

Boletim do

# irib

*em revista*

MAIO E JUNHO DE 2003 – Nº 310

**IRIB no XIV Congresso Internacional de  
Direito Registral em Moscou**  
Especial:  
Seminário O NCC e o Registro de Imóveis

#### Diretoria Executiva

Presidente: Sérgio Jacomino-SP  
Vice-Presidente: Helvécio Duia Castello-ES  
Secretário-Geral: João Baptista Galhardo-SP  
1ª Secretária: Gilma Teixeira Machado-MG  
2ª Secretária: Etelvina Abreu do Valle Ribeiro-ES  
Tesoureiro Geral: José Simão-SP  
1ª Tesoureira: Vanda M. de Oliveira Penna Antunes da Cruz-SP  
2ª Tesoureira: Manoel Carlos de Oliveira-SP  
Diretor Social e de Eventos: Ricardo Basto da Costa Coelho-PR  
Diretor de Publicidade e Divulgação: Flauzilino Araújo dos Santos-SP  
Diretor de Assistência aos Associados: Jordan Fabrício Martins-SC  
Diretor Legislativo: Meirimar Barbosa Júnior - SP

#### Conselho Deliberativo

Sérgio Toledo de Albuquerque-AL; Nino Jesus Aranha Nunes-AP;  
Stanley Queiroz Fortes-AM; Neusa Maria Arize Passos-BA; Ana  
Tereza Araújo Mello Fiúza-CE; Itamar Sebastião Barreto-DF;  
Helvécio Duia Castello-ES; Nilzon Periquito de Lima-GO; Jurandy de  
Castro Leite-MA; Nizete Asvolinsque-MT; Renato Costa Alves-MS;  
Francisco José; Rezende dos Santos-MG; Cleomar Carneiro de Moura-  
PA; Fernando Meira Trigueiro-PB; José Augusto Alves Pinto-PR;  
Guido Gayoso Castelo Branco Barbosa-PI; Miriam de Holanda  
Vasconcelos-PE; Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza-RJ; Carlos  
Alberto da Silva Dantas-RN; João Pedro Lamana Paiva-RS;  
Bernadete Lorena de Oliveira-RO; Gleci Palma Ribeiro Melo-SC;  
Marlon Sérgio Santana de Abreu Lima-SE; Lincoln Bueno Alves-SP;  
Marlene Fernandes Costa-TO.

**Conselho Fiscal** - Ítalo Conti Júnior-PR; Pedro Jorge Guimarães  
Almeida-AL; Rosa Maria Veloso de Castro-MG; Rubens Pimentel Filho-  
ES; Virgínio Pinzan-SP.

**Suplentes do Conselho Fiscal:** Clenon de Barros Loyola Filho-GO;  
José Milton Tarallo-SP; Wolfgang Jorge Coelho-MG.

**Conselho de Ética:** Ademar Fioranelli-SP; Dimas Souto Pedrosa-PE;  
Elvino Silva Filho-SP.

#### Suplentes do Conselho de Ética:

Ercília Maria Moraes Soares-TO; Inah Alvares da Silva Campos-MG;  
Mauro Souza Lima-PE.

Sede: Av. Paulista, 2073 - Horsa I - 12º and. - conj. 1201/1202 - CEP  
01311-300 São Paulo - SP - Telefones/Fax: (0xx11) 289-3340  
/ 289-3599 / 289-3321. Secretaria do IRIB: irib@terra.com.br  
Homepage: www.irib.org.br. Direitos de reprodução. As matérias  
aqui veiculadas podem ser reproduzidas mediante expressa  
autorização dos editores, com a indicação da fonte.

#### Presidente

Sérgio Jacomino

#### Diretor de Publicidade e Divulgação

Flauzilino Araújo dos Santos  
oficial@primeiros.com.br

#### Editores

Sérgio Jacomino  
jacomino@registraral.com.br  
Fátima Rodrigo

#### Jornalista Responsável

Fátima Rodrigo (Mtb 12576)

#### Design Gráfico e Direção de Arte

Fábio Whitaker

#### Editoração Eletrônica

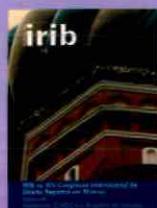
FAWC

#### Fotos

Carlos Petelinkar

#### Impressão e Acabamento

Corprint Gráfica e Editora Ltda.



