábuas encontramos preceito segundo o qual a pessoa idosa ou doente que estivesse impedida de andar, caso fosse citada para com-

1. Art. 1.º da Lei 8.935/1994.

2. ROSTELATO, Telma Aparecida. Portadores de deficiência e prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2009. p. 66.

parecer em Juízo, teria direito a que o autor da ação lhe fornecesse um cavalo ou um carro para o deslocamento.

E na Bíblia, no Velho Testamento, livro de Levíticos 19.14, temos preceito normatizando que “não amaldiçoarás o surdo, nem porás tropeço diante do cego”.

Segundo Vinicius Gaspar Garcia, há “registros de homens com deformidades físicas que viveram na chamada Pré-História ou que trabalhavam no Egito Antigo. Ou seja, a ocorrência da deficiência é um fenômeno inerente à condição humana, tanto no passado como na atualidade”.³

Modernamente, surgiram a Declaração de Direitos do Deficiente Mental e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, ambas oriundas da Organização das Nações Unidas (ONU), a primeira de 1971 e a segunda de 1975.

Temos que fazer referência também à Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, realizada na Guatemala, e que foi aprovada pelo Congresso Nacional no Brasil pelo Dec. Leg. 198/2001, e promulgado pelo Dec. 3.956/2001.

O marco constitucional brasileiro se deu com a EC 12/1978, que trouxe previsão de que ninguém seria prejudicado ou privilegiado em razão de deficiência física ou mental, e que lei complementar ampararia de modo especial os deficientes de forma a integrá-los na comunidade.

A Lei 13.146, de 06.07.2015, instituiu entre nós a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ou, mais singelamente, “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

É importante frisar que ela tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo realizada em Nova Iorque, Convenção esta ratificada entre nós pelo Dec. Leg. 186, de 09.07.2008, entrando em vigor no plano externo para o Brasil em 31.08.2008, e promulgada pelo Dec. 6.949, de 25.08.2009, entrando em vigor na mesma data no plano interno, o que lhe empresta força de Emenda Constitucional, a teor do disposto no art. 5.º, § 3.º, da nossa Carta Magna.

Vê-se, assim, que muitos aspectos que agora são objeto do novo Estatuto já estavam em vigor no Brasil, e com dignidade de Emenda Constitucional.

O objetivo maior da Convenção, declarado em seu art. 1.º, é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos huma-

3. GARCIA, Vinicius Gaspar. Pessoa com deficiência. In: LAGRATA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). Dicionário de direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 806.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 345-385. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

nos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Ela se insere, portanto, no contexto dos direitos humanos fundamentais, e a Convenção referida proclama, em seu Preâmbulo, que as pessoas com deficiência devem exercer seus direitos e liberdades fundamentais sem discriminação, de forma plena, posto que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e se inter-relacionam.

Logo em seu art. 1.º o novel Estatuto declara a que veio: assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, com dignidade (art. 10).

Esses objetivos alinham-se à definição de pessoa com deficiência (art. 2.º), como sendo aquela portadora de impedimento de longo prazo que, em interação com uma ou mais barreiras, possam obstruir sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Daí o objetivo perseguido de garantir essa participação com igualdade.

Consideramos este um dos princípios essenciais do novel estatuto: exercício, ou seja, capacidade de exercer atos tendentes à concretização dos seus direitos e liberdades fundamentais, seja o impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. E isso, repise-se, em condições de igualdade com as demais pessoas.

Tudo em linha com a Carta Política de 1988, que tratou de prever os direitos das pessoas portadoras de deficiência em vários artigos, demonstrando a importância do tema para o constituinte. Assim, por exemplo, previu a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7.º, XXXI); disciplinou a competência comum dos Entes federativos para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II), bem como a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV); previu a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definição dos critérios de admissão (art. 37, VIII); a assistência social para garantir a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV), bem como a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, V).

Pelo novel estatuto, não serão tolerados qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança.

Esses elementos são os que o Estatuto denomina de “barreiras” (art. 3.º, IV), advertindo o Estatuto também contra a prática de qualquer tipo de discriminação contra a pessoa portadora de deficiência, definindo-a como toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas (art. 4.º).

Para superar tais barreiras, devem ser ofertadas “ajudas técnicas”, que são os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida, conforme se vê do art. 61 do Dec. 5.296, de 02.12.2004, regulamentador das Leis 10.048/2000 e 10.098/2000.

Vale citar também o art. 2.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da ONU, que estabelece que “discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Já “adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.⁴

Saudamos e aplaudimos a nova Lei, lembrando sempre que ela deriva da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de Nova Iorque, que já estava em vigor no Brasil.

4. Art. 2.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. p. 345-385. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

No entanto, embora traga inegáveis avanços, o novo Estatuto gera também algumas perplexidades no âmbito do Direito Civil e, por consequência, alcançando o Direito Notarial e Registral, demandando algumas reflexões como veremos na sequência deste trabalho.

3. DEFINIÇÃO

O Estatuto define a pessoa com deficiência como sendo aquela portadora de impedimento de longo prazo que, em interação com uma ou mais barreiras, possam obstruir sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme se vê do seu art. 2.º.

Essa definição vem em linha com a oferecida pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Res. 447, de 09.12.1975, como sendo “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”.⁵

No entanto, é importante colacionar a afirmação constante do Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da Organização das Nações Unidas⁶ (ONU), de que a “deficiência é um conceito em evolução”, posto que ela na verdade resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Por isso deficiência não é um conceito apenas físico, mas também social, ou resultante da forma como a pessoa portadora de deficiência consegue ou não participar plenamente da vida em sociedade, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

É um conceito em evolução, além disso, e ainda conforme a Convenção, porque há grande diversidade entre as pessoas com deficiência, e certamente grande diversidade de tipos de deficiência.

O Estatuto usa a expressão “pessoa com deficiência”, enquanto a Constituição de 1988 utiliza “pessoa portadora de deficiência”. Nos dias atuais, nota-se

5. ROSTELATO, Telma Aparecida. Op. cit., p. 23.

6. Convenção esta ratificada entre nós pelo Dec. Leg. 186, de 09.07.2008, entrando em vigor no plano externo para o Brasil em 31.08.2008, e promulgada pelo Dec. 6.949, de 25.08.2009, entrando em vigor na mesma data no plano interno, o que lhe empresta força de Emenda Constitucional, a teor do disposto no art. 5.º, § 3.º, da nossa Carta Magna.

uma tendência pela utilização da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”, terminologia que destacaria uma mera desvantagem circunstancial, sem uma carga de conotação negativa que a expressão “deficiência” carregaria.

Ressalte-se que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo utiliza “pessoa com deficiência”, em uma personalização que tem força e natureza de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Carta Maior. “Pessoa com deficiência” é expressão que, em giro linguístico, busca personalizar o portador de deficiência, posto que esta não o define. A deficiência é apenas uma circunstância como todos têm suas circunstâncias, e não é definidora da própria pessoa.

Cumpre apontar aqui também o Dec. 3.298, de 20.12.1999, regulamentador da Lei 7.853/1989, que no seu art. 3.º define deficiência como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Define também o que seja deficiência “permanente”, como sendo aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

Já a “incapacidade” é uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Oferece, ainda, a definição de “deficiência física”, como sendo a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

No art. 5.º, § 1.º, II, do Dec. 5.296/2004, regulamentador da Lei 10.048/2000, temos uma definição de “mobilidade reduzida”, como sendo a que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

Também são consideradas pessoas com mobilidade reduzida as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, gestantes, lactantes e pessoas com criança de colo (§ 2.º do mesmo dispositivo citado).

Já a “deficiência mental” é definida como o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos 18 anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização dos recursos da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho.

Acrescenta ainda que “deficiência múltipla” é a associação de duas ou mais deficiências.

Encontramos também no art. 5.º do Dec. 5.296/2004, regulamentador da Lei 10.048/2000, que a “deficiência auditiva” é a perda bilateral, parcial ou total, de 41 decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz.

A deficiência visual, a seu turno, é a cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores.

Vejam os aspectos desse tema aplicáveis aos notários e registradores.

4. ACESSIBILIDADE

O Estatuto estabelece no seu art. 3.º, I, que a acessibilidade diz respeito à possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O Estatuto não deixou de apontar que as adaptações para atendimento a pessoas portadoras de deficiência são pautadas pelo critério da razoabilidade, definindo em seu art. 3.º, VI, “adaptações razoáveis” como sendo aquelas que promovem as modificações e os ajustes necessários e adequados, mas que não acarretem ônus desproporcionais e indevidos. Nessa linha de ideias, deverá ser examinado o caso concreto, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar e exercer seus direitos e liberdades fundamentais, em condições de igualdade e oportunidade com as demais pessoas.

No entanto, a recusa em realizar as adaptações razoáveis é considerado forma de discriminação (art. 4.º).

É importante notar que o Estatuto também prescreve que o idoso, a gestante, a lactante, pessoa com criança de colo e obesos são igualmente consideradas pessoas com mobilidade reduzida, não se restringindo aqui, portanto, a pessoas com deficiência, conforme previsão do seu art. 3.º, IX, que prescreve, *verbis*: “Pessoa com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso”.

No caso do Estado de São Paulo, as normas da Corregedoria-Geral da Justiça, a par de exigir em geral que os notários e registradores disponibilizem adequada e eficiente prestação do serviço público notarial ou de registro, mantendo instalações, equipamentos, meios e procedimentos de trabalho dimensionados ao bom atendimento, bem como número suficiente de prepostos, prevê no item 20 do capítulo XIII, letra g, que deve ser oferecida “fácil acessibilidade aos portadores de necessidades especiais, mediante existência de local para atendimento no andar térreo (cujo acesso não contenha degraus ou, caso haja, disponha de rampa, ainda que removível); rebaixamento da altura de parte do balcão, ou guichê, para comodidade do usuário em cadeira de rodas; destinação de pelo menos uma vaga, devidamente sinalizada com o símbolo característico na cor azul (naquelas serventias que dispuserem de estacionamento para os veículos dos seus usuários) e, finalmente, um banheiro adequado ao acesso e uso por tais cidadãos”.

Outro item que é importante ressaltar nesse tema é o art. 95 do Estatuto:

“Art. 95. É vedado exigir o comparecimento de pessoa com deficiência perante os órgãos públicos quando seu deslocamento, em razão de sua limitação funcional e de condições de acessibilidade, imponha-lhe ônus desproporcional e indevido, hipótese na qual serão observados os seguintes procedimentos:

I – quando for de interesse do Poder Público, o agente promoverá o contato necessário com a pessoa com deficiência em sua residência;

II – quando for de interesse da pessoa com deficiência, ela apresentará solicitação de atendimento domiciliar ou fará representar-se por procurador constituído para essa finalidade”.

Portanto, é dever dos notários e registradores diligenciar ao máximo para promover o contato com a pessoa com deficiência em sua própria casa, como ocorre com frequência na entrega de notificações, antes mesmo que seja apresentado requerimento de solicitação de atendimento domiciliar, mesmo que o ato seja de interesse da pessoa com deficiência. A pessoa, é claro, sempre poderá fazer-se representar por procurador.

5. ACESSIBILIDADE VIRTUAL

Outra disposição que não pode passar despercebida pelos notários e registradores é a previsão do art. 63 do Estatuto:

“Art. 63. É obrigatória a acessibilidade nos sítios da internet mantidos por empresas com sede ou representação comercial no País ou por órgãos de governo, para uso da pessoa com deficiência, garantindo-lhe acesso às informações disponíveis, conforme as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente.”

Embora os destinatários da norma sejam as “empresas com sede ou representação comercial no País ou órgãos de governo”, e de rigor notários e registradores não sejam nem uma coisa nem outra, trata-se de norma extremamente salutar, e acreditamos que deve ser observada no âmbito da implantação dos serviços de registro eletrônico referidos no art. 37 e seguintes da Lei 11.977/2009.

6. ATENDIMENTO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O atendimento às pessoas com deficiência deve ser de tal forma que não crie “barreiras atitudinais”, que são as atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas (art. 3.º, IV, *e*).

Além disso, deve ser prioritário, inclusive para o acompanhante ou atendente pessoal, regra essa constante do art. 9.º, II, sendo que essa prioridade não se esgota no atendimento pessoal em si, mas estende-se à tramitação procedimental-administrativa nas quais a pessoa com deficiência for parte ou interessada, em todos os atos e diligências (art. 9.º, VII), neste último caso não extensivo ao acompanhante ou atendente pessoal.

Nesse sentido, o art. 1.º da Lei 10.048/2000, com a redação dada pelo Estatuto, prescreve que “as pessoas com deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes, as pessoas com crianças de colo e os obesos terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei”.

De se lembrar aqui o art. 83, fio condutor das nossas reflexões neste trabalho, segundo o qual “os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade”.

O parágrafo único desse dispositivo prescreve que o “descumprimento do disposto no *caput* deste artigo constitui discriminação em razão de deficiência”.

E praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência é crime previsto no art. 88 do Estatuto, com pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

O item 88 do capítulo XIII das Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, letra *c*, deixa claro também que os notários e registradores devem atender as partes com respeito, urbanidade, eficiência e presteza, observando igualdade de tratamento e vedado qualquer tipo de discriminação.

É importante frisar que o respeito às pessoas com deficiência não é questão de um exercício de bondade, embora, por óbvio, essa seja uma atitude positiva para todas as relações humanas.

Mas no tema aqui abordado, o tratamento que deve ser dado às pessoas com deficiência é o mesmo devido a qualquer outra pessoa, daí a ênfase do Estatuto na “igualdade”. Trata-se do devido respeito ao princípio da dignidade humana, sem diferenciações, a ponto do Dec. 3.298/1999, que regulamentou a Lei 7.853/1989, deixar claro, em seu art. 5.º, que não se trata de oferecer “privilégios e paternalismos”, porque isso configura uma forma de condescendência que na verdade atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Muito ao revés disso, como inclusive a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da ONU frisa, na letra *m* do seu preâmbulo, reconhecer as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, com a promoção do pleno exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade, além de resultar no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade, trará para a sociedade como um todo um significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico, e contribuirá com a erradicação da pobreza.

A deficiência é, assim, apenas uma parte da diversidade humana e da humanidade.⁷

Por esse motivo o atendimento a pessoas com deficiência também deve ser diferenciado, como se vê do art. 6.º do Dec. 5.296, de 02.12.2004, regulamentador da Lei 10.048/2000, que estatui que deve haver assentos de uso preferencial, sinalizados, espaços e instalações acessíveis, e o mobiliário de recepção e atendimento obrigatoriamente adaptado a altura e à condição física de pessoas em cadeiras de rodas, conforme estabelecido nas normas técnicas da ABNT.

7. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, art. 3.º.

Deve também ser oferecido atendimento em Libras, e haver previsão de atendimento para pessoas surdo-cegas ou que não se comuniquem em Libras, bem como pessoal capacitado para atendimento de pessoas idosas, com deficiência visual, mental e múltipla.

Se houver área de embarque e desembarque, esta deverá conter espaço especial para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Ainda, deverá haver divulgação, em lugar visível, do direito de atendimento prioritário das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, e local de atendimento específico para elas. Por fim, é admitida a entrada e permanência de cão-guia junto com a pessoa com deficiência ou com o treinador. A única exigência que pode ser feita aqui é de exibição de carteira de vacinação atualizada do animal.⁸

8. A Lei Paulista 12.907/2008 disciplina esse tema nos arts. 80 a 85:

“Art. 80. É assegurado à pessoa com deficiência visual acompanhada de cão-guia o ingresso e permanência em qualquer local público ou privado, meio de transporte ou em qualquer estabelecimento comercial ou industrial, de serviços de promoção, proteção e cooperação de saúde, observado o disposto nos artigos 80 a 85.

Parágrafo único. Entende-se por deficiência visual aquela caracterizada por cegueira ou baixa visão.

Art. 81. Todo cão-guia portará identificação, e seu condutor, sempre que solicitado, deverá apresentar documento comprobatório de registro expedido por escola de cães-guia devidamente vinculada à Federação Internacional de Cães-Guia, acompanhado de atestado de sanidade do animal, fornecido pelo órgão competente, ou documento equivalente.

Parágrafo único. Os requisitos mínimos de identificação e a comprovação do treinamento do usuário do cão-guia deverão ser objeto de regulamentação.

Art. 82. Considerar-se-á violação aos direitos humanos qualquer tentativa de impedimento ou dificuldade de acesso de pessoas com deficiência visual acompanhadas de cães-guia a locais públicos, quaisquer meios de transportes municipais, estaduais, intermunicipais e interestaduais ou estabelecimentos aos quais outras pessoas têm direito ou permissão de acesso.

Parágrafo único. Nos locais elencados no *caput* deste artigo deverá ser assegurado o acesso, sem discriminação quanto ao uso de entrada, elevador principal ou de serviço.

Art. 83. Os estabelecimentos, empresas ou órgãos que derem causa à discriminação prevista no disposto nesta Seção, serão punidos com pena de interdição até que cesse a discriminação, podendo cumular com pena de multa.

Art. 84. É admitida a posse, guarda ou abrigo de cães-guia em zona urbana e em residências ou condomínios utilizados por pessoas com deficiência visual, sejam eles moradores ou visitantes.

Art. 85. Aos instrutores e treinadores reconhecidos pela Federação Internacional de Cães-Guia e às famílias de acolhimento autorizadas pelas escolas de treinamento fi-

Vale lembrar novamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da ONU, que estabelece em seu art. 2.º que toda forma que auxilie a comunicação deve ser utilizada, citando-se nominalmente as línguas (inclusive de sinais e outras formas de comunicação não faladas), a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis.

Outra forma de atendimento a portadores de deficiência visual, além do Braille, é a descrição e narração em voz de cenas e imagens (art. 53, III, do Dec. 5.296, de 02.12.2004, regulamentador das Leis 10.048/2000 e 10.098/2000).

Relativamente aos portadores de deficiência auditiva, em trabalho pioneiro a Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo (Anoreg-SP) disponibilizou, recentemente, um sistema de atendimento em Libras. Esse sistema foi divulgado pela Corregedoria-Geral no Comunicado CG 162/2016 (Processo 2014/125224).

O sistema está disponível no portal www.anoregsp.org.br pelo método de videoconferência, com um intérprete de Libras.

Assim, em geral, devem ser oferecidas tecnologias assistivas ou ajuda técnica. Em seu art. 3.º, III, o Estatuto define “tecnologia assistiva ou ajuda técnica” como sendo os “produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social”.

O objetivo do uso dessas tecnologias é superar as “barreiras nas comunicações e na informação”, definidas pelo Estatuto como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação” (art. 3.º, IV, *d*).

liadas à Federação Internacional de Cães-Guia serão garantidos os mesmos direitos do usuário previstos nos artigos 80 a 84 desta lei.

Parágrafo único. Entende-se por:

- 1 – treinador: aquela pessoa que ensina comandos ao cão;
- 2 – instrutor: aquele que treina a dupla cão-usuário;
- 3 – família de acolhimento: aquela que acolhe o cão na fase de socialização”.

A recusa ao fornecimento de tecnologias assistivas é considerada forma de discriminação pelo estatuto (art. 4.º).

É importante notar que o atendimento não se reduz ou se esgota no aparato tecnológico, devendo também haver a disponibilização de recursos humanos com o devido treinamento para tanto (art. 9.º, III).

Um aspecto que releva ressaltar no que tange ao atendimento “prioritário” é o tratado no item 88, capítulo XIII, das Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, que prescreve que na prestação dos serviços, os notários e registradores devem: (a) atender as partes com respeito, urbanidade, eficiência e presteza; (b) atender por ordem de chegada, assegurada prioridade a idosos, grávidas e portadores de necessidades especiais, exceto no que se refere à prioridade de registro prevista em lei.

Esta exceção referente à “prioridade de registro” decorre do fato de que, no Registro de Imóveis, pode haver a concorrência de títulos “contraditórios”, ou que pretendam constituir direitos contraditórios entre si. Aqui é importante ter em mente que é o registro que constitui, declara, transfere e extingue direitos sobre imóveis, *inter vivos* ou *mortis causa*, para que esses direitos adquiram validade contra terceiros e sejam disponíveis (art. 172 da Lei 6.015/1973).

E o direito que “chega primeiro” ao registro é que será garantido contra outros direitos eventualmente contraditórios, pois o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo (art. 1.246 do CC/2002), e valerá até que eventualmente seja retificado ou anulado (art. 1.247 do CC/2002).

Por essa razão, quando do ingresso de um título no registro de imóveis, a Lei 6.015/1973 prevê no seu art. 182 que “todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequência rigorosa de sua apresentação”.

Veja-se, portanto, que a Lei exige observância rigorosa da ordem de apresentação, que só pode ser garantida com igual rigor na observância da ordem de chegada dos apresentantes dos títulos.

Não se está a negar prioridade de atendimento aqui às pessoas que têm essa prioridade, porque a interpretação é que aqui não se trata de prioridade de pessoas, mas sim de prioridade de títulos.

Trata-se de uma prioridade *ratione materiae*.

Nesse momento é o título, e não a pessoa que é dele portadora, que tem prioridade.

Esse raciocínio vale apenas para as pessoas que estão na serventia com o fim de protocolar um título. Em todos os demais casos, como retirar o título já pronto ou devolvido, realizar o reingresso de título devolvido com exigências, pedir certidões, etc., deverá ser aplicada normalmente a prioridade de atendimento.

Aqui sim teremos uma prioridade *ratione personae*.

7. EMPREENDIMENTOS HABITACIONAIS

O Estatuto traz também regras a respeito dos empreendimentos habitacionais que, a nosso aviso, deverão ser objeto de qualificação por parte dos registradores quando da apresentação dos respectivos projetos para registro.

No art. 32 prescreve-se que nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, e o inc. I deste artigo estatui que deverá haver reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência.⁹

Os incisos seguintes determinam que em caso de edificação multifamiliar, deverá haver garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo e de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos, bem como disponibilização de equipamentos urbanos comunitários acessíveis.

Deverá haver, ainda, elaboração de especificações técnicas no projeto que permitam a instalação de elevadores.

O § 1.º esclarece que o direito de prioridade será reconhecido à pessoa com deficiência beneficiária apenas uma vez, e o § 3.º acrescenta que caso não haja pessoa com deficiência interessada nas unidades habitacionais reservadas, as unidades não utilizadas serão disponibilizadas às demais pessoas.

Todos esses aspectos são tão importantes que têm previsão na Carta Política de 1988, que prevê a eliminação de obstáculos arquitetônicos, e que a lei deverá dispor sobre normas de construção para garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, em seu art. 227, § 1.º, II, com a redação dada pela EC/1965, de 2010, e § 2.º do mesmo dispositivo.

Portanto, nossa conclusão é que os registradores deverão qualificar negativamente projetos habitacionais que não contemplem esses dispositivos.

9. No Estado de São Paulo, esse percentual é de 7%, nos termos do 63 da Lei Estadual 12.907/2008.

8. CAPACIDADE CIVIL

Glauber Salomão Leite, falando sobre o regime da capacidade civil do Código Civil de 2002, aduziu que “embora o Código Civil em vigor seja mais moderno que o revogado Código Civil de 1916, especialmente por ser calcado em nova principiologia, de socialidade, eticidade e operabilidade, é certo que, infelizmente, em relação à capacidade civil e, por conseguinte, à interdição e à curatela, pouco se avançou, apresentando-se nessa seara como diploma legal verdadeiramente ultrapassado”.

Por isso, continuou a dizer, notadamente com relação ao trato da incapacidade civil das pessoas com deficiência, que o “Código Civil se mostra em desconformidade com a CDPD,¹⁰ que, por sua vez, trata da capacidade da pessoa com deficiência em consonância com os princípios constitucionais”, prossegue dizendo que “destarte, somente uma profunda reforma legislativa para que sejam revistos os instrumentos de proteção à capacidade civil, de modo que se tornem realmente protetivos da pessoa com deficiência”.¹¹

Acreditamos que o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência veio ao encontro dos reclamos do citado autor, promovendo, sem dúvida, uma verdadeira revolução no tema “capacidade civil”.

O que é ser normal? Embora um pouco extensa, pedimos vênua para transcrever a lição de Nelson Rosenvald, muito pertinente para o tema ora sob estudo:

“(…) A aferição da efetiva existência de um transtorno mental é um dado que pertence aos saberes da Psiquiatria, sem necessária repercussão no campo da capacidade civil. Aliás, muito antes do Direito, a medicina já [havia] percebido que a tal ‘normalidade’ é um conceito enganoso. Em português comum, ser ‘normal’ significa ser saudável, perfeito. Matematicamente, contudo, ‘normal’ é apenas aquele que cai no centro de distribuição estatística de um parâmetro. E dada a complexidade do cérebro, dificilmente alguém matematicamente normal é também perfeitamente saudável. De acordo com as estatísticas dos Institutos Nacionais de Saúde dos EUA, aos menos 30% dos adultos sofrem, sofreram ou sofrerão de um transtorno de ansiedade em algum momento da vida, mais de 20% de depressão, mania ou bipolaridade, quase 20% de enxaquecas. Dos idosos com mais de 65 anos, 13% têm doença de

10. Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

11. LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. ed. digital.

Alzheimer, e entre aqueles com mais de 85 anos, 45%. Cerca de 9% dos adolescentes sofrem de algum grau de distúrbio de déficit de atenção, cerca de 9% de crianças e adultos têm algum distúrbio de personalidade (*borderline*, evitante ou antissocial). Cerca de 4% das pessoas sofrem ao menos um ataque epiléptico ao longo da vida, e 3% sofrem ao menos um AVC. Dos jovens adultos, 2% têm transtorno obsessivo-compulsivo, cerca de 1% da população tem algum grau de autismo (ou Síndrome de Asperger), outro 1% sofre de esquizofrenia. E um número enorme ainda escolhe destruir o próprio cérebro com drogas variadas. Enfim, em algum momento de nossas vidas teremos grandes chances de ‘encaixar’ nosso perfil a algum desses transtornos (...) a chance de alguém ser normal a vida toda, sem qualquer transtorno neurológico, é ínfima. De perto, ninguém é normal”.¹²

Assim, e ainda ecoando as lições de Nelson Rosenvald, certas deficiências psíquicas podem causar alguma privação na aptidão de praticar atos patrimoniais, sem reflexo na esfera existencial do indivíduo. Já outras podem produzir efeito contrário, dificultando ou até impedindo a autonomia da pessoa no plano das situações existenciais e da personalidade, e no entanto ela consegue ter inteligência das questões econômicas. E há os casos em que ambas as esferas são afetadas.

Por isso o Estatuto prescreveu a curatela “quando necessário” em seu art. 84, e restrita apenas às necessidades e circunstâncias de cada caso, de maneira proporcional e pelo menor tempo possível, já que é atentatório ao princípio da dignidade humana declarar-se uma pessoa plenamente incapaz para todos os âmbitos da sua vida, por um período indefinido. A restrição da esfera íntima da pessoa deverá se dar dentro do estritamente necessário, lembrando a referência do Estatuto de que sempre se deve assegurar a participação da pessoa com deficiência no maior grau possível de obtenção do seu consentimento (art. 12, § 1.º).

Daí que o Estatuto determinou que a capacidade civil se presume (art. 84), e qualquer restrição terá que ser feita em cada situação particular, em cada momento particular, sob um olhar multidisciplinar, não apenas baseado em um diagnóstico psiquiátrico, mas envolvendo a compreensão da deficiência por psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros e terapeutas ocupacionais, porquanto a saúde mental também é informada por componentes históricos, socioeconômicos, culturais, biológicos e psicológicos, de sorte que passa a ser inadmissível uma atribuição de incapacidade exclusivamente

12. ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 742.

pautada pela condição de saúde mental da pessoa, sendo o conceito de saúde mental “muito mais amplo do que o de ausência de enfermidades mentais. O cenário social exhibe uma multiplicidade de condições das pessoas que se distanciam das qualificações puramente médicas. Hoje não mais falamos de pessoas com enfermidade mental, mas pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial”.¹³

A capacidade civil é um direito fundamental derivado do princípio da dignidade humana.

Um dos objetivos destacados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo da ONU, na letra *n* do seu Preâmbulo, é o reconhecimento da importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.

O item 7 da Declaração de Direitos do Deficiente Mental da ONU, de 12.12.1971,¹⁴ dispõe o seguinte:

“Se, em virtude da gravidade da sua deficiência, certos deficientes mentais não puderem gozar livremente os seus direitos, ou se impuser uma limitação ou até a supressão desses mesmos direitos, o processo legal utilizado para essa limitação ou supressão deverá preservá-los legalmente contra toda e qualquer forma de abuso. Esse processo deverá basear-se numa avaliação das suas capacidades sociais feita por peritos qualificados. Essa limitação ou supressão de direitos deverá compreender o direito de recurso a instâncias superiores”.

O Estatuto inovou e muito na matéria de capacidade civil. O art. 3.º, que trata da incapacidade absoluta, ficou reduzido a uma única hipótese: os menores de 16 anos de idade.

Assim, a conclusão é de que as pessoas portadoras de deficiência mental são, doravante, capazes para todos os fins e efeitos de direito. O Estatuto traz em seu art. 6.º norma que talvez fosse até desnecessária, pois não deveria haver motivo para ressaltar atos que já estão incluídos na capacidade civil plena. No entanto, essa norma acaba exercendo papel didático e robustecendo o que se pretende dizer quando atribui-se aos portadores de deficiência mental capacidade civil plena, *verbis*:

13. *Idem*, p. 743.

14. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html]. Acesso em: 05.03.2016.

“Art. 6.º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I – casar-se e constituir união estável;

II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;

VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

O art. 4.º do CC/2002, que trata da incapacidade relativa, passou a ter a seguinte redação, alterado que foi pelo Estatuto:

“Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos”.

Uma pequena mudança na redação do parágrafo único trocou “índios” por “índigenas”.

Vemos então que o inc. III acima, com redação um pouco diferente, era causa de incapacidade absoluta, e agora é causa de incapacidade relativa, o que tem potencial para causar muitas perplexidades. Para ficar em um exemplo comum, como fica a pessoa hospitalizada em coma? Como ela vai ser assistida apenas no ato jurídico?

No entanto, a par de certas perplexidades, temos que o Estatuto merece aplausos porque evolui na aplicação do princípio da dignidade humana ao Direito Civil, ou, talvez melhor dizendo, reforça a leitura do Direito Civil sob as lentes constitucionais, robustecendo a ideia de que não é mesmo mais possível negar que o Direito Civil é Direito Civil Constitucional.

Por certo que qualquer ramo do Direito é constitucional, no sentido de que da Carta Maior derivam normas e princípios que a todos cabe observar, mas pensamos ser pedagógico falarmos em um Direito Civil Constitucional para reforçar que essa tradicional área do Direito, em nossos dias, está a superar o viés patrimonialista, e se voltando mais para as situações existenciais do ser humano.

Nessa linha, como já dito, o tema da “capacidade civil” se insere entre os direitos fundamentais do ser humano, por derivar inafastavelmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pelo novel Estatuto e as mudanças inseridas no Código Civil, verificamos que o instituto da curatela demanda agora um novo olhar, uma nova forma de entendê-lo e aplicá-lo. Não se trata mais de proteger e conservar o patrimônio de alguém “incapaz” mas, no dizer de Nelson Rosenvald, trata-se agora de “um modelo jurídico instrumentalizado à proteção e promoção das situações existenciais da pessoa humana” a ela submetida. Daí termos uma “personalização da curatela”, submetida ao “primado da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais incorporados ao bloco de constitucionalidade”.¹⁵

Daí que parece-nos que o vocábulo “interdição” não se aplica mais às pessoas com deficiência, posto que este instituto relaciona-se às hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa. Com relação às pessoas que não puderem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente (art. 4.º, III do CC/2002), lembramos que essa hipótese não está ligada em essência à questão de deficiência, bastando apontar novamente o exemplo da pessoa em coma.

Esse entendimento decorre inclusive da alteração que o Estatuto realizou no art. 1.768 do CC/2002, justamente suprimindo a palavra “interdição” e substituindo-a pela expressão “processo que define os termos da curatela”. Embora logo na sequência o art. 1.768 do CC/2002 tenha sido revogado pelo Novo Código de Processo Civil, isso não retira o aspecto doutrinário referente à mudança promovida pelo Estatuto.

Mas e a curatela? A nosso sentir, a curatela a que se refere o art. 84 do Estatuto não é sinônimo de interdição, mormente nessa nova leitura constitucional e à luz do Estatuto sob comento. Temos aqui que romper um paradigma hermenêutico. A curatela do Estatuto é um novo instituto.

Doravante, deve ser vista como um “instrumento jurídico instrumentalizado à proteção e promoção das situações existenciais da pessoa humana”¹⁶ a ela submetida.

Tanto que é restrita aos aspectos patrimoniais, posto que “as manifestações que concernem à vida familiar, sexual e ao espaço da intimidade do ser humano não se submeterão a decisões heterônomas. Nessas decisões, prevalecem as crenças e sentimentos que animam a pessoa, reserva a atuação do curador à esfera patrimonial”.¹⁷

15. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 733.

16. Idem, p. 735.

17. Idem, p. 746.

A nosso sentir, a curatela do Estatuto é uma “curatela especial”, à qual se aplicam subsidiariamente as regras da curatela geral do Código Civil. Trazemos em abono a essa afirmação o fato da nova redação do art. 1.767 do CC/2002 referir que a Curatela (a geral, do Código), aplica-se apenas às hipóteses da “incapacidade relativa” do art. 4.º do mesmo diploma legal, com exceção, claro, dos maiores de 16 e menores de 18 anos de idade.

Além disso, a “curatela geral” do Código Civil prevê em seu artigo que “a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado”, regra que ecoa no art. 757 do NCPC, que dispõe que “a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz”.

Essas regras, em nosso pensar, são incompatíveis com o art. 85, § 1.º,¹⁸ do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que reforça que trata-se de institutos diversos, com regime jurídico próprio.

Isso porque, a par da circunstância da pessoa não poder exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, o que a remete à incapacidade relativa, há situações em que a pessoa não consegue compreender o sentido e o alcance do ato jurídico prestes a ser praticado, muito embora consiga expressar sua vontade e se fazer entender. É nesse sentido (déficit cognitivo), a nosso ver, que o Estatuto se refere que, “quando necessário”, a pessoa será submetida a curatela.

Destarte, não estamos tratando nesse momento, insistimos, de incapacidade, ainda que relativa, mas de pessoas plenamente capazes que demandarão acompanhamento por curador. A nosso aviso, essa “curatela qualificada” trata do campo da “legitimação” para a prática de certos atos, e não de incapacidade, esta última dizendo respeito apenas à previsão do art. 4.º, III, do CC/2002, com a nova redação que lhe emprestou o Estatuto.

E o estatuto caminhou bem nesse sentido, prescrevendo que a curatela é “medida protetiva”,¹⁹ e não uma espécie de sanção.

E por isso ela deve ser aplicada de forma extraordinária, sempre proporcional às necessidades de cada caso. E mais: deve durar o menor tempo possível.

18. “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1.º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”

19. Art. 84 da Lei 13.146/2015.

Além disso, a previsão do art. 12, § 1.º, do Estatuto, que dispõe que “em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento”, deve ser aplicada de modo geral, segundo pensamos.

Observe-se também que este artigo reforça a ideia de que não estamos tratando das pessoas referidas no art. 4.º do CC/2002, que “não podem exprimir sua vontade”. Ora, se deve ser assegurada a participação da pessoa com deficiência para “obtenção do seu consentimento no maior grau possível”, é porque ela consegue de alguma forma expressar sua vontade, e mesmo assim estará em situação de curatela.

A curatela só será aplicável aos atos relativos a questões patrimoniais e contratuais, não abrangendo temas atinentes ao direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Embora não possa restringir o direito ao matrimônio, ela poderá, pela dicção da lei, restringir a celebração de pactos antenupciais e outros atos de disposição patrimonial ligados de certa forma aos direitos sexuais e reprodutivos, como a doação a nascituros (art. 542 do CC/2002).

Daí que precisamos nos deter um pouco mais para refletir sobre a “igualdade” a que se refere o art. 83 e seguintes do Estatuto.

9. IGUALDADE FORMAL OU SUBSTANCIAL?

O art. 17 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da ONU dispõe que toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.

A discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano.²⁰

A proteção da pessoa humana “não se completa se não lhe for garantida a preservação de sua dignidade”, o que implica a preservação do “respeito à integridade física e moral, bem como à individualidade e espiritualidade do

20. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, item h do Preâmbulo, ratificada pelo Dec. Leg. 186, de 09.07.2008, entrando em vigor no plano externo para o Brasil em 31.08.2008, e promulgada pelo Dec. 6.949, de 25.08.009, entrando em vigor na mesma data no plano interno, o que lhe empresta força de Emenda Constitucional, a teor do disposto no art. 5.º, § 3.º, da nossa Carta Magna.

ser humano” e, nessa linha “independentemente da natureza da deficiência, o que deve preponderar é a concepção de que todos têm direito a um tratamento igualitário e digno”.²¹

A ONU desde 1975 já proclamava esse princípio na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, Res. 3.447, de 09.12.1975,²² que em seu item 3 proclama:

“As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível”.

O princípio da dignidade da pessoa humana caminha de mãos dadas com o princípio da igualdade. Nossa Constituição Federal consagra em seu princípio já no *caput* do art. 5.º, erigindo-o, a nosso sentir, em vetor interpretativo de todo o rol de direitos elencados a seguir.

Mas como é amplamente conhecido, o princípio da igualdade reclama, para sua compreensão, a invocação da máxima aristotélica, que preconiza que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Assim, a “igualdade” deve seguir a razoabilidade. Nesse sentido, o art. 41 do Dec. 3.298/1999, regulamentador da Lei 7.853/1989, por exemplo, estabelece que deve haver igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne ao conteúdo das provas, à avaliação e aos critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação das provas, e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

No entanto, desigualando no que é preciso desigualar, o mesmo Decreto no seu art. 40, § 1.º, prevê que no ato da inscrição, o candidato portador de deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso deverá requerê-lo, no prazo determinado em edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas.

E no § 2.º do mesmo dispositivo estatui que o candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso.

21. ROSTELATO, Telma Aparecida. Op. cit., p. 70-71.

22. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf]. Acesso em: 05.03.2016.

É dizer: o princípio da igualdade busca, dentre outros objetivos, justamente a “superação das desigualdades reais”.²³

O que chama muito a atenção no novel Estatuto, no que pertine aos serviços notariais e de registro, é a previsão do seu art. 83, *verbis*:

“Art. 83. Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no *caput* deste artigo constitui discriminação em razão de deficiência”.

Claro está que certas modalidades de deficiência, como as atinentes à mobilidade reduzida, e mesmo deficiências visuais ou auditivas, normalmente não tem nenhum reflexo na capacidade cognitiva da pessoa ou na manifestação clara da sua vontade.

Mas a perplexidade que pode surgir aqui é a falta de qualquer ressalva às pessoas com deficiência mental, dificuldade de compreensão do alcance e consequências do ato ou negócio jurídico a ser praticado, e de manifestação clara e inequívoca da sua vontade.

Como deverá o notário e o registrador se comportar quando verificar que a pessoa manifesta ausência ou redução de discernimento que lhe permita o exercício pleno da autodeterminação?

À partida, a norma parece afastar da cognição do notário e do registrador qualquer consideração acerca desse tipo de deficiência do solicitante, mesmo se a “condição diferenciada” estiver voltada à concretude do princípio da igualdade, tratando “desigualmente os desiguais”.

É importante observar que o Estatuto não afastou completamente qualquer diferenciação a respeito da igualdade das condições, e nem poderia, segundo pensamos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, porque aqui uma “igualdade pura” atentaria contra os postulados constitucionais da igualdade material.

Nesse sentido, em seu art. 84, o Estatuto assegura o direito ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência “em igualdade de condições com as demais pessoas”, mas prevê logo em seguida, em seu § 1.º que, “quando necessário”, a pessoa com deficiência poderá ser submetida à curatela, ou a

23. NETTO LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 114.

recém-criado “processo de tomada de decisão apoiada”, regrado no art. 1.783-A do CC/2002.

Assim, para nós, o art. 83 não pode ser lido isoladamente, como se agora o notário e o registrador simplesmente tivessem que ignorar situações em que a pessoa não consiga manifestar adequadamente sua vontade, demonstrando efetivamente que compreendeu o sentido e o alcance do ato ou negócio jurídico que está praticando, porque a própria lei prevê que, “quando necessário”, há que se providenciar a curatela (ou processo de tomada de decisão apoiada).

Reforça esta ideia, no âmbito do Registro de Imóveis, que o Estatuto põe a salvo da necessidade de curatela o direito ao próprio corpo, à sexualidade, o matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e o direito ao voto da pessoa portadora de deficiência no art. 85, § 1.º, mas o *caput* desse artigo prescreve a necessidade de curatela para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, atos estes que, versando sobre imóveis, são os que serão levados à tabua registral.

Ora, a curatela é uma “medida protetiva”, e por isso mesmo será extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (art. 84, § 3.º).

Daí surge a pergunta: e se o notário e o Registrador de Imóveis verificarem que a pessoa demonstra não ter compreensão plena das consequências jurídicas de um ato ou negócio jurídico que está prestes a praticar, ou não consegue expressar adequadamente a sua vontade, deve omitir-se e, à letra do art. 83, em leitura isolada, “reconhecer sua capacidade legal plena”, e praticar o ato, já que não pode se negar ou criar óbices “diferenciados”, sob a ameaça do parágrafo único de ver-se incurso em crime de discriminação?

O crime de discriminação previsto no art. 88²⁴ é doloso, não havendo previsão de modalidade culposa.

O Estatuto, em seu art. 83, se teve intenção de proteger a pessoa com deficiência, pode ter, segundo nos parece, aberto uma porta para na verdade desprotegê-los, porque notários e registradores muito podem contribuir para evitar que fraudes ou abusos aconteçam.

Notários e registradores são profissionais do Direito, com a vocação de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.²⁵

24. “Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

25. Art. 1.º da Lei 8.935/1994.

Exercem atividade de grande relevo no atendimento da função social, econômica e ambiental de vários institutos, e poderiam, segundo nos parece, serem melhor aproveitados para a consecução dos objetivos perseguidos no Estatuto.

Haveria muito maior segurança se os atos de natureza patrimonial envolvendo pessoas com deficiência, por exemplo, devessem obrigatoriamente ser feitos por escritura pública, vedada a utilização de instrumentos particulares, momento no qual o tabelião poderia, devidamente autorizado por norma legal, verificar se há compreensão das consequências jurídicas do ato a ser praticado, e clara e livre manifestação da vontade. Tal norma sim seria protetiva, e poderia funcionar como uma excelente “ação afirmativa”.

Ora, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, em seu art. 5.º, 4, deixa muito bem expresso que “as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias”.

É dizer: uma atuação proativa de notários e registradores na proteção da igualdade substancial na relação jurídica envolvendo pessoa com deficiência não é discriminatória, muito ao contrário, pode e deve ser considerada uma medida específica para alcançar efetiva igualdade nesses casos.

É bom lembrar, como faz Sidney Madruga, que “ações afirmativas vão muito além do estabelecimento de vagas e percentagens”, mas “preconiza também a busca de igualdade de oportunidades e tratamento”, colocando segmentos da população “em igualdade de condições de competitividade com os demais segmentos sociais”, constituindo um remédio para relações que são verdadeiras “relações de subordinação”.²⁶

E isto realizado de forma preventiva ou *a priori* com relação a cada ato jurídico a ser praticado. Realizar o controle dos atos e negócios jurídicos apenas *a posteriori* parece ir na contramão da tendência moderna e necessária da prevenção de litígios.

As Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo trazem previsão que consideramos lapidar sobre o tema, no item 2 do capítulo XIV, tratando do tabelião de notas, *verbis*:

“2. A função pública notarial, atividade própria e privativa do tabelião de notas, que contempla a audiência das partes, o aconselhamento jurídico, a qualificação das manifestações de vontade, a documentação dos fatos, atos e

26. MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e das ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. ed. digital.

negócios jurídicos e os atos de autenticação, deve ser exercida com independência e imparcialidade jurídicas.

2.1 O Tabelião de Notas deve guardar sigilo sobre os documentos e os assuntos de natureza reservada a respeito dos quais, durante a averiguação notarial, na fase prévia à formalização instrumental, tomou conhecimento em razão do exercício de sua atividade.

2.2 A consultoria e o assessoramento jurídicos devem ser prestados por meio de informações e de esclarecimentos objetivos, particularmente sobre o melhor meio jurídico de alcançar os fins desejados pelas partes, os efeitos e consequências dos fatos, atos e negócios jurídicos a serem documentados, e visar à tutela da autonomia privada e ao equilíbrio substancial da relação jurídica, de modo a minimizar as desigualdades materiais e a proteger os hipossuficientes e os vulneráveis, tais como as crianças e os adolescentes, os idosos, os consumidores, os portadores de necessidades especiais e as futuras gerações.”

Chamamos especialmente a atenção para o item 2.2, que prescreve que os objetivos do assessoramento jurídico do tabelião visam o “equilíbrio substancial da relação jurídica”, em ordem a “minimizar as desigualdades materiais”, protegendo assim os hipossuficientes e os vulneráveis, dentre eles os portadores de necessidades especiais.

E não há nenhuma discriminação em considerar os portadores de necessidades especiais, e aqui nos referimos mais especificamente aos portadores de deficiência mental, como hipossuficientes. Ora, qualquer pessoa em certas relações jurídicas é hipossuficiente. Consumidores são hipossuficientes na relação de consumo, por exemplo. De regra, considera-se hipossuficiente o empregado em face do empregador. Isso é algum demérito? Por certo que não.

Claro está, contudo, que essa proteção se dá justamente na “igualação das diferenças”, trazendo-as para uma relação de equilíbrio substancial. Não significa, portanto, uma forma de tutela em ordem a impedir que uma das partes cometa equívocos a que todos estamos sujeitos e, sendo o caso, venha a suportar as consequências.

Alcançado o equilíbrio substancial como bem referido na norma acima citada, por meios de informações e esclarecimentos objetivos (e compreendidos), notadamente sobre os melhores meios jurídicos para alcançar os fins desejados, aí ficará ao critério das partes contratar, se assim o desejarem, suportando as consequências jurídicas daí advindas.

Com a ampliação das atribuições dos Registradores nos recentes movimentos de “desjudicialização” de certas matérias, por certo a norma referida, con-

quanto prevista em capítulo específico dos tabeliões de notas, deve ser considerada como indicativa do exercício das funções registrais.

Basta pensar nas graves consequências dos procedimentos de execução extrajudicial no âmbito da Lei 9.514/1997 (alienações fiduciárias de bens imóveis), no novel procedimento de usucapião administrativo, que pode acarretar a perda da propriedade, ou no de retificação de registro, no qual são fixados limites entre os imóveis, se o Registrador perceber no momento da notificação que o notificado não tem plena capacidade de compreensão do conteúdo e consequências da notificação.

Justamente em face da atual tendência de desjudicialização, vemos que vários atos de grande responsabilidade têm sido atribuídos a notários e registradores, e cremos que podemos afirmar sem medo que com grande sucesso.

Por isso, notários e registradores podem contribuir em muito com a proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e, no entanto, o art. 83 parece à primeira vista colocar esses profissionais sob suspeição.

Assim como tem sido um grande sucesso a experiência de notários e registradores realizarem procedimentos como as partilhas, separações e divórcios extrajudiciais, retificações de registro, execuções da Lei 9.514/1997, regularizações fundiárias, e agora a nova usucapião extrajudicial, esses profissionais podem e devem ser bem aproveitados nessa missão civilizadora de defesa dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, dando concretude à Norma citada da Corregedoria paulista na promoção da autonomia das pessoas com deficiência, e de sua proteção, quando necessário, se for patente e ostensiva sua incapacidade de autodeterminação em um ato ou negócio jurídico específico.

A correta inteligência desta norma (art. 83), a nosso sentir, passa então por uma “interpretação conforme a Constituição”, que notoriamente elegeu a “igualdade substancial”, e não a meramente formal.

Por isso, Nelson Rosenvald aponta que “o deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Contudo, se a deficiência se qualifica pelo fato de a pessoa não conseguir se autodeterminar, o ordenamento lhe conferirá proteção ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal de curatela”.²⁷

E mais: a teor do próprio Estatuto em seu art. 84, a “igualdade” para o exercício de sua capacidade legal é uma “igualdade de condições com as demais pessoas”.

27. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 740.

Nessa linha de raciocínio, cabe ao notário e ao registrador, como bem prescrito no citado item 2.2 das Normas da Corregedoria de São Paulo, capítulo XIV, garantir essa “igualdade de condições” quando ela não estiver presente ou, noutro dizer, quando as condições forem claramente desequilibradas entre as partes, tendo uma (o hipossuficiente) nítida dificuldade de entender o alcance e consequências do ato ou negócio jurídico, ou dificuldade de expressar inequivocamente sua vontade, e a outra parte tendo domínio dessas circunstâncias.

E é importante lembrar aqui o art. 7.º do Estatuto, que prescreve que é “dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência”. Isso sugere, no mínimo, um controle *a posteriori* pelo notário e registrador.

Se vier a solidificar-se uma jurisprudência impedindo o notário e o registrador de realizar qualquer controle *a priori*, em uma leitura “seca” do art. 83, no mínimo terão que celebrar o ato e de imediato comunicar as autoridades competentes, se tal ato envolver qualquer forma de ameaça ou prejuízo às pessoas com deficiência.

Restringindo ainda mais o alcance da norma constante do art. 83 no que pertine às pessoas com deficiência mental, posto que, embora tendo caráter protetivo dos portadores de deficiência em geral, ela na verdade é desprotetiva, segundo pensamos, no caso específico dos portadores de deficiência mental, verificamos que ela se refere apenas ao “solicitante”.

No âmbito específico do Registro Imobiliário, não visualizamos mesmo situações em que surgiriam “óbices ou condições diferenciadas” no momento da solicitação da prática de algum ato registral, que via de regra são instrumentalizados em títulos protocolados (prenotados ou para exame e cálculo), e seguem normalmente o rito registral, podendo ser qualificados positiva ou negativamente, não havendo circunstância que exija conferência da capacidade civil pelo registrador.

Mas o art. 83 do Estatuto tem potencial para constituir verdadeira espada de Dâmocles. Não pode “negar ou criar óbices ou condições diferenciadas”, “devido reconhecer sua capacidade legal plena”, mas não pode, também, fugir com seus deveres de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, que poderão inclusive ter efeitos deletérios para as pessoas com deficiência, além de eventual invalidação dos atos jurídicos prejudiciais praticados com impossibilidade de compreensão plena do seu alcance e consequências.

Acreditamos que daqui para a frente, devam os notários e registradores incluir em seus atos uma declaração de todas as partes que têm ciência dos termos do art. 83 do Estatuto, e que não atribuem nenhuma responsabilidade a

esses agentes delegados por qualquer nulidade ou anulabilidade decorrente da prática do ato por pessoa que, ao depois, se verifique sem condições para tanto.

Assim, em face da necessária segurança jurídica e necessidade de estabilidade dos negócios jurídicos, ficaria afastada qualquer alegação de boa-fé ou desconhecimento do déficit psíquico ostensivo de uma das partes contratantes.

E mais: notários e registradores deverão fazer constar que advertiram a todos os participantes do ato ou negócio jurídico do dever de observarem a boa-fé objetiva e a lealdade relativamente a eventuais déficits psíquicos que algum dos contratantes tiver. Por certo que a boa-fé objetiva e o dever de lealdade já são ínsitos a qualquer ato de direito civil, mas a prescrição do art. 83 do Estatuto, combinada com o art. 1.º da Lei 8.935/1994, parece recomendar essa advertência expressa, segundo pensamos.

Esta declaração e advertência deverão ter especial destaque se tratar-se de ato de disposição gratuito praticado por pessoa com aparente redução cognitiva, mas mesmo atos onerosos carregam potencial de prejuízo, é claro.

Isto porque todos os que contratarem com pessoas com algum tipo de déficit psíquico terão que colaborar ativamente para que estas pessoas não sofram nenhum prejuízo, sob pena de incorrerem em abuso de direito, conforme previsto no art. 187 do CC/2002.

É dizer: o direito à dignidade da pessoa humana aplicado às pessoas com deficiência é direito fundamental que se espraia ao direito privado. Podemos – e devemos – falar aqui da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que postula que os particulares também estão vinculados à observância dos direitos fundamentais em suas relações privadas.

Com efeito, para além de constituírem em um *standard* de direitos essenciais em face do Estado e dos poderes públicos, alguns direitos fundamentais também podem ser violados nas relações de direito privado, e devem, então, ser protegidos.

Esta ideia é um dos fundamentos do direito civil constitucional, derivada do princípio da supremacia da Constituição, que estabelece a hierarquia maior das normas constitucionais, de sorte que “toda a produção legislativa deve ser compatível com elas”.²⁸

Além da possibilidade de aplicação direta e imediata de alguns princípios, que encontra fundamento no art. 5.º, § 1.º, da Carta Maior, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação ime-

28. CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 420.

diata”, de forma mediata os direitos fundamentais formam um sistema geral de valores que se projetam sobre todo o ordenamento jurídico,²⁹ e o Código Civil e demais leis civis não ficam de fora.

No caso do Código Civil, Ricardo Castilho postula que a influência ou vínculo dos direitos fundamentais constitucionais se dá por meio das “cláusulas gerais”, pontuando que “cláusulas gerais são expressões vagas, verdadeiros conceitos abertos, que exigem do aplicador na norma intensa atividade interpretativa – e, por óbvio, valorativa – para se lhe estabelecer o conteúdo (ordem pública, boa-fé, bons costumes, por exemplo). Os limites dessa atividade são dados pelo sistema de valores (...) consagrados pela Constituição”.³⁰

Significa dizer que, embora o direito civil seja primordialmente informado pelo princípio da autonomia privada, esta deve ser valorada em cada caso concreto, com o fim de verificar sua interação com os direitos fundamentais, e “um dos critérios para essa valoração é a assimetria entre as partes envolvidas, isto é, o desequilíbrio de forças entre as partes no interior da relação”.³¹

E estando o Código Civil informado pelos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, e construído sobre a cláusula da boa-fé objetiva e o dever de lealdade, entendemos que todas as partes contratantes, ao celebrarem seus negócios jurídicos, deverão fazê-lo buscando em conjunto a máxima proteção de pessoa que demonstre diminuição da capacidade de compreensão do sentido e alcance do ato que está sendo praticado, e se responsabilizando expressamente por isso.

Mas ainda preocupados com o teor do art. 83 do Estatuto, uma outra forma de tentar outorgar um pouco de razoabilidade a essa previsão legal, que gostaríamos de propor, é que no âmbito dos serviços notariais e de registro o tema possa ser tratado não sob a ótica e lógica da capacidade civil, mas sim da “legitimação”.

10. CAPACIDADE CIVIL OU LEGITIMAÇÃO?

Como se sabe, embora capaz, há casos em que a pessoa deve ter uma especial aptidão para a prática de certos atos jurídicos. É um condicionante à possibilidade da pessoa estabelecer determinada relação jurídica.

29. *Idem*, p. 425.

30. *Idem*, *ibidem*.

31. *Idem*, p. 432.

É um conceito que o Direito Civil emprestou do processo civil. Tem legitimidade para agir em determinada situação jurídica quem a lei aponta como tal. É um plus que deve ser integrado à capacidade em determinados atos.

Em alguns casos, essa legitimação demanda a anuência e participação de outras pessoas. Assim, o cônjuge é pessoa plenamente capaz e pode praticar em regra os atos da vida civil, mas não está legitimado a vender seus bens imóveis sem a anuência do seu cônjuge, ressalvadas as hipóteses que a lei assim o autoriza.

Ora, parece-nos que esse agora é exatamente o caso das pessoas com deficiência, se a limitação psíquica for ostensiva. São plenamente capazes e podem praticar os atos da vida civil normalmente, se preocupando a lei em ressaltar que isso se aplica inclusive a atos de profundas repercussões, como o casamento, o direito ao voto, à sexualidade etc, mas exige a curatela para a prática de atos patrimoniais e negociais.

Noutro dizer: faltará legitimação para a prática específica de atos e negócios jurídicos patrimoniais e negociais para as pessoas com deficiência que os impeçam de autodeterminar-se, exigindo-se participação de curador.

Reconhece-se a capacidade plena, mas falta-lhes a legitimação para a prática desse ato sem a participação do curador, assim como a pessoa casada necessita da participação do seu cônjuge.

E pensamos que isso se aplica mesmo para atos onerosos nos quais, de imediato, não pareça haver prejuízo, porque a aquisição de um imóvel sempre envolve a possibilidade do adquirente ter que vir a suportar ônus que demandam a plena valoração do ato que está sendo praticado. Pensemos, por exemplo, na aquisição de um imóvel rural com passivo ambiental a ser regularizado. Ainda que em princípio a aquisição seja feita com valores de mercado, não havendo nenhum indício de prejuízo ostensivo, é preciso que haja plena consciência de todos os riscos inerentes a uma aquisição imobiliária.

Com esta linha hermenêutica, não se poderá dizer que notários e registradores afrontaram o art. 83 do Estatuto. Eventual sobrestamento do ato seria protetivo, e não discriminatório, e seria solucionável com a aplicação do art. 87 do Estatuto, que prescreve que “em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil”.

11. INCAPACIDADE CIVIL RELATIVA?

Nossa proposta, então, até aqui, é de um olhar hermenêutico novo sobre o instituto da curatela a que se refere o art. 84 do Estatuto, como uma nova hipótese de legitimação para a prática de certos atos (patrimoniais), quando houver um déficit cognitivo ostensivo, específico e restrito à compreensão plena do sentido, alcance e consequências de determinado ato ou negócio jurídico. A pessoa é capaz, mas necessita da anuência de outrem (o curador).

Preserva-se assim a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, tanto quanto está preservada a capacidade da pessoa casada que necessita de anuência do cônjuge para alguns atos.

Subsiste, porém, uma hipótese que a lei qualifica como sendo de incapacidade mesmo, embora “relativa”, que é a do art. 4.º, III, do CC/2002.

É bom ressaltar que o déficit cognitivo pode ocorrer também na hipótese dos “ébrios habituais e os viciados em tóxicos”, referidos no inc. II do mesmo dispositivo.

Curiosamente, nenhuma mudança foi feita quanto a elencar os “pródigos” entre os relativamente incapazes. Em princípio, não havendo nenhum déficit cognitivo a justificar uma curatela, por que não poderia a pessoa gastar seu dinheiro e seus bens como bem lhe apraz? Aparentemente, a tutela econômica da pessoa em viver como bem quiser com o fruto do seu trabalho continua sendo considerada motivo para impingir-lhe uma *capitis diminutio*.

Mas nos detendo aqui na hipótese do inc. III, vemos ali uma referência a uma situação de absoluta falta de interação da pessoa com o mundo, de caráter absoluto. A pessoa não consegue se expressar de maneira nenhuma, ou o faz de forma absolutamente incompreensível, totalmente desconexa, sem nenhuma viabilidade de compreensão.

Não se trata, portanto, de mero déficit cognitivo, de dificuldade de expressar a vontade de forma ponderada. Esta hipótese, caracterizada por uma dificuldade de autogoverno, de autodeterminação, de compreensão do sentido, alcance e consequências dos atos e negócios jurídicos, fica remetida à “curatela especial”, de natureza integrativa do Estatuto, por faltar à pessoa, embora plenamente capaz, legitimação para a prática de atos patrimoniais.

Trata-se de situação de “vulnerabilidade”, hipossuficiência, como a do consumidor ou do trabalhador, em face da contraparte no ato jurídico, em relação jurídica que reclama reequilíbrio substancial, e não de incapacidade.

Daí que entendemos que relativamente à “curatela especial” do Estatuto, aplicável às pessoas que embora possam exprimir sua vontade têm dificuldade

de autogoverno e autodeterminação relativamente a certos negócios patrimoniais que lhe possam causar risco ou prejuízo relevante, não há que se falar em “interdição”. Trata-se de singelo “pedido de nomeação de curador especial”.

Isto porque o Estatuto, preocupado com a proteção da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade, parece-nos afastar uma alteração do *status personae* da pessoa com deficiência se ela não se enquadrar na hipótese do art. 4.º, III, do CC, de sorte a haver apenas uma limitação psíquica. Haverá um “curador especial” para a prática de certos atos patrimoniais, sem que isso implique a alteração do *status personae*.

E isso em razão da interdição trazer um inegável estigma social e sempre causar uma invasão na vida e na liberdade da pessoa.

Acreditamos que robustece essa afirmação o conteúdo do art. 1.769, I, que ao atribuir legitimidade ao Ministério Público para requerer a curatela não se utiliza da expressão “interdição”, fazendo-o, contudo, na hipótese do inc. II, com a redação dada pelo Estatuto que, embora revogada pelo Novo Código de Processo Civil, serve aqui de forte subsidio doutrinário para a compreensão dos institutos do próprio Estatuto.

A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil pode trazer alguma dificuldade hermenêutica para esta linha de raciocínio, mas pensamos que serão solucionadas aplicando-se a metodologia do Diálogo das Fontes, de sorte que ambas as fontes normativas interajam em um diálogo sistemático de coerência, em um diálogo de complementaridade e subsidiariedade, e em um diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

Nessa esteira pensamos que a referência do art. 748 do NCPC, ao prescrever que “o Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave”, refere-se a doenças mentais que, em linha com o art. 4.º, III, do CC/2002, cause impossibilidade temporária ou permanente da pessoa expressar sua vontade.

Flavio Tartuce manifesta preocupação com o fato do Novo Código de Processo Civil continuar a tratar do processo de interdição, pontuando que haverá “necessidade de uma nova norma para apontar qual das duas regras prevalecerá, se a do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou do Novo CPC”,³² mas respeitosamente não vemos esse conflito, pois pensamos que a interdição continuará a existir, só que aplicável apenas nas circunstâncias elencadas no art. 4.º do CC/2002.

32. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Lei de Introdução e Parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. 1, p. 132.

Para os casos de incapacidade relativa, portanto, permanece a necessidade de interdição e nomeação de curador, sem nenhuma dificuldade aqui para os notários e registradores não praticarem atos envolvendo essas pessoas, porque elas, justamente, não podem exprimir sua vontade, inviabilizando a prática de qualquer ato jurídico. E não incorrerão em nenhuma sanção do art. 83 do Estatuto, porque a circunstância da pessoa não poder expressar sua vontade não decorre necessariamente de uma deficiência, ou seja, a previsão do art. 4.º, III, do CC/2002, não está ligada essencialmente à questão da deficiência, bastando pensar em pessoas internadas em hospital em situação de coma.

É dizer: se a pessoa não pode expressar sua vontade, temporária ou definitivamente, não importa se ela é portadora de deficiência ou não, ou noutra forma de dizer não importa se essa impossibilidade de expressão da vontade decorre de uma deficiência ou de uma outra causa: será caso de incapacidade relativa.

A figura jurídica criada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, notadamente no seu art. 84, é algo totalmente novo no nosso ordenamento, e deve ser interpretado com quebra dos paradigmas anteriores: se consegue expressar sua vontade, não será remetida ao art. 4.º, III, do CC/2002.

Temos aqui que o novo deve realmente ser visto com novos olhos.

Porém, se seu déficit cognitivo e ostensiva dificuldade de compreender o sentido, alcance e consequências do ato ou negócio jurídico a ser praticado pelos notários e registradores causar-lhe risco ou grave prejuízo, com dificuldade de autogoverno e autodeterminação, a hipótese é de nomeação de curador especial para fins de legitimação para a prática de determinado ato de conteúdo patrimonial (ou apoiadores, no processo de tomada de decisão apoiada).

Claro está que, nomeado o curador especial ou os apoiadores, os atos praticados sem a participação dessas pessoas serão inválidos.

E isto com o fim de assegurar a excelente determinação normativa, existente ao menos no Estado de São Paulo, já referida alhures, na busca da igualdade substancial entre as partes contratantes, em ordem a que os notários e registradores, como agentes públicos delegados de relevantíssima atribuição social, insiram-se no arcabouço protetivo das pessoas com deficiência.

12. PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A nosso sentir, o processo de tomada de decisão apoiada substitui a curatela. Esta a regra do § 2.º do art. 84, reforçada pelo art. 1.783-A, do CC/2002, cujo § 4.º deixa claro que “a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade

e efeitos sobre terceiros, sem restrições”, desde que, claro, esteja inserida nos limites do apoio acordado, que deverá, então, ter previsão acerca da validade de atos patrimoniais e negociais.

Nos termos do art. 84, § 2.º, o processo de tomada de decisão apoiada é faculdade da pessoa com deficiência.

Por isso, pensamos que ela tem natureza substitutiva em face da curatela, por ser medida menos gravosa que busca garantir em maior grau a autonomia da pessoa com deficiência.

A pessoa com deficiência pode optar desde logo por ela, afastando a possibilidade das pessoas referidas no art. 1.768 do CC/2002 requererem a curatela, ou pode requerer ao juiz que converta pedido de curatela em tomada de decisão apoiada, em sede de defesa quando for citado para responder a pedido de curatela ajuizado por outra pessoa legitimada a tanto. E poderá pedir essa conversão, segundo pensamos, inclusive em um momento posterior, caso a curatela já tenha sido deferida.

Esse processo é de iniciativa exclusiva da pessoa com deficiência, pela dicção do art. 1.783-A do CC/2002, não havendo outras pessoas legitimadas a ajuizar esse pedido.

Em princípio, não se configurando a hipótese do art. 4.º, III, do CC/2002, que remeta a pessoa à condição de relativamente incapaz, se a pessoa com deficiência optar pela tomada de decisão apoiada será de rigor o seu deferimento, desde que, evidentemente, o juiz, ouvida a equipe multidisciplinar e o Ministério Público, nos termos do art. 1.783, § 3.º, do CC/2002, verifique não ser o caso de incapacidade relativa.

Acreditamos, inclusive, que as pessoas atualmente interditadas poderão pôr fim à interdição, requerendo sua conversão em processo de tomada de decisão apoiada.

Esta afirmação está em linha com a previsão do art. 14 do Estatuto:

“Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”.

É dizer: o Estatuto pauta-se pela busca incessante da reconquista da autonomia, na sua maior expressão possível. Sendo, então, viável a adoção da

tomada de decisão apoiada por pessoas atualmente interditadas, esta deverá ser concedida, afastando-se o regime da interdição.

Um aspecto que vale ressaltar é que o processo de tomada de decisão apoiada não é instituto restrito às pessoas com déficit psíquico. Pode, segundo pensamos, ser utilizada por qualquer pessoa com deficiência que por ele opte, em razão de qualquer tipo de deficiência que o prive total ou parcialmente de sua autonomia. Basta pensar em pessoas portadoras de cegueira ou sequelados de AVC, por exemplo, que prefiram essa via para melhor realizar seus atos e negócios jurídicos, em vez de constituir um procurador pura e simplesmente. O processo de tomada de decisão apoiada pode ser mais vantajoso para a pessoa com deficiência por ter uma fiscalização mais intensa do que a representação comum via procuração.

Interessante notar que esse procedimento também foi adotado recentemente na Argentina no seu Novo Código Civil, no art. 43, que dispõe:

“Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Chamo a atenção para a salutar previsão expressa de registro no Registro Civil, como forma de publicizar uma situação que é de evidente interesse de terceiros que forem entabular negócios jurídicos com a pessoa nessa circunstância.

Muito embora a lei brasileira não traga previsão semelhante, Nelson Rosenvald aduz que “apesar da omissão da lei, entendemos que a constituição da tomada de decisão apoiada será remetida ao Registro Civil de Pessoas naturais, com averbação a margem da certidão de nascimento. O desiderato óbvio da publicidade é o de proporcionar segurança jurídica a terceiros que desejam estabelecer ou prosseguir em relações jurídicas com a pessoa apoiada”.

E isto porque, prossegue dizendo, “somente com a prévia ciência sobre a medida protetiva, poderá a contraparte se desincumbir do exposto no § 5.º do art. 1.783-A: terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial

pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”.³³

Vale lembrar que com relação à interdição o novo Código de Processo Civil continua prevendo seu registro no Registro Civil das Pessoas Naturais, em seu art. 755, § 3.º, o que de todo modo já está previsto no art. 9.º, III, do CC/2002. Aliás, com a revogação do art. 1.773 do CC/2002, acreditamos que ficou reforçada a ideia de que o registro tem eficácia constitutiva aqui, e a interdição só passará a valer após esse registro.

Por igual motivo, sendo a pessoa apoiada proprietária de bem imóvel ou titular de direitos reais, essa circunstância deverá ser averbada na matrícula, a teor do disposto no art. 246 da Lei 6.015/1973, que prevê que qualquer circunstância que “altere o registro” deve ser levada à tábua registral, e há aqui, claramente, segundo pensamos, alteração no registro em sua parte subjetiva, posto que o titular de direito fica restringido no elemento “disponibilidade”, já que para dispor deverá observar os termos da tomada de decisão apoiada, se esta sobre isso versar, é claro.

Por fim, uma possibilidade interessante a ser melhor aprofundada seria a da pessoa portadora de doença progressivamente incapacitante, como Alzheimer, por exemplo, deixar previamente estabelecido que havendo o declínio de suas capacidades cognitivas, deseja primeiro adotar o processo de tomada de decisão apoiada, antes de uma eventual curatela. Seria, aqui, uma manifestação prévia de vontade na linha do que se faz no “testamento vital”.

13. CONCLUSÃO

Não se pretendeu neste espaço limitado e em sede de primeiras reflexões realizar um estudo exauriente do tema, mas sim buscar uma primeira aproximação sob o ponto de vista do direito notarial e registral, posto que várias situações concretas com certeza se apresentarão a estes profissionais no dia a dia do exercício dos seus misteres.

Os serviços notariais e registrais têm aptidão e vocação para estarem na linha de frente da promoção dos direitos humanos em geral, e dos direitos das pessoas com deficiência em particular.

São profissionais do Direito, aptos a bem assessorar, informar e esclarecer os usuários com deficiência, seus curadores e apoiadores, sobre os melhores

33. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 760.

meios jurídicos para alcançarem os fins desejados por eles, dentro de suas atribuições, explicando os efeitos e consequências dos fatos, atos e negócios jurídicos a serem documentados, com vistas à tutela da autonomia privada e do equilíbrio substancial da relação jurídica, minimizando as desigualdades materiais e protegendo os hipossuficientes.³⁴

Por isso, encerramos este trabalho conclamando a todos os notários e registradores a estudarem com afinco esse tema e se dedicarem, além do profissionalismo que é sempre marca maior da nossa atuação, com paixão e alegria a ele, por ser uma das áreas em que mais fica destacada a vocação notarial e registral para outorgar segurança e paz jurídica à sociedade.

No Estado de São Paulo, a Lei Estadual 12.907/2008, em seu art. 95 e seguintes, estabelece algumas datas comemorativas:

“Art. 95. O Dia da Pessoa com Deficiência é comemorado, anualmente, em 11 de outubro.

Art. 96. O Dia Estadual de Luta das Pessoas com Deficiência é comemorado, anualmente, no dia 21 de setembro.

Art. 97. A Semana da Pessoa com Deficiência, destinada a estudos, exposições e participação na respectiva área, será realizada a cada dois anos, em todas as unidades escolares existentes no Estado, sempre no mês de setembro, na semana comemorativa do Dia Estadual de Luta das Pessoas com Deficiência, previsto no artigo 96 desta lei.

Art. 98. O Dia Estadual de Combate às Barreiras às Pessoas com Deficiência é celebrado, anualmente, no dia 3 de dezembro.

Parágrafo único. A celebração prevista no *caput* deste artigo objetiva despertar a consciência da população paulista sobre a importância de eliminar as barreiras e o preconceito às pessoas com deficiência.

Art. 99. A Semana de Prevenção das Deficiências é comemorada, anualmente, no período de 21 a 28 de agosto.

Art. 100. A Semana de Conscientização sobre a Síndrome de Down para profissionais das áreas da Educação e Saúde, com os objetivos descritos no artigo 51 desta lei, é realizada anualmente.

Art. 101. O Dia das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAEs é comemorado, anualmente, no dia 25 de março.

34. Capítulo XIV, item 2, Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo.

Art. 102. O Dia da Pessoa com Deficiência Auditiva é comemorado, anualmente, no Estado, no último domingo de setembro.

Art. 103. O Dia do Policial-Militar com Deficiência é comemorado, no Estado, em 11 de outubro”.

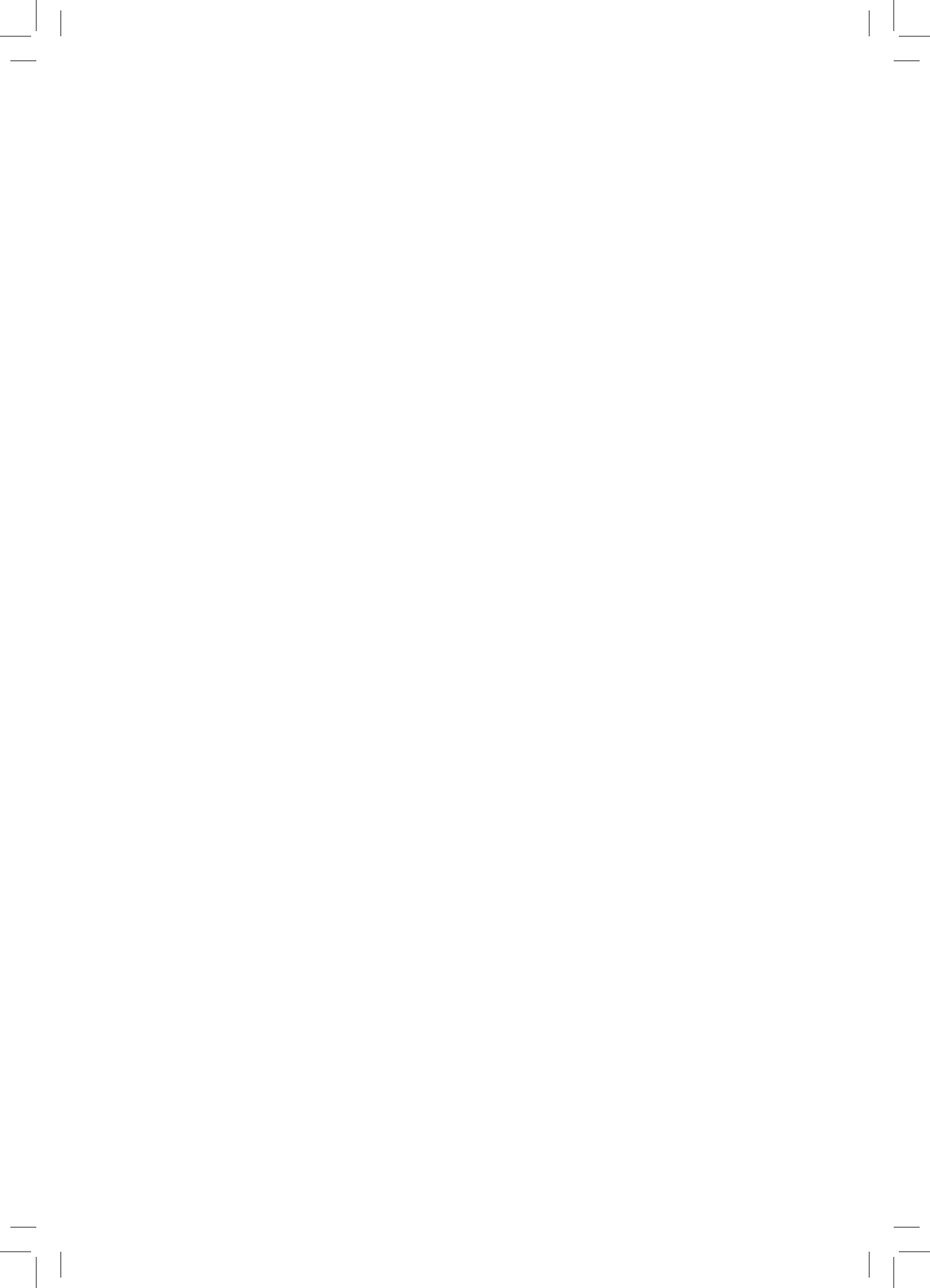
Deixamos aqui a sugestão para que as entidades de classe criem e mantenham, dentro de suas possibilidades, departamentos e diretorias específicos para a continuidade de estudos voltados a essa área e para o estímulo e elaboração de manuais de boas práticas notariais e registras e apoio para o bom atendimento às pessoas com deficiência, aproveitando sempre essas datas comemorativas, não só no Estado de São Paulo, por óbvio, mas em todos os Estados da Federação, dentro de suas peculiaridades, para celebrar os avanços civilizatórios trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e o papel relevante que notários e registradores podem prestar à sociedade nessa área.

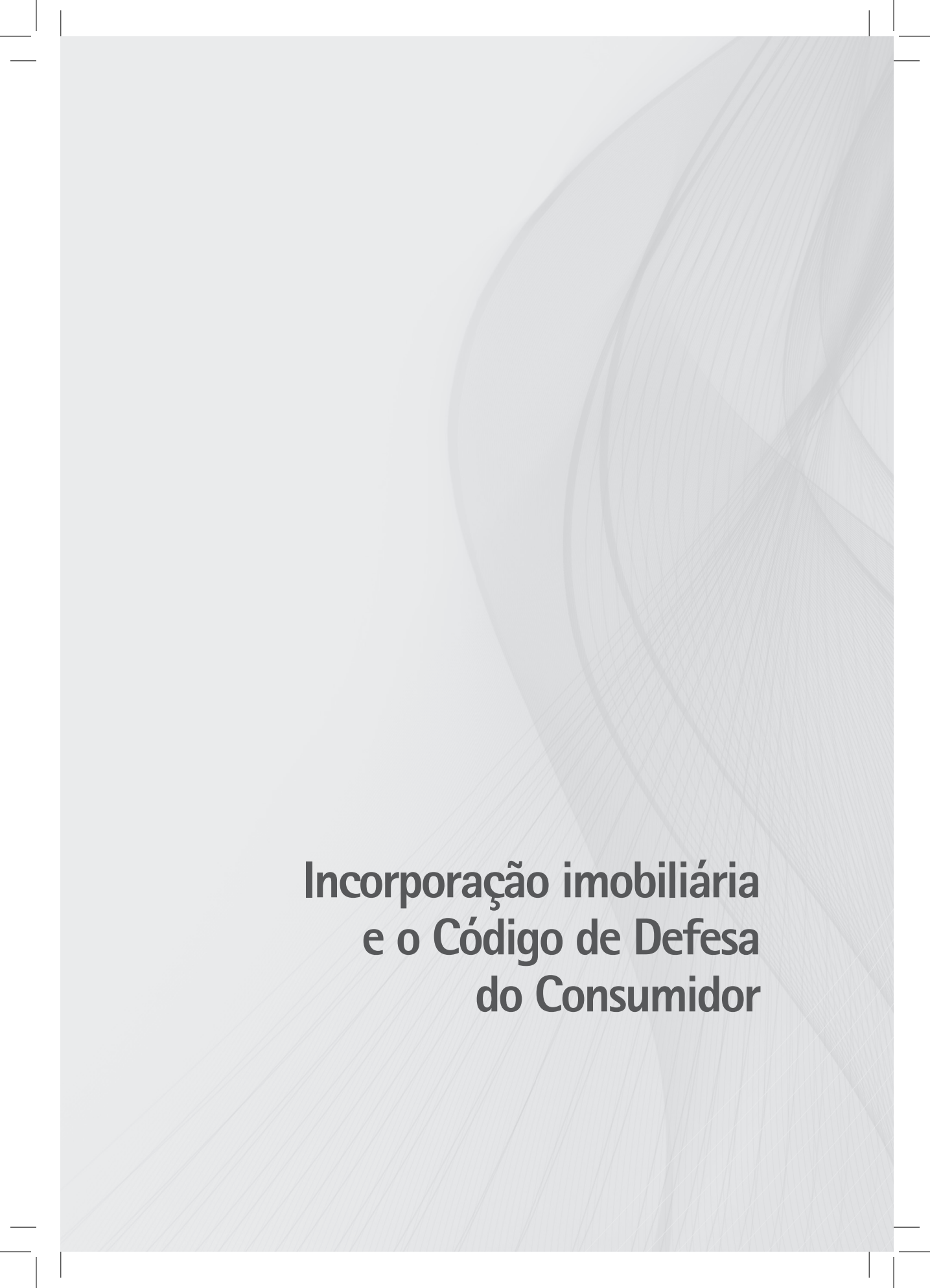
14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GARCIA, Vinicius Gaspar. Pessoa com deficiência. In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Dicionário de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 2.
- LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. ed. digital.
- MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e das ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. ed. digital.
- NETTO LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.
- ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.
- ROSTELATO, Telma Aparecida. *Portadores de deficiência e prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Lei de Introdução e Parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de Maurício Requião – *RDCC* 6/37 (DTR\2016\436);
- Meio ambiente urbano constitucional e o cumprimento das regras de acessibilidade, de Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia – *RDA* 79/431 (DTR\2015\13242); e
- Políticas públicas e privadas em prol dos consumidores hipervulneráveis – Idosos e deficientes, de Deborah Pierri – *RDC* 92/221 (DTR\2014\1226).



The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping, semi-transparent circles and lines. The lines are thin and create a grid-like or mesh-like effect, particularly in the lower right quadrant. The overall aesthetic is modern and technical.

Incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor



DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL: ANÁLISE PRÁTICA DO NEGÓCIO E DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

*RESCISSION OF REAL ESTATE PURCHASE AND SALE AGREEMENT:
PRACTICAL ANALYSIS OF THE BUSINESS AND ITS JURISPRUDENCE*

FELIPE SIQUEIRA DE QUEIROZ SIMÕES

MBA em Gestão Empresarial pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduação em Direito Econômico e Negocial pela Escola Paulista de Magistratura, Advogado. felipe@bastostigre.adv.br

LUIZA FONTOURA DA CUNHA

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Barcelona/UB. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários/IBET. Advogada. luiza.cunha@bastostigre.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Consumidor; Civil

RESUMO: Os autores pretendem analisar a conformação jurídica e legalidade do distrato de compra e venda de bem imóvel por iniciativa do promitente comprador, em razão de sua inadimplência passada, presente ou futura. Com esta finalidade, e tendo em consideração o atual cenário econômico do país, analisa-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao tema em estudo, bem como a responsabilidade do incorporador e do construtor pela obra. Promove-se, ainda, uma análise da jurisprudência do STJ. Pretende-se contribuir com a discussão e buscar a fixação de critérios razoáveis para o distrato de compra e venda de bens imóveis quando esta se dê exclusivamente por desistência do comprador.

PALAVRAS-CHAVE: Distrato – Compra e venda de bem imóvel – Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade do incorporador e construtor – Razoabilidade dos critérios fixados para rescisão – Jurisprudência.

ABSTRACT: The authors intend to examine the structure and the conditions to a lawful Rescission of Real Estate Purchase and Sale Agreement initiated by the prospective buyer due to his present or future default. To this end, and taking into account the current economic scenario of the country, it analyses the application of the Consumer's Defense Code in this case, as well as the incorporator and constructor's responsibilities. It also promotes an analysis of the Supreme Court's jurisprudence on the matter. Far from exhausting the subject, it intends to contribute to the discussion and search for a setting of reasonable criteria for the Rescission of Real Estate Purchase and Sale Agreement when caused by buyer's withdrawal.

KEYWORDS: Rescission – Real Estate Purchase and Sale – Consumer's Defense Code – Incorporator and constructor's responsibilities – Responsibility developer and builder – Criteria for Rescission – Jurisprudence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mercado imobiliário em crise. 3. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC). 4. A boa-fé e as responsabilidades do incorporador e do construtor pela obra. 5. O *pacta sunt servanda*, as condições para o desfazimento do negócio e a jurisprudência do STJ. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Para a maioria dos brasileiros a compra de um bem imóvel é a concretização de um sonho. Ninguém ignora que tal aquisição envolve muito trabalho, esforço, economia e privações.

A isso se acrescem algumas vicissitudes, relacionadas à entrega do apartamento no prazo, sob as justificativas mais diversas: (i) falta de material; (ii) falta de mão de obra; (iii) climáticas, com o aumento desproporcional do volume das chuvas, dentre outras.

Essa situação comum nos anos anteriores, entretanto, já não é mais o que preocupa o mercado imobiliário.

Por conta da crise imobiliária brasileira, que se agravou nos dois últimos anos, o que tem gerado apreensão é o próprio desfazimento do negócio, pauta constante nas reuniões do setor.

Se o objetivo é permanecer com o imóvel e pagá-lo, a renegociação do saldo devedor é essencial. Por outro lado, caso a situação financeira se torne insustentável e sem êxito na renegociação, o distrato é a única saída para o comprador/consumidor, que deverá firmar um novo instrumento. É o que dispõe o art. 472 da Lei 10.406/2002 (Código Civil – CC):

“Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

Com o distrato nasce automaticamente uma nova relação jurídica entre as partes, completamente diferente do contrato anterior, e que pode gerar condições obrigacionais desproporcionais tanto para o vendedor quanto para o comprador do bem.

Por certo, o fato de o distrato pressupor um contrato anterior não lhe desfigura a natureza contratual, cuja característica principal é a convergência de vontades.

É essa nova relação que se pretende avaliar, já que com a crise econômica atual é cada vez maior o número de promitentes compradores que desejam distratar a promessa de compra e venda de um bem imóvel por não conseguirem arcar com seu pagamento.¹

1. Não é demais lembrar que a rescisão do contrato, com a devolução de valores, só é possível enquanto o financiamento é estabelecido com a financiadora; não sendo possível realizar distrato com o banco.

Diante dessa realidade, almeja-se verificar a adequação das disposições do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, qual a responsabilidade do incorporador e do construtor, bem como avaliar a adequação dos critérios e percentuais que estão sendo adotados para devolução dos valores já suportados pelo comprador quando da resolução do contrato.

2. MERCADO IMOBILIÁRIO EM CRISE

Desde 2014, o mercado imobiliário brasileiro já dava sinais claros de desgaste. A temida bolha imobiliária norte-americana, iniciada em 2007, que arruinou as finanças de inúmeras famílias e promoveu um pesadelo real lá fora, agora é uma ameaça para o Brasil, muito embora tenha chegado aqui por razões diferentes.

O fato é que o Brasil passa por uma crise séria que prejudica tanto o consumidor quanto as construtoras. O interesse coletivo, portanto, está em jogo.

É inegável que a desistência da compra dos imóveis transformou-se em uma verdadeira dor de cabeça para as construtoras brasileiras, que terão que devolver quase todo o dinheiro pago pelo cliente, depois de terem suportado despesas com publicidade/propaganda, corretagem, dentre outras.

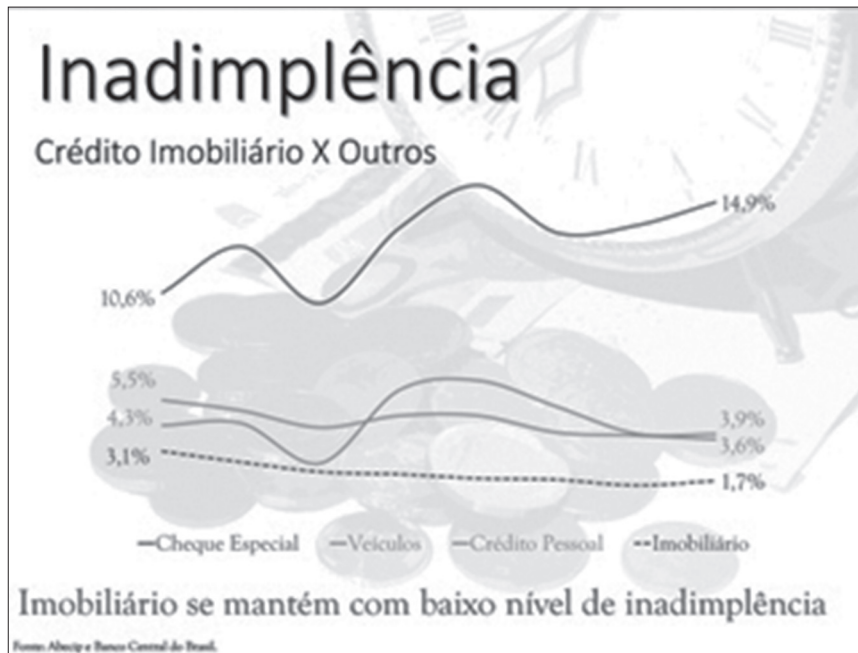
Além disso, as construtoras já haviam aplicado a quantia necessária para construção do imóvel, ou seja, a empresa terá que manter os compromissos assumidos para finalizar a obra e vender a unidade novamente.

Por certo devolver uma unidade na planta certamente representa risco para conclusão do próprio negócio, uma vez que prejudica os demais compradores, gerando, por exemplo, atraso na conclusão da obra.

Por outro lado, o desfazimento do negócio representa o término de um sonho para o comprador que, em regra, só devolve o imóvel se realmente não tem condições de arcar com o pagamento do valor remanescente.

Diuturnamente os noticiários apontam inúmeras razões para a crise imobiliária brasileira, dentre elas: (i) a diminuição dos preços do imóvel que antes estavam superaquecidos; (ii) as incorporadoras estão com alto estoque, ou seja, a projeção foi desequilibrada entre a oferta e a demanda; (iii) a restrição ao crédito aumentou, isto é, atualmente há uma dificuldade maior para se obter financiamento bancário; (iv) aumento da taxa de desemprego; (v) aumento da inflação; (vi) alta periódica da taxa dos juros (a Selic passou de 7,25% em 2012 para 14,25% em 2015) etc.