#### Capa

Detalhe da Catedral de S. Basílio,  
Praça Vermelha, Moscou.  
Foto: Carlos Petelinkar

## Especial

- 03 IRIB e MP realizam seminário *O Código Civil e o Registro de Imóveis*  
09 O novo Código Civil e o registro de imóveis – *Ulysses da Silva*  
14 O novo Código Civil e a estrutura registral – *Décio Antônio Erpen*  
17 Da chamada aquisição da propriedade por interesse social – *Armando Antônio Lotti*  
21 Sociedade formada por cônjuges e o NCC – *Pablo Stolze Gagliano*  
23 Introdução ao direito conjugal patrimonial – *Silvio de Salvo Venosa*  
30 Condomínios, incorporações e o NCC – *Hélio Lobo Júnior*  
35 O registro de imóveis e o novo Código Civil – *Narciso Orlandi Neto*  
40 Os contratos imobiliários e o NCC – *José de Mello Junqueira*  
47 O usufruto e o NCC – *Ademar Fioranelli*  
51 Breves considerações sobre a lei 10.406/02 – *João Pedro Lamana Paiva*  
54 Direitos reais e o NCC – *Kioitsi Chicuta*  
63 O direito de propriedade em face do novo Código Civil – *Venício Antônio de Paula Salles*  
70 Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica e o risco de sua pontual agravação com o novo Código Civil brasileiro – *Ricardo Dip*

## Opinião

- 78 Registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa – *Ricardo Guimarães Kollet*  
84 Sociedade entre cônjuges – *Celso Marini*  
85 Outorga conjugal nos atos de alienação ou oneração de bens imóveis – *Ricardo Guimarães Kollet*  
87 O instrumento particular e o registro de imóveis – *João Pedro Lamana Paiva e Tiago Machado Burtet*  
91 Sociedades limitadas, o registro imobiliário e o novo Código Civil – *Alexandre Laizo Clápis*  
95 Desmistificando a contagem de prazos no Código Civil – *Arruda Alvim e Pablo Stolze Gagliano*  
96 Promessa de compra e venda e o NCC – *Rubem Antonio Cardoso Mallmann*

## Entrevista

- 98 NCC e RI em foco na TV Justiça: entrevista com Narciso Orlandi Neto

## Acontece

- 102 XIV Congresso Internacional de Direito Registral em Moscou

## Anote

- 115 Alienação ou oneração de bem móvel incorporado ao ativo permanente da empresa - *Antonio Herance Filho*  
116 Previdência Social: Prazo de validade da CND alterado para 90 dias

## Tribunais Superiores

- 117 Decisões. Interesse do registro de imóveis.

**Especial**

---

**Seminário**

# IRIB e MP realizam seminário *O novo Código Civil e o Registro de Imóveis*

*Irib e Ministério Público de São Paulo e Rio Grande do Sul realizaram com grande sucesso o seminário O novo Código Civil e o registro de imóveis, nas cidades de São Paulo (20 a 22 de fevereiro) e Porto Alegre (15 e 16 de maio).*

*O ponto de partida para as discussões foi o livro O novo Código Civil e o registro de imóveis, de Ulysses da Silva, co-editado pelo Irib e Sérgio Antonio Fabris Editor.*



## Evento de São Paulo reúne profissionais de todo o Brasil

O seminário *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, realizado na capital de São Paulo nos dias 20 e 21 de fevereiro último, foi considerado um grande sucesso pelos participantes.

As vagas esgotaram-se quase na abertura das inscrições. Cento e cinquenta participantes lotaram o auditório do hotel Della Volpe, entre notários e registradores, advogados, juízes e demais operadores do Direito vindos de todo o Brasil, para estudar o impacto do novo Código Civil – lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – sobre o registro de imóveis.