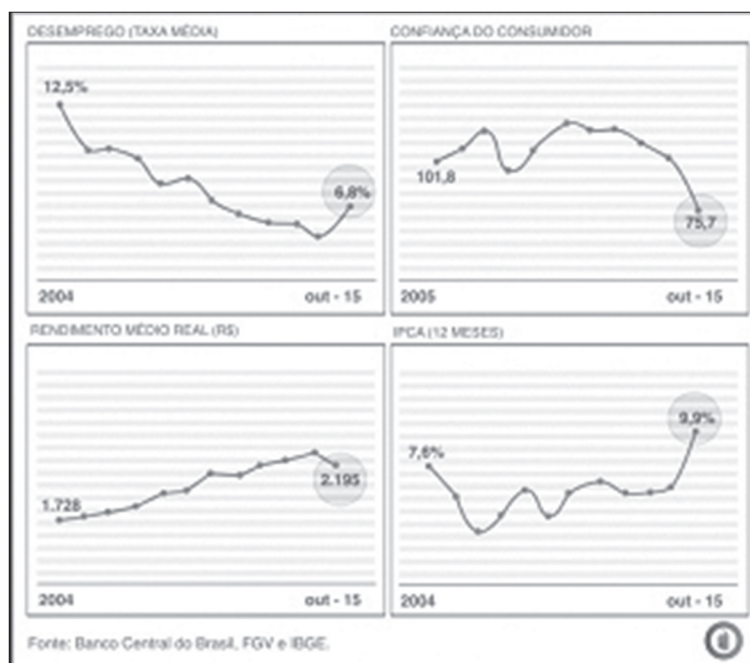
Destaque-se que o nível de inadimplência do brasileiro em relação ao crédito imobiliário ainda é baixo se comparado a outros índices, já que as dívidas em cheques especiais, veículos e empréstimos pessoais continuam significativamente maiores.



Em suma, a conta não fecha e é necessário contemplar este cenário: muitos dos que compraram imóveis na planta não tem conseguido pagar as parcelas mensais, seja com os bancos ou diretamente com a construtora durante a obra.

Tanto os que perderam seus empregos, quanto os que passaram a auferir renda menor encontram dificuldades, já que o poder de compra diminuiu e, conseqüentemente, podem se tornar potenciais inadimplentes em relação às obrigações vincendas.

Oportuno observar, conforme gráficos abaixo, que na última década houve um sensível receio dos brasileiros em perder seus empregos, o que é justificável já que a média de desemprego vem aumentando consideravelmente. Além disso, o índice nacional de preços ao consumidor amplo (IPCA), que tem por objetivo medir a inflação de produtos e serviços comercializados no varejo sobre o consumo pessoal das famílias, vem subindo constantemente.



Muitas construtoras, com justificável razão, estão preocupadas e evitam, a duras penas, realizar distratos com os compradores, oferecendo alternativas² como: (i) descontos; (ii) outro imóvel com custo menor; (iii) financiamento direto; (iv) diminuição da taxa de juros e (v) aumento do parcelamento com a redução da prestação.

Público e notório que 2015 terminou em crise³ (política, financeira e também imobiliária) e neste ano de 2016 a tendência⁴ é que as dificuldades econômicas se mantenham, razão pela qual é razoável esperar que os consumidores

2. Notícias – Negócios – *Isto é Dinheiro* – 18.01.2016 – Construtora em apuros: Não bastassem os plantões de vendas vazios, a falta de crédito e a disparada dos juros, quatro em cada dez clientes estão devolvendo os imóveis que compraram. Saiba que as empresas estão se organizando para evitar que a recessão desmorone o setor. Disponível em: [www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160118/construtora-apuros/334392]. Acesso em: 02.02.2016.
3. *Jornal Valor Econômico*, Empresas, São Paulo, 22.07.2015, Distratos aumentam com a piora da economia. Disponível em: [www.valor.com.br/empresas/4144500/distratos-aumentam-com-piora-da-economia#impresso-953863]. Acesso: 02.02.2016.
4. *Jornal Valor Econômico*, Empresas, São Paulo, 06.01.2016 – B3. Incorporadoras devem enfrentar novo ano de retração. Disponível em: [www.valor.com.br/empre

SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz; CUNHA, Luiza Fontoura da. Distrato de compra e venda de bem imóvel: análise prática do negócio e da jurisprudência atual.

Revista de Direito Imobiliário. vol. 80. ano 39. p. 389-408. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. / 2016.

encontrem dificuldades para honrar com seus compromissos, mas também que tenham cautela para planejar sua nova realidade.

Note-se que o endividamento por crédito imobiliário vem aumentando desde 2005, mas em 2014 este índice aumentou em seis vezes o endividamento das famílias.



Segundo reportagem do Jornal *Estado de S. Paulo* de 11.01.2016 (Economia & Negócios, A1 e B1⁵), de cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos às construtoras de janeiro a setembro de 2015, ou seja, cerca de 40%, alcançando o valor de R\$ 5 bilhões de reais.

Seguramente tal cenário decorre não apenas da crise econômica do país, mas também da falta de planejamento e preocupação dos compradores em arcar com suas dívidas. De toda forma, pressupõe-se que ninguém compra um imóvel pensando em se desfazer do bem antes de ocupá-lo ou revendê-lo.

[sas/4379548/incorporadoras-devem-enfrentar-novo-ano-de-retracao](http://www.estadonline.com.br/brasil/empresas/empresas/4379548/incorporadoras-devem-enfrentar-novo-ano-de-retracao). Acesso em: 02.02.2016.

5. Levantamento da Fitch foi feito com nove companhias do setor entre janeiro e setembro de 2015; aumento dos “distratos” significa que cerca de R\$ 5 bilhões voltaram às prateleiras. Disponível em: [<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,de-cada-100-imoveis-vendidos-41-foram-devolvidos-as-construtoras-em-2015,10000006708>]. Acesso em: 04.02.2016.

O distrato da promessa de compra e venda do bem, contudo, passou a ser, por questões financeiras, a melhor solução para o comprador.

A divergência surge com as condições para o desfazimento do negócio.

3. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC)

O art. 2.º do CDC estabelece ser consumidor toda pessoa física que adquire ou utiliza o produto como destinatário final.

O art. 3.º determina que é fornecedor e, portanto, sujeito àquele diploma, toda pessoa física ou jurídica que desenvolva atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, por óbvio, o comprador é consumidor e, por corolário lógico, a construtora enquadra-se, perfeitamente, nas definições trazidas para os fornecedores. Trata-se de relação de consumo, em que os autores firmaram contrato de adesão para aquisição de imóvel, como destinatários finais.

Aplica-se, portanto, o CDC à resolução dos conflitos resultantes desta relação, especialmente às disposições relativas à inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII) e ao reconhecimento da hipossuficiência do comprador, presumindo-se que o consumidor, pessoa natural, não se encontra no mesmo plano de igualdade com o incorporador/construtor.

A relação jurídica que rege este tipo de contrato de compra e venda é sinalagmática ou bilateral, com vínculo de reciprocidade entre os contratantes.

Assim, o contrato atribui direitos e obrigações recíprocos de modo que cada parte é, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra. Como sabido, no contrato de compra e venda, o comprador deve pagar o preço e receber o bem e, o vendedor, credor do preço, deve entregar o bem a tempo e modo.

Nada mais lógico, afinal. Se uma penalidade é prevista para uma das partes, como forma de desencorajá-la ao descumprimento de suas obrigações, razoável que a mesma penalidade seja imposta a outra parte, para a mesma hipótese abstrata.

Oportuno lembrar que a lei consumerista determina expressamente que:

“Art.6.º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou impliquem renúncia ou disposição de direitos;

II – subtraíam ao consumidor a opção do reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

É com base nesta legislação protetiva que os promitentes compradores têm recorrido à Justiça, com vistas a obter a restituição integral dos valores pagos para aquisição do bem até a resolução do contrato.

Argumenta-se, ainda, que esse tipo de contrato de compra e venda é de adesão, que se caracteriza pela padronização das cláusulas por uma das partes, no caso a construtora, sem que seja permitido ao comprador discutir o seu conteúdo na exata definição trazida pelo art. 54 do CDC.

Os contratos de adesão caracterizam-se por oferecerem apenas duas opções, aderir ao contrato, firmando-o, ou desistir do negócio.

É verdade que, via de regra, verificam-se nestes instrumentos contratuais diversas cláusulas abusivas, que conferem aos consumidores muitos deveres e pesadas sanções, enquanto à construtora são conferidos direitos e praticamente nenhuma penalidade. Portanto, na prática, não há nestes casos, de fato, equilíbrio contratual entre as partes.

Não é difícil encontrar instrumentos contratuais que dedicam inúmeras cláusulas para estabelecer sanções ao comprador em caso de descumprimento de suas obrigações contratuais, mas nenhuma disposição contra a construtora.

Os métodos comerciais podem se revelar coercitivos e desleais, levando os consumidores à condição de completa impotência diante do poder econômico superior do fornecedor.

Assim, não há dúvida quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às promessas de compra e venda de imóveis.

Evidente, porém, que a despeito da incidência das normas consumeristas, verifica-se que, na hipótese em análise, a promitente vendedora não concorre de modo algum para a rescisão contratual, e o desemprego e a diminuição da renda –normalmente utilizados como argumento para justificar a desistência

do negócio –, não podem ser considerados fatos supervenientes aptos a ensejar a aplicabilidade da teoria da imprevisão (art. 6.º, V, parte final, do CDC), justamente pelas condições econômicas atuais do país.

Apesar das disposições legais que protegem o consumidor, não seria demasiado esperar que o comprador mensurasse a situação econômica e a atual conjuntura política do país antes de adquirir um imóvel; que verificasse se tem recursos suficientes para adquirir o bem e sua capacidade financeira para se comprometer com um financiamento a longo prazo.

Vale ainda a sugestão de reflexão sobre o nível de proteção que se confere ao consumidor no Direito pátrio. Sobre o tema, adequadas as ponderações do jurista alemão Stefan Grundmann⁶ que afirma: “E essa tendência de dizer que os mais vulneráveis têm de ser muito mais protegidos, que temos de ter sempre mais proteção do consumidor, gera, a meu ver, problemas de distribuição e, também, efeitos sobre as estruturas dos mercados, e isso tem de ser levado em consideração. Uma proteção muito intensa pode restringir a liberdade de escolha dos outros consumidores. Consumidores não são um grupo homogêneo. Existem consumidores fortes, existem aqueles menos fortes e há um paradoxo: muita proteção do consumidor custa caro e, em uma economia de mercado, os preços são pagos por todos, pelos ricos e pelos menos ricos. Mas as vantagens, muitas vezes, chegam mais aos consumidores mais ricos, mais fortes. Tal se deve porque eles têm mais dados, mais experiência para pesquisar e também uma assessoria jurídica mais eficiente. Por exemplo, em caso de dano por tempo perdido, normalmente, um empregado que ganha um salário baixo quase não tem dano, enquanto para um empresário o dano seria muito alto. Por isso, se a regra é, por exemplo, que a cada atraso de voo tem de ser paga uma indenização, poderia ser que os bilhetes ficassem mais caros, mas só aqueles mais ricos teriam vantagens. E, por isso, minha proposta seria que o nível de proteção do consumidor teria de ser tal que ajudaria o funcionamento do mercado e possibilitar-lhe-ia escolher bons serviços e bens. Isso, normalmente, é a função da informação. Evidentemente, ela não precisa ser abundante, mas a regra de informação, como tal, ajuda o funcionamento do mercado. Assim, uma proteção muito forte ficaria restrita aos casos especiais de vulnerabilidade, nos quais a vida, saúde e a existência econômica dos consumidores estariam em risco”.

6. RODAS, Sérgio; FRITZ, Karina Nunes; RODRIGUES JR, Otavio Luiz. Distorções do mercado – Muita proteção ao consumidor custa caro e, no fim, o preço é pago por todos. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-21/entrevista-stefan-grundmann-professor-universidade-humboldt#author]. Acesso em: 22.02.2016.

Além disso, espera-se que o Judiciário possa diferenciar o comprador que busca o reembolso por um sério problema financeiro – como a falta de crédito ou desemprego – do investidor arrependido, que percebeu que comprou na alta e não terá como repassar o imóvel pelo valor que desejava.

Parece razoável que aquele que devolve o imóvel por mero oportunismo, prejudicando diretamente a construtora – ainda que seja pelo mero inconveniente de revender a unidade – e, indiretamente os demais consumidores, tenha um ônus maior na devolução do imóvel do que aquele que, de fato, não pode arcar com o pagamento do bem.

4. A BOA-FÉ E AS RESPONSABILIDADES DO INCORPORADOR E DO CONSTRUTOR PELA OBRA

Os arts. 421 e 422 do CC/2002 abordam a teoria geral dos contratos, em que a autonomia da vontade, que assegura a liberdade das partes em contratar, indica que as negociações devem ser exercidas pela função social dos contratos.

Para Flávio Tartuce,⁷ a função social do contrato é uma norma geral de ordem pública, conforme previsão do art. 2.035, parágrafo único, do próprio CC/2002, por meio da qual o contrato necessariamente deve ser interpretado de acordo com o contexto do todo social, não devendo trazer desproporções, onerosidades excessivas entre as partes e muito menos desembocar em injustiças sociais.

E diga-se, os contratos também não podem extrapolar os interesses metaindividuais ou aqueles que se relacionam com a dignidade humana (Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil).⁸

Neste contexto, além dos contratantes, a própria sociedade se beneficia dessa função social contratual e de preservação do contrato, o que confere segurança jurídica, essencial elemento de manutenção do próprio equilíbrio social.

7. TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça (Novo). Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3]. Acesso em: 03.03.2016.

8. “Art. 421. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Antigamente, as partes poderiam alegar que tinham a mera intenção de se comportar de forma honesta e transparente. O art. 422 do CC/2002, contudo, estabeleceu a obrigatoriedade de se respeitar a boa-fé objetiva. Tal comportamento passou a ser uma exigência legal.

Nítido, portanto, que a presunção da boa-fé nas relações contratuais representa o inegável anseio da sociedade em incorporá-lo como verdadeiro norteador da tratativa entre as partes:

“Art. 422. Os *contratantes são obrigados* a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*” (grifamos).

E mais. A boa-fé não se consubstancia apenas durante a execução do contrato, mas também se manifesta na fase de negociação prévia e após a conclusão da relação contratual.

Quem celebra o contrato de financiamento é a incorporadora, que pode ser também construtora; porém quando firma contrato com o dono da área do empreendimento, com a instituição financeira e com os compradores do imóvel, age como incorporadora. Em suma, a construtora geralmente executa a obra e incorporadora planeja, vende e divulga o negócio.

As incorporações são regidas pela Lei 4.591/1964, que dispõe:

“Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

“Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

(...)

II – responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa; (...).”

Importante ressaltar que a responsabilidade do construtor decorre do contrato de empreitada (art. 618 do CC/2002) e, em caso de dano, há inegável solidariedade com o incorporador (arts. 937 e 942 do CC/2002). Aplica-se

ainda o disposto no parágrafo único do art. 7.º do CDC e art. 25 do mesmo diploma legal.

Diante dos dispositivos legais que regem a matéria, fica clara a responsabilidade, inclusive extracontratual, das construtoras e incorporadoras em face do comprador e perante terceiros.

Assim, tendo em conta que a responsabilidade é solidária entre construtora e incorporadora para execução da obra (e diga-se: após a conclusão do empreendimento), qual seria a equação mais equilibrada para a realização do distrato, no caso de desistência do consumidor quando o negócio ainda está na planta?

É o que se passa a analisar.

5. O *PACTA SUNT SERVANDA*, AS CONDIÇÕES PARA O DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

As condições a serem estabelecidas para realização do distrato geram polêmica e invariavelmente requerem a intervenção do Judiciário para que se estabeleçam os critérios a serem adotados no caso concreto.

Note-se que a lei de incorporação imobiliária anteriormente citada não prevê os efeitos do distrato, apenas declarando que o contrato de compra e venda de uma unidade é irrevogável e irretroatável.

Não obstante, firmou-se o entendimento de que todo consumidor, ainda que inadimplente à época do distrato, poderá reaver parte do valor pago, devidamente corrigido e em parcela única, cujo percentual varia de acordo com o caso específico.

Por outro lado, a construtora poderá reter valores suficientes para cobrir despesas de administração e publicidade, que representam em média 10% a 25% dos valores já despendidos pelo comprador para aquisição do bem.

A nosso ver absolutamente legítima essa retenção nos casos em que a rescisão do contrato se dê exclusivamente por inadimplência ou interesse do comprador. Não poderia ser diferente.

Sabe-se que os contratos estão sujeitos ao princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o pactuado entre as partes deverá ser respeitado.

No caso, houve um pacto firmado entre particulares; um contrato privado, cujas cláusulas equivalem à lei entre as partes e deverá ser observado.

Por certo, presume-se a boa-fé entre os pactuantes que, livres para contratar da maneira que melhor lhes aprouver, cumprirão com as obrigações assumidas por própria vontade.

Caso o entendimento sobre os contratos fosse divergente, não restaria às partes segurança no momento de contratar, uma vez que os pactos poderiam ser assinados e, após, livremente descumpridos, ao nuto dos signatários, em ato de flagrante má-fé. As relações jurídicas ficariam, deste modo, eivadas de insegurança.

Como assegurado anteriormente, diversos são os dispositivos que protegem o consumidor e que serão aplicados e levados em consideração. Também é verdade, entretanto, que os efeitos desta proteção sobre as estruturas de mercado igualmente devem ser consideradas.

A incorporadora teve despesas com administração, publicidade e propaganda. Argumenta-se que com as multas pactuadas em contrato e a retenção de parte dos valores pagos, a incorporadora zera seus custos se o comprador desistir.⁹ Primeiro, merece registro que as multas são invariavelmente afastadas pelo Judiciário. Segundo, é evidente que o objetivo de uma empresa privada é obter lucro e não zerar custos.

O contrato firmado foi aceito e assinado pelo comprador e, ainda que algumas distorções mereçam ser corrigidas com amparo no Código de Defesa do Consumidor, o acordado entre as partes deverá ser preservado.

A *priori* o que se tem estabelecido, repita-se, é que o consumidor, ainda que inadimplente à época do distrato, poderá reaver parte do valor pago, devidamente corrigido e em parcela única, cujo percentual varia de acordo com o caso específico. A construtora poderá, portanto, reter valores suficientes para cobrir suas despesas a título de corretagem, imposto, propaganda, dentre outros, que variam entre 10% e 25% dos valores que foram pagos pelo comprador.

Feitas essas considerações, trazemos o entendimento atual do STJ sobre o tema, conforme elencado abaixo:

A – Aplicabilidade do CDC contra abusos constantes nos contratos e distratos de compra e venda de imóveis. Entendimento de que há evidente despro-

9. “Segundo um consultor com experiência no setor, em alguns casos a incorporadora estabelece uma multa de 20% do valor do imóvel em caso de desistência antecipada. Como esse é o percentual que ela precisa para erguer a obra, na prática ela zera seus custos se o comprador desistir, diz ele. Multas desse tamanho são consideradas abusivas e podem ser contestadas na Justiça”.

A crise fez explodir o número de compradores que desistiram dos imóveis que adquiriram. Conheça seus direitos nesse caso. Por Claudio Gradilone. Disponível em: [www.istoedinheiro.com.br/noticias/investidores/20160115/conta-nao-fechar/334385]. Acesso em 15.01.2016.

porção quando da retenção integral do valor pago pelo comprador/consumidor ou devolução insuficiente oferecida pela construtora/vendedora.

“Direito civil e do consumidor. Abusividade de cláusula de distrato. É *abusiva a cláusula de distrato – fixada no contexto de compra e venda imobiliária mediante pagamento em prestações – que estabeleça a possibilidade de a construtora vendedora promover a retenção integral ou a devolução ínfima do valor das parcelas adimplidas pelo consumidor tratante*. Isso porque os arts. 53 e 51, IV, do CDC coíbem cláusula de decaimento que determine a retenção de valor integral ou substancial das prestações pagas, por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. Nesse contexto, o art. 53 dispõe que, nos ‘contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado’. O inciso IV do art. 51, por sua vez, estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Além disso, o fato de o distrato pressupor um contrato anterior não implica desfiguração da sua natureza contratual. Isso porque, conforme o disposto no art. art. 472 do CC/2002, “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”, o que implica afirmar que o distrato nada mais é que um novo contrato, distinto ao contrato primitivo. Dessa forma, como em qualquer outro contrato, um instrumento de distrato poderá, eventualmente, ser eivado de vícios, os quais, por sua vez, serão passíveis de revisão em juízo, sobretudo no campo das relações consumeristas. *Em outras palavras, as disposições estabelecidas em um instrumento de distrato são, como quaisquer outras disposições contratuais, passíveis de anulação por abusividade*” (RESP 1.132.943-PE, j.27.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão) (grifamos).

B – Aplica-se o CDC aos contratos nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias mediante financiamento.

“Agravamento regimental no agravo em recurso especial. Processual civil. Código de Defesa do Consumidor. Súmula 83/STJ. 1. *O Código de Defesa do Consumidor atinge os contratos de compra e venda nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias mediante financiamento*. Acórdão em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. *Agravamento regimental não provido*” (AgRESP 120.905/SP (2011/0282239-0), j.06.05.2014, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva) (grifamos).

C – Apesar de o contrato de incorporação ser regido por lei específica (Lei 4.561/1964), o Código de Defesa do Consumidor e seus princípios incidem nesta relação:

“Agravamento regimental no recurso especial. Recurso incapaz de alterar o julgado. Direito do consumidor. Contratos de incorporação imobiliária. Responsabilidade pelo vício do serviço. Solidariedade. Cadeia de fornecedores. Inovação recursal. Descabimento. Reexame de provas. Súmula 7 do STJ. Súmula 83 do STJ. Incidência. Julgado de acordo com a jurisprudência desta Corte. 1. As razões do presente agravo são totalmente dissociadas daquelas trazidas no recurso especial, de modo que a inovação recursal impede o conhecimento do pleito. 2. *Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei 4.591/1964, admite-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva*, vedando-se o locupletamento ilícito. 3. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa. 4. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu configurada a responsabilidade da imobiliária pelos prejuízos causados aos condôminos em virtude da inexecução das obras do edifício decorrente da alienação dos lotes em disputa, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, por Súmula 7 do STJ. 5. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, tem incidência a Súmula 83 do STJ, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras. 6. Agravo regimental não provido” (AgREsp 1.006.765/ES (2007/0273156-9), j.18.03.2014) (grifamos).

D – O consumidor tem o direito de rescindir o contrato, por não ter condições financeiras de suportar o pagamento das parcelas. Neste caso, uma parte das prestações já pagas será restituída, podendo o vendedor reter o valor correspondente aos custos operacionais do contrato rescindido.

“Direito civil e do consumidor. Retenção de parte do valor das prestações na hipótese de distrato. Na hipótese de distrato referente à compra e venda de imóvel, *é justo e razoável admitir-se a retenção, pela construtora vendedora, como forma de indenização pelos prejuízos suportados, de parte do valor correspondente às prestações já pagas, compensação que poderá abranger, entre outras, as despesas realizadas com divulgação, comercialização, corretagem e tributos, bem como o pagamento de quantia que corresponda à eventual utilização do imóvel pelo adquirente distratante*. Precedente citado: RCDESP no AgREsp 208.018-SP, 3.^a

T., DJe 05.11.2012” (REsp 1.132.943/PE, j. 27.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão) (grifamos).

A restituição recebida pelo consumidor tem que ser corrigida monetariamente:

“Recurso Especial. Compromisso de compra e venda. Imóvel em construção. Rescisão contratual. Transação. Devolução das parcelas pagas pela promitente vendedora. Correção monetária. Compensação. *É inaceitável transação que contrarie os princípios básicos do direito e as disposições legais vigentes. Não se admite como válido o distrato de promessa de compra e venda segundo o qual o promissário comprador recebe a devolução das parcelas pagas sem correção monetária. A correção monetária é um mero fator de atualização do valor aquisitivo da moeda. Não confere um plus ao valor da dívida, razão pela qual, não pode fazer às vezes da multa compensatória, não estipulada.* Recurso especial não conhecido” (REsp 331346/MG, (2001/0081689-7), 3.^a T., j. 15.10.2001, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.11.2001) (grifamos).

E – A retenção por parte da construtora/incorporadora pode atingir até 25% do montante pago pelo comprador, sendo abusiva qualquer cláusula contratual que autorize a retenção integral dos montantes pagos pelo comprador.

“Processo civil. Agravo regimental. Agravo no recurso especial. Promessa de compra e venda de imóvel. Inadimplência. Rescisão contratual. Devolução das parcelas pagas. Cabimento. Retenção de 25% em benefício do vendedor. *Súmula 83 do STJ. Agravo não provido. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resilição do compromisso de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. Nesse caso, o distrato rende ao promissário comprador o direito de restituição das parcelas pagas, mas não na sua totalidade, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, entendido como tal 25% do valor pago. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido*” (AgRg no AgREsp 730520/DF (2015/0144281-9, 4.^a T., j. 25.08.2015, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28.08.2015) (grifamos).

F – A devolução dos valores pela construtora não pode ser parcelada e nem ocorrer após o término da obra.

“Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito do consumidor. Contrato de compra de imóvel. Desfazimento. Devolução de parte do valor pago. Momento. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, *é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças,*

deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. 2. Recurso especial não provido” (REsp 1.300.418/SC (2012/0000392-9), j. 13.11.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão) (grifamos).

G – Indo além, em setembro de 2015, o STJ aprovou a Súmula 543 que sintetiza seu entendimento e define, de forma muito clara, as obrigações de comprador e vendedor:

Súmula 543: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento” (grifamos).

O entendimento dos demais tribunais pátrios segue o posicionamento firmado pelo STJ. Cita-se, a título de exemplo, o que estabeleceu o TJSP, que também editou súmulas sobre o tema.

Súmula 1: “O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor; assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem” (DJe 06.12.2010 – grifamos).

Esse posicionamento, ao afastar as cláusulas de irrevocabilidade e irrevogabilidade que usualmente constam nos contratos de promessa de compra e venda, busca reequilibrar a relação estabelecida entre as partes e leva em consideração o contexto econômico em que ora se encontra inserido o comprador do imóvel.

Além disso, na mesma linha do posicionamento do STJ, a súmula determina a retenção de parte dos valores já pagos pelo consumidor para compensar as despesas da construtora/vendedora com propaganda, administração, corretagem e eventual tempo de ocupação.

Do exposto, levando em consideração a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas também os princípios do *pacta sunt servanda*, boa-fé e função social que regem os contratos, nos parece legítimo o distrato por parte do comprador em razão de eventual dificuldade financeira, mas com direito de retenção por parte da incorporadora.

Quer nos parecer que atualmente a discussão gira em torno de se apurar qual o percentual adequado a título de retenção, que vem sendo estabelecido pelo STJ entre um percentual mínimo de 10% e máximo de 25%.

É necessária, todavia, a análise individual de cada caso, pois há situações em que tal percentual pode ser maior do que o estabelecido como razoável pelo STJ e, mesmo assim, fazer justiça às partes, como nas situações em que o adquirente já utilizou o imóvel, situação em que deve ser considerado o tempo que ali permaneceu e o estado da conservação do bem.

Assim, nos casos de rescisão do contrato por desistência ou inadimplência do promitente comprador, para evitar que o percentual de retenção seja estabelecido indiscriminadamente pelo Judiciário, o ideal seria que a vendedora fizesse constar em seu contrato, de forma expressa, percentual razoável para o caso de distrato, bem como que se lhe assegure o direito de demonstrar os prejuízos efetivamente sofridos com o desfazimento da contratação.

6. CONCLUSÃO

O distrato nos casos de desistência ou inadimplência do promitente comprador possui critérios bem delineados na jurisprudência dos Tribunais, em especial do STJ.

Está assentado que se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor em toda a sua vertente protetiva, para resguardar a hipossuficiência presumida do promitente comprador.

Por outro lado, não se pode perder de vista a máxima de que os pactos devem ser respeitados, bem como os princípios norteadores dos contratos, como o da boa-fé, da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos. Por mais que o consumidor precise ser protegido deve-se ter em conta que uma proteção excessiva acaba por restringir a liberdade de escolha de outros consumidores e, sem dúvida, gera efeitos nas estruturas de mercado que devem ser levados em consideração.

Assim, o caminho encontrado pela jurisprudência é razoável, já que permite o distrato da promessa de compra e venda por interesse do promitente comprador, mas de alguma forma – com a retenção – busca resguardar os interesses da promitente vendedora, que teve despesas e inconvenientes com o desfazimento do negócio.

Merece ajuste, entretanto, o percentual da retenção nestas rescisões, que deveria sempre variar de acordo com o caso concreto, já que há diversos fatores que devem ser levados em consideração, como a ocorrência da ocupação do bem e as despesas efetivamente incorridas pela promitente vendedora. Evitando-se, tanto quanto possível, fixações que se fundam em mera, e muitas vezes arbitrária, estimativa do julgador.

Registre-se, por fim, que em um cenário sabidamente incerto, o fato de o consumidor não se planejar para aquisição de bens é um fator que deve ser levado em consideração para fixação do percentual a ser retido da resolução do contrato.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Luis Tomás Alves de. O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro. 2011. Disponível em: [ww.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_145.pdf.]. Acesso em: 15.02.2016.
- BARROS, Henrique. Rescisão de contrato de compra e venda de imóvel. 2016. Disponível em: [http://henriquebarros.jusbrasil.com.br/artigos/299960149/rescisao-de-contrato-de-compra-e-venda-de-imovel]. Acesso em: 15.02.2016.
- _____. Distrato ou rescisão de contrato de compra e venda de imóvel. Disponível em: [http://mercadanteadvocacia.com/direitos-imobiliario/distrato-ou-rescisao-de-contrato/]. Acesso em 15.02.2016.
- GRADILONE, Cláudio. E se a conta não fechar?. 2016. Disponível em: [www.istoedinheiro.com.br/noticias/investidores/20160115/conta-nao-fechar/334385]. Acesso em: 15.02.2016.
- GUARNIERI, Beatriz Helena. A restituição dos valores pagos na hipótese de rescisão do contrato de promessa de venda e compra de imóvel por desistência do promitente comprador. 2013. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190894,21048-A+restituicao+dos+valores+pagos+na+hipotese+de+resiliacao+do+contrato]. Acesso em: 17.02.2016.
- LAPORTA, Tais. Imóveis com desconto e crise motivam *boom* de pedidos de devolução. 2016. Disponível em: [http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/02/imovel-com-desconto-e-crise-motivam-boom-de-pedidos-de-devolucao.html]. Acesso em: 15.02.2016.
- PAVINI, Angelo. Risco de perder imóvel por calote no financiamento aumenta. 2015. Disponível em: [http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/nova-lei-facilita-retomar-imovel-em-caso-de-inadimplencia]. Acesso em: 15.02.2016.
- PICCO, Pedro Henrique. Crescem a devolução e o distrato na compra de imóveis. 2016. Disponível em: [www.acritica.net/mais/opinioes%C2%ADdos%C2%ADleitores/cresce%C2%ADa%C2%ADdevolucao%C2%ADe%C2%ADo%C2%ADdistrato%C2%ADna%C2%ADcompra%C2%ADde%C2%ADimoveis/161810/]. Acesso em: 15.02.2016.
- RODAS, Sérgio; FRITZ, Karina Nunes; RODRIGUES JR, Otavio Luiz. Distorções do mercado. Muita proteção ao consumidor custa caro e, no fim, o preço é pago por todos. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-21/entrevista-stefan-grundmann-professor-universidade-humboldt#author]. Acesso em: 22.02.2016.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do STJ (Novo). Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3]. Acesso em: 03.03.2016.

VALIM, Carlos Eduardo. Construtora em apuros. 2016. Disponível em: [www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160118/construtora-apuros/334392]. Acesso em: 22.02.2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais, de Aline Miranda Valverde Terra – *RDP* 65/121 (DTR\2016\4158);
- Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva, de Rodrigo Pacheco Fernandes – *RDI* 77/147 (DTR\2014\18613); e
- Notas sobre o conceito de distrato como expressão do contrário consenso no direito civil brasileiro, de Fábio Siebeneichler – *RDCC* 4/107 (DTR\2015\13132).

AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E O ART. 53 DO CDC

THE REAL ESTATE DEVELOPMENTS AND THE ART. 53 OF THE CDC

MARCELO TERRA

Graduado pela Faculdade de Direito da USP, em 1978. Membro do Conselho Jurídico do Secovi-SP. Membro titular da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário – ABDPR. Diretor Adjunto para o biênio 2015/2017 do Conselho Diretor da FIABCI/Brasil. Professor-Coordenador de Direito da Universidade Secovi-SP e fundador do curso de Pós-Graduação em Negócios Imobiliários do Secovi-SP e idealizador do curso de especialização em Direito Imobiliário Empresarial do Secovi-SP. Advogado. marceloterra@dgcgt.com.br

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Consumidor

RESUMO: A proposta deste artigo é analisar a atividade negocial imobiliária e as relações consumeristas, concentrando esforços na análise dos distratos celebrados e nas nuances trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, seus limites e efeitos em relação às partes contratantes. Ao fim, são expostos os desafios que se mostram presentes na interpretação e aplicação de tais normas dentro da teoria e da prática jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato – Incorporação imobiliária – Cláusula penal – Direito do consumidor – Distrato.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the real estate negotiation activity and its adjacent consumer relations, focusing on analysis of dissolutions and the differences introduced by Consumer Code, their limits and effects on the contracting parties. At the end of the report shows the differences and challenges that exist both in the interpretation and application of such rules within the theory and legal practice.

KEYWORDS: Contract – Real estate merger – Penal clause – Consumer law – Dissolution.

SUMÁRIO: 1. Uma explicação prévia. 2. O contrato de incorporação e seu complexo negocial. 3. O contrato e sua força vinculante para cumprimento de sua função social e a análise econômica do contrato. 4. A cláusula penal de perda de quantias pagas (decaimento) como meio de indução ao cumprimento da obrigação. 4.1 A possibilidade de modulação ou dissimetria da cláusula penal pelo juiz. 4.2 Os efeitos perversos da ausência de cláusula penal ou de sua insuficiência. 5. O Código de Defesa do Consumidor. 6. A errônea construção de doutrina consumerista. 7. Uma esperança de racionalidade. 8. Uma resenha da situação dominante atualmente na jurisprudência. 9. Em conclusão. 10. Bibliografia.

1. UMA EXPLICAÇÃO PRÉVIA

O mercado imobiliário de incorporações (novos lançamentos) vive historicamente momentos de euforia e de retração, de picos e de vales, de longos voos de falcão e de curtos pulos de galinha.

Infelizmente, o momento atual é de retração, por força de uma séria crise econômico-política.

Nesta situação, as atenções sempre se voltam para a tormentosa questão dos distratos,¹⁻² em que a venda pode até mesmo ser negativa (maior número de distratos de vendas antigas do que de novas alienações), arvorando-se o adquirente consumidor com o pretense direito subjetivo de desistir (a qualquer tempo e independentemente de motivação) da aquisição e de pleitear de volta as quantias até então pagas, provocando um sério desequilíbrio nas relações contratuais e gerando, até mesmo, prejuízos aos demais condôminos do mesmo ou de outro empreendimento, cuja dimensão corre o risco de ser sistêmica,³ sendo uma “(...) operação que ninguém ganha”.⁴

Nos últimos 25 anos, a doutrina e a jurisprudência consumerista criaram um sistema absolutamente nefasto e dissociado da realidade da vida real e dos negócios.

Com este pequeno estudo, objetivo voltar às origens da questão, suscitando uma renovação dos debates e um novo olhar sobre um velho problema.

A base de meu pensar está em dois princípios.

Primeiramente: o imóvel enquanto objeto de uma relação de consumo – principalmente aquele alienado em fase de construção – merece uma visão toda específica do complexo negocial que representa.

Aliás, em estudo pioneiro no direito brasileiro sobre o direito do consumidor, J.M. Othon Sidou já alertava a necessidade de se exigir “(...) um tratamento em norma especial, não apenas por sua complexidade, mas também pela

-
1. SENRA, Odair. O desequilíbrio do “distrato”. *FIABCI Hoje*. ano XX. n. 221. nov. 2015.
 2. BERNARDES, Cláudio. A injustiça dos distratos. *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 01.11.2015, p. A16 (Informe publicitário do SindusCon-SP), *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, 03.11.2015, p. B4 (Informe publicitário da FIABCI-Brasil) e *O Estado de S. Paulo*, Cad. Metrópole, 04.11.2015, p. A14 (Coluna Secovi).
 3. BERNARDES, Cláudio. O risco sistêmico dos distratos. Coluna Secovi. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, p. B3, 27.01.2016.
 4. Editorial do jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 02.02.2016, p. 3.

dificuldade terminológica de acomodá-la com o conceito de consumidor”,⁵ razão pela qual assinalei há mais de 20 anos a conveniência e oportunidade de o Poder Judiciário, Ministério Público e entidades de defesa do consumidor compreenderem que o “(...) imóvel, enquanto objeto de consumo, é dotado de características próprias que impedem que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) seja aplicado sem um exame detido e isento de animosidade”,⁶ tudo na esteira do quanto assinalado no *Manual do Mercado Imobiliário – Código de Defesa do Consumidor*, elaborado em conjunto pelo Secovi-SP e Idec.⁷

Infelizmente, o legislador pátrio não se atentou para estas peculiaridades e disciplinou genericamente a relação contratual imobiliária no âmbito geral do Código de Defesa do Consumidor (que, a bem da verdade e de um sadio sistema jurídico, deveria se autodenominar código das relações de consumo, afastando-se de seu populista e demagógico “nome”).

Segundo ponto: a relação de consumo nas incorporações imobiliárias deve ser vista, compreendida e analisada de um ponto de vista macro, além do enfoque bilateral (vendedor – comprador, ou incorporador – consumidor); há que se olhar para o empreendimento, para a massa condominial, esta, sim, merecedora de toda a proteção inclusive em face do condômino inadimplente.

2. O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO E SEU COMPLEXO NEGOCIAL

A Lei Federal 4.591/1964 regra de forma bastante simétrica os direitos e obrigações de todos os partícipes do empreendimento e com um único e grande objetivo: permitir que o empreendimento “vendido na planta” chegue a

5. SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 107.

6. TERRA, Marcelo. A venda de imóvel e o Código do Consumidor. *BDI – Boletim do Direito Imobiliário*. n. 21 p. 14. 3.º decêndio jul. 1995.

7. Este Manual foi absolutamente inovador e pioneiro. Nos primórdios da vigência do Código de Defesa do Consumidor, Secovi-SP e Idec se uniram e elaboraram um Manual de pontos consensuais. Lá, há o capítulo Imóvel, produto especial com a seguinte redação: “Para as finalidades do Código, o imóvel é qualificado como produto, cabendo ao construtor, incorporador, loteador e corretor de imóveis o papel de fornecedor. No entanto, por ser um conjunto de leis de aplicação genérica, envolvendo praticamente todas as áreas da economia, o Código de Defesa do Consumidor só pode ser interpretado de forma correta e harmônica, através de uma visão que leva em conta as particularidades dos diversos segmentos nele envolvidos”. Tive a honra de ser, em nome do Secovi-SP, o coordenador jurídico do Manual em parceria com o IDEC, que contou com a colaboração inestimável do hoje Ministro (STJ) Antônio Herman V. Benjamin. 1991, reimpresso em 1996.

bom termo. Se falhar o incorporador, a lei disciplina sua destituição de forma célere. Se faltar o comprador, igualmente encontramos na lei federal mecanismos de solução do problema, sempre de modo a proteger aquele contratante em dia no cumprimento de suas obrigações.

Exatamente neste passo – e sublinhando as especiais características da função social do contrato de incorporação –, ao interpretar o art. 43, III, da Lei Federal 4.591/1964, o STJ admitiu a transferência das unidades estoque (não alienadas a terceiros) da incorporadora falida (Encol) ao condomínio de construção, por sua comissão de representantes, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, assegurando-se, assim, a “(...) funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes”.⁸

O empreendimento será concluído com o concurso de esforços financeiros de todas as partes (incorporador e massa condominial). O inadimplemento de um condômino pode afetar o fluxo financeiro e até mesmo o cronograma físico previsto, razão porque os contratos regidos pela Lei Federal 4.591/1964 são incompatíveis com “(...) a rescisão unilateral e não autorizam a devolução integral das quantias pagas quando o comprador desinteressa-se pelo negócio imobiliário, (...), que reclama integral cumprimento no tempo previsto para a edificação do prédio”.⁹

Exatamente por isso é que Laureano Arturo Moreira, examinando estas questões jurídicas no direito argentino, realça ser coletivo o empreendimento, exigindo a colaboração recíproca de todos seus integrantes e o estrito cumprimento das obrigações assumidas, e, ainda, que a construção de um edifício supõe uma quantidade de relações jurídicas muito mais complexas que aquelas que vinculam um vendedor a um comprador, aduzindo que estes “(...) contratos requieren de los adherentes un comportamiento solidario”.

Por isto: “A veces la lectura de estos contratos puede dejar la impresión de que se utilizan cláusulas leoninas o vejatorias. Sin embargo, la imperiosa necesidad de asegurar el puntual aporte de fondos y el interés colectivo que se compromete en la obra común, justifican las sanciones que desalientan la demora y el incumplimiento”.¹⁰

8. STJ, REsp 1.115.605/RJ, 3.^a T., j. 07.04.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ18.04.2011.

9. TJSP, Ap. 99.224-4/6, 3.^a Câ. de Direito Privado, j. 22.08.2000, rel. Ênio Santarelli Zuliani, RJ 275/97.

10. MOREIRA, Laureano Arturo. *Contratos sobre departamentos en construcción*. Buenos Aires: Ábaco, 1985. t. II, p. 466-467.

Os contratos imobiliários representam um elo de uma grande corrente econômica numa sucessiva cadeia produtiva.

O imóvel vendido não existe isoladamente. As relações jurídicas derivadas do contrato, individualmente considerado, se ligam a outras, muitas vezes do próprio empreendimento, custeado que é com recursos advindos de todos os condôminos, justificando o entendimento da impossibilidade de rescisão unilateral do contrato de compra e venda de unidade autônoma no regime da incorporação imobiliária e da não autorização da devolução integral de quantias pagas, em face do desinteresse do comprador pela continuidade do ajuste,¹¹ não se aplicando o art. 53 do CDC, à desistência imotivada do compromissário comprador.¹²

Os créditos imobiliários derivados dos contratos de compra e venda de imóveis, prontos ou em construção, se caracterizam, no mais das vezes, como recebíveis de médio ou longo prazo, passíveis de securitização via emissão, pelo incorporador, de cédula de crédito imobiliário (CCI), sua negociação com uma companhia securitizadora, que emitirá os certificados de recebíveis imobiliários (CRI) e os alienará no âmbito do mercado de valores mobiliários.

3. O CONTRATO E SUA FORÇA VINCULANTE PARA CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO

De acordo com o art. 421 do CC/2002, a liberdade de contratar “(...) será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, sendo incabível a interpretação de que seu objetivo seja o de igualar os contratantes.

Somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos, as “(...) pessoas praticarão os contratos, como instrumento naturalmente destinado à função específica de realizar a circulação de bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam com objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido”.¹³

A função social do contrato atua no sentido de o Estado assegurar a integridade e o cumprimento dos contratos, a fim de viabilizar a autonomia privada,

11. TJSP, Ap. 99.224-4/6, 3.^a Câm. de Direito Privado, j. 22.08.2000, rel. Ênio Santarelli Zuliani, RJ 275/97.

12. TJSP, Ap. 262.132-2/1, 15.^a Câm. de Direito Privado, j. 27.07.1995, rel. Márcio Marcondes Machado. BDI – *Boletim do Direito Imobiliário*, n. 32, 2.^o decêndio nov. 1995.

13. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 45.

bem como a convivência das pessoas, e a utilidade do vínculo, medida pelo efeito que este desperta na realidade na qual se insere.¹⁴

Em outras palavras, o princípio da função social do contrato apoia a tese da força vinculativa do contrato, não somente para fins de segurança jurídica da contratação entre as partes, mas, também e principalmente, na projeção de seus efeitos perante terceiros, como se dá – e assim sustento há tantos anos – no fenômeno negocial da alienação de unidades autônomas a múltiplos e simultâneos adquirentes, garantindo-se ao contrato sua “(...) máxima eficácia”.¹⁵

A necessidade de se garantir a propalada *máxima eficácia* encontra concreitude na cadeia de negociações, “(...) de modo que os frutos das avenças é o elemento ensejador de novos negócios e contratos, (...), à importância da manutenção daquilo que fora acordado, de modo a se afastar a quebra não apenas do liame que movimenta as partes contratantes, mas dos efeitos geradores a partir desta em toda a cadeia produtiva”.¹⁶

Por fim, a análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina do exame econômico do direito, permite reconhecer “(...) o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e a previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado”.¹⁷

Sem dúvida, a função social do contrato se compreende em ambiente de mercado, enxergando-se a “(...) coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetiva, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços”.¹⁸

14. USTÁRROZ, Daniel. A responsabilidade civil, p. 35. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 45.

15. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

16. GUILHERME, Luiz Fernando de Almeida. *Função social do contrato e contrato social. Análise da crise econômica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213.