Para exposição e debate com a platéia a respeito de aspectos do registro imobiliário sob a ótica do novo Código Civil foram convidados os doutores Ulysses da Silva, conselheiro jurídico do Irib, (*O NCC e o registro de imóveis*); Kioitsi Chicuta, juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, (*Direitos Reais e o NCC*); Ademar Fioranelli, membro do conselho editorial do Irib (*O usufruto e o NCC*); Narciso Orlandi Neto, conselheiro jurídico do Irib (*O registro de imóveis e o NCC*); José de Mello Junqueira, conselheiro jurídico do Irib (*Os contratos imobiliários e o NCC*); Silvio de Salvo Venosa, jurista (*Introdução ao direito conjugal patrimonial*); Venício Antônio de Paula Salles, juiz titular da Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo (*O direito de propriedade em face do novo Código Civil*); João Pedro Lamana Paiva, registrador e vice-presidente do Irib pelo Rio Grande do Sul, (*Breves considerações sobre a lei 10.406/02*); e Hélio Lobo Júnior, conselheiro jurídico do Irib (*Condomínios, incorporações e o NCC*).

## II seminário, O novo Código Civil e o registro de imóveis, repete sucesso em Porto Alegre

A segunda edição do seminário, *O Novo Código Civil e o registro de imóveis*, nos dias 15 e 16 de maio no palácio do Ministério Público, em Porto Alegre, repetiu o grande sucesso da realização em São Paulo.

No sul, os organizadores – Irib e Ministério Público de São Paulo e Rio Grande do sul – contam com a valiosa colaboração do Colégio Notarial do Rio Grande do Sul e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Dessa vez, os temas enfocando o novo Código Civil e o registro de imóveis tiveram o reforço das palestras proferidas pelos doutores Ricardo Dip, juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e professor da Universidade Paulista (*Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica e o risco de sua pontual agravação com o*

Sérgio Jacomino



*novo Código Civil brasileiro*); Pablo Stolze Gagliano, juiz de Direito e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFBA (*Sociedade formada por cônjuges e o NCC*); Armando Antônio Lotti, procurador de justiça do Rio Grande do Sul (*Da chamada aquisição da propriedade por interesse social*); e Decio Antônio Erpen, desembargador aposentado no Rio Grande do Sul (*O NCC e a estrutura registral*). Os doutores Ulysses

da Silva, Hélio Lobo Junior, Narciso Orlandi Neto, Ademar Fioranelli, José de Mello Junqueira, Kioitsi Chicuta, Venício Antônio de Paula Salles e João Pedro Lamana Paiva repetiram as excelentes exposições realizadas em São Paulo.

Dentre as autoridades que prestigiaram o evento, registramos as presenças ilustres dos doutores Roberto Bandeira Pereira, procurador-geral de Justiça-RS; João César, Colégio Registral-RS; Anízio Pires Gavião Filho, diretor da Escola Superior do MP-RS; Almir Porto da Rocha Filho, diretor do Foro da Comarca de Porto Alegre; Alberto Delgado Netto, juiz-corregedor do Rio Grande do Sul; Rogério Portugal Bacellar, presidente da Anoreg-BR; José Flávio Bueno Fischer, presidente do Colégio Notarial do Rio Grande do Sul; Cláudio Barros Silva, subprocurador-geral de justiça do Rio Grande do Sul; Denise Maria Duro Reis, promotora de justiça da Vara dos Registros Públicos de Porto Alegre; Júlia Illeir Martins, chefe de gabinete da Procuradoria-geral de Justiça de Porto Alegre; Carlos Fernando Reis, presidente do Sindiregis; engenheiros Paulo Fam, vice-presidente do Sinduscon-RS; Zalmir Schwartzmann, vice-presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção; e outras personalidades do meio jurídico que participaram ativamente dos debates.

## Repercussão na imprensa gaúcha

O importante evento que estudou e debateu a nova legislação civil em vigor teve repercussão positiva na imprensa de Porto Alegre. O *Jornal do Comércio* entrevistou o presidente do

Irib Sérgio Jacomino, que lembrou que o novo Código Civil impôs mais responsabilidade ao registrador imobiliário ao abordar relações jurídicas que tenham a aquisição, alienação ou oneração de bens e imóveis. "O registrador tem que cercar esses atos de toda a segurança possível para que

*João Pedro Lamana Paiva, o organizador do evento.*



o cidadão não sofra conseqüências danosas em seu patrimônio. Nosso trabalho é evitar que a pessoa tenha que recorrer ao Poder Judiciário para resolver os problemas que o registrador poderia ter evitado", disse.