17. STJ, REsp 1.163.283/RS, 4.ª T., j. 07.04.2015, rel. Luís Felipe Salomão, DJ04.05.2015.

18. TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no direito civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. vol. 876. p. 11-43. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.

4. A CLÁUSULA PENAL DE PERDA DE QUANTIAS PAGAS (DECAIMENTO) COMO MEIO DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

O intuito da cláusula penal é o de, *repita-se, desestimular a quebra imotivada do contrato*, como ensinado por Caio Mário da Silva Pereira.¹⁹ Diz o jurista: “Discute-se qual a finalidade ontológica da pena convencional: se garantia do implemento da obrigação, ou se liquidação antecipada das perdas e danos. Com o primeiro destes objetivos, traz consigo um reforço do vínculo obrigacional: o devedor, que já o é em razão da *obligatio*, reforça o dever de prestar com o ajuste de multa, que lhe pode exigir o credor, se vem a faltar ao cumprimento do obrigado”. E conclui: “A finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o forçamento do vínculo obrigacional, e é com este caráter que mais assiduamente se apõe à obrigação”.

4.1 A possibilidade de modulação ou dosimetria da cláusula penal pelo juiz

O art. 924 do CC de 1916 (análogo ao art. 413 do atual CC/2002), autorizava ao juiz “(...) reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”, quando se cumprir em parte a obrigação.

Mesmo assim, antes do Código de Defesa do Consumidor, o STF²⁰⁻²¹ (pré-Constituição de 1988) e o STJ²² interpretavam esta disposição e determinavam a extinção contratual com retomada do bem e perda total das quantias pagas, desde que prevista contratualmente esta perda, entendendo que no sistema de compra e venda e imobiliária a cláusula penal da perda total era válida, dispensando a modulação por entenderem-na equilibrada em face da natureza peculiar daquela relação jurídica.

Com o advento do CDC e sua regra (art. 53) de vedação de cláusula de perda total, a questão da dosimetria pelo juiz ganhou nova dimensão e destaque.

4.2 Os efeitos perversos da ausência de cláusula penal ou de sua insuficiência

Se não houver uma cláusula penal suficientemente desestimulante do inadimplemento, a vendedora/empreendedora converter-se-á de alienante de imóveis em instituição de poupança (com garantia em “tijolo”).

19. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 2, p. 145-146.

20. STF, RE 99.566-8, 2.ª T, DJ 12.08.1983 e RTJ 108/185.

21. STF, RE 109.319/SP, j. 15.12.1987, rel. Min. Célio Borja, DJ 15.04.1988 e RTJ 126/692.

22. STJ, REsp 36.455-8/SP, 3.ª T., j. 27.09.1993, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 25.10.1993.

E, ao menor sinal de insucesso do investimento e/ou ante quaisquer mudanças em seus interesses, os adquirentes desistiriam do negócio e pleiteariam imotivadamente a devolução dos valores pagos, recebendo o capital empregado, corrigido monetariamente, como se fosse um investimento financeiro do qual se desiste a qualquer momento e por qualquer motivo, sem ônus, o que obviamente não se admite.²³

Qual a lógica deste entendimento? Quem de nós alienaria seu imóvel sem a certeza de uma venda efetiva, real, séria, com a perspectiva de receber de volta o imóvel e ter que restituir o dinheiro recebido, e certamente já destinado a outra finalidade? Que atire a primeira pedra aquele que, em sua atividade individual, aceitar este risco negocial!

Enfim, os preceitos consumeristas devem acoplar-se ao conjunto de regramentos de todo o sistema vigente, devendo observar o *princípio da preservação dos contratos*, sob pena de se colocar em risco a realização de empreendimentos imobiliários, com prejuízo direto ao público consumidor,²⁴ porque o preço dos imóveis será incrementado naturalmente pela escassez e pelo risco.

5. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, “(...) consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado” (CDC, art. 53), encontrando seu fundamento na regra mais genérica e ampla do art. 51, IV (serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “(...) estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”).

Importante: o Código de Defesa do Consumidor sabiamente não estabelece o percentual de restituição ou o de retenção, até porque “não se pode dar tratamento igual para situações tão diversas”.²⁵ Simplesmente, veda a previsão de perda total.

23. TJSP, Ap 229.513-2/9, RT 723/309.

24. STJ, REsp 476.780/MG, 4.^a T., j. 15.05.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 12.08.2008; e AgRg no Ag 998.428/SP, j. 03.02.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 14.02.2011, objeto de análise mais adiante, quando das conclusões.

25. MARIN, Rubens Leonardo; GALLO, Henrique César. O dilema jurisprudencial na extinção das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias no mercado

Obviamente, três conclusões se extraem: (i) a justiça da cláusula penal será examinada em cada caso concreto;²⁶⁻²⁷⁻²⁸ (ii) no caso concreto, poderá até mesmo ocorrer a perda total e, eventualmente, o adquirente ainda dever algo ao alienante²⁹⁻³⁰ e (iii) eventual invalidade (por abusividade) da cláusula de decaimento não significa obrigação de restituição integral, podendo o juiz a modular de forma diversa da prevista, até porque o não- pagamento do preço gera, sim, prejuízos ao vendedor.³¹

O texto aprovado pelo Congresso continha um § 1.º assim redigido: “Na hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito a compensação

de incorporação e a devolução de valores ao comprador. *Opinião Jurídica – Direito Imobiliário*. vol. 3. p. 83. 2015. Uma publicação da Universidade Secovi-SP e do PQE (Programa de Qualificação Essencial).

26. STJ, *DJ* 31.03.1997.

27. Por esta razão, absolutamente despropositada a pressão derivada de inúmeros inquéritos civis para celebração de TAC com obrigação de inserir determinadas cláusulas penais nos contrato de compra e venda imobiliária. Aliás, o TAC não vincula o Magistrado e até mesmo alguns promotores defendem – indevidamente – que o TAC não vincula sequer outro membro do Ministério Público (em face da exagerada dimensão que alguns dão aos princípios da autonomia e da independência, em detrimento ao da unicidade), ainda que o Conselho Superior o tenha homologado. Como sempre externei: o TAC é o piso das obrigações e o teto dos direitos do produtor, levando à necessidade de uma grande ponderação entre vantagens e desvantagens antes de sua formalização.

28. Em ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo em face de uma incorporadora paulista, o TJSP julgou improcedente o pedido de declaração em abstrato de abusividade da cláusula de decaimento praticada pela empresa, e o fez de acordo com o seguinte fundamento: “Quanto à redução da cláusula penal, melhor sorte não assiste ao apelante [Ministério Público], na medida em que, em abstrato, tal disposição não se revela abusiva, sendo de melhor alvitre verificar sua eventual desproporcionalidade no caso concreto, em relação à dimensão do dado decorrente da rescisão do contrato”. Prossegue o acórdão: “Destarte, a redução genérica da cláusula penal pode implicar em sua fixação num patamar que não corresponda à própria dimensão do dano, resultando em inaceitável prejuízo à vendedora” (TJSP, Ap. 994.04.030197-4, 5.ª Câm. de Direito Privado, j. 18.08.2010, rel. Christine Santini Anafe). Em grau de Recurso do Ministério Público, o STJ manteve esta parte do acórdão paulista: STJ, AgRg no REsp 1.288.644/SP, 4.ª T., j. 11.09.2012, rel. Nancy Andrichi, *DJ* 18.09.2012.

29. Exemplo: o valor pago pelo adquirente é inferior às despesas e aos prejuízos sofridos pelo alienante.

30. SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 144.

31. STJ, REsp 134.629/RJ, 4.ª T., j. 18.12.1997, rel. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 16.03.1998.

ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição”.

O veto presidencial assim se justificou sabiamente: “Torna-se necessário dar disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda, por inadimplência do comprador. A venda de bens mediante pagamento em prestações acarreta diversos custos para o vendedor, que não foram contemplados na formulação do dispositivo. A restituição das prestações, monetariamente corrigidas, sem levar em conta esses aspectos, implica tratamento iníquo, de consequências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia”.³²

Claramente se percebe que a construção jurisprudencial e doutrinária consumerista ladeou o veto presidencial, esquecendo-se do alerta nele contido e que, infelizmente, hoje se concretizou. Será que um dia conseguiremos refazer o caminho e trilhar o de melhor senso?

6. A ERRÔNEA CONSTRUÇÃO DE DOCTRINA CONSUMERISTA

Alguns intérpretes (doutrina e jurisprudência) do Código de Defesa do Consumidor entendem que o consumidor tudo pode (com total abandono do impedimento a um direito obrigacional absoluto), esquecendo-se do princípio norteador das relações de consumo, consistente em que as normas do Código do Consumidor não podem conduzir à errônea proteção ao consumidor de má-fé, nem ao trancamento do desenvolvimento econômico-tecnológico,³³ até porque o objetivo da lei não é “(...) estimular a inadimplência e facilitar a rescisão dos contratos, mas apenas salvaguardar os interesses dos compradores inadimplentes”,³⁴ sendo absolutamente injusto considerar vitorioso o condômino, “(...) beneficiando-se, até em excesso, com o descumprimento da avença”, razão pela qual o inadimplente deve pagar ao empreendedor “(...), que não teve culpa pelo insucesso do contrato, as despesas que ela realizou, de modo que não sofra prejuízos”, sendo que a restituição dever ser equivalente ao montante que sobejar às perdas e danos sofridas pelo empreendedor.³⁵

32. BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem n. 664, de 11.09.1990.

33. CDC, art. 4.º, III.

34. TJSP, Ap 257.718-2/4, 12.ª Câm. de Direito Privado, j. 23.05.1995, rel. Des. Scarance Fernandes. *BDI – Boletim do Direito Imobiliário*, n. 7, 1.º decêndio, mar. 1996.

35. TJSP, Ap 207.200-2/0-SP, *Revista de Direito do Consumidor* 13/159.

Tal desvirtuamento de finalidade³⁶ provoca uma instabilidade nas relações contratuais de compra e venda no mercado imobiliário de incorporações, retirando das relações contratuais o necessário vínculo impositivo, a indispensável noção da seriedade dos contratos, até mesmo em obediência ao atualmente consagrado, pelo novo Código Civil, princípio da boa-fé objetiva.

Os contratantes – ambos – devem guardar os princípios da probidade e da boa-fé quer na fase da formação e conclusão do contrato, quanto na de sua execução (art. 422).

O desvio de enfoque é claro: basta o adquirente cumprir sua obrigação – pagar o preço – que a cláusula contratual de decaimento não será objeto de qualquer discussão. Não importa a dimensão da cláusula penal em contrato, somente será lida e aplicada se e quando houver o inadimplemento não causado pelo próprio empreendedor.³⁷

Portanto, não há que se falar aprioristicamente em vantagem exagerada ou iníqua em favor do incorporador.

Nos primórdios da vigência do CDC, o “liberou geral” se materializou em, por exemplo, decisão do TJSP,³⁸⁻³⁹⁻⁴⁰ que, partindo de uma falsa premissa, adotada como verdade sabida e absoluta, afirmou que, se tratando de prédio por

-
36. Nos idos de 1992, em nome do Secovi-SP, formulei consulta ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira sobre o então novidadeiro Código de Defesa do Consumidor. Escreveu o Professor: “A disposição do art. 53 não visa, a pretexto de defesa do consumidor, proporcionar-lhe um enriquecimento sem causa, às expensas do produtor”, publicado na *Revista Indústria Imobiliária* (Secovi-SP) n. 15, set. 1992.
 37. Aqui, entra em discussão o debate sobre o superendividamento, matéria atual nos foros consumeristas, que pode ser definido como a impossibilidade global do devedor-pessoa física “(...) consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, as oriundas de delitos e de alimentos)”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 1303.
 38. TJSP, Ap 191.405-2/6, RT 684/86 e RDC 6/263. Esta decisão foi classificada, sob a ótica consumerista, como histórica. MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1049.
 39. Igualmente, o TAMG: “Além do mais, tendo o promitente-comprador desistido do negócio, livre está o imóvel para ser negociado com outrem, talvez até por melhor preço”, Ap 297.805-5, 5.ª Câmara, j. 17.02.2000, *BDI – Boletim do Direito Imobiliário*, n. 30, 3.º decêndio, out. 2002.
 40. E também o STJ: “Podendo esta revender o imóvel a terceiros sem qualquer depreciação, é legítima a condenação que lhe impõe a devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador”, REsp 60.668/SP, 3.ª T., j. 06.08.1996, rel. Nilson Naves, *DJ* 16.09.1996.

construir, “(...) indica a experiência que a incorporadora poderá vender a mesma unidade a outra pessoa, sem sofrer prejuízo em decorrência do inadimplemento dos ora réus. É possível, até mesmo, que venha a vender em melhores condições, com obtenção de maior lucro”.

Se tal fato – revenda com maior lucro – verdadeiro fosse, certamente o próprio condômino alienaria a terceiros seus direitos aquisitivos, embolsaria o ágio e não o dividiria com a incorporadora, aliás, o que os recentes anos de bonança comprovaram diariamente.

Neste passo, um parêntese. O magistrado que adota tal premissa pensa estar – mas não está – de acordo com a regra do art. 334 do CPC, no sentido de independem de prova os fatos notórios (inc. I) ou aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (inc. IV), ou, então, aplicando regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335),⁴¹ mas somente com a deliberada busca de um caso para uma solução previamente concebida.

O curioso está na assertiva de que a cláusula de decaimento atenta contra o direito de propriedade,⁴² como se o contrato de compra e venda tivesse conteúdo e efeitos de mútuo, gerando ao adquirente o direito de receber em devolução a integralidade do valor mutuado, sob pena de enriquecimento ilícito do alienante (que mutuante não é).

7. UMA ESPERANÇA DE RACIONALIDADE

Passados alguns anos do início dessa errônea corrente de entendimento, e graças ao empenho de todos, houve sinais momentâneos de alteração de tendência e de encaminhamento a uma postura mais coerente e racional.

De fato, o mesmo TJSP⁴³ reconheceu que a estratégia do condômino em mora foi a de não ceder os direitos (porque perderia dinheiro em face do momento de mercado), e sim a de “(...) não cumprir o pagamento restante, dando motivo à resolução do contrato, e desse modo pleitear a devolução das quantias que pagou, tudo corrigido *pro rata temporis* com fundamento na lei de Proteção ao Consumidor”.

41. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*. ano 74. vol. 261. p. 13-19. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar. 1978.

42. MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1051.

43. TJSP, Ap 254.295-2/0, RT 716/176.

Prossegue o acórdão, “sairia, assim, do negócio a cujo rompimento deu causa, em situação vantajosa, nada perderia, porquanto receberia de volta o capital aplicado”.

E, mais, “se, por qualquer circunstância, o imóvel tivesse sofrido uma grande valorização, por certo essa não seria a atitude que seria adotada, nem o autor partilharia com a ré o resultado vantajoso”.

Colocando uma pá de cal na malandragem consumerista, o Tribunal de Justiça concluiu naquela oportunidade: “Situação como essa, há de se convir, não merece aplauso, pois além de se constituir em inegável fonte de insegurança jurídica no cumprimento dos contratos, premia o contratante inadimplente e pune o contratante inocente, estimulando a inadimplência do promissário comprador para safar-se de prejuízo iminente. Quebra o princípio da boa-fé contratual, segundo o qual um contratante confia que o outro irá proceder de acordo com os padrões de conduta exigíveis, onde a intenção de prejudicar não está presente”.

Mas, infelizmente, esta corrente racional – e coerente com a realidade da vida, mas cada vez mais diminuta –, cedeu passo a uma torrencial sequência de decisões que simplesmente repetem demagogicamente outras anteriores. Um copiar e colar sem fim, com total abandono do estudo, da reflexão e do pensamento.

Entretanto, ainda há esperança. Confira-se: “De toda sorte, repita-se, e como sempre tenho me posicionado sobre o tema, é preciso que se prestigie a autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor, criar-se um verdadeiro direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário”.⁴⁴

Prossegue o relator, aduzindo que, ainda que moral ou eticamente defensáveis alguns posicionamentos, com eles o direito, “(...) no mais das vezes, não se compadece. Na medida em que se despreza a autônoma da manifestação de vontade, cria-se a insegurança jurídica, desrespeita-se o ato jurídico perfeito e acabado (CF, art. 5.º, XXXVI). E nada, no estado de direito, é mais grave”.

8. UMA RESENHA DA SITUAÇÃO DOMINANTE ATUALMENTE NA JURISPRUDÊNCIA

Um levantamento jurisprudencial rápido demonstra a seguinte tendência de julgamento:

44. TJSP, Ap 0190734-79.2012.8.26.0100, 6.ª Câm. de Direito Privado, j. 26.06.2014, rel. Des. Vito Guglielmi, *DJ* 02.07.2014.

a) *direito de desistir e compensação com despesas*: “O compromissário comprador do imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”;⁴⁵

a.1) Este direito existe até o momento da entrega das chaves, o que ameaçaria a integridade de obras futuras, posto que “(...) um capital disponibilizado para um empreendimento seguinte, já em andamento, sofrerá corte pela restituição que se imporá ante a desconstituição de uma venda implementada em todos os sentidos, notadamente pela entrega e ocupação do imóvel, que passa de novo a usado”;⁴⁶

b) *validade da cláusula penal* pelo descumprimento do contrato e conforme os ditames do Código do Consumidor, discutindo-se somente sua intensidade, até porque eventual desvantagem exagerada – sob o enfoque do consumidor – decorre da “(...) concreta ponderação entre o excesso de pena e os danos efetivos que o fornecedor sofreu ao tempo do inadimplemento”;⁴⁷

c) *exame do caso concreto*: a quantificação da cláusula penal deve ser analisada em cada caso particular, sendo que eventual arbitrariedade da cláusula contratual somente se concretizará se o alienante não sofrer danos com o inadimplemento do adquirente;⁴⁸

c.1) o STJ sinaliza não haver abusividade da cláusula penal que fixar a retenção (quando ainda não imitado na posse) de valores pagos entre 10% e 25%, podendo haver retenção de 50% pós-posse;⁴⁹

c.2) a depender da situação em concreto, na prática pode ocorrer a perda total, por exemplo, se o valor pago for inferior às despesas havidas, ou se o consumidor se tornar inadimplente após o recebimento das chaves, como no caso em que o adquirente residiu no imóvel durante 4 anos sem pagar as par-

45. TJSP, Súmula 1/2010, da Seção de Direito Privado.

46. STJ, REsp 476.780/MG, 4.^a T., j. 15.05.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 12.08.2008; e AgRg no Ag 998.428/SP, j. 03.02.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 14.02.2011. O raciocínio desenvolvido pelo relator, Min. Aldir Passarinho Júnior é perfeito no enfoque, mas limitado à situação de pós-entrega do empreendimento, sendo que a situação drástica – e verdadeira – por ele aventada também se dá antes da cessão da posse do imóvel ao adquirente.

47. ROSENWALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 277.

48. TJSP, EI 069.122-4/8-0, 5.^a Câm. de Direito Privado, j. 02.12.1999, rel. Des. Marcus Andrade, RT 775/223.

49. STJ, REsp 187.863/SP, 6.^a T., j.17.11.1998, rel. Min. Vicente Leal, DJ 14.12.1998.

celas do preço,⁵⁰ sem prejuízo de o incorporador cobrar em ação autônoma os prejuízos sofridos,⁵¹ eis que a cláusula penal não se confunde com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, “(...) que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel”,⁵²

d) *comissão de intermediação*: há uma enorme discussão sobre a devolução ou não da comissão de intermediação, estando ou não embutida no preço, sendo ou não objeto de pagamento pelo consumidor diretamente ao corretor;⁵³

e) *momento e forma*: a devolução há de ser imediata e em parcela única,⁵⁴ com total esquecimento do fato de que, quando a incorporação estiver afetada ao regime do patrimônio de afetação,⁵⁵ o dinheiro até então pago pelos condôminos se destina necessariamente à conclusão e regularização jurídica do empreendimento e à quitação do financiamento bancário à produção, se houver;

e.1) lícita, portanto, a devolução ao consumidor faltoso somente com recursos afetados, isentando até mesmo o incorporador da responsabilidade por eventual dificuldade no cumprimento do prazo contratual de entrega do empreendimento por falta de numerário suficiente;

50. STJ, REsp 66.147/SP, 4.^a T., j. 31.10.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 18.12.1995.

51. STJ, REsp 590.209/RS, 3.^a T., j. 28.10.2004, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 06.12.2004.

52. STJ, REsp 953.907/MS, 3.^a T., j. 23.03.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 09.04.2010.

53. A validade da prática da comissão em apartado foi submetida ao STJ em três diferentes Recursos Especiais – ainda não julgados –, recebidos com a característica de recurso repetitivo. São eles, REsp 1.551.956/SP (rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino), 1.551.968/SP (rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino) e 1.551.951/SP (rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

54. STJ, REsp 1.300.418/SC, 3.^a T. (recurso especial representativo de controvérsia), j. 13.11.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 10.12.2013. No mesmo sentido, a Súmula 2/2010, da Seção de Direito Privado do TJSP: “A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição”. E também a Súmula 543, do STJ, editada em decorrência de referido julgamento em recurso repetitivo. Curiosamente, este mesmo STJ decidira a favor da não abusividade da cláusula de restituição somente quando do término da obra (no prazo contratualmente previsto e não naquele efetivamente praticado com atraso)” (REsp 619.531/SC, 3.^a T., j. 04.08.2005, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 05.09.2005).

55. BRASIL. Lei Federal 4.591/1964, art. 31-A e seguintes, com as alterações introduzidas pela Lei Federal 10.931/2004.

f) *dispensa de reconvenção*: “Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção”.⁵⁶

9. EM CONCLUSÃO

Em suma, o risco hoje presente no mercado imobiliário se concentra na incerteza gerada pela possibilidade, diante de circunstâncias especiais, peculiares ou particulares que impeçam a continuidade dos pagamentos, de rescisão dos contratos (sem causa atribuível ao incorporador, evidentemente) e no dever deste de restituir elevadas somas de dinheiro,⁵⁷ com enorme dificuldade na compensação com os prejuízos causados pelo inadimplemento (sem causa) do condômino.

Não se pode admitir como verdadeira, nem jurídica e legítima a assertiva de que a chamada *cláusula de decaimento* “(...) assegura uma vantagem exagerada a uma das partes (...)”, por suposta condenação do contratante que rescinde o contrato (o condômino) “(...) com causa ou sem, não a suportar os prejuízos que eventualmente causou, mas simplesmente condená-lo a perda total, a renunciar a todas as expectativas legítimas ligadas ao contrato, assegurando ao outro contratante o direito de receber duas vezes pelo mesmo fato”.⁵⁸

Esta realidade é conhecida pelos empreendedores imobiliários e talvez somente intuída pelos Magistrados, Legisladores, membros do Ministério Público e integrantes de entes públicos ou privados de defesa do consumidor.

Diante deste quadro – preocupante –, algumas sugestões:

a) *Informação e esclarecimento*: assim, é dever de todos os empreendedores levar estes fatos a cada processo, a cada grau de jurisdição, não importando a dimensão econômica da causa em si, mas, sim, o fato de que a jurisprudência (em sentido amplo) se forma pela repetição de decisões, muitas vezes equivocadas, em causas de pequeníssimo valor, na qual muitas vezes se tonar antieconômico ao empreendedor o desgaste intenso de travar cada batalha, por menor que seja como a batalha de fundamental importância no contexto de uma visão geral. Indispensável a demonstração, caso a caso, da eventual má-fé do adquirente, de sua qualificação como investidor do mercado, de sua capaci-

56. TJSP, Súmula 3/2010, da Seção de Direito Privado.

57. Como exemplo desse peculiar entendimento: STJ, REsp 200.019/SP, 3.ª T., j. 17.05.2001, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 27.08.2001.

58. MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1051.

dade financeira de pagamento, da ausência de razões justificadores à existência de um *superendividamento*.

b) *Segurança jurídica*: facilmente se percebe a necessidade de o Poder Legislativo e Executivo sinalizarem e comandarem a agenda positiva de transmissão a todo esse enorme mercado da desejada e indispensável segurança jurídica, mediante um trabalho de esclarecimento à comunidade jurídica a respeito da razoabilidade e legitimidade da imposição de cláusulas contratuais que prevejam e garantam a força vinculativa do contrato, a penalidade para o contrato faltoso, de sorte a efetivamente penalizar e desestimular a extinção unilateral do contrato e, finalmente, a não permitir ao compromissário comprador um injusto enriquecimento ilícito, nem causar ao empreendedor imobiliário um empobrecimento sem causa, nem trazer a outros condôminos do mesmo empreendimento riscos de sequência normal das obras.

c) *Ato normativo do Poder Executivo*: uma das medidas ao alcance do Poder Executivo, mais precisamente da Secretaria de Direito Econômico (pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), do Ministério da Justiça, é a edição de Portaria, divulgando o entendimento das condições em que a *cláusula de decaimento* efetivamente poderia ser tida como abusiva, obedecidos, obviamente, os princípios acima, e observadas aquelas situações em que há perda das quantias pagas.

d) *Alteração legislativa*: obviamente, tem o Poder Legislativo os meios de votar e fazer aprovar projeto de lei que altere o art. 53 do CDC, considerando as premissas aqui estabelecidas e sabendo distinguir a situação de um verdadeiro e de boa-fé consumidor adquirente de sua casa própria daquela de investidores que tem amplo conhecimento do mercado e que nele investem para fins de renda, de revenda ou de segunda residência.

e) *Alteração jurisprudencial*: por fim, sempre resta a esperança de que o Poder Judiciário – mesmo sem alteração da lei ou sem a edição de entendimento da Secretaria de Direito Econômico – volte a trilhar o caminho do bom senso e cumpra sua nobre função de pacificador, de instrumento último da paz social e da solução dos conflitos, deixando de estimular a quebra do vínculo contratual.

Enfim, está mais que na hora de o Código de Defesa do Consumidor dialogar⁵⁹ com a Lei das Incorporações e também com a realidade da vida, quando, então, se compreenderá que a *cláusula de decaimento* nos contratos de incor-

59. Há diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Federal 4.591/1964, prevalecendo esta no que seja específica. STJ, REsp 80.036/SP, 4.^a T., j. 12.02.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.03.1996.

poração (i) não ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (CDC, art. 51, § 1.º, I); (ii) não restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (CDC, art. 51, § 1.º, II) e (iii) não se mostra excessivamente⁶⁰ onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (CDC, art. 51, § 1.º, III).

10. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*. ano 74. vol. 261. p. 13-19. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar. 1978.
- BERNARDES, Cláudio. A injustiça dos distratos. *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 01.11.2015, p. A16 (Informe publicitário do SindusCon-SP), *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, 03.11.2015, p. B4 (Informe publicitário da FIABCI-Brasil) e *O Estado de S. Paulo*, Cad. Metrópole, 04.11.2015, p. A14 (Coluna Secovi).
- _____. O risco sistêmico dos distratos. Coluna Secovi. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, p. B3, 27.01.2018.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUILHERME, Luiz Fernando de Almeida. *Função social do contrato e contrato social. Análise da crise econômica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARIN, Rubens Leonardo; GALLO, Henrique César. O dilema jurisprudencial na extinção das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias no mercado de incorporação e a devolução de valores ao comprador. *Opinião Jurídica – Direito Imobiliário*. vol. 3. p. 83. 2015. Uma publicação da Universidade Secovi-SP e do PQE (Programa de Qualificação Essencial).
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MOREIRA, Laureano Arturo. *Contratos sobre departamentos en construcción*. Buenos Aires: Ábaco, 1985. t. II.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 2.
- ROSENWALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SENRA, Odair. O desequilíbrio do “distrato”. *FIABCI Hoje*. ano XX. n. 221. nov. 2015.

60. O advérbio excessivamente é bastante sugestivo.

- SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010.
- TERRA, Marcelo. A venda de imóvel e o Código do Consumidor. *BDI – Boletim do Direito Imobiliário*. n. 21 p. 14. 3º decêndio jul. 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no direito civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. vol. 876. p. 11-43. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais, de Aline Miranda Valverde Terra – *RDPriv* 65/121 (DTR\2016\4158);
- Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva, de Rodrigo Pacheco Fernandes – *RDI* 77/147 (DTR\2014\18613);
- Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 75/167 (DTR\2013\10166); e
- Notas sobre o conceito de distrato como expressão do contrário consenso no direito civil brasileiro, de Fábio Siebeneichler – *RDCC* 4/107 (DTR\2015\13132).



The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping circles and thin, intersecting lines, creating a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page.

Memória do Direito Imobiliário



A REFORMA HIPOTECÁRIA DO CONSELHEIRO NABUCO DE ARAUJO

JOAQUIM NABUCO

Transcorre¹ no dia 19 de agosto o centenário do nascimento de Joaquim Nabuco. Não foi ele um advogado militante, a defender interesses privados. Mas, advogado do Brasil em importante litígio internacional, as razões que escreveu revelaram o jurista, o argumentador, o incansável examinador e crítico das provas apresentadas.

Historiador, teve ensejo de estudar a atividade legislativa do Conselheiro Nabuco de Araújo, seu pai, principalmente ligada à reforma hipotecária. A “Revista de Direito Imobiliário” apresenta, a seguir, dois trechos de “Um Estadista do Império” relacionados com a lei de 1865, que eliminou as hipotecas amplas e ocultas e lançou as bases seguras do crédito hipotecário.

A publicação tem tríplice finalidade. É uma homenagem a que faz parte do pequeno grupo dos chamados advogados do Brasil. Contem os precedentes do nosso direito hipotecário, o que é história, sempre útil. E, finalmente, mostra como as grandes reformas projetadas encontram obstáculos na sua frente, os quais se removem com dificuldades. Fica como exemplo aos que tentam refazer, reformar, inovar no campo do direito imobiliário.

PRECEDENTES DA REFORMA HIPOTECÁRIA

A segunda grande reforma de que Nabuco se ocupou foi a hipotecária. Pode-se dizer que entrou para o gabinete com essa ideia, porque no primeiro intervalo parlamentar tinha redigido o projeto. Segundo seu método sujeitou logo o esboço de reforma a diversas autoridades. Teixeira de Freitas manda um extenso parecer. “No projeto organizado”, diz ele:

“eu diviso o minucioso trabalho do paciente juriconsulto, os conhecimentos do legista, e sobretudo as noções de economia social, as largas vistas do homem de Estado, que sabe compreender as verdadeiras necessidades de seu

1. Texto publicado originalmente em: *Revista de Direito Imobiliário*. vol. V. n. 10. p. 204-213. Rio de Janeiro, jul.-ago. 1949.

país. Uma nação peculiarmente agrícola, que pode tirar o melhor partido de sua imensa riqueza territorial, cuja propriedade imóvel e rural se acha amortecida e, não inspirando a necessária confiança, torna a condição dos proprietários sumamente desvantajosa em relação à de outras classes da sociedade, que maior benefício pode esperar do seu governo do que uma boa legislação hipotecária?

E na verdade quando se observa que o nosso direito pátrio jamais conhecera o sistema da publicidade das hipotecas, apenas um dos nossos juristas deu notícia dele (Mello Freire), quando se sabe que só em 14 de novembro de 1846 tivemos um mesquinho regulamento para o registro das hipotecas, ao qual sobrevém a invasora legislação do abundante Código de Comércio, onde aparece a cerebrina denominação de hipoteca e penhor mercantil, é natural o desejo de melhorar sem demora a nossa legislação hipotecária”.

O remédio, porém, tem que vir de mais longe, é preciso refundir a lei civil toda, para se ter depois uma boa lei hipotecária, “*Além de que tudo o que pode ocupar a inteligência humana se liga e se encadeia*, em matéria de legislação, cujo fim se reduz a marcar o justo limite de todos os direitos, assegurando a cada um deles seu legítimo exercício, a aliança se torna mais pronunciada”. É preciso reter a frase em itálico, porque contém o segredo da organização mental de Teixeira de Freitas, a planta do seu sistema jurídico, e também a futura fenda da sua poderosa inteligência:

“se para ter uma boa lei hipotecária cumpre que no variado concurso de direitos haja dados seguros e certos que as outras matérias da legislação nos devem fornecer, como será possível desempenhar bem a pretendida reforma sem rever ao mesmo tempo toda a legislação civil que nos rege, alterando-a profundamente, fixando-a em muitos pontos, e suprimindo todas as suas lacunas?”.

Nabuco era um espírito de ordem diferente; bem ou mal, desde que era preciso melhorar uma parte do edifício apenas, ele resumia o seu esforço e a sua atenção nesse ponto e procurava desempenhar a sua tarefa o melhor possível. Se se fosse esperar pelo Código Civil para introduzir qualquer melhoramento na legislação, ele nunca teria sido reformado até hoje. De certo, uma revisão completa da legislação civil seria preferível; não se deveria tratar de garantir do modo mais eficaz nenhum direito, sem primeiro se ter firmado a sua verdadeira concepção. Nabuco, porém, não queria esperar indefinidamente e entendia bem que se podia proteger solidamente os direitos atuais, ficando livre ao codificador futuro fundi-los em outros moldes mais perfeitos.

Não foi difícil ao ministro da Justiça justificar o projeto. Seu primeiro discurso é de 20 de agosto de 1856:

“Direi tudo, dizendo-vos que o nosso contrato hipotecário é um contrato aleatório, sujeito às contingências de hipotecas ocultas, posteriores, infinitas e arbitrárias. Digo infinitas e arbitrárias, porque já a vossa Comissão vos demonstrou que a lei de 20 de julho de 1774, não dá privilégio somente às hipotecas que ela refere, senão também a todas aquelas que por identidade de razão se acharem no mesmo caso. Lobão no seu tratado de execuções enumera muitos casos compreendidos na identidade de razão da lei de 1774, e vós sabeis que muitos outros casos se podem ainda admitir, porque a sutiliza do raciocínio, as argúcias da chicana hão de achar necessariamente perfeita analogia em cada hipótese, em todas as hipóteses.

Temos, é verdade, um registro criado pelo Decreto de 1846 para as hipotecas convencionais, mas este registro não é senão um epigrama; que importa que ele advirta ao prestador que não há outras hipotecas convencionais, se podem ocorrer como de emboscada hipotecas privilegiadas e ocultas? Temos um registro que nos diz que a propriedade que se vai hipotecar já está hipotecada, mas não temos um registro que nos diga que a propriedade que vai hipotecar está alienada, que a propriedade hipotecada foi depois alienada, para que o credor possa exercer o seu direito de seqüela e executar o imóvel onde quer que ele se ache. Temos um registro que previne uma espécie de estelionato, que consiste na hipoteca de coisa já hipotecada, mas não temos um registro que previna outra espécie de estelionato mais prejudicial, que consiste em hipotecar a coisa já alheada.

Poucas palavras caracterizam a nossa situação a presunção de insolvabilidade, o descrédito e o desagravo acompanham o agricultor e o proprietário que hipoteca os seus bens. É muito comecinho dizer-se: – Fulano está perdido, porque hipotecou os seus bens. O inverso deste quadro é que devemos desejar”.

Era demasiado desejar que a lavoura pudesse estar toda hipotecada e próspera, correspondendo o seu empenho a novas culturas; é preciso, porém, não esquecer que Nabuco se propunha a ser o fundador de um gênero de crédito ainda desconhecido e que, como para todos os que imaginam um novo sistema de crédito, a má dívida era para ele um mero acidente sem importância em uma vasta expansão. Depois de longos debates a reforma passou na câmara e foi remetida para o senado em setembro de 1856. Ali permanecerá até 1864, quando enfim se torna lei.²

2. Veremos, ao estudar esta última fase da reforma, que foi Nabuco o relator das comissões que a aperfeiçoaram, assim como o autor dos regulamentos que a puzeram em vigor, assinados por Fortunato e Dias de Carvalho. A reforma hipotecária foi toda

A REFORMA HIPOTECÁRIA DESDE 1856

Os regulamentos hipotecários de Nabuco

Durante esse ano de 1864, o principal trabalho parlamentar de Nabuco será a reforma hipotecária. Já vimos que foi ele, como ministro da Justiça, quem iniciou a reforma em 1854 e a fez passar na Câmara em 1856. No Senado foi o projeto submetido a Comissão, que o substituiu em 1857 por outro. Do que eram as disposições da Comissão, dá ideia o seguinte trecho do seu parecer. Depois de mencionar as tentativas graduais feitas em França, diz ela: “Entre nós, porém, acredita-se que independentemente de longos e profundos estudos pode chegar-se, de salto, do regime das hipotecas ocultas e amplas ao da publicidade e da restrição. A Comissão propõe uma reforma parcial, cujas disposições, alega, têm em seu favor uma prática de quase cem anos. Em 1859, Muritiba, ministro da Justiça, apresenta um projeto seu, ainda mais restrito, organizando o crédito territorial, não sobre a hipoteca somente, mas sobre a compra “a retro”. Como se vê, a reforma retrogradava no Senado, a retrogradava tanto que naquele ano o novo ministro, Paranaguá, abria um inquérito sobre a oportunidade da reforma, prejudgando-a negativamente neste primeiro quesito: “Uma reforma geral de todo regime hipotecário sobre as bases da especialização e da publicidade, é exequível no Brasil no estado atual de sua propriedade territorial, não demarcada, incerta, e mal conhecida?”

As respostas das autoridades competentes exprimem bem a resistência com que um ministro reformador tinha que lutar em qualquer direção. Ao Tribunal do Comércio da Bahia não parecia possível uma reforma geral; o fiscal do mesmo tribunal dizia: “Não é, nem pode ser exequível”. O Banco Rural e Hipotecário pronunciava-se assim: “Uma reforma completa no sistema que nos rege, como pretende o projeto oferecido pelo nobre conselheiro Nabuco, parece-nos inexecuível à vista do estado do país, porque os elementos deste são contrários as suas disposições”. O mesmo Banco, entretanto, tinha dito antes: “A nossa atual legislação hipotecária é defeituosíssima, porque, além de serem princípios dispersos na infinidade de nossas leis e usos comerciais, é completamente nula pela falta de publicidade, e quase nula na execução do direito prestatício”. Quando os bancos hipotecários repudiavam a reforma, não é de estranhar que a não quisessem os juriconsultos. A Faculdade de São Paulo

de Nabuco. Ver-se-á também que, criando o crédito territorial em nosso país, ele foi sempre hostil às deturpações desse grande motor da atividade agrícola.

(Francisco Justino de Andrade e Antônio Carlos Ribeiro de Andrada) julgava a reforma inconveniente por incompatível com muitas das hipotecas legais; somente Veiga Cabral julgava-a exequível, dizendo: “Os espíritos estão dispostos para recebê-la; a lei servirá de estímulo aos proprietários que não tiverem suas propriedades ainda bem demarcadas para se aparelharem de títulos hábeis a proporcionar-lhes o benefício do crédito territorial”. A Faculdade do Recife é favorável: “O estado atual da propriedade territorial, não demarcada, incerta e mal conhecida, não é um motivo assaz forte para obstar à reforma geral”. O Supremo Tribunal é contrário: “Enquanto a propriedade entre nós não estiver melhor firmada, a hipoteca não poderá segurar suficientemente o direito dos credores, que ou não emprestarão seus dinheiros ou se os emprestarem será com excessivo prêmio”.

É preciso chegar a Teixeira de Freitas para se ouvir um brado energético a que faltava. Já no programa do partido Progressista, Nabuco escrevera o seguinte compromisso: “Reforma hipotecária e sucessivamente a organização do crédito territorial”. O seu projeto de 1854 não criava ainda os estabelecimentos de crédito real, destinados a emitir letras hipotecárias, que figuram na lei de 1864; Nabuco então pensava que era preciso atender primeiro à necessidade geral, que era a garantia do direito fundado em hipotecas, e somente depois a conveniência de facilitar sua mobilização. Com a demora da aprovação do projeto, ele, porém, se foi inclinando à simultaneidade da medida civil e da medida econômica, e foi ele mesmo quem redigiu a parte complementar, criando as novas sociedades. Em 1864, no Senado, as duas comissões, a de Legislação e a de Fazenda, tendo como relator Nabuco, trabalharam seguidamente em aperfeiçoar e completar o projeto vindo da Câmara. As comissões reúnem-se muitas vezes e trabalham no mesmo espírito. Pedindo com Itaboray, uma conferência a Nabuco, Paranhos diz-lhe: “O nosso fim é conversar com V. Ex.^a a bem da glória comum”. O visconde de Itaboraí aceita as inovações, mas quer que não escape nenhuma cautela: “Assentamos na nossa conferência de ontem”, lembra ele a Nabuco, “em não permitir que as sociedades hipotecárias possam receber como depósitos soma superior à importância do capital realizado. Não me lembra se esta cláusula foi incluída nas emendas de que V. Ex.^a nos fez hoje leitura”.

Zacarias, Presidente do Conselho, tem pressa da lei e louva-se em Nabuco; destaca-o:

“O nobre relator das Comissões que há tanto anos estuda especialmente a matéria em discussão, que em 1854 apresentou na Câmara temporária o projeto, tem direito à deferência que lembro. Ele, a quem cabe boa parte da glória ou da responsabilidade da reforma projetada, deve com os seus colegas das

Comissões tomar em consideração as reflexões úteis que o debate possa sugerir e apresentar na 3.^a discussão as emendas que forem necessárias e que sendo oferecidas isoladamente pelos oradores que se empenharam no debate, pode quebrar o cunho de unidade de pensamento que o projeto deve conservar”.

Nabuco, porém, sabe que as comissões o têm grandemente auxiliado, ajudando a reforma a vencer dificuldades que antes pareciam multiplicar-se com a inércia de todos.

“Agradecendo”, diz ele em 16 de julho,

“a alta consideração com que me tratou o nobre Presidente do Conselho, é do meu dever declarar perante o Senado que este favor da reforma. À primeira questão ele respondia bruscamente: “Ninguém a não ser incompetente na matéria, deixará de resolvê-la afirmativamente... O projeto da Câmara reformando o sistema hipotecário vigente fez o menos que se podia fazer”. Depois disso ele sujeita a uma severa análise o parecer do Senado, insistindo, porém, na impossibilidade de uma reforma hipotecária em projeto parcial, que na legislação civil não acha os elementos precisos e que por isso tem de exorbitar, tratando de assuntos diversos.

Do projeto Muritiba, eis o que ele diz:

“O parecer do Senado estranhara a terminologia do projeto (o projeto Nabuco), não achando, porém, novidade senão na palavra – transcrição – cujo sentido é mais que óbvio e cujo emprego nada tem de repreensível... O que, porém, de baixo desse ponto de vista, dever-se-á dizer a respeito do projeto de que ora tratamos? Esse outro projeto, não só criou uma terminologia nova, contra a significação natural e técnica dos vocábulos, como foi além, invertendo o plano imutável das relações jurídicas e fabricando por assim dizer uma nova natureza de coisas. As ideias do projeto nesta parte far-nos-iam retrogradar muitos séculos (Refere-se à ideia de organizar o crédito territorial também sobre a compra a “retro”).

Ai está a história do Direito para provar que as vendas fiduciárias, os retratos, as relocações em favor do devedor, a anticrese, foram outros tantos expedientes sucessivos pelos quais o mecanismo das relações humanas quanto à propriedade se foi aperfeiçoando, até que se chegou à criação do direito real, que tem o nome de hipoteca. Se aquele que empresta pode ter os imóveis de seu devedor especialmente afetados ao pagamento da dívida, sem o detrimento de administrar bens alheios, e sem o perigo de responder por qualquer culpa ou negligência, como acontece na hipoteca, é bem visto que todas aquelas instituições primevas perderam todo o seu valor e debalde serão exumadas hoje por qualquer legislador como uma ideia nova ou como um segundo meio, além da hipoteca, para favorecer as instituições de crédito territorial”.

Estava a reforma debaixo dessa nuvem pesada de preconceitos e temores quando, em 1864, o horizonte clareou de repente. Tanto do lado Liberal ou Progressista como do Conservador entendeu-se que era chegado o momento de organizar o crédito territorial e para isso a base necessária era a reforma hipotecária criando o mecanismo todo da publicidade e da especialização, projeto oferecido por mim e provindo da Câmara dos Deputados, tem sido muito melhorado pelas luzes e perícia das comissões do Senado. Quaisquer, pois, que sejam a glória e responsabilidade que possam provir desta lei, elas não são exclusivamente minhas, senão também dos nobres companheiros que me coadjuvaram e por cujo auxílio o projeto chegou ao ponto em que se acha”.

A Câmara dos Deputados aprova sem debate as emendas do Senado e a reforma hipotecária de 1854 torna-se, no fim de dez anos, lei do Império.

Nabuco, que iniciara como ministro e depois, como relator, conduzira com tão bom resultado a nova lei através do labirinto das discussões e das emendas, será encarregado por Furtado, novo ministro da justiça, de redigir os regulamentos para a execução dela. Apesar do sacrifício que lhe impunha tal comissão, ele aceitou-a pelo interesse com que sempre tinha acompanhado a reforma. Os dois regulamentos, o de n. 3.453, que é propriamente o Regulamento hipotecário, com a assinatura de Furtado, e o n. 3.471, referente às sociedades de crédito real, com a assinatura de Dias de Carvalho, são obras exclusivas de Nabuco; um e outro foram publicados sem nenhuma alteração. Em 11 de abril, Furtado escreve a Nabuco a respeito do primeiro: “O Regulamento hipotecário está em poder do Imperador, que quis lê-lo (...) Não o tive em meu poder senão dois dias e acho-o excelente. Rogo-lhe, pois, que não suspenda o outro Regulamento. Conto expedir o que V. Ex.^a já fez para a semana vindoura”. Em 26 do mesmo mês, data que deu esse Regulamento: “Recebi (do Imperador) o Regulamento hipotecário que V. Ex.^a me fez o favor de organizar. Foi hoje aprovado, e já disse ao conselheiro Tito Franco que mandasse a Vossa Ex.^a as provas”. Como se vê, Furtado não tivera quase tempo de ler o regulamento; louvava-se em Nabuco, nós veremos adiante até que ponto. Com a pequena demora que teve Nabuco em terminar o segundo regulamento, não foi este publicado no ministério Furtado, mas foi ainda entregue a Carneiro de Campos, ministro da Fazenda, com esta carta: “Verá V. Ex.^a que o mesmo regulamento está circunscrito às matérias sobre que devia dispor e não invadiu o amplo espaço que a lei deixou aos estatutos e à liberdade e conveniências relativas das Sociedades”. Também esse (Decreto 3.471, de 03.06.1865), assinado por Dias de Carvalho, sucessor de Carneiro de Campos, foi publicado sem modificação alguma.

As leis pertencem, depois de certo período, que forma a prescrição do esquecimento e da indiferença, ao ministro que as assina. As próprias leis de 28

de setembro e de 13 de maio, não se está certo que não sejam atribuídas em futuras gerações aos respectivos referendários. A acumulação histórica é tão grande que as obras materialmente ligadas a um nome, pela assinatura, raras vezes são reivindicadas para os seus verdadeiros autores. Os regulamentos hipotecários de Nabuco, como tudo o mais o que ele fez, podem ser atribuídos aos seus meros signatários,³ tanto mais que com o sistema seguindo depois de 15 de novembro de 1889 de se republicarem como da República, os regulamentos do Império, com poucas alterações feitas à pressa, a tradição daqueles trabalhos ficará em pouco tempo perdida. Aí estão, porém, os títulos autênticos de Nabuco a ser considerado o fundador, entre nós, do sistema hipotecário e do crédito territorial.⁴

-
3. No relatório de 1865, dava Furtado êste testemunho: “Para a execução da Lei 1.237, de 24 de setembro do ano passado, foi expedido o Regulamento de 26 de abril último, que encontrareis no Anexo. Êsse importantíssimo trabalho foi cometido ao conselheiro José Tomas Nabuco de Araujo, que o fez com a proficiência que caracteriza os trabalhos dêsse eminente juriconsulto brasileiro.

Em 1875, Nabuco reclama contra inexatidões da Reforma e da Nação atribuindo aquela fôlha a Furtado e esta ao Conselho de Estado os regulamentos hipotecários, “os quais, diz êle, foram obra minha e tais quais ofereci sem exceção de uma palavra”. “Tendo êsses trabalhos como um serviço prestado ao país e do qual me glorio, não posso consentir em ser dêle esbulhado (...)” (*Jornal do Comércio* de 18.04.1875).

4. Em 1857, o *Jornal do Comércio*, sob o título “Crédito territorial”, diz que Nabuco tem preparado um trabalho para a fundação do crédito territorial e do sistema hipotecário no Império, devendo começar a sua execução pelo estabelecimento de um Banco territorial e agrícola, que funcionaria na capital do Império, províncias do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas. Essa ideia da fundação de um banco modelo pela criação, então recente, do crédito territorial em França é uma ideia que Nabuco conserva até o fim. Os seus trabalhos de advogado, o Código civil, a política desviaram-no de tal projeto. Ele teve sempre paixões, interesses, curiosidades mais fortes do que o espírito industrial e a ambição de fortuna, que não chegavam a ter nele verdadeira energia, poder de movê-lo. Entretanto, sempre pensou que tinha uma precedência, um direito de “fundador”, para a organização prática e utilitária do crédito territorial. Por ocasião da lei de 06.11.1875 e dos trabalhos do Conselho de Estado, veremos a atitude de Nabuco em relação aos projetos que se tentaram.

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. These circles are filled with a dense pattern of fine, parallel lines that create a textured, mesh-like appearance. The lines are oriented diagonally, sloping downwards from left to right. The overall effect is a modern, technical, and somewhat futuristic aesthetic.

Prática Forense



PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – AVERBAÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS

ADEMAR FIORANELLI

Registrador Imobiliário do 7.º Cartório de Registro de Imóveis
da Capital do Estado de São Paulo.
ademar.7@terra.com.br

PROTOCOLOS 366.956 e 366.957

Interessados: Caroline Dohér Magnanelli, Felipe Saad Dohér, Saad Bachir Dohér e Maria Valéria Jibrine Dohér.

Averbação – pedido de providências.

Ademar Fioranelli, 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo, atendendo aos requerimentos datados de 16 de outubro do corrente, firmados pelos interessados acima indicados, vem apresentar a Vossa Excelência as razões pelas quais não procedeu às averbações por eles requeridas.

I. Embora os interessados tenham requerido a suscitação de dúvida nos termos do art. 198 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), depreende-se claramente de seus pedidos que os atos perseguidos são o de mera averbação. Busca, portanto, a averbação de restabelecimento de cláusula restritiva.

Nesse caso, descabe a suscitação de dúvida (Apelações Cíveis 990.10.429.022-8/SP, decisão de 21.03.2011 e 1.142-6/7/Ribeirão Preto, decisão de 24.08.2009, entre inúmeras outras). Não cabendo, portanto, a suscitação de dúvida e, para poupar tempo e recursos aos interessados emito desde logo as razões da denegação das averbações perseguidas nos seguintes termos.

II. Por força do R. 03, da matrícula 13.424 e R.05 da matrícula 15.404, Maria Valéria Jibrine Dohér e Jack Jorge Dohir, *doaram* a Felipe Saad Dohér e Caroline Dohér Magnanelli, *com reserva de usufruto* em favor dos mesmos doadores (Rs. 04 da matrícula 13.424 e R.06 da matrícula 15.404), e imposição de cláusulas restritivas de *impenhorabilidade e incomunicabilidade* (Av. 05 da matrícula 13.424 e Av. 07 da matrícula 15.404).

III. Posteriormente os donatários, por força dos R. 06 da matrícula 13.424 e R. 09 da matrícula 15.404, transmitiram a nua-propriedade do imóvel da matrícula n. 13.424 e a plena propriedade do imóvel da matrícula n. 15.404,

a título de conferência de bens para integralização de capital social à empresa Elleven Assessoria e Consultoria Ltda.

Por ocasião das aludidas transmissões, por não mais vigorar as cláusulas restritivas de *impenhorabilidade e incomunicabilidade* (inexistência da cláusula de inalienabilidade), as mesmas foram devidamente canceladas, já que tais vínculos, ainda que vitalícios, não podem ir além da figura dos donatários.

Em seguida, por força da Certidão expedida em 17.07.2012, pela 3.^a Vara do Trabalho desta Capital, extraída dos autos do Processo Trabalhista 2.669/08 e da Certidão expedida em 18.05.2012, complementada em 15.10.2012, pela 17.^a Vara do Trabalho desta Capital, extraída dos autos da Ação de Execução Trabalhista, Processo 01590200801702004, foram averbadas sob o n. 9, na matrícula n. 13.424 e sob o n. 11, na matrícula n. 15.404, as declarações de ineficácia das transmissões feitas pelo executado Felipe Saad Doher à empresa Elleven Assessoria e Consultoria Ltda., ou seja, *metade ideal* da nua propriedade do imóvel da matrícula n. 13.424 e da plena propriedade do imóvel da matrícula n. 15.404, em decorrência de fraude às execuções.

IV. De fácil compreensão a impossibilidade de atender o pedido dos interessados.

A fraude à execução não invalida os negócios jurídicos constantes dos R. 06 da matrícula 13.424 e R. 09 da matrícula 15.404, apenas o torna ineficaz entre as partes contratantes em relação ao credor daquelas execuções, permanecendo válidos em relação a terceiros. O ato não é nulo, mas ineficaz.

Esta a orientação pacífica e uniforme do E. Conselho Superior da Magistratura paulista (v.g., ApCiv 78.150-0/0; ApCiv 0005268-85.2013.8.0223, dentre inúmeras outras).

Com o cancelamento da averbação de declaração de ineficácia, se ocorrer o pagamento da dívida resultante das mesmas penhoras, os registros anteriores (R. 06 da matrícula 13.424 e R. 09 da matrícula 15.404) voltam a produzir todos os seus efeitos jurídicos, especialmente no tocante à cadeia sucessória das transmissões das propriedades.

Assim, os donatários e alienantes, não mais detêm a titularidade dos imóveis, não mais sendo possível, como requerido, validar as cláusulas anteriormente impostas pelos doadores e decorrente das escrituras de doação constantes dos R. 03, da matrícula 13.424 e R.05 da matrícula 15.404.

V. Se ocorreu o *distrato social* da empresa proprietária Elleven Assessoria e Consultoria Ltda., conforme noticiado nos requerimentos apresentados, com sua extinção, a transferência de seu patrimônio aos sócios, deverá ser formalizada por instrumento público adequado, nos termos do art. 108 do CC/2002,

para o seu devido registro (v.g., Apelações Cíveis 0059075-78.2011.8.26.0100 e 0039109-22.2011.8.26.0071, entre inúmeras outras).

Ainda que pela extinção e consequente partilha, os imóveis venham a retornar aos sócios, nas pessoas dos donatários (R. 03, da matrícula 13.424 e R. 05 da matrícula 15.404), as cláusulas não poderão ser mais transferidas aos imóveis que foram gravados em decorrência de anterior doação, isto porque, consoante pacífica jurisprudência, a mesma só pode ser estabelecida em atos gratuitos ou de mera liberalidade, não mais após a conferência à empresa e sua posterior extinção.

Apresentando certidões atualizadas das aludidas matrículas 13.424 e 15.404, submeto o pedido à superior apreciação de Vossa Excelência, com o devido respeito e acatamento.

São Paulo, 5 de novembro de 2015.

Ademar Fioranelli

Registrador

À Excelentíssima Senhora Doutora

Tânia Mara Ahualli

DD. Juíza Titular da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital

ÍNTEGRA DA DECISÃO

1.ª Vara de registros públicos da capital do Estado de São Paulo

Processo Digital: 1115386-33.2015.8.26.0100

Classe – Assunto *Pedido de Providências – Registro de Imóveis*

Requerente: 7.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo

Juíza de Direito: Dra. *Tânia Mara Ahualli*

“Pedido de providências – Averbação de restabelecimento de cláusulas restritivas – Ocorrência de fraude à execução – Ineficácia das transmissões feitas pelo executado – Distrato social da empresa proprietária – Transferência formalizada por instrumento público – Cláusulas que não poderão incidir nos imóveis antes gravados em decorrência de anterior doação – Pedido improcedente”

Vistos

Trata-se de *pedido de providências* formulado pelo *Oficial do 7.º Registro de Imóveis da Capital*, a requerimento de *Caroline Doher Magnanelli, Felipe Saad Doher, Saad Bachir e Maria Valéria Jibrine Doher*, pleiteando a averbação do

restabelecimento de cláusulas restritivas em relação aos imóveis matriculados sob n. 13.424 e 15.404.

Relata o Registrador que, por força do R.03 da matrícula n. 13.424 e R.05 da matrícula n. 15.404, Maria Valéria Jibrine Doher e Jack Jorge Dohir doaram a Felipe Saad Doher e Caroline Doher Magnanelli, com reserva de usufruto e impositão das cláusulas restritivas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, os imóveis acima mencionados. Posteriormente, os donatários transmitiram a nua-propriedade do imóvel matriculado sob n. 13.424 e a plena propriedade do imóvel matriculado sob n. 15.404 a título de conferência de bens para integralização do capital social à empresa Elleven Assessoria e Consultoria Ltda.

Informa que, em razão das transmissões, as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade foram devidamente canceladas, tendo em vista que tais vínculos, ainda que vitalícios, não podem ir além da figura dos donatários.

Esclarece que foram expedidas pelos MM^{os} Juízos da 3.^a Vara do Trabalho da Capital (processo n. 2.669/08) e 17.^a Vara do Trabalho da Capital (Ação de Execução Trabalhista 01590200801702004), certidões de declarações de ineficácia das transmissões feitas pelo executado Felipe Saad Doher à empresa Elleven Assessoria e Consultoria Ltda., ou seja, a metade ideal da nua-propriedade do imóvel matriculado sob n. 13.424 e da plena propriedade o imóvel matriculado sob n. 15.404, em decorrência de fraude às execuções (Av. 09/13424 e Av. 11/15404).

Salienta a impossibilidade da averbação do restabelecimento pleiteado, uma vez que a fraude à execução torna ineficaz o negócio jurídico entre as partes contratantes e o credor da execução, todavia permanece válido em relação a terceiros. Aduz que havendo o cancelamento das averbações de declaração de ineficácia, com o conseqüente adimplemento das dívidas resultantes das penhoras, os registros anteriores voltarão a produzir os seus efeitos, especificamente em relação à cadeia sucessória de transmissão, hipótese em que o donatário alienante não mais figurará como titular de domínio do imóvel.

Por fim, assevera que havendo a extinção da sociedade, com o retorno do patrimônio aos antigos sócios, as cláusulas restritivas não voltam automaticamente a gravar os bens, sendo que tais atos decorrem de atos gratuitos ou de mera liberalidade, e o distrato social impõe que a transmissão do seu patrimônio aos ex-sócios seja formalizada por instrumento público, nos termos do art. 108 do CC/2002.

Os interessados sustentam a possibilidade do restabelecimento das cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, sob a ótica de que se o principal registro for nulo a averbação acessória também será.

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido.

É o relatório.

Passo a fundamentar e a decidir

Com razão o Registrador e o Douto Promotor de Justiça.

Primeiramente há que se distinguir os efeitos da nulidade e da ineficácia dos negócios jurídicos. A nulidade é vício intrínseco ao negócio jurídico, que o torna defeituoso, gerando efeitos em face de terceiros, enquanto a ineficácia ocorre quando fatores externos ao ato praticado impedem a produção de efeitos que atinjam terceiros, embora o ato jurídico seja perfeito, ou seja, o negócio praticado diz respeito apenas às partes.

Na presente hipótese verifica-se a ocorrência de fraude à execução em relação aos dois imóveis dados pelo donatário, ora executado Felipe Saad Doher, em integralização ao capital social da empresa Elleven Assessoria e Consultoria Ltda. Como bem ponderado pelo Registrador, a decretação de fraude à execução e a consequente declaração de ineficácia da alienação dizem respeito somente ao credor da execução. O negócio jurídico, consistente na transmissão a título de conferência de bens para integralização do capital, é considerado ineficaz somente em relação a partes nele envolvidas. Cancelada a averbação de declaração de ineficácia (Av. 09/13424 e Av. 11/15404), os registros anteriores (R. 06/13424 e R. 09/15.404) voltam a produzir seus efeitos jurídicos.

Assim, verifica-se que sendo válido o negócio perante terceiros, o alienante deixa de ser o titular do imóvel, não havendo a possibilidade de restabelecer as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade provenientes da doação efetivada.

No mais, como é sabido, a efetivação da dissolução da pessoa jurídica implica sua extinção e consequentemente transferência e divisão do patrimônio entre os sócios, que não precisam ser necessariamente os donatários.

Ora, o simples ato de dissolução da empresa não acarreta automática transferência de domínio, sendo imprescindível que o ato traslativo se efetive por escritura pública, nos termos do art. 108 do CC/2002, que dispõe:

“Não dispondo a lei em contrário, a *escritura* pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais *sobre imóveis* de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Cumpra salientar que, em observância à forma prescrita em lei, o supradito negócio envolvendo direitos reais deve ser feito por escritura pública específica, sendo esta pressuposta de validade.

Logo, diante da não invalidação do negócio jurídico entabulado, mas apenas a declaração de sua ineficácia, não há que se cogitar em restabelecimento das cláusulas que anteriormente incidiam sobre os imóveis em questão.

Diante do exposto, julgo *improcedente o pedido de providências* formulado pelo Oficial do 7.º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de *Caroline Doher Magnanelli, Felipe Saad Doher, Saad Bachir e Maria Valéria Jibrine Doher*.

Deste procedimento não decorrem custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo, com as cautelas de praxe.

P.R.I.C.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

Tânia Mara Ahualli, Juíza de Direito

(DJe de 22.02.2016)

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas Leis 11.382/2006 e 11.419/2006, de João Pedro Lamana Paiva – *RDI* 64/155, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/1001 (DTR\2008\812);
- A proteção conferida ao terceiro adquirente na fraude contra credores e na fraude à execução, de Natália Martins Pimenta – *RePro* 191/339 (DTR\2011\1141); e
- Comentários à Súmula 375 do STJ, de Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado – *RDI* 70/309 (DTR\2011\1754).

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. These circles are filled with a dense pattern of fine, parallel lines that create a textured, mesh-like appearance. The lines are oriented diagonally, following the curve of the circles. The overall effect is a modern, geometric design.

Jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – REsp 1.155.716/DF – 3.ª T. – j. 13.03.2012 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrichi – DJe 22.03.2012 – Área do Direito: Civil.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Admissibilidade – Alienação fiduciária – Inadimplemento – Liquidação extrajudicial de imóvel que tem suspenso seus leilões por irregularidade das intimações – Exegese da legislação contratual que configura injusta a manutenção da posse do devedor, ainda que não tenha havido as hastas – Resolução do contrato que consolida a propriedade na pessoa do fiduciário, configurando esbulho a ocupação do bem pelo fiduciante.

Veja também Jurisprudência

- RT 820/307 (JRP\2004\3052) e RT 757/327 (JRP\1998\2365).

Veja também Doutrina

- Agravo de instrumento. Alienação fiduciária de bem imóvel. Lei 9.514/97. Inadimplemento. Consolidação da propriedade em nome fiduciário. Leilão extrajudicial. Possibilidade. Agravo provido, de Guiomar Teodoro Borges – RDB 42/319 (DTR\2011\4032);
- Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel, de Eduardo de Assis Brasil Rocha – RDI 45/95 (DTR\1998\393);
- Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, de Melhim Namem Chalhub – RDI 63/82 (DTR\2007\908); e
- Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, de Frederico Henrique Viegas de Lima – RDI 44/7 (DTR\1998\245).

REsp 1.155.716 – DF (2009/0159820-5).

Relatora: Min. Nancy Andrichi.

Recorrentes: Luiz Fernando Garcia Cotta e outro – advogados: Hebert da Silva Tavares e outros.

Recorrido: Via Empreendimentos Imobiliários S/A – advogados: Roberto Mariano de Oliveira Soares e outros.

Ementa:^{NE1} SFI – Sistema Financeiro Imobiliário. Lei 9.514/1997. Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Leilão extrajudicial. Suspensão. Irregularidade na intimação. Pretensão, do credor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão disciplinado pelo art. 27 da Lei 9.514/1997. Possibilidade. Interpretação sistemática da lei.

1. Os dispositivos da Lei 9.514/1997, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/1997.

2. A interpretação sistemática de uma Lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurídico dos institutos que regula, o modelo adequado para sua aplicação. Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel.

3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/1997 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa.

4. Recurso especial não provido.

RESENHA

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: É POSSÍVEL QUE O CREDOR FIDUCIÁRIO OBTENHA A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO EXTRAJUDICIAL

O caso trata de Recurso Especial (REsp) interposto com o objetivo de impugnar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), no julgamento de Agravo de Instrumento em Ação de Reintegração de Posse, que tem por objeto imóvel vendido pela recorrida aos recorrentes, mediante alienação fiduciária em garantia. Considerando a inadimplência contratual,

NE1 *Nota do Editorial:* O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

a recorrida, em primeiro grau, constituiu os recorrentes em mora mediante notificação, consolidou o imóvel em sua propriedade, conforme art. 26, § 7.º, da Lei 9.514/1997, e estabeleceu datas para a realização de dois leilões extrajudiciais do bem, nos termos do art. 27, *caput* e §§, da referida lei. Os recorrentes alegaram, em suas razões, irregularidade na intimação acerca do procedimento e, antes da ação possessória ajuizada pela recorrida, propuseram outra ação, pelo procedimento ordinário, objetivando a suspensão dos leilões extrajudiciais, sendo deferida medida liminar para, com base na irregularidade na intimação dos recorrentes, suspender os referidos leilões. Posteriormente, independentemente da realização do leilão, suspenso por decisão judicial, a recorrida solicitou a reintegração de posse do bem na ação que deu origem ao REsp. Interposto agravo de instrumento no TJDF, o recorrente alegou que a realização dos leilões extrajudiciais consubstanciam condição para pedido de reintegração de posse; que o procedimento extrajudicial de venda dos imóveis não pode prosseguir na pendência de ação em que se discute o débito e que o devedor ofereceu, para depósito, o valor que entendeu devido pelo imóvel. Negado provimento por decisão unipessoal do relator, este sustentou que o direito de reintegração de posse decorreria diretamente da norma contida no art. 30 da Lei 9.514/1997; que a jurisprudência do TJDF entende que a discussão de valores em ações revisionais não impede a reintegração de posse e que o depósito oferecido pelo recorrente foi indeferido em primeiro grau de jurisdição, por decisão mantida no TJDF. Em REsp, o recorrente alegou violação dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da Lei 9.514/1997, bem como do art. 34 do Dec.-lei 70/1966, aplicável à matéria por força do art. 39, II da mesma Lei 9.514/1997.

Ao julgar o caso, a relatora do acórdão, Min. Nancy Andrighi, entendeu que a questão consiste em saber se há pretensão possessória em favor do credor por contrato de financiamento de imóvel com pacto de alienação fiduciária em garantia, na hipótese em que tal pretensão é exercida depois da consolidação da propriedade do imóvel, porém, anteriormente aos leilões previstos no art. 27 da Lei 9.514/1997. Observou, ainda, que o recorrido sustentou que o espírito da Lei 9.514/1997 tem como objetivo conferir celeridade e efetividade ao credor fiduciário e que a consolidação do imóvel em nome do credor, sem a respectiva reintegração de sua posse sobre ele, seria providência inócua e sem sentido. Além disso, entendeu que, para o recorrido, o argumento de que a Lei confere aos recorrentes a possibilidade de purgar a mora até a data da alienação judicial do imóvel é carente denexo, pois além de poderem arrematar o imóvel no leilão mesmo que destituídos da respectiva posse, nada leva a crer que os devedores venham, futuramente, purgar a mora que ainda persiste. A recorrida sustentou que, além de não receber pelo imóvel, ainda tem que arcar com prejuízos decorrentes do pagamento de tributos e de débitos condominiais. De acordo com a relatora, para a solução do caso, é necessário que se tenha em vista que só há sentido numa disputa possessória quando se está diante da afirmação de duas posses, cada qual com o seu respectivo fundamento de fato e de direito e que a posse dos recorrentes sobre o imóvel discutido foi adquirida por ato *inter vivos*, consubstanciado na compra e venda com alienação fiduciária em garantia. Assim, o imóvel, a partir deste contrato, ingressou em sua esfera jurídica, de modo que, com fundamento nos direitos decorrentes desse instrumento, os recorrentes exerceram seu poder de fato sobre o imóvel discutido, sendo a aquisição desta posse derivada. A relatora observou, também, que, com a inadimplência, o recorrido inaugurou os procedimentos para a retomada do bem e, ao fazê-lo, resolveu o contrato que fundamentara a posse do imóvel pelos recorrentes, de modo que o fundamento jurídico dessa posse se esvaiu. Assim, segundo a relatora, não há, na hipótese dos autos, a disputa da posse sobre o bem fundamentada em situações de fato autônomas, já que esta posse, pelos recorrentes, decorria do contrato que estes haviam firmado com o próprio recorrido e, uma vez resolvido esse contrato, o fundamento de seu poder de fato sobre o bem desapareceu. Por fim, a relatora destacou que, "resolvido o contrato pelo qual emergia o fundamento da posse derivada, esta retorna ao seu antigo titular, podendo-se interpretar a permanência do antigo possuidor no bem como um ato de esbulho".

Diante do exposto, a 3.^a T. do STJ decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Min. relatora, no sentido de possibilitar ao recorrido (credor fiduciário) a reintegração de posse do imóvel anteriormente ao leilão extrajudicial.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br

REsp 1.155.716 – DF (2009/0159820-5).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrentes: Luiz Fernando Garcia Cotta e outro – advogados: Herbert da Silva Tavares e outros.

Recorrida: Via Empreendimentos Imobiliários S/A – advogados: Roberto Mariano de Oliveira Soares e outros.

Ementa: SFI – Sistema Financeiro Imobiliário. Lei 9.514/1997. Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Leilão extrajudicial. Suspensão. Irregularidade na intimação. Pretensão, do credor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão disciplinado pelo art. 27 da Lei 9.514/1997. Possibilidade. Interpretação sistemática da lei.

1. Os dispositivos da Lei 9.514/1997, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/1997.

2. A interpretação sistemática de uma Lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurídico dos institutos que regula, o modelo adequado para sua aplicação. Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel.

3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de

contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/1997 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da 3.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. ministra relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. ministra relatora. Dr. Roberto Mariano de Oliveira Soares, pela parte recorrida: Via Empreendimentos Imobiliários S/A.

Brasília, 13 de março de 2012 – NANCY ANDRIGHI, relatora.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrichi (relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por Luiz Fernando Garcia Cotta e por Tais Augusto Garcia Cotta objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJDFT no julgamento de agravo de instrumento.

Ação: de reintegração de posse, ajuizada por Via Empreendimentos Imobiliários S/A em face dos recorrentes, tendo como objeto imóvel por ela vendido aos réus mediante alienação fiduciária em garantia.

Tendo em vista a inadimplência dos recorridos desde agosto de 2007, a autora constituiu-os em mora mediante notificação e, sem pagamento, consolidou o imóvel em sua propriedade, nos termos do art. 26, § 7.º, da Lei 9.514/1997. Em seguida, estabeleceu datas para a realização de dois leilões extrajudiciais do bem, nos termos do art. 27, caput e parágrafos, da referida Lei.

Alegando irregularidade em sua intimação acerca do procedimento, o réu Luiz Fernando Garcia Cotta, antes da possessória ajuizada por Via Empreendimentos, havia proposto outra ação, pelo procedimento ordinário, objetivando suspender os leilões extrajudiciais. Referida ação foi distribuída à 7.^a Vara Cível de Brasília, DF (Processo 2008.01.1.143058-5). Nessa ação, o juízo deferiu medida liminar para, com base na irregularidade na intimação dos réus, suspender o leilão (f., e-STJ e, após, a f., e-STJ). Referido processo foi precedido por outro, ajuizado por Tais Augusto Garcia Cotta com o mesmo objeto (Processo 2008.01.1.140976-7, distribuído à 11.^a Vara Cível do TJDFT).

Independentemente da realização do leilão, suspenso por decisão judicial, a Via Empreendimentos solicitou a reintegração da posse do bem na ação que deu origem a este recurso especial, motivando a controvérsia aqui discutida.

Medida liminar: deferida, após pedido de reconsideração (f., e-STJ).

Agravo de instrumento: interposto pelo ora recorrente. Os argumentos são os de que: (i) a realização dos leilões extrajudiciais consubstanciam condição para o pedido de reintegração de posse; (ii) o procedimento extrajudicial de venda dos imóveis não pode prosseguir na pendência de ação em que se discute o débito; (iii) o devedor ofereceu, para depósito, o valor que entende devido pelo imóvel.

Decisão: O TJDFT negou provimento ao agravo por decisão unipessoal do relator. Nessa decisão, o relator ponderou: (i) que o direito à reintegração de posse decorreria diretamente da norma do art. 30 da Lei 9.514/1997; (ii) que a jurisprudência do TJDFT entende que a “discussão de valores em ações revisionais não impede a reintegração da posse; (iii) o depósito oferecido pelo recorrente foi indeferido em primeiro grau de jurisdição, por decisão mantida no TJDFT.

Acórdão: negou provimento ao agravo, mantendo a decisão unipessoal.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, pelos réus da ação possessória. Alega-se violação dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da Lei 9.514/1997, bem como do art. 34 do Dec.-lei 70/1966, aplicável à matéria por força do art. 39, II, da mesma Lei 9.514/1997 (f., e-STJ).

Admissibilidade: o recurso foi admitido na origem, por decisão da lavra do Des. Romão C. Oliveira (f.).

Medida cautelar: ajuizada nesta sede, distribuída à minha relatoria sob o n. 15.590/DF. À época, deferi a medida liminar nos termos da seguinte ementa:

“SFI – Sistema Financeiro Imobiliário. Lei 9.514/1997. Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Leilão extrajudicial. Pretensão, do credor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão público disciplinado pelo art. 27 da Lei 9.514/1997. Impossibilidade. Interpretação sistemática da lei.

– À primeira leitura, o art. 30 da Lei 9.514/1997 indica que o credor de imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária pode solicitar a sua reintegração na posse, independentemente dos leilões públicos de que trata o art. 27 da Lei, desde que tenha promovido a consolidação de sua propriedade, nos termos do art. 26 da Lei.

– A análise sistemática da norma, contudo, leva a outra conclusão. Se o art. 37-A da Lei fixa a data dos leilões judiciais como marco inicial para o pagamento, pelo devedor, de taxa de ocupação, seria contraditório supor, antes desse momento, a ilicitude da sua posse.

– A possibilidade de purgação da mora até a data da alienação judicial vem somar-se aos argumentos em prol da interpretação da Lei 9.514/1997 no sentido de que o imóvel somente deve ser desocupado pelo devedor-fiduciante após a realização dos leilões públicos.

Medida liminar deferida”.

É o relatório.

VOTO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relatora):

Cinge-se a lide a estabelecer se há pretensão possessória em favor do credor por contrato de financiamento de imóvel com pacto de alienação fiduciária em garantia, na hipótese em que tal pretensão é exercida depois da consolidação da propriedade do imóvel, mas antes dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/1997.

Quando da decisão da MC 15.590/DF, deferi a medida liminar então requerida pelos recorrentes com os seguintes fundamentos:

“Na hipótese dos autos, o requerente se insurge contra a interpretação dada, pelo TJDF, à conjugação das regras dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da Lei 9.514/1997. Toda a discussão está centrada no momento em que deve ser determinada a reintegração do credor na posse do imóvel, na hipótese de inadimplemento da obrigação.

A arquitetura da Lei é a seguinte: O art. 26 disciplina que, uma vez constatada a mora do fiduciante no contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, o credor-fiduciário deverá notificá-lo mediante o Cartório de Registro de Imóveis para purgá-la em 15 dias. Não purgada a mora, a propriedade do imóvel, antes transferida ao devedor-fiduciante, será consolidada em nome do credor-fiduciário.

A seguir, o art. 27 determina que, com a consolidação da propriedade em nome do credor, este deverá, no prazo de 30 dias, promover público leilão para a venda do bem. Dois leilões são realizados. O primeiro deles, terá como preço mínimo o montante da avaliação do imóvel. O segundo, 15 dias depois, terá como preço mínimo o valor da dívida mais despesas, seguro, tributos e demais encargos incidentes.

Por fim, o art. 30 da Lei disciplina que ‘é assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão (...), a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome’.

Ou seja, todos esses atos: consolidação da propriedade, leilões públicos e reintegração na posse, são previstos, pela lei, numa sequência lógica. Se tudo correr como determina a lei, em hipótese alguma a reintegração na posse do imóvel poderá ocorrer antes da realização dos leilões de que trata o art. 27.

Ocorre que no processo sob julgamento essa ordem não pôde ser obedecida. Por força de incorreta publicação dos editais, reconhecida pelo juízo de 1.º grau, os leilões públicos que deveriam ser realizados em 30 e 45 dias contados do registro da consolidação da propriedade do imóvel, acabaram por não acontecer. E daí surgiu a questão: a reintegração na posse do imóvel, disciplinada pelo art. 30, pode ocorrer sem esses leilões?

A leitura isolada do art. 30 da Lei 9.514/1997 indica que sim. Não há, nessa norma, em princípio, qualquer indicação de que a reintegração da posse do imóvel não deva ser deferida em favor de seu proprietário, independentemente da realização dos leilões.

Contudo, a Lei deve ser interpretada de maneira sistemática. Há duas disposições, como bem observado pelo requerente, que não podem deixar de ser levadas em consideração.

A primeira delas, é a do art. 37-A da Lei 9.514/1997, que determina que ‘o fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inc. VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel’. O requerente argumenta que não há sentido em se deferir a reintegração de posse antes da realização dos leilões, se a própria lei fixa a data desses leilões como marco inicial para a exigibilidade da taxa de ocupação a ser paga pelo devedor-fiduciante. Antes disso, a taxa de ocupação não seria exigível justamente porque a posse do devedor, sobre o imóvel, não seria irregular.

A segunda dessas disposições é a norma contida no art. 34 do Dec.-lei 70/1966 que, disciplinando cédula hipotecária, determina que ‘é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o art. 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos (...)’. Essa disposição é expressamente aplicável aos contratos regulados pela Lei 9.514/1997 (art. 39, II). O argumento do requerente é o de que, se é possível a purgação da mora até o leilão, não há sentido em se autorizar a desocupação do imóvel antes disso. Não se pode amparar a família do devedor por um lado, e desampará-la por outro.

A matéria é complexa e demanda discussão mais aprofundada. Neste momento, porém, mediante o perfunctório exame que é possível fazer em sede cautelar, vislumbra-se aparência do direito em favor do requerente. De fato, não há qualquer norma, na Lei 9.514/1997, que indique, de maneira expressa, ser possível desalojar o devedor-fiduciante antes do leilão público do imóvel. Ao contrário, a própria arquitetura da Lei, com seus prazos calculados e sobrepostos em um procedimento escalonado, indica que a desocupação do bem somente deverá ocorrer após a arrematação.

De todas as disposições, entretanto, a mais significativa é a do art. 37-A, da Lei 9.514/1997. Se a própria lei estabelece, como marco inicial para a cobrança da taxa de ocupação, a data do leilão público, não há sentido em se interpretar a lei de modo a que o devedor seja obrigado a deixar o imóvel antes desse momento”.

Nas contrarrazões deste recurso especial, a recorrida opõe-se à pretensão dos recorrentes com novos fundamentos. Para além da alegação de litigância de má-

-fé e de inépcia do recurso especial (Súmula 284 do STF), o recorrido sustenta que “o espírito da Lei 9.514/1997 visa conferir celeridade e efetividade ao credor-fiduciário” e que a consolidação do imóvel em nome do credor, sem a respectiva reintegração de sua posse sobre ele, seria providência inócua e sem sentido. Para o recorrido, o argumento de que “a Lei confere aos recorrentes a possibilidade de purgar a mora até a data da alienação judicial do imóvel” é carente de nexó, uma vez que, além de poderem arrematar o imóvel no leilão mesmo que destituídos da respectiva posse, nada leva a crer que os devedores venham, no futuro, a purgar uma mora que até este momento vêm ignorando.

Outrossim, a recorrida sustenta que “além de não receber pelo imóvel que está sendo utilizado pelos recorrentes há dois anos, sem nenhum ônus, a recorrida ainda está sendo obrigada a pagar os débitos de condomínio e os tributos”, experimentando, com isso, significativo prejuízo. Por fim, sustenta que:

“Sabe-se que a posse do devedor-fiduciante decorre da relação fiduciária e é exercida como consequência natural dessa relação, só sendo admitida, por isso mesmo, enquanto adimplente o devedor-fiduciante. Ao romper-se a relação fiduciária por inexecução culposa do devedor-fiduciante, sua posse deixa de existir a justo título, de modo que a recusa à restituição do imóvel caracteriza esbulho, motivando assim a ação de reintegração da posse”.

Para solução da questão, é necessário que se tenha em vista que só há sentido numa disputa possessória quando se está diante da afirmação de duas posses, cada uma com o seu respectivo fundamento de fato e de direito. A posse dos recorrentes sobre o imóvel discutido foi adquirida por ato inter vivos, consubstanciado na compra e venda com alienação fiduciária em garantia. O imóvel, a partir desse contrato, ingressou em sua esfera jurídica, de modo que, com fundamento nos direitos decorrentes desse instrumento, os recorrentes exerceram seu poder de fato sobre o imóvel discutido. A aquisição da posse, portanto, é derivada.

Com a inadimplência, o credor, aqui recorrido, inaugurou os procedimentos para a retomada do bem, previstos na Lei 9.514/1997, constituindo em mora o devedor e, ato contínuo, consolidando em seu nome a propriedade do bem, nos termos do art. 26, § 1.º a 7.º, da Lei 9.514/1997. Ao fazê-lo, o recorrido resolveu o contrato que fundamentara a posse do imóvel pelos recorrentes, de modo que o fundamento jurídico dessa posse se esvaiu.

Vê-se, portanto, que não há, na hipótese dos autos, a disputa da posse sobre o bem fundamentada em situações de fato autônomas. A posse, pelos recorrentes, decorria do contrato que estes haviam firmado com o próprio recorrido. Resolvido esse contrato, o fundamento de seu poder de fato sobre o bem desapareceu.

Diante desse panorama, não há como manter o que restou decidido por ocasião da apreciação da medida liminar deferida nos autos da MC 15.590/DF. De fato há, como ponderei naquela oportunidade, diversos dispositivos na Lei 9.514/1997

cuja interpretação conjugada levam a uma situação de dúvida acerca do direito aplicável. Por um lado, a Lei pode atribuir ao credor-fiduciário a propriedade do bem nas hipóteses de inadimplência em um momento (ausência de purgação da mora no prazo legal), mas estabelece a cobrança de taxa de ocupação apenas em momento posterior (a partir das datas dos leilões).

A solução da dúvida, contudo, não pode se dar em um sentido contrário ao que recomenda a lógica jurídica. Resolvido o contrato do qual emergia o fundamento da posse derivada, esta retorna ao seu antigo titular, podendo-se interpretar a permanência do antigo possuidor no bem como um ato de esbulho.

O argumento utilizado pelos recorrentes, de que a ausência de previsão de cobrança, pela Lei, de taxa de ocupação do bem antes da realização dos leilões judiciais, em lugar de militar em favor de sua pretensão, na verdade milita em sentido contrário a ela. A ausência de previsão para a cobrança dessa taxa só faz com que a injustiça da permanência dos devedores no imóvel seja maior: o bem não se encontra mais em sua propriedade; o fundamento de sua posse desapareceu; e ainda assim, caso mantidas as conclusões da medida liminar anteriormente deferida, eles poderão permanecer, a título gratuito, residindo no imóvel.

À questão levantada pelos recorrentes, acerca de que destino deve ser dado ao imóvel entre o prazo da consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciante, e a data dos leilões judiciais, a resposta é simples: deve ser dado ao imóvel sua natural destinação econômica. A permanência daquele que promoveu esbulho do bem no imóvel não atende a essa destinação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 1.155.716/DF; número do registro: 2009/0159820-5; números de origem: 20090020040794 e 20090110210720; pauta: 13.03.2012; julgado: 13.03.2012; processo eletrônico; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício de Paula Cardoso; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrentes: Luiz Fernando Garcia Cotta e outro – advogados: Hebert da Silva Tavares e outros; recorrida: Via Empreendimentos Imobiliários S/A – advogados: Roberto Mariano de Oliveira Soares e outros.

Assunto: Direito civil – Obrigações – Espécies de contratos – Alienação fiduciária.

Sustentação Oral – Dr. Roberto Mariano de Oliveira Soares, pela parte recorrida: Via Empreendimentos Imobiliários S/A.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. ministra relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. ministra relatora”.

(*DJe* 22.03.2012)

STJ – REsp 1.401.233/RS – 3.ª T. – j. 17.11.2015 – v.u. – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – Imóvel garantido por alienação fiduciária e ocupado por mutuário inadimplente – Taxa de ocupação – Incidência antes da alienação extrajudicial do bem – Inadmissibilidade – Valores que são devidos somente após o leilão da propriedade – Propriedade fiduciária, ademais, que está vinculada à garantia da dívida e não se equipara à propriedade plena – Inteligência do art. 37-A da Lei 9.514/1997.

Veja também Jurisprudência

- RT 866/393 (JRP\2007\1428).

Veja também Doutrina

- A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e o art. 53 do CDC, de Pedro Cordelli Alves – RDB 58/157 (DTR\2012\451111);
- Alienação fiduciária de bens imóveis, de Cândido Rangel Dinamarco – RDI 51/235, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/787 (DTR\2001\286); e
- Alienação fiduciária de bens imóveis. aspectos da formação, execução e extinção do contrato, de Melhim Namem Chalhub – RDI 63/82 (DTR\2007\908).

REsp 1.401.233 – RS (2013/0291403-0).

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: Luis Veiga Losch – advogada: Defensoria Pública da União.

Recorrida: Caixa Econômica Federal – advogados: Evandro Garczynski e outros.

Ementa:^{NE1} Recurso especial. Civil. Sistema Financeiro da Habitação – SFH. Reintegração de posse. Taxa de ocupação. Incidência antes da alienação extrajudicial do imóvel. Descabimento. Art. 37-A da Lei 9.514/1997. Distinção entre propriedade fiduciária e propriedade plena. Duty to mitigate the loss. Hipótese de leilão frustrado.

NE1 *Nota do Editorial:* O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

1. *Controvérsia acerca da incidência de taxa de ocupação no período anterior ao leilão extrajudicial de imóvel ocupado por mutuário inadimplente.*
2. *Previsão expressa no art. 37-A da Lei 9.514/1997 de que a taxa de ocupação somente começa a incidir depois da alienação do imóvel.*
3. *Distinção entre propriedade fiduciária e propriedade plena.*
4. *Afetação da propriedade fiduciária ao propósito de garantia, não dispondo o credor fiduciário do jus fruendi, enquanto não realizada a garantia.*
5. *Dever da instituição financeira de promover o leilão extrajudicial no prazo de 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade (cf. art. 27 da Lei 9.514/1997), com o objetivo de evitar o crescimento acentuado da dívida.*
6. *Dever de mitigação das perdas do devedor (mutuário), atendendo aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva (duty to mitigate the loss).*
7. *Extinção compulsória da dívida na hipótese de leilão frustrado (cf. art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997).*
8. *Incidência da taxa de ocupação somente após a extinção da dívida. Julgado específico da 4.ª T.*
9. *Recurso especial provido, em parte.*

RESENHA

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: É CABÍVEL A COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO ENTRE O PERÍODO DA DATA DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO E A DATA DA EFETIVA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Trata-se de recurso especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (TRF4). Na origem, a Caixa Econômica Federal (CEF), ora recorrida, ajuizou ação de reintegração de posse contra o recorrente objetivando, além da imissão na posse do imóvel, a condenação do mutuário ao pagamento da taxa de ocupação. O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, mas deixou de condenar o mutuário ao pagamento da taxa de ocupação, sob o fundamento de que o mutuário fora consideravelmente penalizado com a perda do imóvel. Interposta apelação, o TRF4 reformou parcialmente a sentença, incluindo na condenação a taxa de ocupação, desde a consolidação da propriedade, sob o argumento de que a permanência do mutuário no imóvel, após o inadimplemento, afronta a função social da propriedade, inviabilizando o programa governamental de moradia e incentivando o inadimplemento. Nas razões do REsp, o recorrente alegou violação do art. 37-A da Lei 9.514/1997, sob o fundamento de que seria descabida a cobrança da referida taxa no período anterior à arrematação do bem em leilão extrajudicial.