O registrador gaúcho e vice-presidente do Irib/RS, João Pedro Lamana Paiva, também falou às Rádios RBS e CBN, de Porto Alegre, mencionando que a finalidade do seminário "é o aperfeiçoamento dos notários e registradores em face do novo Código Civil, pois a responsabilidade desses profissionais é muito grande, uma vez que os negócios são controlados justamente pela área notarial e registral, que garante sua autenticidade e segurança jurídica".

# O que eles disseram

A assessora de imprensa do Irib, Patrícia Simão, colheu depoimentos de participantes e autoridades presentes ao II seminário O novo Código Civil e o registro de imóveis.

*A assessoria de imprensa do Irib colheu depoimentos de participantes e autoridades presentes ao II seminário O novo Código Civil e o registro de imóveis. Confira.*

Rogério Portugal Bacellar, presidente da Anoreg-BR: "O Irib, o Colégio Registral do Rio Grande do Sul e o Ministério Público do Rio Grande do Sul estão de parabéns não só pela qualidade dos debates e das palestras, mas também pela elucidação de muitos temas e identificação da necessidade urgente de normatização de nossos atos".

Denise Maria Duro Reis, promotora de justiça da Vara de Registros Públicos de Porto Alegre: "O seminário foi extremamente proveitoso, a matéria é nova, palpitante e as ponderações de cada um dos palestrantes vão servir para uma reflexão mais aprofundada de cada operador do Direito, de agora em diante".

Victor Hugo de Azevedo Neto, promotor-corregedor no Rio Grande do Sul: "Este, aliás, não é o único evento do Irib que eu acompanho. Por muito tempo tenho acompanhado alguns con-

gressos nacionais promovidos pelo instituto e o Irib tem se mostrado sempre na vanguarda da discussão das questões que dizem respeito não só à classe dos registradores, mas a todas as relações jurídicas que implicam intervenções relacionadas com imóveis. Por isso, o Irib está de parabéns e também o Colégio Registral e o MP do Rio Grande do Sul, pela iniciativa aqui em Porto Alegre. Seguramente, no que se refere aos ensinamentos trazidos nessa nova ordem jurídica civil implantada no Brasil, o Irib – como sempre – está na vanguarda dos acontecimentos e debates".

Carlos Fernando Reis, presidente do Sindicato dos Registradores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul. Sindiregis: "Em nome do Sindicato dos registradores gaúchos, gostaria de parabenizar os organizadores deste seminário, principalmente na pessoa do doutor Laimana Paiva e do doutor Sérgio Jacomino, que trouxeram aos registradores gaúchos essa oportunidade de atualização. Pedimos que continuem a fazer mais e mais esses encontros e seminários para proporcionar a oportunidade de aperfeiçoamento profissional à nossa classe".

Adilo Schneider Jr., advogado e aluno do curso preparatório do Colégio Registral do RS: "O seminário superou minhas expectativas apesar do renome dos palestrantes, que já conhecia de artigos e obras publicadas. O seminário do Irib veio clarear dificuldades do dia-a-dia, pois eu lido muito com registro. Os seminários do Irib condizem com o que conheço da instituição por suas publicações, sempre aliando a profissão do registrador aos aspectos sociais do Direito. Isso vem engrandecer a profissão do registrador, que é – na minha opinião – uma espécie de guardião da segurança jurídica. O registrador e o notário são dois profissionais que lidam com o dia-a-dia das pessoas; eles prestam socorro para aquelas dúvidas emergenciais que afetam diretamente suas vidas, como o patrimônio e a nacionalidade.

Este seminário vem atualizar não só registradores, mas também os advogados e profissionais do Direito. O Irib trouxe novas visões neste seminário, para fomentar as discussões e o desenvolvimento dos participantes."

Pablo Stolze Gagliano, palestrante, juiz de Direito na Bahia e professor da UFBA: "Inicialmente, gostaria de registrar a iniciativa inovadora do Irib em contribuir para a capacitação de todos os profissionais de Direito, incluindo aqueles que auxiliam na atuação do judiciário. A recepção do público foi calorosa e a nossa preocupação na palestra foi muito mais instigar e levantar problemas para buscar uma resposta conjunta com os participantes do que trazer respostas prontas."