Ao julgar o caso, o relator do acórdão, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, entendeu que o recurso deve ser parcialmente provido. De acordo com o relator, a controvérsia diz respeito à cobrança de taxa de ocupação de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e garantido por alienação fiduciária, sendo que tal taxa foi inicialmente prevista no Dec.-Lei 70/1966, passando a ser prevista

também na Lei 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de imóvel. Assim, o relator entendeu que a taxa de ocupação pretendida pela instituição financeira é devida, mas somente após a alienação do imóvel em leilão, conforme citado art. 37-A da Lei 9.514/1997. Isso porque, o fundamento para que a taxa de ocupação não incida no período anterior à alienação é que a propriedade fiduciária não se equipara à propriedade plena, por estar vinculada ao propósito de garantia da dívida, de acordo com a redação do art. 1.367 do Código Civil. Ademais, para o relator, se o credor fiduciário não dispõe do *jus fruendi*, não pode exigir do devedor o pagamento de taxa de ocupação, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento sem causa do banco credor, pois, em razão do mútuo de certa quantia em dinheiro, o banco receberia dois frutos, os juros e a taxa de ocupação. O relator destacou, ainda, que a redação do art. 37-A da Lei 9.514/1997 foi precisa ao dispor que a taxa de ocupação somente é devida após a data da alienação em leilão, uma vez que, antes da alienação, a propriedade não é plena, mas afetada à satisfação da dívida, não produzindo frutos em favor do credor fiduciário.

Diante do exposto, a 3.ª T. do STJ decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Min. relator, no sentido de prostrar o termo *a quo* da taxa de ocupação até a data da extinção compulsória da dívida, conforme art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

daniela@irib.org.br

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

fabio@irib.org.br

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. 3.ª T. do STJ, após a vista regimental do Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro relator.

Brasília, 17 de novembro de 2015 – PAULO DE TARSO SANSEVERINO, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator): Trata-se de recurso especial interposto por Luís Veiga Losch em face de acórdão do TRF-4.ª Reg., assim ementado:

“Administrativo. SFH. Execução extrajudicial. Reintegração de posse. Função social da posse. Taxa mensal de ocupação. Honorários advocatícios.

1. A manutenção do demandado na posse do imóvel, a despeito da inadimplência do contrato de mútuo habitacional, se constitui em afronta à função social da posse e da propriedade, já que ensejaria incentivo ao inadimplemento, com elevado risco de falência do já combalido Sistema Financeiro da Habitação.

2. Presente a previsão do art. 37-A da Lei 9.514/1997, é perfeitamente cabível a cobrança de taxa mensal de ocupação pelo período em que o réu ocupante esteve na posse indevida do imóvel cuja propriedade foi consolidada em favor da credora fiduciária. O termo inicial do pagamento é a data de consolidação da propriedade fiduciária, e o termo final é a data da efetiva reintegração da autora na posse do bem.

3. Verificados os parâmetros postos no § 4.º do art. 20 do CPC, se mostra cabível a majoração da verba honorária reduzida fixada pelo juízo sentenciante”.

(f.)

Em suas razões, alega a parte recorrente violação do art. 37-A da Lei 9.514/1997, sob o argumento de que seria descabida a cobrança de taxa de ocupação do imóvel no período anterior à arrematação do bem em leilão extrajudicial.

Sem contrarrazões.

Na sessão de julgamento do dia 13.10.2015, após a sustentação oral da recorrida, pedi vista regimental dos autos para analisar a aplicabilidade ao caso concreto dos precedentes citados da tribuna pelo advogado da ora recorrida.

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator): Eminentes colegas, o recurso especial merece ser parcialmente provido.

A controvérsia diz respeito à cobrança de taxa de ocupação de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação – SFH e garantido por alienação fiduciária.

Essa taxa foi prevista inicialmente no Dec.-lei 70/1966, que instituiu a cédula hipotecária e disciplinou a alienação extrajudicial do imóvel hipotecado no financiamento pelo SFH.

A propósito, confira-se o seguinte dispositivo do referido Decreto-Lei:

“Art. 38. No período que mediar entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva”. (sem grifos no original)

Em 2001, essa taxa também passou a ser prevista na Lei 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de imóvel.

A propósito, confira-se a redação do art. 37-A, incluído pela MedProv 2.223/2001:

“Art. 37-A. O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inc. VI do art. 24, computado e exigível desde a

data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel”. (sem grifos no original)

A referida Medida Provisória foi revogada pela Lei 10.931/2004, sendo mantida, porém, a redação do art. 37-A.

Na hipótese dos autos, a Caixa Econômica Federal, ora recorrida, ajuizou ação de reintegração de posse contra o ora recorrente, pretendendo, além da imissão na posse do imóvel, a condenação do mutuário ao pagamento da taxa de ocupação.

O juízo de origem julgou procedente o pedido de reintegração de posse, mas deixou de condenar o mutuário ao pagamento da taxa de ocupação, sob o fundamento de que o mutuário “já foi consideravelmente penalizado com a perda do imóvel” (f.).

O Tribunal de origem, em apelação, reformou parcialmente a sentença para incluir a taxa de ocupação, desde a consolidação da propriedade, sob o fundamento de que a permanência do mutuário no imóvel, após o inadimplemento, “é uma afronta à função social da propriedade, uma vez que inviabiliza o programa governamental de moradia” e “ensejaria incentivo ao inadimplemento” (f.).

Daí a interposição do presente recurso especial, que passo a analisar.

Assiste razão, em parte, ao mutuário, ora recorrente.

A taxa de ocupação pretendida pela instituição financeira é devida, mas somente após a alienação do imóvel em leilão, nos termos da literalidade do supracitado art. 37-A da Lei 9.514/1997.

O fundamento para que essa taxa não incida no período anterior à alienação é que a propriedade fiduciária não se equipara à propriedade plena, por estar vinculada ao propósito de garantia da dívida, conforme expressamente dispõe o art. 1.367 do CC/2002, abaixo transcrito, *litteris*:

“Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231”. (Redação dada pela Lei 13.043, de 2014)

Por essa razão, o titular da propriedade fiduciária não goza de todos os poderes inerentes ao domínio.

Efetivamente, não se reconhece ao proprietário fiduciário os direitos de usar (*jus utendi*) e de fruir (*jus fruendi*) da coisa, restando-lhe apenas os direitos de dispor da coisa (*jus abutendi*) e de reavê-la de quem injustamente a possua (*rei vindicatio*).

Nesse sentido, confira-se a doutrina de Francisco Eduardo Loureiro, *litteris*:

“A propriedade fiduciária constitui patrimônio de afetação, porque despida de dois dos poderes federados do domínio – *jus utendi e fruendi* –, que se encontram nas mãos do devedor fiduciante. O credor fiduciário tem apenas o *jus abutendi* e,

mesmo assim, sujeito à condição resolutiva, destinado, afetado somente a servir de garantia ao cumprimento de uma obrigação. O direito de dispor, na verdade, está atrelado à cessão do crédito garantido. A propriedade-garantia é acessória à obrigação e segue sua sorte. A peculiaridade é que, ao contrário das demais garantias reais, incide não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria transferida ao credor, embora sob condição resolutiva” (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 1425)

Essa limitação de poderes se mantém após a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, pois essa consolidação se dá exclusivamente com o propósito satisfazer a dívida.

É o que dispõe o art. 1.364 do CC/2002, *litteris*:

“Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor”. (sem grifos no original)

No mesmo sentido, o art. 27, *caput*, da Lei 9.514/1997, *litteris*:

“Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel”. (sem grifos no original)

Quanto a essa afetação da propriedade consolidada à satisfação da dívida, merece referência a doutrina de Frederico Henrique Viegas de Lima, *litteris*:

“Uma vez registrada a consolidação da propriedade fiduciária, tendo como novo titular o credor fiduciário, desaparece a propriedade fiduciária resolúvel com escopo de garantia. Porém, esta nova propriedade, recém-adquirida pelo credor fiduciário não é propriedade plena. Isto porque o poder do credor não é ilimitado como em geral ocorre nesta forma de propriedade, já que tem ele a obrigação de, no prazo de trinta dias contados da data do registro da consolidação, de aliená-la para satisfazer seu crédito. Ensina Ebert Chamoun que:

‘O proprietário, e agora possuidor, é obrigado de imediato, a vender a coisa. Não pode continuar sendo proprietário, em razão da proibição trazida pela alienação fiduciária, inclusive pelo projeto, de pacto comissório, que permitiria ao credor, tornando-se dono automaticamente, com o não pagamento da obrigação. Isto não pode acontecer. Então ele tem que vender’.

Em virtude do credor fiduciário não poder incorporar a nova propriedade em seu patrimônio, nem tampouco, dela dispor como bem lhe aprouver, não podemos dispensar a esta espécie de propriedade o tratamento de propriedade plena. Em realidade, o que existe é uma limitação à mesma, no sentido da obrigatoriedade do credor fiduciário em aliená-la em público leilão. Isto faz com que a propriedade que é transmitida ao credor fiduciário seja uma propriedade limitada com escopo

de garantia, deixando de existir a propriedade fiduciária nos moldes de propriedade resolúvel” (Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 179).

Ainda sobre esse ponto, Zilda Tavares menciona em sua obra doutrinária a existência de normativo do Banco Central do Brasil que proíbe as instituições financeiras de incorporarem a seus ativos patrimoniais os imóveis adquiridos por força de consolidação da propriedade fiduciária (cf. Código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária. São Paulo: Método, 2005. p. 134).

Com efeito, o direito do credor se limita ao crédito, sendo a garantia (ainda que por meio de alienação fiduciária) um mero acessório, não podendo o credor se apropriar, simultaneamente, do crédito e da coisa dada em garantia, sob pena de bis in idem e enriquecimento sem causa.

Pois bem, estando assentada essa distinção entre propriedade plena e propriedade fiduciária, passemos à análise da taxa de ocupação.

Essa taxa, pela sua própria definição, tem natureza de fruto do imóvel objeto da alienação fiduciária.

Ora, se o credor fiduciário não dispõe do jus fruendi (como já demonstrado), não pode exigir do devedor o pagamento de taxa de ocupação.

Efetivamente, os únicos frutos que podem ser exigidos pelo banco credor são os juros, frutos do capital mutuado.

Entendimento diverso geraria bis in idem e enriquecimento sem causa do banco credor, pois, em razão do mútuo de certa quantia em dinheiro, o banco receberia dois frutos, os juros e a taxa de ocupação.

Nessa esteira, observa-se que a redação do art. 37-A da Lei 9.514/1997 foi precisa ao dispor que a taxa de ocupação somente é devida após a “data da alienação em leilão”, pois, antes da alienação, a propriedade não é plena, mas afetada à satisfação da dívida, não produzindo frutos em favor do credor fiduciário.

Do mesmo modo, a redação do art. 38 da Lei 10.150/2000 também foi precisa ao instituir o arrendamento especial com opção de compra apenas para os imóveis que a instituição financeira tenha “arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento”, não para os imóveis adquiridos por consolidação da propriedade fiduciária.

Sob outro ângulo, cabe destacar que a lei impõe um rito célere à alienação extrajudicial, de modo que o primeiro leilão deva ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias após o registro da consolidação da propriedade, conforme previsto no art. 27 da Lei 9.514/1997, independentemente da desocupação do imóvel.

A fixação desse prazo exíguo tem o objetivo evitar que a instituição financeira permaneça inerte após a consolidação da propriedade, deixando que a dívida se eleve aceleradamente, por força dos encargos da mora.

Há, portanto, no referido art. 27 um fundamento de boa-fé objetiva, especificamente concretizada no preceito *duty to mitigate the loss*.

Esse tema foi versado com maestria, nesta 3.^a T., em acórdão da relatoria do Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS), cuja ementa foi a seguinte:

“Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido” (REsp 758.518/PR, rel. Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS), 3.^a T., j. 17.06.2010, REPDJe 01.07.2010, DJe 28.06.2010).

Relembre-se, no caso, que o financiamento imobiliário possui acentuado caráter social, na medida em que visa facilitar o acesso da população à moradia, um direito fundamental previsto na Constituição.

Durante esse curto período de 30 dias, as perdas experimentadas pela instituição financeira já são adequadamente compensadas pela multa contratual, prevista no caso concreto em seu percentual máximo, de 2% sobre o saldo devedor (cf. f.).

Aliás, a incidência de taxa de ocupação geraria o efeito deletério de estimular a inércia da instituição financeira, tendo em vista a incidência de mais um fator de incremento da dívida.

Noutro norte, é certo que a boa-fé também impõe deveres ao mutuário, como o de desocupar o imóvel, caso não tenha purgado tempestivamente a mora.

Porém, a violação desse dever impõe perdas potenciais ao próprio mutuário, não à instituição financeira, que já é remunerada pelos encargos contratuais.

Efetivamente, o mutuário tem direito à restituição do saldo que restar das parcelas pagas, após a quitação da dívida e dos encargos.

Esse saldo a restituir depende do sucesso do leilão, pois se o imóvel não alcançar um bom valor de arrematação, o saldo positivo será compensado com os encargos da dívida.

Assim, caso o mutuário permaneça no imóvel, desrespeitando os ditames da boa-fé objetiva, essa violação se reverterá contra ele próprio, pois, certamente, não se alcançará um bom valor de arrematação, aumentando-se as chances de nada restar para lhe ser restituído.

Relembre-se que, em regra, a Caixa Econômica Federal (CEF) não financia 100% do imóvel, de modo que a diferença entre o valor de mercado e o montante financiado, somada ao saldo de parcelas pagas, já conferem uma boa margem de segurança em favor da Caixa Econômica Federal, para compensar a depreciação do imóvel no leilão.

Destaque-se, ainda, que a Lei 9.514/1997 confere ao mutuário o prazo de 60 (sessenta) dias para desocupar o imóvel (cf. art. 30), mas prevê o prazo de apenas 30 (trinta) dias para a realização do leilão, evidenciando que a lei deu mais relevância à liquidação da dívida do que à questão possessória.

Desse modo, por qualquer ângulo que se aborde a questão (legalidade estrita, natureza da propriedade fiduciária ou boa-fé objetiva), impõe-se concluir que a taxa de ocupação somente pode incidir após a alienação do imóvel.

Mas, o que fazer na hipótese de leilão frustrado, em que não há alienação, como ocorreu no caso concreto?

Nessa hipótese, o art. 27 da Lei 9.514/1997 prevê a realização de um segundo leilão no prazo de 15 dias, após o qual a dívida será extinta compulsoriamente, exonerando-se ambas as partes de suas obrigações.

Confira-se:

“Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1.º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inc. VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2.º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

(...)

§ 5.º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.º.

§ 6.º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

(...)”. (sem grifos no original)

Ora, havendo extinção da dívida, o imóvel deixa de estar afetado ao propósito de garantia, passando a integrar o patrimônio do credor de forma plena, o que se assemelha a uma adjudicação.

A partir de então, o credor passa a titularizar todos os poderes inerentes ao domínio, fazendo jus aos frutos imóvel, inclusive na forma da taxa de ocupação.

Essa hipótese de leilão frustrada foi enfrentada em julgado específico da 4.ª T., abaixo transcrito, *litteris*:

“Recurso especial (art. 105, III, a e c, da CF/1988) – Ação de reintegração de posse – Alienação Fiduciária de imóvel – Retomada do bem por iniciativa do credor fiduciário após frustrados leilões extrajudiciais – Hipótese que autoriza a fixação de taxa de ocupação do imóvel enquanto mantido em poder do devedor fiduciante – Art. 37-A da Lei 9.514/1997 – Vedação ao enriquecimento sem causa – Recurso provido.

1. O art. 37-A da Lei 9.514/1997, nela introduzido por força da Lei 10.931/2004, dispõe que: ‘O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inc. VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel’.

2. A *mens legis*, ao determinar e disciplinar a fixação da taxa de ocupação, tem por objetivo compensar o novo proprietário em razão do tempo em que se vê privado da posse do bem adquirido, cabendo ao antigo devedor fiduciante, sob pena de evidente enriquecimento sem causa, desembolsar o valor correspondente ao período no qual, mesmo sem título legítimo, ainda usufrui do imóvel.

3. Nesse quadro, embora o dispositivo subordine o arbitramento da taxa de ocupação à ‘alienação em leilão’, seu texto reclama interpretação extensiva, abarcando também a hipótese em que a propriedade se resolve a bem do credor fiduciário por terem sido frustradas as tentativas de venda extrajudicial. Conquanto, em rigor técnico-jurídico, não se cuide, aqui, de uma verdadeira alienação, importa reconhecer que a consolidação equivale a uma operação de transferência jurídica patrimonial, já que o credor deixa de ter a propriedade meramente resolúvel, incorporando-a em seu sentido pleno, fazendo jus, portanto, a ser compensado

pela posse injusta exercida desde a aquisição do novo título até desocupação do imóvel. 4. Recurso especial provido” (REsp 1.328.656/GO, rel. Min. Marco Buzzi, 4.^a T., *DJe* 18.09.2012).

Nesse julgado, o relator deu provimento ao recurso para que a taxa de ocupação incidisse a partir da “adjudicação” do imóvel, não a partir da consolidação da propriedade fiduciária.

Verifica-se, portanto, que o entendimento delineado no presente voto está em sintonia com o entendimento firmado na E. 4.^a T. desta Corte.

No âmbito desta 3.^a T., há um julgado da Min. Nancy Andrigli em que se admitiu a cobrança de taxa de ocupação desde a consolidação da propriedade, antes, portanto, da data do leilão.

Esse julgado, contudo, diz respeito a uma situação específica, em que o leilão foi adiado por muito tempo, em razão de decisões judiciais precárias obtidas pelo mutuário.

A taxa de ocupação, portanto, foi deferida como forma de compensar as perdas e danos acrescidos em razão dessa demora não imputável ao credor fiduciário.

A propósito, confira-se a ementa do referido julgado:

“SFI – Sistema Financeiro Imobiliário. Lei 9.514/1997. Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Leilão extrajudicial. Suspensão. Irregularidade na intimação. Pretensão, do credor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão disciplinado pelo art. 27 da Lei 9.514/1997. Possibilidade. Interpretação sistemática da lei.

1. Os dispositivos da Lei 9.514/1997, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/1997.

2. A interpretação sistemática de uma Lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurídico dos institutos que regula, o modelo adequado para sua aplicação. Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel.

3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/1997 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extraju-

diciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa.

4. Recurso especial não provido” (REsp 1.155.716/DF, rel. Min. Nancy Andri-ghi, 3.^a T., *DJe* 22.03.2012, sem grifos no original).

Esse julgado, portanto, não se aplica ao caso concreto, pois a causa de pedir deduzida na petição inicial foi a simples ocupação do imóvel após a consolidação da propriedade (cf. f.), não havendo referência a eventual suspensão do leilão.

Feita essa necessária distinção, o parcial provimento do recurso é medida que se impõe tão somente para protrair o termo *a quo* da taxa de ocupação para a data da extinção compulsória da dívida, conforme o disposto no art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial para protrair o termo *a quo* da taxa de ocupação até à data da extinção compulsória da dívida, na forma do art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 1.401.233/RS; número do registro: 2013/0291403-0; números de origem: 200971000343312, 201000739, 50120386420114047100, RS-200971000343312 e RS-50120386420114047100; processo eletrônico; pauta: 13.10.2015; julgado: 13.10.2015; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Carlos Alberto Carvalho Vilhena; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Luís Veiga Losch – advogada: Defensoria Pública da União; recorrida: Caixa Econômica Federal – advogados: Evandro Garczynski e outros.

Assunto: Direito civil – Obrigações – Espécies de contratos – Alienação fiduciária.

Sustentação Oral – Dr. Murilo Oliveira Leitão, pela parte recorrida: Caixa Econômica Federal.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Após a sustentação oral do advogado, pediu vista, na forma regimental, o Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha”.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 1.401.233/RS; número do registro: 2013/0291403-0; números de origem: 200971000343312, 201000739, 50120386420114047100, RS-200971000343312 e RS-50120386420114047100; processo eletrônico; pauta: 17.11.2015; julgado: 17.11.2015; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Mário Pimentel Albuquerque; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Luís Veiga Losch – advogada: Defensoria Pública da União; recorrida: Caixa Econômica Federal – advogados: Evandro Garczynski e outros.

Assunto: Direito civil – Obrigações – Espécies de contratos – Alienação fiduciária.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após a vista regimental do Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, a 3.^a T., por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro relator”.

(DJe 26.11.2015)

COMENTÁRIO

O STJ E O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DA LEI 9.514/97^{NE2}

A partir da missão constitucional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de unificar o entendimento e dar efetividade à aplicação da legislação federal, como instância final da jurisprudência infraconstitucional sedimentada nos Tribunais inferiores, poderia ser considerado paradoxal que determinada disposição legal tivesse interpretações quase que opostas através de julgados relativamente próximos, proferidos por uma mesma Turma daquela Corte. É o caso do art. 37-A da Lei 9.514/1997.

Além de criar o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), a Lei 9.514/1997 inovou o rol de garantias reais através da alienação fiduciária de bem imóvel, estabelecendo um procedimento de execução extrajudicial específico.

Assim como o Dec.-lei 70/1966 prevê um procedimento de execução extrajudicial para as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), o mesmo ocorre na Lei 9.514/1997 para a

NE2 Nota da Editorial: O comentário refere-se aos REsp 1.155.716/DF e REsp 1.401.233/RS.

alienação fiduciária. Evidentemente há diferenciais entre esses procedimentos em razão da natureza jurídica de cada um desses institutos, porém essas normas legais se identificam ao estabelecerem uma taxa de ocupação exigível do mutuário que se tornou inadimplente e, em razão da não purgação da mora, ficou desobrigado do pagamento das prestações do financiamento não obstante prossiga exercendo a posse direta do imóvel.

No Dec.-lei 70/66, o marco inicial da exigibilidade da taxa de ocupação é o registro da carta de arrematação do imóvel (art. 38). Já na Lei 9.514/1997, é a partir da alienação do imóvel em leilão (art. 37-A).

Assim, em se tratando de hipoteca, a expropriação do imóvel ocorre inevitavelmente através de leilão, seja em favor de terceiros ou do próprio credor.

Na alienação fiduciária, a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário equipara-se em seus efeitos à expropriação, importando na extinção do contrato de financiamento.

Fato é que, seja pela arrematação como pela consolidação da propriedade, a posse do mutuário de imóvel que não mais detém a titularidade (hipoteca) ou de direitos à sua reaqusição (alienação fiduciária), torna-se ilegítima. E mais, transmitido o imóvel, altera-se o sujeito passivo da obrigação tributária, no caso do IPTU, e do pagamento das contribuições devidas ao condomínio, se o imóvel estiver submetido a esse regime.

Nesse contexto é que a taxa de ocupação representa um instrumento destinado a coibir a vantagem indevida daquele que pretenda prosseguir na ocupação ilegítima e gratuita. A responsabilidade pelo pagamento dessa taxa visa o equilíbrio nas relações estabelecidas pelo financiamento imobiliário inadimplido, além de contribuir para desestimular o ajuizamento de demandas desprovidas de fundamentos jurídicos, mas com inconfessável propósito de se prevalecer de uma posse ilegítima, sem desembolsos, e quanto possível protelar a desocupação do imóvel. Ou então oferecer resistência processual às lides destinadas à imissão ou reintegração da posse do imóvel pelos seus novos titulares contando com a natural morosidade ao Judiciário.

Há de se reconhecer que a redação art. 37-A pode ser considerada imprecisa ao estabelecer que a taxa de ocupação do imóvel é devida a partir *"da data da alienação em leilão"* diante do fato que a ilegitimidade da posse resulta da consolidação da propriedade. Convém observar que, na sequência natural do procedimento extrajudicial, o primeiro leilão deverá ser realizado 30 dias após a consolidação da propriedade e o segundo leilão quinze dias após (art. 27). Ou seja, menos de dois meses após a extinção do contrato de financiamento e, assim, o início da posse tida como ilegítima. Porém, se um eventual procedimento judicial sustar a realização dos leilões, diante da literal interpretação do texto legal estará indefinidamente postergado o início da incidência dessa taxa.

Por outro lado, em se tratando de leilões destinados à recuperação do crédito, uma vez que a transmissão do imóvel já ocorrerá, cabe aventar a hipótese de que em nenhum deles poderá haver arrematantes. Tanto que nessas circunstâncias o imóvel ficará integrado ao patrimônio do credor e o devedor exonerado da dívida. Assim, igualmente ficaria prejudicado o marco inicial da referida taxa.

O STJ, através da sua 3.ª T., em 13.03.2012, no REsp 1.155.716/DF, tendo como relatora a Min. Nancy Andrighi e em 17.11.2015, no REsp 1.401.233/RS, tendo como relator o Min.istro Paulo de Tarso Sanseverino, proferiu julgamentos em que o tema central envolveu a interpretação do citado art. 37-A.

No primeiro caso, da própria ementa do REsp 1.155.716/DF constou: *"2. A interpretação sistemática da lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurí-*

dico dos institutos que regula, o modelo adequado para a sua aplicação. Se a posse do imóvel pelo devedor fiduciário (no caso seria "fiduciante") é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante (no caso seria "fiduciário") a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel. 3. A consolidação da propriedade do bem em nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo seria implicar autorizar que o devedor fiduciário permaneça no bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/1997 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante (fiduciário) de um prejuízo a que não deu causa".

No seu voto, a Ministra Relatora pondera que *"uma interpretação conjugada dos dispositivos da Lei 9.514/1997 levam a uma situação de dúvida acerca do direito aplicável"* para, a seguir concluir que: *"A solução da dívida, contudo, não pode se dar em um sentido contrário ao que recomenda a lógica jurídica. Resolvido o contrato do qual emerge a fundação da posse derivada, esta retorna ao seu antigo titular, podendo-se interpretar a permanência do antigo possuidor no bem como um ato de esbulho".*

Releva observar que, como se infere do relatório desse acórdão, o ajuizamento da demanda que suspendeu liminarmente a realização dos leilões data de 2008 e de uma inadimplência que teve início em 2007.

Por outro lado, o REsp 1.401.233/RS, cuidou de demanda de reintegração de posse ajuizada em 2013 pelo credor fiduciário, recorrido na instância especial. O Tribunal de origem alinhando-se ao entendimento do STJ expresso quando do julgamento do REsp 1.155.716/DF, declarou devida a taxa de ocupação a partir da consolidação da propriedade. Todavia, na via especial foi acolhida a pretensão do mutuário mediante interpretação literal do questionado dispositivo, consignada na ementa: *"2. Previsão expressa no art. 37-A da Lei 9.514/1997 de que a taxa de ocupação mensal somente começa a incidir depois da alienação do imóvel."*

Ao desenvolver as razões de seu voto, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino concluiu que a taxa de ocupação somente pode ser exigida *"após a data da alienação em leilão, pois antes da alienação, a propriedade não é plena, mas afetada à satisfação da dívida, não produzindo frutos em favor do credor fiduciário"*. Para tanto considerou que a taxa de ocupação geraria enriquecimento sem causa ao credor fiduciário por cumular-se aos juros e encargos contratuais incidentes sobre a dívida.

Ainda nas razões do voto, há menção à celeridade que a lei impõe ao credor realizar os leilões do imóvel, procedendo com boa-fé para que o retardo não milite a desfavor do mutuário, provocando elevação da dívida que poderá comprometer o direito do devedor aos valores excedentes à satisfação da dívida. Por outro lado, o voto reconhece que *"a boa-fé também impõe deveres ao mutuário, como o de desocupar o imóvel, caso não tenha purgado tempestivamente a mora"*. Ocorre que a mora não purgada é determinante da consolidação da propriedade em favor do credor, operando a extinção do contrato de financiamento e, bem assim, a obrigação de desembolsar as prestações de resgate. Tal como a Ministra Nancy Andrighi entendeu em seu voto no REsp 1.155.716/DF, a posse do mutuário passa a ser ilegítima, justificando a aplicação do encargo que a taxa de ocupação representa.

Mas, voltando às razões do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 1.401.233/RS, há violação pelo mutuário do dever de proceder com boa-fé ao não desocupar o imóvel após não ter

purgado a mora, pois *“caso o mutuário permaneça no imóvel, desrespeitando os ditames da boa-fé objetiva, essa violação se reverterá contra ele próprio, pois, certamente, não se alcançará um bom valor de arrematação, aumentando as chances de nada restar para lhe ser restituído.”*

Não cabe evidentemente subordinar a aplicação da norma legal a circunstâncias fáticas visando definir a maior conveniência financeira para o mutuário que já conta com a exoneração da dívida assegurada se o imóvel não basta para satisfazê-la. Seja para perquirir se o melhor desempenho financeiro do imóvel no leilão supere ou não uma prolongada utilização do imóvel com isenção da taxa de ocupação e dos encargos tributários e de condomínio do imóvel no período transcorrido entre a interrupção do pagamento das prestações e a data da alienação do imóvel em leilão. Porém certo é que, como antes observado, esse lapso temporal em ambos os casos que determinaram a prolação dos acórdãos aqui confrontados foi extraordinariamente dilatado em relação aos prazos considerados exíguos que a Lei 9.514/1997 impõe para a realização dos dois leilões extrajudiciais após a consolidação da propriedade em favor do credor.

De fato, as duas demandas tiveram em comum o ajuizamento após operarem-se os efeitos que a consolidação da propriedade impõe ao credor, transferindo-lhe a obrigação de pagamento dos impostos e do condomínio incidentes sobre o imóvel. Naquela ajuizada pelo devedor houve a concessão de liminar para suspender os leilões e naquela ajuizada pelo credor, foi negada a reintegração liminar na posse.

Não obstante, esses acórdãos, proferidos por uma mesma Turma do Tribunal a quem incumbe unificar a interpretação das normas legais federais, em relação ao art. 37-A da Lei 9.514/1997 mantiveram-se distantes, inclusive na motivação fática que cada um considerou ao interpretar o dispositivo.

O REsp 1.155.716/DF interpretou sistematicamente o art. 37-A, buscando uma lógica jurídica no contexto da lei, apontando a lacuna existente, para concluir que a taxa de ocupação é um fator de desestímulo à inadimplência, além de coibir a posse injusta que se segue à consolidação da propriedade sem que ocorra espontaneamente a desocupação do imóvel pelo mutuário.

Por sua vez, o REsp 1.401.233/RS, deu literal interpretação ao art. 37-A, considerando que a incidência da taxa de ocupação antes da alienação do imóvel em leilão representa vantagem indevida ao credor que cumulativamente dispõe dos encargos contratuais que a evolução da dívida lhe proporciona.

A despeito da interpretação divergente, essas decisões têm em comum um entendimento quanto aos efeitos jurídicos da consolidação a propriedade que merece reflexão.

Afinal, em razão da consolidação da propriedade, seu caráter resolúvel dá lugar à propriedade plena e, assim, ao exercício dos atributos a ela inerentes. Extingue o contrato de financiamento e torna injusta a posse direta exercida pelo devedor inadimplente. Todavia, esses julgados entenderam que tais efeitos somente resultariam da alienação do imóvel em leilão. Não consideraram que, uma vez resolvida a propriedade fiduciária e formalizada a transmissão do imóvel no Registro Imobiliário com o recolhimento do respectivo tributo, os leilões destinam-se unicamente à recuperação do crédito e acerto financeiro com o devedor quando ocorrer saldo que exceda o valor da dívida, encargos e despesas, ou então a exoneração formal do devedor quanto a eventual saldo residual não satisfeito através da garantia. Bem ao contrário do exercício de garantia real como a hipoteca que, ao ser executada judicial ou extrajudicialmente, somente através dos leilões é que resulta a alienação, seja através de arrematação ou adjudicação.

Ainda que vigentes há quase duas décadas, os dispositivos da Lei 9.514/9197 que tratam do procedimento para a realização da garantia de alienação fiduciária de bem imóvel desafiam o STJ a encontrar um entendimento uniforme e produzir uma jurisprudência estável.

JOSÉ ANTONIO CETRARO

Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo em 1968. Iniciou sua atuação no SFH em 1971 tendo atuado em várias instituições financeiras de crédito imobiliário, exercendo a gerência jurídica de apoio operacional e atuação contenciosa. Atuou como representante do Estado de São Paulo na Comissão Nacional de Assuntos Jurídicos – Conaj da Abecip de 1976 a 1991. Exerceu a Coordenação da Conaj da Associação Brasileiro das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança Abecip de 1991 a 1996. Advogado especializado em crédito imobiliário. Atualmente é Consultor Jurídico da Abecip.

cetraro@aasp.org.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – ApCiv 000244-63.2014.8.26.0083 – Conselho Superior de Magistratura – j. 15.12.2015 – v.u. – rel. Des. José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Administrativo.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compra e venda de propriedade com recursos de Fundo de Arrendamento Residencial – Admissibilidade – Legislação que confere personalidade jurídica à entidade e sua capacidade de assumir obrigações – Arcabouço legislativo, ademais, que afasta a ofensa aos princípios da continuidade e disponibilidade registrária.

Veja também Jurisprudência

- RDI 78/349 (JRP\2014\5796) e RDI 72/493 (JRP\2012\18961).

Veja também Doutrina

- A suscitação de dúvida no registro de imóveis, de Phelipe de Monclayr Polete Calazans Salim – RDI 76/117 (DTR\2014\1696).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0002444-63.2014.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante Banco do Brasil S.A, é apelado Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Aguaí.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores José Renato Nalini (presidente Tribunal de Justiça), Eros Piceli (vice-presidente), José Damião Pinheiro Machado Cogan (decano, em exercício), Artur Marques (presidente da Seção de Direito Privado), Pinheiro Franco (presidente Seção de Direito Criminal) e Ricardo Anafe (presidente da Seção de Direito Público).

São Paulo, 15 de dezembro de 2015 – XAVIER DE AQUINO, relator.

Ap 0002444-63.2014.8.26.0083.

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Aguai.

Voto 29.012.

Ementa:^{NE1} Registro de imóveis – Dívida – Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças – Personalidade jurídica do FAR – Inteligência da Lei 10.188/2001 – Inexistência de ofensa aos princípios da continuidade e disponibilidade – Recurso provido.

RESENHA

REGISTRO DE IMÓVEIS: FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL POSSUI PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ADQUIRIR IMÓVEIS

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença de procedência de dúvida suscitada pelo Oficial Registrador, que se negou a registrar "Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças", cujo adquirente é o FAR. Em suas razões, o Oficial Registrador afirmou que o FAR não possui personalidade jurídica e que o art. 9.º, parágrafo único, do Dec. 7.499/2011, que regulamentou a Lei 11.977/2009, estabelece que compete às instituições financeiras oficiais federais a alienação dos imóveis "produzidos" no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), e que para serem respeitados os princípios da Continuidade e da Disponibilidade, somente o proprietário poderá alienar seus bens, de maneira que se a alienação será feita pelo Banco do Brasil, este deverá figurar previamente como proprietário do imóvel. O recorrente, por seu turno, sustentou, em síntese, que existem diversos precedentes registrais favoráveis; que se trata de programa habitacional com forte cunho social e que, por este motivo, o formalismo registral deve ceder passo aos fins sociais da lei. Afirmou, também, que o FAR pode ser sujeito de direitos e obrigações e que existem fundos similares aos quais se reconhece personalidade jurídica.

Ao analisar o recurso, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, entendeu que o recurso comporta provimento. De acordo com o relator, para a operacionalização do PMCMV a Caixa Econômica Federal (CEF) foi autorizada a criar um fundo, que se denomina Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), tratando-se de um fundo exterior à CEF, passível de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio, conforme art. 2.º-A, § 2.º da Lei 10.188/2001. Posto isto, o relator entendeu que o FAR, tal como diversos outros entes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, possui personalidade jurídica e, embora não possua capacidade plena, tem-na limitada aos propósitos a que se destina. Além disso,

NE1 *Nota do Editorial:* O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

observou que, de acordo com o art. 4.º, VII da Lei 10.188/2001, compete à CEF promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos, demonstrando que o FAR (arrendador) e a CEF não se confundem, devendo o FAR figurar no contrato como comprador, uma vez que o imóvel será por ele integralizado. Finalmente, o relator destacou que a própria Lei 11.977/2009, em seu art. 6.º-A, § 9.º, incluído pela Lei 13.043/2014, atribui ao FAR a condição de comprador, afastando a inobservância dos princípios da Continuidade e Disponibilidade registrarias, além de apontar precedente jurisprudencial.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, dar provimento ao recurso, permitindo o registro do título apresentado.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
daniela@irib.org.br*

FÁBIO FUZARI

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).
fabio@irib.org.br*

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de procedência de dúvida, suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Aguaí, que se negou a registrar “Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças”, em que figura como comprador o FAR. A recusa deveu-se ao fato de que tal ente não possui personalidade jurídica, e de que o Dec. 7.499/2011, que regulamentou a Lei 11.977/2009, em seu art. 9.º, parágrafo único, estabelece que compete às instituições financeiras oficiais federais a alienação dos imóveis “produzidos” no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, e que para que sejam respeitados os princípios da continuidade e da disponibilidade somente o proprietário poderá alienar seus bens, de maneira que se a alienação será feita pelo Banco do Brasil, este deverá figurar previamente como proprietário do imóvel.

O recorrente alega, resumidamente, que: há diversos precedentes registrais favoráveis; se trata de programa habitacional, com forte cunho social, devendo o formalismo registral ceder passo aos fins sociais da lei; o FAR pode ser sujeito de direitos e obrigações; há outros fundos similares aos quais se reconhece personalidade jurídica.

A Procuradoria de Justiça disse que é inexigível a intervenção ministerial e não se manifestou.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A Lei 10.188/2001 criou o programa de arrendamento residencial e instituiu o arrendamento residencial com opção de compra. Por seu intermédio, criou-se o PAR – Programa de Arrendamento Residencial, cuja gestão cabe ao Ministério das Cidades, e a operacionalização, à Caixa Econômica Federal. Já para a operacionalização do Programa, a CEF foi autorizada a criar um fundo, que se denomina FAR – Fundo de Arrendamento Residencial.

Tal fundo, a teor do art. 2.º, § 3.º, é constituído de bens e direitos, que não se comunicam com o patrimônio da CEF; não integram seu ativo; não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF; não compõem a lista de bens e direitos da CEF para efeitos de liquidação judicial ou extrajudicial; não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF; não são passíveis de execução por credores da CEF; quantos aos imóveis, não são passíveis de constituição de ônus reais (incs. I a VI).

Vale dizer, trata-se de um fundo exterior à CEF, passível, conforme o art. 2.º-A, § 2.º, de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio.

É esse fundo, o FAR, que figura, no instrumento levado a registro, como comprador (f.). Porém, o Oficial do Registro de Imóveis de Aguaí entendeu que o título não poderia ser registrado, em face da ausência de personalidade jurídica do fundo, e pela ofensa ao princípio da continuidade e disponibilidade registrária.

O raciocínio peca por algumas razões. Vamos a elas.

De início, o oficial deixou de se atentar para a função social do programa de arrendamento residencial e para a regra de que o apego ao rigorismo do direito registral não deve ser um fim em si mesmo.

Em seguida, utilizou um argumento que, do ponto de vista técnico, está equivocado. O FAR, tal como diversos outros entes previstos no nosso ordenamento, possui, sim, personalidade jurídica e, embora não tenha capacidade plena, tem-na limitada aos propósitos a que se destina. Também o espólio, o condomínio, a massa falida, conquanto não possuam capacidade jurídica plena, possuem personalidade jurídica, ou seja, podem ser sujeitos de direitos e obrigações.

A Lei 10.188/2001 atribui ao FAR, expressamente, a capacidade de ser titular de direitos e sujeito passivo de obrigações, deixando bastante clara sua distinção em relação à CEF e ao seu patrimônio. Aliás, o art. 4.º, VII, reza que compete à CEF “promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos”. Logo, arrendador (FAR) e CEF não se confundem. E é o arrendador que figura, no contrato, como comprador, dado que o patrimônio imóvel será por ele integralizado.

Assim sendo, e ainda que o parágrafo único do art. 9.º do Dec. 7.499/2011, que regulamentou a Lei 11.977/2009, estabeleça que compete às instituições financeiras federais a alienação dos imóveis produzidos no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, é preciso considerar que a própria Lei, no § 9.º do art. 6.º-A, incluído por força da Lei 13.043/2014, dispõe que “Uma vez consolidada

a propriedade em seu nome, em virtude do não pagamento da dívida pelo beneficiário, o FAR e o FDS, na qualidade de credores fiduciários, deverão promover sua reinclusão no respectivo programa habitacional, destinando-o à aquisição por beneficiário a ser indicado conforme políticas habitacionais e regras que estiverem vigentes”, o que indubitavelmente atribui ao FAR a condição de comprador e afasta a alegada inobservância ao princípio da continuidade e disponibilidade registrárias.

Cuida-se, dessa forma, de um arcabouço legislativo próprio que regulamenta a criação, gestão e operacionalização do FAR. Daí porque, como corretamente consta do instrumento levado a registro, o comprador é o FAR, representado pelo Banco do Brasil.

Portanto, por todos os ângulos que se analise a questão, a hipótese era de registro do título, valendo ressaltar, por fim, que neste sentido foi decidido pelo Conselho Superior da Magistratura, em caso análogo, no julgamento da ApCiv 0026929– 03.2014.8.26.0577, de relatoria do então Corregedor Geral da Justiça, Des. Hamilton Elliot Akel, por votação unânime, na qual o mesmo recorrente comprovou que 22 empreendimentos ligados ao Programa Minha Casa, Minha Vida já tiveram seus instrumentos – iguais ao presente – registrados sem qualquer óbice, em São Paulo e em outros Estados da Federação.

Nesses termos, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Corregedor Geral da Justiça e relator (data de registro: 03.02.2016).

TJSP – *ApCiv 0026929-03.2014.8.26.0577* – Conselho Superior de Magistratura – j. 07.10.2015 – v.u. – rel. Hamilton Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compra e venda de propriedade com recursos de Fundo de Arrendamento Residencial – Inadmissibilidade – Instrumento particular com efeito de escritura pública – Norma que afere personalidade jurídica à entidade e sua capacidade de assumir obrigações.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0026929-03.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante Banco do Brasil S.A., é apelado 2.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São José dos Campos.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “deram provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do “instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do fundo de arrendamento residencial – FAR e outras avenças”. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores José Renato Nalini (presidente), Eros Piceli, Guerrieri Rezende, Artur Marques, Pinheiro Franco e Ricardo Anafe.

São Paulo, 7 de outubro de 2015 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 0026929-03.2014.8.26.0577.

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: Oficial do 2.º Registro de Imóveis de São José dos Campos.

Voto 34.300.

Ementa:^{NE1} *Registro de imóveis – Dúvida – Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças – Personalidade jurídica do FAR – Inteligência da Lei 10.188/2002 – Recurso provido.*

NE1 *Nota do Editorial:* O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

RESENHA

**REGISTRO DE IMÓVEIS: FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL
POSSUI PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ADQUIRIR IMÓVEIS**

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença de procedência de dúvida suscitada pelo Oficial Registrador, que se negou a registrar "Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças", cujo comprador que figura no título apresentado para registro é o FAR, sob o fundamento de que este Fundo não possui personalidade jurídica e que a Caixa Econômica Federal (CEF) apenas tem a competência para representá-lo. Em suas razões, o recorrente alegou a existência de diversos precedentes registrares favoráveis; que se trata de programa habitacional com forte cunho social e que, por este motivo, o formalismo registral deve ceder passo aos fins sociais da lei. Afirmou, também, que o FAR pode ser sujeito de direitos e obrigações e que existem fundos similares aos quais se reconhece personalidade jurídica.

Ao analisar o recurso, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, entendeu que o recurso comporta provimento. De acordo com o relator, o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), foi criado pela Lei 10.188/2001, instituindo o arrendamento residencial com opção de compra. Para a operacionalização do programa, a CEF foi autorizada a criar o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), exterior à CEF e passível de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio, de acordo com o art. 2.º-A, § 2.º da referida lei. Posto isto, o relator observou que o Oficial Registrador deixou de atentar para a função social do programa de arrendamento residencial e para a regra de que o apego ao rigorismo do direito registral não deve ser um fim em si mesmo. Ademais, ressaltou que o Oficial Registrador não apontou qualquer princípio de direito registral que poderia ser ferido com o registro e olvidou-se das sérias consequências sociais que poderiam advir de sua recusa. Posto isto, o relator entendeu que o FAR possui personalidade jurídica e, embora não tenha capacidade plena, tem-na limitada aos propósitos a que se destina. Além disso, afirmou que a Lei 10.188/2001 atribuiu expressamente ao FAR a capacidade de ser titular de direitos e sujeito passivo de obrigações, deixando bastante clara sua distinção em relação à CEF e ao seu patrimônio e que o art. 4.º, VII reza que compete à CEF promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos, não se confundindo o arrendador (FAR) com a CEF. Por fim, o relator entendeu que o título apresentado para registro está correto, onde consta que o comprador é o FAR, representado pelo Banco do Brasil.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, dar provimento ao recurso, permitindo o registro do título apresentado.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

daniela@irib.org.br

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

fabio@irib.org.br

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de procedência de dúvida suscitada pelo Oficial do 2.º Registro de Imóveis de São José dos Campos, que se negou a registrar “Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças”, em que figura como comprador o FAR. A recusa deveu-se ao fato de que tal ente não possui personalidade jurídica.

O recorrente alega, resumidamente, que: (a) há diversos precedentes registrares favoráveis; (b) trata-se de programa habitacional, com forte cunho social, devendo o formalismo registral ceder passo aos fins sociais da lei; (c) o FAR pode ser sujeito de direitos e obrigações e (d) há outros fundos similares aos quais se reconhece personalidade jurídica.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Em primeiro lugar, apenas para que não haja omissão, ressalta-se que da manifestação do oficial, às f., “retratando-se” da recusa do registro, não pode resultar prejudicada a dúvida. É que, inobstante essa manifestação, o Juízo de Primeiro Grau manteve a negativa de registro, o que impõe o julgamento da apelação.

Quanto ao mais, era mesmo o caso de registro do contrato.

A Lei 10.188/2001 criou o programa de arrendamento residencial e instituiu o arrendamento residencial com opção de compra. Por seu intermédio, criou-se o PAR – Programa de Arrendamento Residencial, cuja gestão cabe ao Ministério das Cidades, e a operacionalização, à Caixa Econômica Federal. Já para a operacionalização do Programa, a CEF foi autorizada a criar um fundo, denominado “FAR – Fundo de Arrendamento Residencial”.

Tal fundo, a teor do art. 2.º, § 3.º, é constituído de bens e direitos, que (1) não se comunicam com o patrimônio da CEF, (2) não integram seu ativo, (3) não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF, (4) não compõem a lista de bens e direitos da CEF para efeitos de liquidação judicial ou extrajudicial, (5) não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF, (6) não são passíveis de execução por credores da CEF e (6) quanto aos imóveis, não são passíveis de constituição de ônus reais (incs. I a VI).

Vale dizer, trata-se de um fundo exterior à CEF, passível, conforme o art. 2.º-A, § 2.º, de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio.

É esse fundo, o FAR, que figura, no instrumento levado a registro, como comprador (f.). O Oficial do 2.º Registro de Imóveis de São José dos Campos entendeu que o título não poderia ser registrado, em face da ausência de personalidade jurídica do fundo. Disse, também, que a Lei 10.188/2001 atribui apenas à CEF a competência para representá-lo e que, por isso, não poderia mera Portaria do Ministério das Cidades atribuí-la ao Banco do Brasil. Assim, uma vez que o FAR não possui personalidade jurídica e a CEF não fez parte do contrato, ele não poderia ser registrado.

O raciocínio peca por algumas razões, que examino a seguir.

De início, o oficial deixou de atentar para a função social do programa de arrendamento residencial e para a regra de que o apego ao rigorismo do direito registral não deve ser um fim em si mesmo. Deixou de apontar qualquer princípio de direito registral que poderia ser ferido com o registro e olvidou-se das sérias consequências sociais que poderiam advir de sua recusa.

Em seguida, utilizou um argumento que, do ponto de vista técnico, está equivocado. O FAR, tal como diversos outros entes previstos no nosso ordenamento, possui, sim, personalidade jurídica e, embora não tenha capacidade plena, tem-na limitada aos propósitos a que se destina. Também o espólio, o condomínio, a massa falida, conquanto não possuam capacidade jurídica plena, possuem personalidade jurídica, ou seja, podem ser sujeitos de direitos e obrigações.

A Lei 10.188/2001 atribui ao FAR, expressamente, a capacidade de ser titular de direitos e sujeito passivo de obrigações, deixando bastante clara sua distinção em relação à CEF e ao seu patrimônio. Aliás, o art. 4.º, VII, reza que compete à CEF “promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos”. Logo, arrendador (FAR) e CEF não se confundem. E é o arrendador que figura, no contrato, como comprador, dado que o patrimônio imóvel será por ele integralizado.

Resta saber se também o Banco do Brasil poderia representar o FAR, ou se, como defendeu o oficial, apenas a CEF. Também aí laborou em erro o digno oficial.

A mesma Lei 10.188/2001, que atribuiu, a princípio, à CEF a representação e operacionalização do FAR, delegou ao Ministério das Cidades a gestão do PAR (Programa de Arrendamento Residencial – art. 1.º, § 1.º). E disse, no seu art. 5.º, II e III, que cabe a esse Ministério estabelecer diretrizes gerais para aplicação dos recursos alocados e fixar regras e condições para implementação do Programa.

Portanto, foi a Lei 10.188/2001 que atribuiu legitimação ao Ministério das Cidades para, entre outras providências, definir, no item 3.3, do Anexo I, da Portaria 168, que cabe às Instituições Financeiras Federais Oficiais “na qualidade de agentes executores do programa: a) definir, com base nas diretrizes gerais fixadas e demais disposições desta Portaria, os critérios técnicos a serem observados na aquisição e alienação dos imóveis; b) adquirir as unidades habitacionais destinadas à alienação, em nome do FAR”.

Cuida-se, dessa forma, de um arcabouço legislativo próprio que regulamenta a criação, gestão e operacionalização do FAR. Ao contrário do que alegou o oficial, a Portaria 168 não foi além do que a Lei 10.188/2001 permitiu. Apenas estendeu – e poderia fazê-lo – a representação do FAR às instituições federais oficiais, como o Banco do Brasil.

Daí porque, como corretamente consta do instrumento levado a registro, o comprador é o FAR, representado pelo Banco do Brasil S/A.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, a hipótese era de registro do título, valendo ressaltar, por fim, que, como comprovou o recorrente, 22 empreendimentos ligados ao Programa Minha Casa, Minha Vida já tiveram seus instrumentos – iguais ao presente – registrados sem qualquer óbice, em São Paulo e em outros Estados da Federação.

Dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do “Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças”.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator (data de registro: 29.10.2015).

COMENTÁRIO

OS FUNDOS FIDUCIÁRIOS, O *TRUST* E O FAR, EM COMENTO AOS ACÓRDÃO DAS APELAÇÕES CÍVEIS 0002444-63.2014.8.26.0083 E 0026929-03.2014.8.26.0577

A utilização de fundos, para a constituição de agrupamentos de capitais de terceiros com um fim específico, em nossa tradição jurídica, sempre esteve vinculada aos conceitos da fidúcia do direito romano. Este instituto, grosso modo, tem como característica básica, a figura da etimologia própria da palavra que o substantiva: a confiança.

Consiste na entrega de um bem a um terceiro que o administrará objetivando um fim preestabelecido, alcançado o objetivo, restará ao terceiro administrador a obrigação de devolver o bem ao seu proprietário.

Pela Lei 8.668, de 25.06.1993 (Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário), o legislador pátrio utilizou o instituto da “propriedade fiduciária”, definindo-a, como interpreto, o resultado da constituição de patrimônio de bens, afetados por seu proprietário (administrador) a um fundo de investimentos imobiliário, patrimônio este independente e incomunicável em relação aos demais, apesar da propriedade (Domínio) permanecer na titularidade do próprio administrador.

Assim e na forma do *caput* de seu art. 7.º: “Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a *propriedade fiduciária* da instituição administradora, bem como, seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições (...)”.

De maneira que, neste “regime fiduciário”, a finalidade da constituição da propriedade fiduciária é fundamentalmente de inversão, isto é, o futuro retorno de certo bem, capital ou crédito investido, administrado pelo fiduciário por meio do Fundo.

Mesmo antes da criação do FAR, vários fundos foram criados em regime fiduciário, por instituições financeiras, sob o manto da Lei 8.668/1993, como, por exemplo, o Fundo de Investimento Imobiliário Property, vinculado ao patrimônio do HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, dentre outros.

E no contexto deste arcabouço jurídico, a Lei 10.188/2001,¹ Instituiu o Programa de Arrendamento Residencial, assentando sua constituição legal nos preceitos do regime fiduciário em comento, a qual reproduziu boa parte da Lei 8.668/1993, que lhe serviu de suporte, fato esse facilmente observável em simples comparação dos ordenamentos positivados, conforme se vê:

"Art. 2.º Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa.

§ 1.º O fundo a que se refere o caput será subordinado à fiscalização do Banco Central do Brasil, devendo sua contabilidade sujeitar-se às normas do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), aos princípios gerais de contabilidade e, no que couber, às demais normas de contabilidade vigentes no País.

§ 2.º O patrimônio do fundo a que se refere o caput será constituído:

I – pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa instituído nesta Lei; e

II – pelos recursos advindos da integralização de cotas.

§ 3.º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I – não integram o ativo da CEF;

II – não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF;

III – não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV – não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF;

V – não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que possam ser;

VI – não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

§ 4.º No título aquisitivo, a CEF fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do fundo a que se refere o caput.

§ 5.º No registro de imóveis, serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

§ 6.º A CEF fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput.

§ 7.º A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo a que se refere o caput deste artigo será efetivada diretamente pela CEF, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e ao destaque de que tratam os §§ 3.º e 4.º deste artigo, observando-se:

I – o decurso do prazo contratual do Arrendamento Residencial; ou

1. JACOMINO, Sérgio. Título: FAR – Fundo de Arrendamento Residencial – questões práticas e outras não tanto. *Iacominvs Jurisprudência Comentada* [<http://circuloregistrat.com.br/2015/11/21/far-fundo-de-arrendamento-residencial-questoes-praticas-e-outras-nao-tanto/>]. Data de acesso: 12.05.2016.

II – a critério do gestor do Fundo, o processo de desmobilização do fundo financeiro de que trata o caput deste artigo.

§ 8.º Cabe à CEF a gestão do fundo a que se refere o caput e a proposição de seu regulamento para a aprovação da assembleia de cotistas."

Assim, a Lei 10.188/2001, que instituiu o PAR e autorizou a CEF a constituir o FAR, o fez reproduzindo o modelo de afetação fiduciária preconizado na Lei 8.668 de 1993, definindo-lhe não apenas sua compleição patrimonial e objetivos, senão vinculando expressamente a CEF às minúcias das finalidades do programa, como consta no art. 3.º:

"Art. 3.º Para atendimento exclusivo às finalidades do Programa instituído nesta Lei, fica a CEF autorizada a:

I – utilizar os saldos disponíveis dos seguintes Fundos e Programa em extinção:

- a) Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS, criado pela Lei 6.168, de 9 de dezembro de 1974;*
- b) Fundo de Investimento Social – Finsocial, criado pelo Decreto-Lei 1.940, de 25 de maio de 1982;*
- c) Programa de Difusão Tecnológica para Construção de Habitação de Baixo Custo – Protech, criado por Decreto de 28 de julho de 1993; e*
- d) Fundo de Desenvolvimento Social – FDS, a que se refere o Decreto 103, de 22 de abril de 1991;*

II – contratar operações de crédito com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma e condições disciplinadas pelo Conselho Curador do FGTS, até limite a ser fixado pelo Poder Executivo; e

III – incorporar as receitas pertencentes ao fundo financeiro específico do Programa, provenientes do processo de desmobilização previsto no inciso II do § 7.º do art. 2.º desta Lei; e

IV – receber outros recursos a serem destinados ao Programa.

§ 1.º Do saldo relativo ao FDS será deduzido o valor necessário ao provisionamento, na CEF, das exigibilidades de responsabilidade do Fundo existentes na data de publicação desta Lei.

§ 2.º A CEF promoverá o pagamento, nas épocas próprias, das obrigações de responsabilidade do FDS.

§ 3.º As receitas provenientes das operações de arrendamento e das aplicações de recursos destinados ao Programa instituído nesta Lei serão, deduzidas as despesas de administração, utilizadas para amortização da operação de crédito a que se refere o inciso II.

§ 4.º O saldo positivo existente ao final do Programa será integralmente revertido à União.

§ 5.º A aquisição de imóveis para atendimento dos objetivos do Programa será limitada a valor a ser estabelecido pelo Poder Executivo.

§ 6.º No caso de imóveis tombados pelo Poder Público nos termos da legislação de preservação do patrimônio histórico e cultural ou daqueles inseridos em programas de revitalização ou reabilitação de centros urbanos, a CEF fica autorizada a adquirir os direitos de posse em que estiverem imitados a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades, desde que devidamente registrados no Registro Geral de Imóveis – RGI, nos termos do art. 167, inciso I, item 36, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973."

A Lei 10.188/2001 instituiu o Programa de Arrendamento Residencial e declinou expressamente as competências da CEF na realização do programa, como definido no art. 4.º:

"Art. 4.º Compete à CEF:

- I – criar o fundo financeiro a que se refere o art. 2.º;*
- II – alocar os recursos previstos no art. 3.º, inciso II, responsabilizando-se pelo retorno dos recursos ao FGTS, na forma do § 1.º do art. 9.º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;*
- III – expedir os atos necessários à operacionalização do Programa;*
- IV – definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento com opção de compra dos imóveis destinados ao Programa;*
- V – assegurar que os resultados das aplicações sejam revertidos para o fundo e que as operações de aquisição de imóveis sujeitar-se-ão aos critérios técnicos definidos para o Programa;*
- VI – representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;*
- VII – promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos.*
- VIII – observar as restrições a pessoas jurídicas e físicas, no que se refere a impedimentos à atuação em programas habitacionais, subsidiando a atualização dos cadastros existentes, inclusive os do Sistema Financeiro da Habitação – SFH.*
- Parágrafo único. As operações de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF, respeitados os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência, ficando dispensada da observância das disposições específicas da lei geral de licitação."*

Essa bipartição da propriedade aos moldes da Fidúcia Romana, custou historicamente a ser absorvida pelos países de vertente jurídica romano-germânica, entretanto, nos países que adotam a *common law*, o *trust* é muito difundido e por décadas tem se desenvolvido e consolidado como valoroso instrumento do desenvolvimento social e econômico desses países.

A propriedade fiduciária como preconizada nas Leis comentadas traduzem a versão brasileira do *trust*.²

A prática registrária na construção da morfologia da inscrição dos títulos formalizados sob a égide dessas duas legislações congêneres, no tocante à constituição da propriedade fiduciária sobre bens imóveis, consolidou a formatação de seus atos traduzindo justamente os elementos essenciais desse regime fiduciário sobre a propriedade. Registrando, quando o caso, a aquisição de um bem, em favor do "Gestor" ou "Administrador" adquirente e averbando em seguida, a afetação da "Constituição da Propriedade Fiduciária" em favor de um Fundo, autorizada por este Gestor proprietário fiduciário.

E por anos, tanto os Oficiais de Registros Imobiliários, em sua "boa prática", como a jurisprudência dominante nos Tribunais Federais e Superior, caminharam *pari passu* interpretando harmoniosamente a Lei 10.188/2001, que Instituiu o Programa de Arrendamento Residencial, como podemos abstrair de dois Acórdãos do STJ, ambos discutindo a titularidade da CEF como passiva tributária solidária, de crédito tributário de IPTU, sobre imóvel afetado pelo regime fiduciário em favor do FAR. STJ REsp 1.451.759 – RS (2014/0101026-5). STJ REsp 1.368.069 – SE (2013/0040206-9), bem como, acórdãos de Tribunais Regionais, TRF-3 0007256-49.2012.403.6112, TRF-3 AgIn 6478 SP 0006478-48.2013.4.03.0000, TRF-3 AgIn 7373 SP 0007373-09.2013.4.03.0000, TRF-3 AgIn 16923 SP 0016923-28.2013.4.03.0000, TRF-3 AgIn 17538 SP 0017538-18.2013.4.03.0000, TRF-3 AgIn 6520 SP 0006520-97.2013.4.03.0000, TRF-1 11298-72.2015.4.01.3500, dentre outras.

2. MANHÃES MARTINS, Raphael. Título: Análise da "aclimatação" do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. Revista Quaestio Iuris, local de publicação, volume 06, número 02 ISSN 1516-0351, p. 30-62 [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9593]. Data de acesso: 12.05.2016.

Mais recentemente dois acórdãos do Conselho Superior da Magistratura, exarados nas Apelações Cíveis 0002444-63.2014.8.26.0083 e 0026929-03.2014.8.26.0577, datados respectivamente de 15.12.2015 e 07.10.2015, introduzem interpretação diversa da Lei 10.188/2001, que Instituiu o Programa de Arrendamento Residencial, justamente no tocante à atribuição do direito de Propriedade dos imóveis afetados pelo Regime Fiduciário da Lei 10.188/2001, ao Fundo de Arrendamento Residencial – FAR, entendendo ser este dotado de personalidade jurídica, merecendo o registro da propriedade imobiliária em sua titularidade.

Os indigitados Acórdãos, a par de trazer uma inovação nos fundamentos da interpretação e prática registrária, tradicionalmente consolidada, concernentes ao Regime Fiduciário da Propriedade em vigor no ordenamento pátrio, traz incerteza quanto à nova praxis dos Registradores Imobiliários, no dia a dia em suas Serventias, em vista da novel interpretação trazida à lume.

Os Acórdãos sugerem que os registradores, que devolveram os títulos em discussão, deveriam ater-se à função social do programa ao qual se vinculam, para a motivação da mitigação da análise formalista dos títulos. *Data Vênia*, tal abandono à regra da análise formal dos títulos, conforme sugerido, não nos parece encontrar supedâneo suficiente, apenas no subjetivo reconhecimento da função social do empreendimento. Tal procedimento foge da objetividade exigida pela estrita legalidade imposta à atuação do registrador imobiliário, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica exigida de sua chancela.

Em seguida, os Acórdãos, adentram na interpretação da Lei 10.188/2001, reconhecendo a existência de personalidade jurídica do FAR, ainda que esta personalidade jurídica não seja plena, o que se coaduna com as operações de todos os fundos fiduciários até então constituídos e investidos em suas funções por seus Gestores ou Administradores.

Os Acórdãos se embasam nos incisos do § 3.º, do art. 2.º, para concluir, combinado com o § 2.º do art. 2.º-A, tratar-se de fundo exterior à CEF, passível de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio.

E, de fato, historicamente os Fundos Fiduciários constituídos até então adquirem CNPJ próprios e exercem suas atividades, sendo passíveis de direitos e obrigações, inclusive tributárias e contábeis específicas conforme a Lei que os dão causa.

É nítido, pela compreensão teleológica do conteúdo do *caput* desses dois artigos, (arts. 2.º e 2.º-A), que a ressalva do § 2.º, do art. 2.º-A, se destina a reforçar a independência existente entre as obrigações do fundo, seus instituidores e cotistas, reforçando, a norma, justamente o caráter fiduciário que afeta como propriedade fiduciária o patrimônio do fundo, segregando-o.

"Art. 2.º Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa (...)"

"Art. 2.º-A. A integralização de cotas pela União poderá ser realizada, a critério do Ministério da Fazenda: usque

§ 2.º O Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), de que trata o inciso II do caput do art. 2.º da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, terá direitos e obrigações próprias, pelas quais responderá com seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem."

Entretanto, os conteúdos dos *caputs* dos §§ 2.º e 3.º do art. 2.º, não podem ser olvidados para a boa compreensão do sistema da propriedade fiduciária do fundo, senão vejamos, grifo nosso:

"§ 2.º O patrimônio do fundo a que se refere o caput será constituído:

I – pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa instituído nesta Lei; e

II – pelos recursos advindos da integralização de cotas.

§ 3.º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: (...)"

Assim, não há como se negar tratar-se o FAR, de fundo exterior à CEF, passível de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio, se com alguma personalidade jurídica, ainda que não seja plena, ou com nenhuma personalidade jurídica.³

Mas, *data máxima vênia*, por expressa determinação legal, é mesmo a CEF e somente ela que está autorizada a afetar seus próprios bens, pela constituição do fundo, atribuindo a ele, Fundo, pela afetação a ser constituída por averbação na Matrícula do imóvel a cargo do registrador imobiliário competente, o patrimônio fiduciário do fundo.

Assim como, será a CEF que, eventualmente, assinará como proprietária fiduciária, representando o fundo como sua Gestora, em futuro negócio que este bem imóvel venha a lhe ser objeto e em outras aquisições imobiliárias que o FAR com seus próprios recursos, venha a negociar, assim diz a Lei.

Os Acórdãos comentados, enfrentam, ainda, como suporte de suas deliberações, o alcance da eficácia dos atos administrativos infralegais, o Dec. 7.499/2011, que regulamentou a Lei 11.977/2009 e a Portaria 168, de 12.04.2013 do Ministério das Cidades, atribuindo-lhes uma interpretação que justifica a formalização dos títulos, aos quais foram negados os registros.

No primeiro caso, o acórdão na ApCiv 0002444-63.2014.8.26.0083, concluiu pelo registro do título, em vista de todo exposto e que o Dec. 7.499/2011, que regulamentou a Lei 11.977/2009, ampara a condição do FAR como comprador, representado pelo Banco do Brasil e menciona que, em "...*mesmo sentido, foi decidido pelo Conselho Superior da Magistratura, em caso análogo, no julgamento da ApCiv 0026929-03.2014.8.26.0577, de relatoria do então Corregedor-Geral da Justiça, Des. Hamilton Elliot Akel, por votação unânime, na qual o mesmo recorrente comprovou que 22 empreendimentos ligados ao Programa Minha Casa, Minha Vida, já tiveram seus instrumentos – iguais ao presente – registrados sem qualquer óbice, em São Paulo e em outros Estados da Federação.*"

No segundo caso, o acórdão na ApCiv 0026929-03.2014.8.26.0577, mencionado acima, concluiu, "(...) *ao contrário do que alegou o Oficial, a Portaria 168 não foi além do que a Lei 10.188/2001 permitiu. Apenas estendeu – e poderia fazê-lo – a representação do FAR às Instituições Federais Oficiais, como o Banco do Brasil. Daí porque, como corretamente consta do instrumento levado a registro, o comprador é o FAR, representado pelo Banco do Brasil S/A.*"

É certo que os textos do Dec. 7.499/2011, que regulamentou a Lei 11.977/2009 e da Portaria 168, de 12.04.2013 do Ministério das Cidades, encontram-se perfeitamente harmonizados, em suas interpretações sistemáticas com as Leis a que adstritos, servindo de suporte seguro à interpretação e à

3. Observa-se que a Lei 8.668, de 25.06.1993 (Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário), serviu de modelo e espelho para a Lei 10.188/2001, que instituiu o PAR e o FAR, sendo que na primeira, consta expressamente a condição de não existência de personalidade jurídica do Fundo de Investimento, fato este omitido do texto legal da segunda, o que apenas pode ser deduzido, em vista modelo adotado e pela total incompatibilidade do FAR ter personalidade jurídica próprio, o que invalidaria o conceito fiduciário adotado.

prática que costumeiramente a tradição construiu durante todos os anos de existência do instituto do regime fiduciário em nosso ordenamento.

Ainda, a existência de eventuais 22 registros, alguns praticados fora do Estado de São Paulo e possivelmente equivocados, não deveriam ser justificadores de suas perpetuidades e multiplicação, contrariando a consolidada jurisprudência da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo e do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que dita que "os erros registrários pretéritos não geram direito à sua repetição, como reiteradamente tem decidido este Colendo Conselho Superior da Magistratura. Neste sentido o v. acórdão prolatado na Apelação Cível 033502-0/8, da Comarca de Guarulhos, em que foi relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha, e que assim foi decidido: Na verdade, tem prevalecido o entendimento pacífico deste Colendo Conselho Superior da Magistratura, no sentido de que os erros registrários pretéritos não justificam eventual repetição, bem como, não geram direito adquirido à propositada reprodução."

Por fim, *data máxima vênia*, a importância da função social do Programa de Arrendamento Residencial, só nos pode comover a termos ainda mais zelo, pelo respeito à Lei, à Jurisprudência e à Doutrina em sua implementação, sob pena de vermos seus objetivos frustrados em um futuro, quando da atuação dos Registradores Imobiliários, de seus órgãos revisores e fiscalizadores, for cobrado o melhor desempenho.

Finalizo este breve comentário, enfatizando o seu caráter acadêmico, que se destina única e exclusivamente ao aperfeiçoamento das práticas registrárias com vistas à acomodação das modulações jurisprudenciais ao dia a dia do registrador imobiliário no enfrentamento dos casos concretos a ele apresentados. Guardando sempre o máximo respeito às decisões administrativas que não podem ser inobservadas por aqueles que se subordinam hierarquicamente.

ADEMAR FIORANELLI

*Registrador Imobiliário do 7.º Cartório de Registro de Imóveis
da Capital do Estado de São Paulo
ademar.7@terra.com.br*

TJSP – *Processo 2014-141294* – Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo – j. 13.01.2016 – rel. Corregedor Geral de Justiça Manoel de Queiroz Pereira Calças – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Processual.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – Corregedoria Geral de Justiça – Normas de serviço que disciplinam sobre condomínios de lotes – Inadmissibilidade – Regramento que possui função de explicitar o teor da legislação – Órgão, ademais, que não pode agir como legislador positivo e criar normas sem base legal.

Veja também Jurisprudência

- *RDI* 12/66 (JRP\1983\20).

Veja também Doutrina

- A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no registro de imóveis, de Valestan Milhomem da Costa – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/1305 (DTR\2012\450536);
- A legalidade dos loteamentos fechados, de Marinho Dembinski Kern – *RDI* 77/61 (DTR\2014\18623);
- Condomínio de lotes, de Antonio Rinaldo Filho – *RDI* 77/311 (DTR\2014\18620); e
- Loteamento fechado e condomínio deitado, de Elvino Silva Filho – *RDI* 14/7, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/887 (DTR\1984\115).

Processo 2014/141294 – São Paulo – Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (104/2015-E).

Ementa do Editorial:^{NE1} *Competência legislativa. Corregedoria Geral de Justiça que disciplina normas sobre condomínios de lotes. Impossibilidade. Regramento que possui função de explicitar o teor da legislação. Órgão, ademais, que não pode agir como legislador positivo e criar normas sem base legal.*

NE1 *Nota do Editorial:* O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

RESENHA

REGISTRO DE IMÓVEIS: NÃO SE ADMITE A EXISTÊNCIA DOS CHAMADOS "CONDOMÍNIOS DE LOTES", POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

Cuida-se de parecer em consulta pública formulada por diversos interessados sobre a viabilidade de a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo (CGJSP) regravar, em suas Normas de Serviço (NSCGJSP), os chamados "condomínios de lotes". Em suas manifestações, os interessados elencaram, entre diversos outros argumentos, que tais empreendimentos estão amparados pelo art. 3.º do Dec.-lei 271/1967 e que, inobstante a discussão sob o aspecto legislativo e conceitual da matéria, diversas vantagens poderiam advir de tal regulamentação, tais como regularização de eventuais condomínios que hoje estão à margem da lei; a guarida ao anseio de parcela da população de viver em local mais seguro; e sob o aspecto de política judiciária, colocar fim ao problema da cobrança das taxas de conservação pelas associações em face dos adquirentes de lotes que não se associam, além da facilitação da expansão deste tipo de empreendimento, com repercussões econômicas positivas nos Municípios.

No parecer conjunto emitido pela equipe de Juizes Assessores da Corregedoria, o MM. Juiz Assessor da Corregedoria e relator, Swarai Cervone de Oliveira, inicialmente, conceituou e diferenciou os institutos dos loteamentos, condomínios deitados, loteamentos fechados e condomínio de lotes. Em seguida, atendo-se aos condomínios de lotes, destacou que a tese central adotada pelos adeptos de sua existência jurídica consiste na desvinculação do terreno à efetiva construção, sob o fundamento legal do mencionado art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, que equipara "o loteador ao incorporador, os compradores de lotes aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação." Para o relator, entretanto, a tese não se sustenta, pois, em síntese, a Lei 6.766/1979, posterior ao referido Decreto-lei, revogou o mencionado art. 3.º e regulou expressamente, em seu art. 1.º, o parcelamento do solo para fins urbanos, não existindo outra forma de parcelar o solo urbano que não por meio de loteamento ou desmembramento. Desta forma, entendeu que não se pode resgatar um dispositivo revogado para querer equiparar os loteamentos, regidos pela Lei 6.766/1979 e os condomínios, regidos pela Lei 4.591/1964. Ademais, entendeu que, havendo o desejo de se estabelecer um condomínio deitado, pode-se fazê-lo, desde que respeitadas as regras do art. 8.º da Lei 4.591/1964, especialmente com a vinculação do lote à construção. O relator ainda destacou que, sob o ponto de vista legislativo, inexistente legislação federal que preveja a existência do condomínio de lotes e que a MedProv 656/2014, que fazia menção à sua existência no seu art. 11, foi convertida na Lei 13.097/2015, excluindo-se, agora do art. 55 da lei, a menção ao "condomínio de lotes de terreno urbano." Em relação às demais vantagens apontadas pelos interessados, o relator concluiu que, embora sejam relevantes, não justificam iniciativa da CGJSP para regular a matéria, ainda mais sem legislação a ampará-la. Por fim, o relator entendeu que os itens 222.2 e 229 do Capítulo XX das NSCGJSP devem ser suprimidos e o item 293 deve ter sua redação modificada, excluindo-se a menção ao art. 3.º do Dec.-lei 271/1967. Afirmou, também, que "as Normas de Serviço têm a função de tão somente explicitar o teor da legislação, jamais indo além do que ela prevê. A Corregedoria Geral de Justiça não pode agir como legislador positivo, criando normas cuja base legal não exista."

Diante do exposto, o relator sugeriu, em conjunto com os demais integrantes da equipe de Juizes Auxiliares da Corregedoria, a exclusão do regramento dos chamados "condomínios de lotes", além da supressão dos itens 222.2 e 229 e a modificação da redação do item 293, todos do Capítulo

XX das NSCGJSP, tendo sido o parecer aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

daniela@irib.org.br

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

fabio@irib.org.br

Exmo. Sr. Corregedor Geral da Justiça:

Trata-se de consulta pública, por meio da qual se ouviram interessados, diversas entidades, além de especialistas na matéria, acerca da viabilidade de a Corregedoria Geral da Justiça regradar, em suas Normas de Serviço, os chamados “condomínio de lotes”.

Estão encartadas aos autos as diversas manifestações: f.: manifestação de particulares; f.: titular do 2.º Ofício de Teresópolis/RJ; f.: manifestação de particular; f.: manifestação do Oficial Registrador de Batayporã/MS; f.: manifestações de particulares; f.: manifestação da Associação dos Moradores de Itamambuca; f.: manifestações de particulares; f.: manifestação do Ministério Público; f.: manifestação de particular; f.: manifestação do Instituto dos Advogados de São Paulo; f.: manifestação do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil; f.: manifestação da Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo; f.: manifestação da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo; f.: manifestação do Secovi; f.: manifestação do Exmo. Presidente da Seção de Direito Privado do TJSP; f.: manifestação do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico; f.: manifestação de particular; f.: manifestação da Defensoria Pública; f.: manifestação do Exmo. Des. Vicente de Abreu Amadei; f.: manifestação do Exmo. Des. Francisco Eduardo Loureiro; f.: manifestação do Exmo. Juiz de Direito Claudio Luiz Bueno de Godoy; f.: manifestação de particulares.

O parecer que segue leva em conta todas essas manifestações e trata, de forma direta ou reflexa, de seus fundamentos.

Passamos a opinar.

Como ponto de partida, é preciso diferenciar loteamentos, condomínios deitados, loteamentos fechados e condomínios de lotes. Doutrina, jurisprudência e, por vezes, até mesmo o legislador confundem os conceitos, o que causa dificuldades no trato da matéria.

O conceito de loteamento é dado pela própria Lei 6.766/1979. Após definir, no art. 1.º, que “o parcelamento do solo para fins urbanos será regido por essa Lei”, o legislador explicita, no art. 2.º, o que se deve entender por loteamento e desmembramento:

“Art. 2.º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1.º Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2.º Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.

Os arts. 3.º e 4.º impõem condições e requisitos para o parcelamento do solo e loteamento, ao passo que as disposições seguintes tratam do projeto, da necessidade de aprovação pelo município e, finalmente, do registro, valendo enfatizar que, a partir desse momento, de acordo com o art. 22. “passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”.

Condomínios deitados, por sua vez, são aqueles previstos na Lei 4.591/1964, que, em seu art. 8.º, descreve os requisitos necessários:

“Art. 8.º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário dêste ou o promitente cessionário sôbre êle desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente fôr reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sôbre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si”.

Dentre as principais características dos condomínios deitados, portanto, pode-se destacar a referência a casas térreas ou assobradadas. A lei não se refere aos lotes, mas às casas, como unidades autônomas. É de rigor, assim, a vinculação do terreno à efetiva construção que nele será erigida e que constituirá, conforme a Lei 4.591/1964, a unidade autônoma.

Ao lado dos loteamentos urbanos e dos condomínios deitados, a segunda metade do século passado viu surgir, com força cada vez mais acentuada, a figura dos

chamados “loteamentos fechados”. Cuida-se de loteamentos, projetados e aprovados de acordo com os parâmetros da Lei 6.766/1979, porém com reversão das áreas de domínio público a uma associação formada por proprietários de lotes, que passa a ser responsável pela sua manutenção e, via de consequência, passa a controlar o acesso ao loteamento, por meio de muros e cercas. A reversão é feita através de permissão ou concessão de uso, a título precário, pelo município.

Por fim, os denominados “condomínios de lotes”, ou “condomínios urbanísticos” caracterizam-se, segundo Melhim Namem Chalhub, “pela divisão de uma gleba de terra em quinhões autônomos (lotes); os lotes constituem unidades imobiliárias autônomas atribuídas à propriedade individual dos respectivos adquirentes, existindo ainda partes da gleba que pertencem em comum a todos os titulares dos lotes, e essas partes são as vias internas de circulação e outras coisas que, por sua natureza, destinam-se ao uso comum. Essa espécie de condomínio é objeto do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, c/c o art. 8.º da Lei 4.591/1964 e com os arts. 1.331 ss. do CC/2002; sua implantação é regulamentada pelos municípios, por força da competência que lhes atribuiu a Constituição em matéria urbanística”. (Condomínio de lotes de terreno urbano, in *Doutrinas essenciais, direito registral*, vol. IV, Registro imobiliário: modificações da propriedade, org. Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 1.235/1.236)

A tese central, para os adeptos da existência jurídica dos “condomínios de lotes”, é a desvinculação do terreno à efetiva construção. Ou seja, a unidade autônoma não seria a casa térrea ou assobradada, que será erigida sobre o lote, junto ao jardim e quintal, mas o lote em si. Ainda de acordo com o autor acima, “a instituição do condomínio de lotes prescinde da construção de casas por parte do empreendedor. Tal como os apartamentos e as casas, os lotes constituem ‘áreas privadas’, ‘unidades autônomas’ correspondentes a porções de terreno individualizadas, localizadas e demarcadas, mas sem construção; nelas, os adquirentes erigirão, eles próprios, as casas por sua conta, se e quando desejarem”. (ob. cit., p. 1.254)

Para conferir fundamento legal à existência do condomínio de lotes, os adeptos dessa tese apontam para a vigência do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, que equipara “o loteador ao incorporador, os compradores de lotes aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação”. Assim, prontas as obras de infraestrutura, equiparadas à construção da edificação, não haveria razão para vincular o terreno – o lote – à efetiva construção da casa.

A tese, a meu ver, não se sustenta. Ao tratar das normas que ainda estariam em vigor mesmo após a edição da Lei 6.766/1979, Arnaldo Rizzardo aponta o Dec.-lei 271/1967, mas observa que apenas a parte em que não conflita com a Lei de Parcelamento, conforme o art. 2.º, § 2.º, da LINDB. Menciona, assim, como exemplo do que ainda vigora, somente a distinção entre loteamento e desmembramento e a previsão de que os espaços para edificações e equipamentos públicos e para o sistema viário passem para o domínio do município.

Se bem vistas as coisas, porém, nem mesmo essa parte parecer se manter, dado que, de acordo com o art. 2.º, § 1.º, da LINDB, a lei posterior revoga a anterior quando regular inteiramente a matéria de que essa tratava.

Ora, a Lei 6.766/1979 regulou, expressamente, de acordo com seu art. 1.º, o parcelamento do solo para fins urbanos. E disse, com todas as letras, que “o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes”. Vale dizer, não há outra forma de se parcelar o solo urbano que não por meio de loteamento ou desmembramento nem sobrevive qualquer legislação que a preveja.

Se se deseja estabelecer um condomínio deitado, pode-se fazê-lo, desde que respeitadas as regras do art. 8.º da Lei 4.591/1964, especialmente com vinculação do lote à construção.

Parece claro que não se deve dar ao art. 3.º do Dec.-lei 271/1967 a extensão que se pretende. Logo de início já se pode desconstruir o argumento. O art. 3.º diz: “Aplica-se aos loteamentos a Lei 4.591, de 16.12.1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação”. O Dec.-lei é de 1967, tempo em que ainda não vigia a Lei 6.766. Quando, em 1979, foi editada a Lei 6.766, que regrou “o parcelamento do solo para fins urbanos”, a nova leitura do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, para quem ainda quisesse lê-lo, só poderia ser: “Aplica-se aos loteamentos...” a Lei 6.766/1979, oras. O que mais se poderia aplicar, se uma lei posterior, na dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, regulou inteiramente a matéria que era regulada pelo Dec.-lei 58/1937? Em termos claros: a loteamentos, aplica-se a Lei 6.766/1979; a condomínios, a Lei 4.591/1964. Não é possível resgatar um dispositivo absolutamente isolado e revogado para querer equiparar figuras distintas, criando um retalho de loteamento/condomínio, com o claro intuito de aproveitar o que há de mais conveniente nas duas legislações. Parcela-se o solo, em regime de condomínio, mas sem os rigores da lei de parcelamento.

Como bem observou Francisco Eduardo Loureiro, no paradigmático voto do Processo CG 001536/96, “o que visou o Dec.-lei 271/1967, na verdade, em especial seu art. 3.º, foi estender aos adquirentes de lotes, no regime do Dec.-lei 58/1937, as normas protetivas que já vigoravam em relação aos adquirentes das unidades em condomínio. Não houve, por óbvio, equiparação de loteamento a condomínio, institutos distintos e absolutamente inconfundíveis”.

(...)

Como explicam os autorizados registradores Ademar Fioranelli e Jersé Rodrigues da Silva, “os Cartórios devem estar atentos para os casos comuns que surjam na prática, em que certos proprietários inescrupulosos, a pretexto de incorporação sob a égide da Lei 4.591/1964, pretendem regularizar verdadeiros loteamentos, isto porque a lei de condomínio e incorporações não admite o terreno divorciado

da construção. Ao quererem aplicar o art. 8.º da Lei 4.591/1964, pretendem, na maioria das vezes, utilizar-se do Dec.-lei 271/1967, que manda aplicar, no que couber, àquele diploma aos loteamentos, em afronta à Lei 6.766/1979, que revogou, pela superveniência, o aludido Dec.-lei 271/1967” (Das incorporações, especificação, instituição e convenção de condomínio, p. 07).

Em obra específica sobre o assunto, Luís Paulo Germanos escreve:

“Reitera-se, primeiramente, que condomínio em edificações e parcelamento do solo não se confundem. São dois institutos jurídicos distintos, com procedimento, regras e leis próprios. O primeiro pertence ao ramo do Direito Privado; o segundo, como bem esclarece Orlando Gomes, ‘mais interessa ao direito público do que ao direito privado’. Incidem em grave equívoco aqueles que insistem em sobrepor essas duas figuras. É lícito compará-las, porém transformá-las num único instituto seria o mesmo que negar-lhes existência e pressupor a concepção de uma nova forma de aproveitamento do solo. Nada mais absurdo”. (Condomínio especial por unidades autônomas de terrenos – desnecessidade de vinculação imediata do terreno à construção das unidades habitacionais, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de mestre em direito civil, São Paulo, 2005, p. 136)

Argumenta-se, por outro lado, que a área de uso exclusivo, na verdade, é o lote, sendo a construção um acessório que sobre ele se erige. O que não poderia ser modificado, excedido, é o lote. Modificações na construção, desde que respeitadas a legislação urbanística municipal, a convenção de condomínio e restrições convencionais seriam irrelevantes na configuração da área de uso exclusivo (lote). Por isso, nada impediria que, mantida a fração ideal de cada condômino, representada pelo lote, as construções fossem alteradas segundo a conveniência de cada um.

Guardado o devido respeito pela perspicácia do raciocínio, sua aceitação implicaria burlar a Lei de Parcelamento do Solo. Na medida em que se permitisse alterar o projeto de construção aprovado para o condomínio, nada impediria que se projetasse um empreendimento com casas de qualquer tamanho – as chamadas *casas de cachorro* –, apenas para incorporação e instituição do condomínio. Em seguida, os condôminos construiriam – se quisessem – as casas que entendessem convenientes ou mesmo não as construiriam, pois quem pode o mais (alterar o projeto), pode o menos (não construir).

E o que isso representaria? Parcelamento do solo, sem necessidade de obediência aos requisitos da Lei 6.766/1979. Utiliza-se a Lei 4.591/1964, desvincula-se o terreno da construção, tudo sem observância das exigências para o loteamento.

Nem se diga que o julgamento do REsp 709.403 – SP, pela 4.ª T. do STJ, alterou esse quadro. O precedente não admite a existência do condomínio de lotes, mas, apenas, a possibilidade de a incorporadora não executar diretamente a edificação das casas, caso não seja também a construtora, e que o faça por contratação de uma construtora ou deixe para cada adquirente de lote fazê-lo, mediante contratação de

terceiro. Exige-se, contudo, a apresentação do projeto de execução e que esse seja aprovado pela autoridade administrativa competente, o que mostra a necessidade de que a construção seja providenciada e nos exatos moldes do projeto obrigatoriamente apresentado e aprovado.

Sob o ponto de vista legislativo, por outro lado, é preciso ressaltar a inexistência de legislação federal que preveja o condomínio de lotes. Veja-se que sequer a MedProv 656/1914 – que, de mais a mais, fazia uma mera menção ao “condomínio de lotes de terreno urbano”, o que, de certo, não seria suficiente para amparar a existência dessa modalidade – foi convertida, nessa parte, em lei.

O art. 11 da MP dizia: “A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio de lotes de terreno urbano, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei 8.078, de 11.09.1990”.

A MedProv 656/2014 foi convertida na Lei 13.097/2015 que, em seu art. 55, alterou a redação do mencionado art. 11, excluindo a menção ao “condomínio de lotes de terreno urbano”. A redação do art. 55 é a seguinte: “A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei 8.078, de 11.09.1990”.

É evidente que condomínio edilício é instituto diferente do “condomínio de lotes de terreno urbano”, figura não prevista em Lei Federal. Com efeito, é da competência da União dispor sobre a legislação civil a respeito do parcelamento do solo, em sentido amplo; e da competência dos municípios legislar acerca do direito urbanístico, mas sempre de maneira atrelada à legislação civil.

Como observa José Afonso da Silva, “cabe advertir que o processo de loteamento se subordina a dois tipos de normas jurídicas: as urbanísticas e as civis. As primeiras são da competência municipal e visam a assegurar aos loteamentos os equipamentos e as condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-los com o plano diretor do município, para o correto desenvolvimento urbano; as normas civis são de competência exclusiva da União (CF/1988, art. 22, I), que dela se utilizou, editando o Dec.-lei 58, de 10.12.1937, e seu Regulamento, constante do Dec. 3.079, de 15.09.1938, e Dec.-lei 271, de 28.02.1967 – legislação, essa, substituída pela Lei 6.766, de 19.12.1979 –, visando a garantir a existência das áreas loteáveis e assegurar a regularidade das alienações de lotes, para o quê

estabeleceu os instrumentos formais necessários ao loteamento e os registros convenientes à seriedade dessas transações imobiliárias, sem afetar, e até reforçando, os aspectos urbanísticos a cargo da legislação municipal – agora, contudo, sujeita à observância das normas gerais estabelecidas pela União, nos termos do art. 24, I, e § 1.º, da CF/1988” (SILVA, José Afonso da, *Direito urbanístico brasileiro*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 328)

Mesmo Hely Lopes Meirelles, para quem as novas modalidades de parcelamento do solo “mereciam prosperar”, observou: “Loteamentos especiais estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados ‘loteamentos fechados’, ‘loteamentos integrados’, ‘loteamentos em condomínio’, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para autossuficiência da comunidade”. (*Direito municipal brasileiro*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 561).

Luís Paulo Germanos, na monografia já citada, também ressalta a necessidade de legislação específica, federal, sobre o condomínio de lotes, para que ele venha a ser implantado; e regulamentação urbanística através de legislação municipal. Diz o monografista:

“Sob o aspecto legislativo, verifica-se que não há, em qualquer esfera de nosso ordenamento jurídico, lei específica que contemple e discipline a figura do condomínio especial por unidades autônomas de terrenos.

(...)

Apesar da inafastável incidência dos princípios norteadores do condomínio edilício sobre a figura aqui sugerida, emprestados tanto da Lei 4.591/1964, como da nova codificação civil, entendemos que o condomínio especial por unidades autônomas de terrenos reclama lei própria para ser recepcionado no ordenamento jurídico pátrio.

Sendo patente a necessidade de uma legislação específica, resta saber a quem compete, em nosso direito, a edição de normas sobre condomínio.

Achando-se posicionado na esfera do Direito Civil e, portanto, no seio do Direito Privado, é certo afirmar que o instituto em apreço ganhe expressão legislativa através de lei federal. Isso porque, consoante a Carta Política de 1988, compete privativamente à União legislar sobre direito civil (art. 22, I).

Uma vez contemplado o condomínio especial por unidades autônomas de terrenos em nosso ordenamento jurídico, seria salutar, para a adequada implantação de empreendimentos dessa natureza, a observância às regras de natureza urbanística.