Décio Antônio Erpen, palestrante, desembargador aposentado, RS: "Posso dizer com absoluta certeza que este foi o melhor curso realizado, tanto relativo ao NCC como ao direito registral. Deixo meus elogios ao elevado nível de qualidade dos palestrantes paulistas, pois é surpreendente que alguém que vive numa cidade atribulada como São Paulo, ainda consegue dispor de tempo para chegar a uma sabedoria ímpar como é o caso dos colegas palestrantes. Nota dez sob todos os aspectos. Os concursos para registradores, de agora em diante, não vão mais seguir formulários, vão procurar conhecimentos, a exemplo do último concurso de São Paulo em que dois terços das questões foram referentes à cultura jurídica. Por isso, acredito que esse seminário deva ser repassado para todos os estados, com maior número de vagas e com preferência para a participação de notários e registradores,

pois vai servir de embasamento para os futuros profissionais da área".

Edison Ferreira Espíndola, registrador de Porto Alegre e diretor de ensino do Colégio Registral do RS: "É com muita satisfação que deixo meus cumprimentos ao Irib por esse seminário sobre o NCC aplicado aos registros públicos. Eu me sinto, na realidade, um pouco cúmplice, porque, quando estive na primeira edição do seminário em São Paulo, sugeri ao presidente Jacomino e ao vice Lamana Paiva que trouxessem o seminário a Porto Alegre. Queria, portanto, parabenizar o Irib, na pessoa de seu presidente e do vice, e os registradores em geral, pelo êxito e a concretização desse evento em Porto Alegre. Com isso, ganha a classe e ganha a comunidade".

Carlos Henrique Pereira Liso, diretor jurídico da Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano da Prefeitura do Município de São Paulo: "Eu estava muito interessado nesse encontro, porque vejo a iniciativa também como uma disposição do Ministério Público em traba-

J.P.Lamana Paiva, Pablo Stolze e Sérgio Jacomino



lhar essa questão do registro de imóveis junto aos cartórios de RI e, principalmente, em buscar uma solução à complexa questão da propriedade neste país. Eu soube do seminário pelo site do Irib e quando vi que participariam os cartórios de registro de imóveis, magistrados e o Ministério Público do RS, me interessei pela iniciativa de esclarecimento das principais dúvidas do novo Código Civil. A qualidade técnica das palestras foi realmente de primeira ordem. Eu levo na bagagem para São Paulo mais experiências a respeito da questão fundiária em face do NCC”.

Mário Pazutti Mezzari, oficial de registro de imóveis da Primeira Zona de Pelotas, RS: “A realização deste seminário trouxe a Porto Alegre o maior grupo de juristas da área de direito imobiliário que já tive oportunidade de acompanhar na cidade. O Irib e o estado do Rio Grande do Sul estão de parabéns por contar com tanta gente cobra no Direito imobiliário. Sei que não é com um seminário de dois dias que vamos conseguir dirimir todas as dúvidas, mas muitas luzes foram lançadas sobre as dificuldades que estamos encontrando e certamente, a partir das discussões neste seminário, surgirão outras que vão nos au-

xiliar para melhor atender ao nosso desiderato final, que é de oferecer segurança jurídica e paz social”.

### **Seminário O novo Código Civil e o registro de imóveis será publicado em livro**

Acompanhe nas páginas seguintes um resumo das palestras apresentadas no I e II seminários O novo Código Civil e o registro de imóveis, realizados em São Paulo e Porto Alegre.

**Os textos integrais das palestras proferidas em Porto Alegre e São Paulo estão sendo editados em mais um livro da coleção *Irib em Debate*, em parceria com Sérgio Antonio Fabris Editor, de Porto Alegre. A obra será distribuída a todos os registradores prediais brasileiros, e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país. O trabalho de edição está sendo coordenado pelo conselheiro jurídico do Irib e registrador aposentado da capital de São Paulo, doutor Ulysses da Silva.**



# O Novo Código Civil e o Registro de Imóveis

**Ulysses da Silva**



O doutor Ulysses da Silva é registrador imobiliário aposentado e conselheiro jurídico do Irib. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

Quando decidimos escrever sobre a matéria, no ano passado, aproveitando a edição do novo Código, a intenção era fazer uma obra enxuta, despretensiosa, de registrador para registrador.

Para nossa surpresa, entretanto, o interesse por ela demonstrado superou as previsões, razão por que, o nosso presidente Sérgio Jacomino tomou a iniciativa de editá-la preliminarmente e realizar este seminário.

E o fez com a finalidade de possibilitar um amplo debate do assunto, antes da edição final da obra cujo eventual sucesso deverá ser creditado à inestimável colaboração de todos os senhores.

Assim, eventuais alterações e acréscimos que forem sugeridos serão bem-vindos. Aliás, nós mesmos já anotamos alguns dispositivos para acrescentar, seguidos de pequenos comentários.

É impossível negar a importância das mo-



*Hieroglifos do templo de Karmak, Thebas – Egito*

dificações introduzidas pelo novo Código, as quais afetam a sociedade como um todo e a nós, notários e registradores, em particular.

Entre elas podemos citar:

1) a maioria civil aos 18 anos e a emancipação aos 16 completos, como prevê o artigo 5<sup>o</sup>;

2) a possibilidade de realização da compra e venda entre cônjuges, agora tida como lícita, relativamente aos bens excluídos da comunhão (art.499);

3) a faculdade concedida aos cônjuges de contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória (art.977);

4) a inclusão do direito de superfície e do direito do promitente comprador no elenco dos direitos reais e a exclusão da constituição de renda e da enfiteuse (artigo 1.225);

5) a nova redação dada a vários dispositivos da lei 4.591/64, no título relativo ao condomínio edilício (artigos 1.331 a 1.358);

6) a perempção da hipoteca aos vinte anos (art. 1.485), e não mais aos trinta, como dispunha o Código de 1916;

7) a curiosa novidade trazida pelo artigo 1.565, de acordo com a qual "qualquer dos nubentes, querendo, poderá crescer ao seu o so-

brenome do outro”;

8) a possibilidade de alteração do regime de bens, mediante autorização judicial (artigo. 1.639);

9) a dispensa de concordância do cônjuge, nas alienações, onerações e na fiança, quando o casamento tiver sido celebrado sob o regime da absoluta separação de bens (art.1.647);

10) a introdução do regime de participação final nos aqüestos (art.1.672);

11) a legitimação a suceder das pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão (art.1.798);

12) a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes e ascendentes (art.1.846);

13) a obrigatoriedade do testador justificar a causa da imposição de cláusulas restritivas na legítima de seus herdeiros (art.1.848); e

14) a nova e inteligente concepção dada ao fideicomisso, que transformou em usufruto o direito do fiduciário e conferiu a propriedade ao fideicomissário, se este já tiver nascido por ocasião da morte do testador (art.1.951-2).

Aí estão algumas das alterações trazidas pelo novo Código. Lembramos, porém, que a nossa intenção, ao elaborar o trabalho que vamos debater, não foi apenas a de focalizar as modificações ocorridas, mas, abordar, também, os dispositivos que foram mantidos, com ou sem alterações, e que têm repercussão no registro imobiliário.

Em face da impossibilidade de discorrer sobre todo o trabalho, selecionamos alguns tópicos que ensejam discussão.

## Doação

O artigo 547, repetindo o que já dispunha o Código Civil de 1916, estabelece que “o doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário”.

É a chamada cláusula de reversão, que deve constar obrigatoriamente do título e do registro, como manifestação de vontade que é.

Esse é um dos pontos polêmicos da questão. Suponhamos que antes do falecimento do donatário, um dos doadores, marido ou mulher, veio a falecer. Como interpretar, nesse caso, a

cláusula de reversão? O bem doado volta por inteiro ao doador sobrevivente ou apenas pela metade?

Embora exista forte corrente entendendo que o retorno do bem deve ser por inteiro, a tese prevalecente é de que apenas a metade reverterá ao doador sobrevivente.

A dúvida em apreço somente existirá se havia comunicação, entre os doadores, do bem doado. Mas, não é só.

Examinemos o parágrafo do artigo 551. Diz ele: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”.

O teor desse dispositivo tem merecido, ao longo do tempo, interpretações contraditórias e não custa ver por que razão. Se marido e mulher figurarem na escritura, como donatários, e a aceitarem, nenhuma dúvida haverá na aplicação do citado dispositivo, seja qual for o regime de bens adotado. Mesmo que apenas um deles figure como donatário, assistido pelo outro, existem decisões entendendo que prevalece o direito de acréscimo, se o casamento foi realizado pelo regime da comunhão universal, uma vez que se considera haver aceitação da liberalidade pelo assistente.