(...)

Nota-se que, no que concerne à matéria urbanística, o papel legislativo da União atém-se à fixação de diretrizes e à edição de normas gerais, aplicando-se tais linhas reguladoras a todo o país, ‘incidindo de modo mais intenso no âmbito municipal, que é onde ocorrem precipuamente as atuações urbanísticas’.

Se imaginarmos a fixação desses preceitos norteadores da lei que venha a regular o condomínio especial por unidades autônomas de terrenos, aos municípios seria permitido ajustar os contornos dessa forma de aproveitamento do solo de acordo com os interesses e particularidades locais, procurando, assim, ordenar racionalmente a ocupação de seus territórios e conferir à propriedade uso adequado e compatível com o bem coletivo”. (p. 87 e ss.)

Há que se recordar, por oportuno, que tramita, na Câmara dos Deputados, o PL 3.057/2000, que visa a reformular a lei de parcelamento do solo e a criar – aí, sim, por meio de lei – a figura do condomínio urbanístico.

Não obstante a discussão sob o aspecto legislativo e conceitual da existência dos condomínios de lotes, os defensores dessa modalidade costumam apontar algumas vantagens que daí poderiam advir: a regularização de eventuais condomínios que, hoje, estão à margem da lei; a guarida ao anseio de parcela da população de viver num local mais seguro; e, sob o aspecto de política judiciária, colocar fim ao problema da cobrança das taxas de conservação pelas associações em face dos adquirentes de lotes que não se associam; a facilitação da expansão desse tipo de empreendimento, com repercussões econômicas positivas nos municípios.

São todas razões relevantes, mas que não justificam iniciativa da Corregedoria Geral da Justiça, quanto mais sem lei a ampará-la.

Não se tem uma estimativa, oficial, da quantidade de condomínios deitados que, hoje, são irregulares. Sua regularização, no entanto, dependeria de adequação à lei. Não são as leis ou as Normas de Serviço da Corregedoria que devem ser adaptadas para regularizar parcelamentos ou empreendimentos ilegais, mas o contrário.

O anseio de parcela da população de viver em um local mais seguro, com qualidade de vida não fica, absolutamente, comprometido pela ausência de condomínios de lotes. A opção pelos condomínios deitados, da Lei 4.591/1964 é sempre possível, assim como, a depender dos municípios, os loteamentos fechados.

O problema da cobrança das taxas de conservação pelas associações em face dos adquirentes de lotes que não se associam tem dado azo a um grande número de processos e a posicionamentos dissonantes na jurisprudência. Há aqueles que entendem devida a cobrança das taxas mesmo em face dos não associados, diante da regra que proíbe o enriquecimento sem causa. Ao se beneficiarem dos serviços de conservação, segurança etc., os moradores não poderiam se opor ao pagamento, sob pena de auferirem enriquecimento sem causa. Opõe-se a esse entendimento o de que ninguém é obrigado a associar-se e, portanto, ao não fazê-lo, não se pode cobrar do morador a taxa imposta pela associação. Na figura do condomínio, o

problema não subsiste, pois a taxa condominial é devida pelo mero fato do exercício da propriedade (obrigação *propter rem*).

No entanto, salvo melhor juízo de V. Excelência, não é função da Corregedoria Geral da Justiça resolver essa celeuma. Cabe à jurisprudência fazê-lo ou, mesmo, à lei, caso, no futuro, venha a se regulamentar alguma outra forma de parcelamento do solo.

No que toca ao argumento da facilitação da expansão desse tipo de empreendimento, com repercussões econômicas positivas nos municípios, é preciso apontar o reverso da moeda: as graves consequências urbanísticas que poderia haver se permitido o condomínio de lotes.

Quando se fala em condomínios de lotes, logo vêm à mente empreendimentos de alto padrão, em locais afastados, sem prejuízos à circulação. No entanto, se permitida a iniciativa, sem lei federal que a ampare, nada impediria que condomínios fossem erguidos em qualquer ponto da cidade, com qualquer padrão, sem a necessária preocupação com os requisitos urbanísticos existentes na Lei 6.766/1979, como, por exemplo, a articulação das vias do loteamento com as vias adjacentes oficiais, em harmonização com a topografia local.

Isso poderia comprometer o urbanismo das cidades, criando um crescimento desordenado. E não se deve simplesmente colocar nas mãos dos municípios um poder desvinculado de qualquer legislação federal, possibilitando que interesses econômicos interfiram de maneira casuística.

Para se entender os riscos que isso poderia causar devemos nos afastar um pouco do estudo do direito e buscar subsídios na área de arquitetura e urbanismo. Ainda que sem a necessária preocupação em distinguir as figuras jurídicas de loteamento fechado e condomínio de lotes, urbanistas apontam para o risco da segregação espacial que poderia advir do crescimento desenfreado de tais empreendimentos.

Tânia Maria Bulhões Figueira, ao cuidar do tema, observa:

“O principal resultado de tal ‘política’ (imobiliária, mais do que habitacional) foi a desarticulação dos planos relativos à expansão urbana. Desse modo, as cidades passaram a crescer seguindo modelos de urbanizações dispersas, cujos deslocamentos de pessoas e bens geraram uma série de problemas relativos ao tráfego de veículos e à mobilidade urbana, além do aumento com gasto energético e da população local.

Além disso, esse modelo de dispersão de espaços na cidade intensificou os processos de abandono ou subutilização de áreas tradicionais da cidade, salientou a existência de uma segregação sócio-espacial e promoveu uma construção sequencial de empreendimentos que, se ainda não superaram, podem vir a superar as demandas locais – com desdobramentos negativos para a economia nacional.

Imersos ao contexto apresentado, as áreas das cidades destinadas à ocupação e ao uso exclusivo da elite, representados no trabalho pelos condomínios urbanís-

ticos e loteamentos fechados de alto padrão, apresentam-se como produtos dessa lógica e, simultaneamente, especialidades que a estimulam – particularmente porque colaboram com a especialização econômica dos tecidos urbanos e sua consequente segregação.

Como já enunciado na introdução desta dissertação, a produção de empreendimentos imobiliários alheios a uma concepção urbana normatizada – ao planejamento da expansão das cidades, por exemplo – acarreta uma forma urbana fragmentada, em muitos aspectos, diversa da cidade pré-existente e que é visualmente ilustrada por um ‘mosaico’ de loteamentos, geralmente, disformes e dispersos” (Produção social da cidade contemporânea: análise dos condomínios urbanísticos e loteamentos fechados de alto padrão no subsetor sul de Ribeirão Preto, dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre na Faculdade de Arquitetura e urbanismo da Universidade de São Paulo, São Carlos, 2013, p. 153)

Em sentido semelhante, Pedro Sales de Melo Suarez sustenta:

“Os eixos viários são elementos centrais para a estruturação da segregação urbana, por influenciarem o tempo de deslocamento necessário para a população realizar suas atividades cotidianas. Sendo assim, a disputa principal é em torno das localizações de maior fluidez.

O controle do tempo de deslocamento é a força mais poderosa que atua sobre a produção do espaço urbano como um todo, ou seja, sobre a forma de distribuição da população e seus locais de trabalho, compras, serviços, lazer etc. Não podendo atuar diretamente sobre o tempo, os homens atuam sobre o espaço como meio de atuar sobre o tempo. Daí decorre a grande disputa social em torno da produção do espaço urbano e a importância do sistema de transporte como elementos da estrutura urbana.

Daí decorre também a segregação como um mecanismo espacial de controle dos tempos de deslocamento” (O eixo São Paulo-Campinas, concentração de capitais e segregação urbana, dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre na Faculdade de Arquitetura e urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 69, com citação de Flávio Villaça, Reflexões sobre as cidades brasileiras, São Paulo: Studio Nobel, 2001, p. 69).

Após abordar o tema da segregação fractal urbana nas grandes metrópoles, assemelhando o fenômeno brasileiro – mais especialmente, o paulista – às Gated Communities norte-americanas e aos Barrios Privados argentinos, Maria Camila Loffredo D’Ottaviano observa:

“Nossa tradição latina defende que a convivência entre diferentes permite uma maior tolerância social. O local por excelência de convivência de grupos sociais distintos deveria ser o espaço público. Uma questão importante colocada pelos estudiosos dos condomínios fechados é justamente a privatização do espaço público, e o fechamento para os espaços públicos adjacentes, bem como para os grupos sociais vizinhos. Já no modelo norte-americano (ou mesmo anglo-saxão), a segre-

gação étnica e racial é uma prática historicamente aceita”. (Condomínios fechados na região metropolitana de São Paulo, fim do modelo centro rico versus periferia pobre?, tese apresentada à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2008, p. 226)

Logo, também sob o ponto de vista do urbanismo, permitir os condomínios de lotes, sem legislação federal que os regule, seria temerário.

A temeridade é realçada por dois expoentes no estudo da matéria, os Magistrados Francisco Eduardo Loureiro e Claudio Luiz Bueno de Godoy. Concordes em afirmar, no plano jurídico, que o Dec.-lei 271/1967 foi revogado, apontam para os riscos urbanísticos. Diz o primeiro:

“O primeiro risco seria de natureza eminentemente urbanística, de organização e desenvolvimento das cidades. Basta circular por qualquer cidade para constatar que os loteamentos, depois de implantados, desaparecem como empreendimentos autônomos e se inserem na malha urbana. Não se percebe, no mais das vezes, quando se passa de um para outro loteamento, integrados que estão na cidade. Os condomínios de lotes formariam verdadeiros enclaves na cidade, impedindo a circulação interna de veículos. Claro que se pode argumentar que tais condomínios somente seriam aprovados em bairros distantes dos grandes centros.

Lembre-se, porém, que as cidades crescem rapidamente e alcançam bairros que hoje parecem longínquos. Imagine, por exemplo, se na década de 30 a Cia. City tivesse implantado um condomínio de lotes nos bairros então distantes e nos limites da cidade, como o Jardim Paulista, ou o Jardim América, ou o Alto de Pinheiros. Hoje teríamos verdadeiros guetos que inviabilizariam o crescimento organizado da cidade e o acesso aos bairros que se situam além deles.

O segundo risco, ainda mais grave, é o do controle dos requisitos urbanísticos dos loteamentos. Basta uma leitura rápida da Lei 6.766/1979 para constatar que o parcelamento do solo urbano se encontra sujeito a dezenas de requisitos de natureza cogente, tais como largura mínima de ruas, tamanho mínimo de lotes, obras mínimas de infraestrutura, vedação a implantação em terrenos impróprios (inclinados, alagadiços, contaminados...). Se o empreendedor pode livremente mudar de regime jurídico e escapar dos rigores da Lei 6.766/1979 para cair na Lei 4.591/1964, naturalmente irá fazê-lo, se tal migração importar menores custos.

Basta imaginar a hipótese, nada acadêmica, de um empreendedor inescrupuloso lançar um ‘condomínio de lotes’ popular, em terreno perigoso, sem qualquer infraestrutura, com vias estreitas e lotes em tamanhos ínfimos. Bastaria a aprovação junto à Prefeitura Municipal para implantar tal ‘condomínio’ em flagrante burla às normas rigorosas da Lei do Parcelamento do Solo. Lembro que sempre pensamos em ‘condomínios de lotes’ de alto padrão, mas nada impede, do modo como se encontram redigidas as Normas de Serviço, sejam estendidos a empreendimentos populares.

Destaco que a aprovação de um loteamento exige aprovação muito mais rigorosa do que a aprovação de um condomínio edilício. A Lei 6.766/1979 e as próprias Normas de Serviço exigem, para loteamentos, licenças ambientais, procedimento de registro rigoroso, aprovação junto ao Grapohab, que envolve quase uma dezena de secretarias e órgãos. Indago: qual empresário se sujeitaria a tal rigor, se pode aprovar o mesmo empreendimento como condomínio?

O terceiro problema é que o art. 15 da Lei 6.766/1979 transfere para o domínio do Poder Público, no exato momento do registro do empreendimento junto ao RI, as vias públicas e áreas institucionais, destinadas à implantação de parques e equipamentos urbanos, tais como escolas e hospitais. Estima-se que cerca de 1/3 parte de uma gleba loteável seja transferida gratuitamente ao Poder Público quando do registro do loteamento.

Pergunta-se: qual empresário lançaria o empreendimento como loteamento, se pode fazê-lo como condomínio de lotes, vendendo a totalidade da gleba? Pior. Implantado o condomínio de lotes, haverá a subsequente necessidade de equipamentos públicos para atender os moradores. O Poder Público terá, então, de desapropriar áreas a elevado custo, que deveriam ser suas gratuitamente, segundo a Lei 6.766/1979". (f.)

O segundo corrobora:

"E tal o que se revela se se pensar na série de exigências específicas ao registro especial do parcelamento (art. 18 da Lei 6.766/1979), do ponto de vista da preservação do meio ambiente e da paisagem urbanística, a cuja constatação concorre, ademais, a necessidade de aprovação prévia por inúmeros órgãos públicos de controle, o que não se dá, na mesma extensão, no condomínio especial, tanto mais se não procedido do registro de incorporação. Só para citar um exemplo do que se tenciona ponderar, pense-se na exigência básica de tamanho mínimo para os lotes, sem igual exigência para os condomínios, mesmo porque não há fracionamento da área. Quer dizer, há no tratamento legal dos loteamentos uma preocupação central – não só com os adquirentes – mas com o adensamento populacional que propicia e com os efeitos à cidade que daí decorrem, o que não parece convenha ser obviado pela subversão da própria natureza jurídica do empreendimento". (f.)

Além de temerário, entendo, salvo melhor juízo de V. Excelência, que as Normas de Serviço têm a função de tão somente explicitar o teor da legislação, jamais indo além do que ela prevê. A Corregedoria Geral de Justiça não pode agir como legislador positivo, criando normas cuja base legal não exista. Aliás, na apresentação das Normas de Serviço, o então Corregedor Geral da Justiça, Des. Milton Evaristo dos Santos, expõe qual o seu objetivo: racionalizar e disciplinar os serviços cartorários.

Como acertadamente ressaltou o Exmo. Des. Vicente de Abreu Amadei, "sem a disciplina normativa desta nova figura condominial em lei federal, não convém à E. Corregedoria Geral da Justiça – que, no âmbito normativo, s.m.j., pode apenas

regulamentar ou desenvolver o que já consta expresso em lei (e não inovar ou criar o que ainda carece de previsão legal) – disciplinar os chamados “condomínios de lotes” (f.).

Exatamente por isso, creio que, além de ser equivocado regrear, nas Normas de Serviço, os “condomínios de lotes”, os itens 222.2 e 229, do Capítulo XX, que a eles, direta ou indiretamente, fazem menção, devem ser excluídos; e o item 293 deve ser adaptado.

Não obstante todos os encômios que devem ser dirigidos à iniciativa da Corregedoria Geral da Justiça de atualizar, no biênio passado, as Normas de Serviço, o trabalho, por sua magnitude, pode e deve ser revisto quando se verificarem equívocos.

Os itens mencionados deixaram de levar em conta que estava sedimentada, havia tempos, posição contrária, do Conselho Superior da Magistratura e da Corregedoria Geral da Justiça, à regularidade do condomínio de lotes.

Além do voto paradigma antes mencionado, da lavra de Francisco Eduardo Loureiro, podem ser citados os seguintes julgamentos: ApCiv 2.349-0, rel. Bruno Affonso de André; ApCivs 2.002-0, 2.002, 2.553, rel. Des. Bruno de Affonso André; ApCiv 2.966-0, rel. Des. Batalha de Camargo; ApCiv 10.807-0, rel. Des. Onei Raphael; ApCiv 20.439-0/0, rel. Des. Alves Braga. E, na Corregedoria, deve-se ainda dar destaque ao parecer da lavra de Kioitsi Chicuta, que, por sua clareza, merece parcial transcrição:

“Cada período histórico apresenta problemas a ele específicos e o jurista é chamado a solucioná-los, dando-lhes as necessárias soluções. Nos dias hodiernos, as necessidades de segurança, decorrentes da violência desenfreada e de violações indevidas ao patrimônio particular, fazem com que as pessoas se aglomerem em verdadeiras fortalezas nos denominados ‘condomínios deitados’.

E o ‘condomínio deitado’ não se confunde com o loteamento fechado, o qual, na definição do eminente Elvino Silva Filho, ‘consiste na subdivisão de uma gleba em lotes destinados a edificação ou formação de sítios de recreio, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos, devendo ser essa gleba cercada ou murada em todo o seu perímetro de modo a manter sob controle o acesso aos lotes’ (cf. Loteamento Fechado e Condomínio Deitado, in *Revista de Direito Imobiliário* 14/12). O loteamento fechado rege-se pela Lei 6.766/1979.

O ‘condomínio deitado’, por seu lado, é ‘aquele que se estabelece na construção de casas térreas ou assobradadas, diferentemente do condomínio que se estabelece nos prédios de apartamentos ou de escritórios, construídos em vários andares, portanto, um “condomínio vertical”, apesar de a maioria da doutrina denominá-lo de “condomínio em planos horizontais” ou “propriedade horizontal”’ (cf. ob. cit., p. 26).

Nosso sistema legal, porém, não permite um *tertium genus* entre o ‘loteamento fechado’ e o ‘condomínio deitado’. No caso em espécie, como bem anotou o eminente Procurador da Justiça Álvaro Pinto de Arruda, devem os condôminos decidir qual o estatuto que lhes deve ser aplicado. ‘Ao condomínio, aplica-se a lei

específica, assim como, ao parcelamento do solo urbano, aplica-se a respectiva lei. O que não se pode é, ao sabor dos interesses do momento, criar uma figura jurídica de loteamento ou de condomínio, e aplicar, tão-só, parte de cada lei, ao exclusivo alvedrio dos interessados”.

Não houve, previamente à atualização das Normas de Serviço, qualquer alteração nesse posicionamento. Não se justifica, então, que os itens 222.2 e 229, do Capítulo XX, sejam mantidos, ou que a redação do item 293 permaneça como está. Repito: o trabalho de atualização das Normas foi colossal e extremamente bem feito. No entanto, justamente pela envergadura da tarefa de atualizar centenas de itens, é natural que haja equívocos e que, a seu tempo, eles sejam desfeitos. Não há qualquer desvalia no fato de se adequar ou suprimir algum item, sempre que se verificar a necessidade de fazê-lo. O trabalho de atualização, na verdade, é contínuo.

Ante o exposto, o parecer que, respeitosamente, em conjunto com os demais integrantes da equipe do extrajudicial, submeto a V. Excelência, sugere a exclusão do regramento dos chamados “condomínio de lotes”; a supressão dos itens 222.2 e 229; e a exclusão da menção ao art. 3.º, do Dec.-lei 271/1967, no item 293, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Sub censura.

São Paulo, 7 de abril de 2015 – Swarai Cervone de Oliveira, juiz assessor da Corregedoria (relator). Ana Luiza Villa, nova juíza assessora da Corregedoria. Gabriel Pires de Campos Sormani, juiz assessor da Corregedoria. Gustavo Henrique Bretas Marzagão, juiz assessor da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Em 13.01.2016, faço estes autos conclusos ao Exmo. Sr. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DD. Corregedor Geral da Justiça. Eu, escrevente, digitei e subscrevi.

Em complementação à decisão das f., aprovo o parecer dos MM. Juízes Assessores da Corregedoria (f.) e, por seus fundamentos, que adoto, determino a exclusão do regramento dos chamados “condomínio de lotes” e a supressão dos itens 222.2 e 229, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

O item 293, caput, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, passa a ter a seguinte redação:

“293. Na hipótese de a irregularidade fundiária consistir na ocupação individualizada de fato, cuja propriedade esteja idealmente fracionada, as novas matrículas 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. 1.º da Lei 4.591/1964 ou no art. 2.º da Lei 6.766/1979”.

Dada sua relevância, publique-se no *D.J.E.* em três dias alternados.

São Paulo, 13 de janeiro de 2016 – MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça.

COMENTÁRIO

**DO CONDOMÍNIO HORIZONTAL DE LOTES –
PREVISÃO LEGAL E A REALIDADE FÁTICA**

A recente alteração das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que decidiu, em 13.01.2016, no Processo 141.294/2014 pela exclusão do regramento dos chamados "condomínios de lotes" (supressão dos itens 222.2 e 229 e a exclusão da menção ao art. 3.º, do Dec.-lei 271/1967, no item 293, do Capítulo XX), reacende discussão bastante interessante. O entendimento formado pelo respeitável órgão corregedor representa, *data venia*, um retrocesso no desenvolvimento dos institutos do direito registral imobiliário. É negar a realidade urbana e, ainda, em nosso sentir, contrariar o ordenamento jurídico pátrio ao afirmar que não há previsão na legislação federal para a modalidade de empreendimento imobiliário em questão.

Tal posicionamento significa a deliberada criação de entraves ao livre exercício do direito de propriedade constitucionalmente assegurado, fechando-se os olhos para o progresso dos grandes e pequenos municípios do país e para a necessidade de segurança e bem-estar de seus habitantes. Coloca-se o Estado de São Paulo, especialmente sua homônima capital, essencialmente cosmopolita, fora do roteiro evolutivo da construção civil ao tolher-lhe as regras normativas operacionais do procedimento. Ao contrário do que possa parecer, a exclusão das disposições acima citadas do Código de Normas não muda a realidade legislativa federal e municipal, recepcionadas pela Constituição e que dão suporte legal ao instituto jurídico do condomínio de lotes.

O Poder Judiciário, na louvável tentativa de prevenir conflitos, está, em verdade, indo além de sua competência constitucional para, afinal, sustentar a revogação tácita do art. 3.º do Dec.-lei 271, editando provimento e alterando as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Com isso, termina por não reconhecer norma federal vigente, acarretando uma usurpação de competência do legislador ordinário para dispor sobre condomínios de lotes.

Cabe frisar o fato de que a Corregedoria é um órgão ou unidade eminentemente *correicional e disciplinar*. Suas atribuições restringem-se em procurar prover, verificar, corrigir e emendar os atos dos Magistrados, servidores e delegatários sob sua jurisdição e competência, lançando, entre outros atos, recomendação por escrito. Possui interesse legítimo para levar a efeito suas atribuições não se limitando à defesa de interesses subjetivos e direcionando-se preferentemente ao bom funcionamento dos órgãos do Judiciário, nos termos do art. 96 da Constituição.

Além do mais, os Códigos de Normas editados pelas Corregedorias de Justiça dos Estados têm natureza regulamentar exigindo-se-lhes perfeita congruência com as normas legais que pretendem regulamentar, não podendo funcionar como instrumentos derogatórios da legislação vigente no país. Se assim procederem, tomam a feição de *regulamentos autônomos* e, como tais, eivados de ilegalidades.

Por outro lado, no que pertine à pretensa ilegalidade dos condomínios de lotes, não menos importante do que toda a motivação legal já exaustivamente debatida, e, também, em razão de tantas situações fáticas consolidadas no Distrito Federal e nos 26 Estados da Federação, temos a dizer que no contexto atual do país, existem questões de estrutura que devem ser mencionadas, por sua direta ligação à problemática urbana que apontam o condomínio de lotes como uma grande *solução* e não como um problema nacional.

Os entes da federação, lamentavelmente, restam bastante prejudicados! A União, os Estados e os Municípios têm demonstrado não poder oferecer segurança pública, ruas em boas condições, lim-

peza, calçadas, iluminação pública, esgotamento pluvial e cloacal. A violência alcança níveis alarmantes, jamais vistos, comparáveis aos piores do mundo!

Se os governos não fazem, resta ao particular fazer, como está se tornando cada vez mais comum, ou seja: zelar por sua segurança e estrutura à sua volta. Nos condomínios de lotes, o particular arca com as despesas de segurança, fornecimento de água, limpeza, recolhimento de lixo, esgotos, iluminação, proporciona áreas de lazer, com a eficiência do setor privado. Ou seja: faz tudo que o estado se compromete a fazer perante o ordenamento jurídico, mas na prática tem-se revelado totalmente incapaz de realizar, devido à má gestão dos vultosos tributos que arrecada!

Desta forma, o particular se viu obrigado a zelar e fazer valer seus direitos sociais, diante da omissão do poder público, construindo *shoppings centers* na atividade comercial e condomínios de lotes no contexto residencial, onde proporciona ao cidadão tudo aquilo que o poder público está cada vez mais longe de prover.

Ainda: em várias capitais do país, há décadas, na maioria das vezes em bairros residenciais, ruas são fechadas com cancelas e portões com acesso controlado, guaritas com vigia são colocadas, tudo de forma irregular, no intuito do cidadão proteger-se diante da insegurança que assola o país. No entanto, na modalidade de condomínio de lotes, tudo é feito em conformidade com a lei, e, portanto, *não há que se falar em ilegalidade dessa modalidade de condomínio consolidada* que visa também à proteção dos direitos do cidadão que o poder público é cada vez mais incapaz de tutelar.

Embora tenha havido a exclusão, no texto do Código de Normas de São Paulo, das disposições concernentes à matéria, isso não muda o fato de que há, sim, previsão legal para a modalidade construtiva e, portanto, correta é a sua utilização e o devido registro no álbum imobiliário. O órgão correicional paulistano é referência, no país, pela forte atuação e pelo grande embasamento procedimental que proporciona aos registradores e notários. Seu Código de Normas é extremamente minucioso e de enorme valia para orientar e dar suporte ao exercício da atividade extrajudicial. Por isso é tão pesada a supressão dos itens 222.2 e 229 do referido Código. Essa conduta tende a resultar uma série de contratemplos para a sociedade e, até mesmo, a gerar insegurança nas transações imobiliárias. Essa consequência, grave e danosa, deve ser evitada. Para tanto, importa esclarecer alguns pontos cruciais inseridos no parecer que precedeu a decisão, ora em comento.

Não há como negar a existência de previsão legal para o instituto, tampouco ignorar que muitos condomínios dessa espécie estão regularmente constituídos e são bem-sucedidos em seu funcionamento. O condomínio horizontal de lotes está plenamente previsto no art. 8.º da Lei 4.591/1964, combinado com o art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, e suplementarmente autorizado pela legislação do respectivo Município, respeitadas as normas gerais federais, especialmente a Constituição de 1988 (art. 30, VIII), a fim de planejar e comandar seu próprio processo de urbanização.

A *legislação municipal* é quem cria a *regulamentação específica* da lei federal a respeito do condomínio horizontal de lotes, pois, na esfera federal, existem normas de caráter geral associadas a uma construção doutrinária já acolhida por alguns tribunais. Ditas normas são de Direito Urbanístico e disciplinam a possibilidade administrativa da aprovação do projeto a ser implantado de acordo com as normas condominiais, as quais serão submetidas à análise do Município, quando do exame do referido projeto. A *convenção condominial* deverá ser minuciosa, contemplando as normas que vigorarão entre os condôminos, bem como as limitações edilícias e de uso do solo relacionadas a cada unidade, tudo em consonância com o Plano Diretor e a legislação urbanística vigente.

Nessa modalidade de empreendimento, regido pela lei do condomínio em edificações e das incorporações imobiliárias, o *Lote é a unidade autônoma*, e não o que futuramente será construído sobre o respectivo terreno pelo condômino, construção essa que, embora atenda aos interesses de cada proprietário de lote, fica vinculada aos moldes e limites de construção integrantes do projeto e aprovados pelo Município. A realização das obras básicas do empreendimento supre a necessidade

da prévia construção do prédio (casa/edifício), pois o requisito legal contido na lei de condomínios já estará atendido tão logo a infraestrutura esteja concluída.

Portanto, não há que se falar em tentativa de "drible" à Lei do Parcelamento do Solo, até porque o condomínio de lotes não é um simples parcelamento. O seu resultado não é a criação de terrenos individuais e sem vínculo entre si. Pelo contrário, são *lotes* que utilizarão um contexto estrutural urbano de responsabilidade do condomínio por eles formado. Mais do que a incumbência de manutenção e conservação de áreas de uso comum, como salão de festas, *playground* e piscinas, os condôminos dessa espécie de empreendimento comungam de uma responsabilidade ainda maior: zelar pela manutenção de ruas, iluminação e segurança coletiva da área em que estão inseridos. O condomínio de lotes será, portanto, necessariamente submetido à prévia aprovação dos órgãos municipais, tais como a Secretaria do Meio Ambiente, Secretaria do Planejamento, Secretaria de Urbanismo etc. Havendo essa aprovação, todas as considerações de natureza político-urbanística e principalmente a possibilidade de ocorrência de fraude à legislação de parcelamento do solo, estarão superadas.

Dessa forma, não há a necessidade de transferência de áreas para a constituição de vias públicas. Essas áreas serão as de uso comum do condomínio de lotes, a fim de viabilizar o acesso das unidades autônomas à via pública ou a áreas de lazer e recreação. A realização de obras de infraestrutura supre a necessidade de edificação de prédios na formação do condomínio, já que a construção será de escolha do proprietário do lote, desde que respeitadas as normas de ordem pública, a legislação municipal específica e as estipulações integrantes da convenção de condomínio.

As vantagens para o poder público são evidentes: desonera-se do trabalho de promover e manter o sistema viário e a coleta do lixo, além de não estar compelido a fornecer iluminação pública, uma vez que essa é suportada pelos condôminos. E como se isso já não fosse benéfico o suficiente, ainda há o fato de que a segurança das ruas internas dos Condomínios de Lotes será privada, ou seja, seu custo será suportado pelos condôminos. Isso porque, como antes referido, cada lote constituirá uma unidade autônoma, com uma área privativa e outra global e participação proporcional nas coisas condominiais (pórticos, guaritas, muros, vias de acesso e circulação, saneamento, iluminação, áreas de lazer etc.), todas elas de uso privativo dos condôminos, posto que, não se tratando de loteamento, não se transfere ao domínio público.

O que ocorre nesses casos é *uma compensação* pelas áreas que ficarão inseridas no condomínio, mediante uma contrapartida do incorporador ao ente municipal, na forma de *benfeitorias à cidade*, tais como o *asfaltamento de uma via pública, ou de uma doação de área diversa para a construção de uma escola ou creche municipal, de uma praça ou de um prédio público*, fora do condomínio, ensejando outras utilidades para o Município, em benefício da comunidade.

Nos últimos anos, como já dito, tem sido cada vez maior a procura por esses empreendimentos, especialmente pela *segurança proporcionada aos moradores*, que buscam neles a possibilidade de que seus filhos possam experimentar a mesma vivência de suas infâncias, quando era possível brincar nas ruas. A criminalidade cada vez maior de nossas cidades *não mais permite que se possa transitar em paz pelas vias da cidade*: estamos sempre em estado de alerta. As crianças de hoje ficam "presas" dentro dos apartamentos. O condomínio de lotes proporciona melhor qualidade de vida a seus moradores, pois garante a segurança, fazendo com que as crianças possam brincar pelas ruas do condomínio, tendo contato com a natureza e praticando esportes.

Nos países desenvolvidos, como os Estados Unidos, essa modalidade é vastamente utilizada e não há notícia de que isso tenha interferido de maneira prejudicial no crescimento e na mobilidade das grandes metrópoles. Até mesmo no Brasil, onde existem muitos condomínios dessa espécie, como, por exemplo, em Gramado, Canela, Capão da Canoa, Sapucaia do Sul, Xangri-lá, entre outros Municípios do Estado do Rio Grande do Sul, essa espécie de empreendimento em nada tem interferido

no cotidiano de seus moradores. Ao contrário, é nitido o desenvolvimento econômico que os condomínios trouxeram a essas regiões.

Isto ocorre porque o planejamento territorial urbano permanece sendo exercido pelo Município, uma vez que o projeto de condomínio de lotes não é um documento vago e impreciso, como os críticos ao instituto querem fazer parecer. Na verdade, é minucioso e elaborado em conformidade com as disposições legais do Município, já trazendo em seu conteúdo as limitações edilícias que os condôminos deverão observar na realização das construções em seus lotes, limitações essas que fatalmente estarão atreladas à legislação urbanística. Logo, após a aprovação municipal do condomínio de lotes, na hipótese do condômino não observar os limites do projeto aprovado no planejamento e execução da obra, não haverá concessão da Carta de Habitação para sua construção. Ou seja, há, sim, controle urbanístico por parte do ente municipal, reforçado, até mesmo, pelo acompanhamento vigilante da própria administração condominial, que tem o dever de velar pelo respeito à lei e às normas condominiais estabelecidas para esse âmbito privado.

Assim, são requisitos para a configuração do condomínio de lotes, nos quais não haja a prévia construção do prédio (casa/edifício):

- a) Que o empreendimento seja projetado nos moldes da Lei 4.591/1964 (com as alterações ditas pelo Código Civil) e Dec.-lei 271/1967, em que *cada lote* será considerado como *unidade autônoma*, a ele atribuindo-se uma fração ideal da área privativa e das coisas comuns, sendo que nesse todo existirão também as áreas e edificações de uso comum;
- b) Que o Município disponha de legislação específica, prevendo a possibilidade legal de implantação de condomínio de lotes, no mais pleno exercício das competências que lhe reservam a Constituição; e
- c) Que haja uma convenção de condomínio, contendo as limitações edilícias e de uso individual e coletivo do solo, elaborada de modo a resguardar a pacificação das relações entre os condôminos.

Quanto aos procedimentos registraes, para a implementação dessa espécie de parcelamento do solo é mister que o proprietário/empreendedor apresente ao ofício do Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

- a) Requerimento solicitando o registro da instituição condominial em que conste referência expressa aos dispositivos legais supracitados e a legislação municipal específica;
- b) Roteiro para o registro da incorporação de condomínio de lotes;
- c) Projeto devidamente aprovado pela municipalidade, que deverá conter legislação que autorize a aprovação desse tipo de empreendimento, contendo:
 - I) Memorial descritivo informando todas as particularidades do empreendimento (descrição das unidades autônomas, contendo especialmente as áreas privativas, comuns e total e a fração ideal correspondente na área total etc.), bem como a descrição do lote;
 - II) Planta de lotes;
 - III) Planilha de cálculo de áreas;
 - IV) Planilha de custos da realização da infraestrutura (documentos exigidos pela NB 12.721);
 - V) Convenção de condomínio – grande protagonista desta modalidade de empreendimento – na qual deverão constar, entre outras cláusulas previstas em lei, as formas e características que cada construção poderá apresentar, os direitos e deveres de cada condômino etc. (arts. 1.332 e 1.334 do Código Civil);
 - VI) Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do responsável pelo projeto;
 - VII) Aprovação das autoridades competente (município, órgão ambiental estadual, órgão de planejamento metropolitano etc.).

Ressalte-se que, para a consecução do condomínio de lotes, deverá haver a formação de incorporação imobiliária (art. 32 da Lei 4.591/1964), com posterior individualização e instituição condominial, ou realizar-se diretamente com a individualização e a instituição condominial (o que ocorrerá quando o empreendimento já estiver concluído).

É oportuno referir, ainda, que a Lei 10.406/2002 (Código Civil) alterou dispositivos da Lei 4.591/1964, ao prever um capítulo denominado "Do Condomínio Edifício" (art. 1.331 e ss.). Porém, é de todo evidente que o art. 8.º da Lei 4.591/1964, permanece em pleno vigor, eis que não há previsão em contrário no Código Civil.

Os procedimentos registrais a serem observados são:

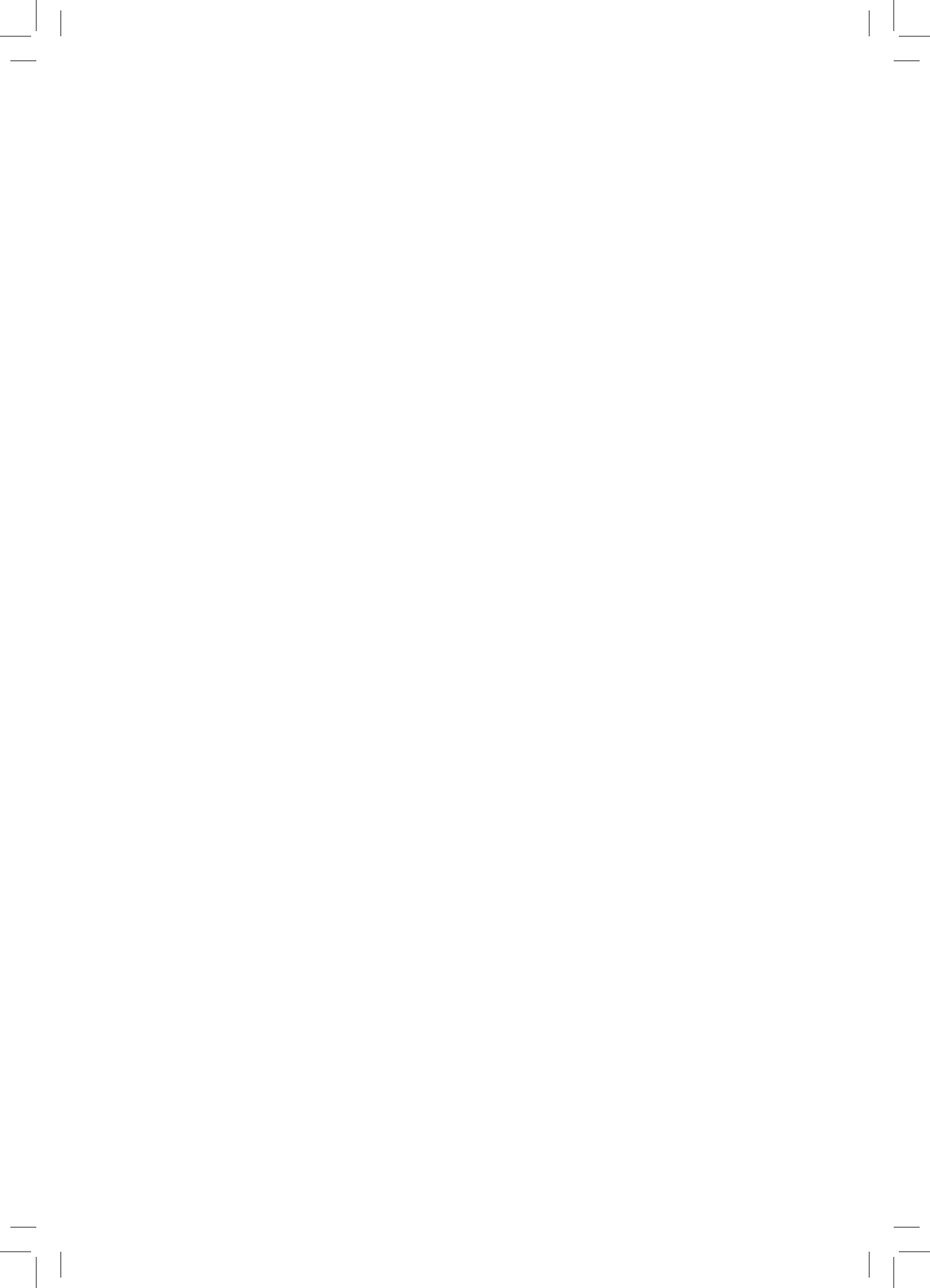
- a) Registro da incorporação imobiliária (se houver), ou da instituição do condomínio junto à matrícula da gleba (Livro 2 – Registro Geral);
- b) Averbação da conclusão das obras de infraestrutura também junto à matrícula da gleba;
- c) Registro da convenção de condomínio no livro próprio (Livro 3 – Registro Auxiliar) e, ato contínuo, averbação na respectiva matrícula;
- d) Abertura de matrículas para as unidades autônomas – lotes – nelas lançando as transferências dominiais, as constituições de ônus, as edificações, a referência ao registro da convenção de condomínio e todos os demais atos de registro relativos a cada unidade;
- e) Quando da averbação, na matrícula do lote, existindo registro da convenção condominial, é recomendável que sejam consignadas as principais regras estabelecidas quanto ao uso do solo e as restrições edilícias, para sua plena publicidade.

Apesar de ainda haver alguma polêmica quanto à forma de instituição do condomínio de lotes, parece-nos claro que ela está plenamente prevista em nosso ordenamento jurídico, sendo inquestionável sua contemplação pela legislação federal e pela legislação municipal reguladora do ordenamento territorial, parcelamento e ocupação do solo.

Concluindo, entendo que o condomínio de lotes é uma realidade nacional, a qual não tem mais volta. Negá-lo é admitir prejuízo aos empreendedores, investidores, administradores imobiliários e ao Poder Público Municipal, pois fere a segurança jurídica dos negócios imobiliários, limita o estímulo à construção civil e prejudica os adquirentes que buscam segurança e lazer.

JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

*Oficial do Registro de Imóveis da 1.ª Zona de Porto Alegre-RS
Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB
Membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário
cartorio@lamanapaiva.com.br*



The background of the page is a light gray color. On the right side, there are several overlapping, semi-transparent circles of varying shades of gray. A fine grid pattern is visible in the lower right quadrant, overlaid on the circles.

**Índice
Alfabético–
Remissivo**



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Abandono da coisa – p. 167
Ação anulatória de registro – p. 207
Ação de nulidade – p. 207
Ação reivindicatória – p. 207
Acessibilidade para pessoa com deficiência – p. 345
Alienação fiduciária – p. 151
Alienação fiduciária de bens imóveis – p. 101, 151 e 460
Atendimento prioritário – p. 293
Atividade notarial e de registro – p. 55 e 345
Ato ineficaz – p. 441
Ato notarial – p. 79 e 259
Averbação no registro imobiliário – p. 15, 151 e 441

B

Boa-fé contratual – p. 389 e 409

C

Cartografia – p. 193
Cartório imobiliário – p. 193
Cartório imobiliário – p. 441
Cláusula abusiva – p. 35
Cláusula de incomunicabilidade – p. 441

Código de Defesa do Consumidor – p. 409
Competência legislativa – p. 493
Compra e venda de imóvel – p. 389, 409, 477 e 482
Condomínio imobiliário – p. 493
Conflito de competência – p. 167
Contrato imobiliário – p. 101
Contratos coligados – p. 15
Corregedoria Geral da Justiça – p. 493
Crise financeira – p. 389
Curatela – p. 319 e 345

D

Defesa do consumidor – p. 409
Dignidade da pessoa humana – p. 273, 319 e 345
Direito de obter informações de registros públicos – p. 235
Direito imobiliário – p. 193
Divisão de condomínio – p. 493
Doação de imóvel – p. 441
Documento digital – p. 125
Domínio fiduciário – p. 101 e 460
Dúvida registral – p. 477 e 482

E

Escritura pública – p. 79 e 441

F

Fato gerador do ITBI – p. 79
Financiamento imobiliário – p. 101
Fraude à execução – p. 441
Função social da propriedade – p. 167
Função social do contrato – p. 409
Fundo de arrendamento residencial – p. 477 e 482

I

Incapacidade civil – p. 259, 273, 319 e 345
Inclusão social – p. 273, 319 e 345
Incorporação imobiliária – p. 389
Incorporação imobiliária – p. 409
Interdição de pessoa – p. 259
Interdição temporária de direitos – p. 259
ITBI – p. 79

L

Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – p. 259, 273, 293, 319 e 345
Lei de registros públicos – p. 79 e 125
Leilão extrajudicial – p. 460
Loteamento imobiliário – p. 493
Loteamento urbano – p. 493

M

Mora do credor – p. 151

O

Obrigação tributária – p. 79
Ocupação irregular de imóvel – p. 460

P

Pagamento de dívidas consolidadas – p. 101
Pessoa com deficiência – p. 319
Primazia da norma mais favorável ao consumidor – p. 409
Princípio da continuidade registral – p. 125 e 235
Princípio da fé pública registral – p. 55 e 259
Princípio da isonomia – p. 345
Princípio da presunção registral – p. 55
Princípio da prioridade absoluta – p. 293
Princípio da publicidade – p. 235
Princípio da razoabilidade – p. 389
Princípio da segurança jurídica – p. 55
Proteção da pessoa vulnerável – p. 273, 319 e 345
Purgação da mora – p. 101 e 151

R

Região geográfica – p. 193
Registro da hipoteca – p. 431
Registro de loteamento – p. 493
Registro imobiliário – p. 15, 35 e 477 e 482
Registros públicos – p. 125 e 235
Regulamento do ITBI – p. 79
Rescisão unilateral do contrato – p. 409

Resilição do contrato – p. 389
Responsabilidade civil – p. 143 e 389
Responsabilidade penal – p. 143
Restrições legais em loteamento – p. 493

T

Tabelionato de notas – p. 143

Titularidade – p. 235
Transferência de titularidade – p. 235
Transmissão de bens imóveis – p. 79
Tutela da pessoa – p. 273

V

Vulnerabilidade nas relações de consumo – p. 35



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 ou cessionários, 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 Editorial, 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 de Direito Imobiliário*, 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 sublinha-
do. 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.







Diagramação eletrônica:
Textos & Livros Proposta Editorial S/C Ltda.
CNPJ 04.942.841/0001-79

Impressão e encadernação:
Orgráfic Gráfica e Editora Ltda.
CNPJ 08.738.805/0001-49