Digamos, agora, que a intenção do doador foi a de efetuar a doação apenas ao seu filho, casado pelo regime da comunhão, não tendo a mulher comparecido à escritura. Vale o entendimento? Se não houve a aceitação da mulher prevalece o referido direito de acréscimo? Podemos inferir, na manifestação de vontade do doador, a intenção de evitar a comunicação do bem doado? Vemos aí matéria para muita discussão.

Mais complexa, contudo, é a situação que resulta do confronto da cláusula de reversão, constante do artigo 547 com o direito de acréscimo previsto no parágrafo do artigo 551. Suponhamos que, em uma escritura de doação feita a marido e mulher, os doadores impuseram a cláusula de reversão, e vem a falecer um dos donatários. O que prevalece: a reversão ou o direito de acréscimo?

A nosso ver deve prevalecer o acréscimo em favor do donatário sobrevivente, porque o seu direito decorre de disposição expressa de lei,

não podendo, os doadores sobrepujam a ela a sua vontade. Isso nos leva à conclusão de que somente após o falecimento de ambos os donatários é que se aplica a cláusula de reversão, se, evidentemente, os doadores estiverem vivos. Reconhecemos, porém, que a matéria merece atenção especial dos registradores, dada a sua importância.

Outro ponto que suscita dúvida diz respeito à necessidade ou não da realização de in-

*“É impossível negar a importância das modificações introduzidas pelo novo Código, as quais afetam a sociedade como um todo e a nós, notários e registradores, em particular.”*

ventário tanto para reverter o imóvel ao doador, como para acrescer ao donatário sobrevivente a parte do falecido.

Quanto ao direito de acrescer, não temos dúvida nenhuma em afirmar que é desnecessário o inventário. Também no caso da reversão, a nosso ver o inventário é dispensável porque ela é o resultado do implemento da condição resolutive, por sinal expressa e que, por isso mesmo, opera de pleno direito, nos termos do artigo 474.

Um último ponto a comentar neste título diz respeito ao disposto no artigo 1.848, sem precedente, que diz o seguinte: “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”.

Esse artigo está inserido no título referente aos herdeiros necessários, mas aqui o colocamos porque alguns notários e registradores têm indagado se ele se aplica às doações.

O impulso inicial é no sentido de responder negativamente. Considerando, no entanto, a nítida intenção do Código de preservar a legítima dos herdeiros, podemos inferir que a justificativa é válida também nas doações, quando, evidentemente, elas forem feitas em avanço de legítima.

## Perda da propriedade imóvel

Além de outras causas consideradas no Código, perde-se a propriedade, nos termos do artigo 1.275: I- por alienação; II- pela renúncia; III- por abandono; IV- por perecimento da coisa; e V- por desapropriação.

O que aí vemos já constava do velho Código, esclarecendo o parágrafo único o seguinte: “Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da pro-

priedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis”.

Também aqui fica bem clara a complexidade da alienação, ao reconhecer o legislador que os seus efeitos é que estão subordinados ao registro, daí resultando a certeza de que a causa desses efeitos reside no título.

Assim, inseparáveis como são efeito e causa, também título e registro o são. Conseqüentemente, nem o título vale por si só, nem o registro é auto-suficiente. Um depende do outro.

Insistindo neste ponto, particularmente no que se refere à desapropriação, uma vez que importantes alterações foram introduzidas na legislação pertinente e afim pela lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, com sérios reflexos em nossa esfera.

Assim é que o inciso I, do artigo 167, da lei 6.015/73, passou a vigorar com o seu rol de registros acrescido do item 36, segundo o qual será registrada “a imissão provisória de posse e respectiva cessão e promessa de cessão, quando concedido (o registro) à União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, para execução de parcelamento popular, com finalidade urbana, destinado às classes de menor renda”.

Atingem, também, as modificações havi-

das, a lei 6.766/79, pela introdução dos parágrafos quarto e quinto, no seu artigo 18, e terceiro, quarto e quinto, no artigo 26.

Verifica-se pelo exame de tais dispositivos o seguinte: a) que o título de propriedade será dispensado quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública; b) que, nesse caso, o pedido de registro de parcelamento, além dos documentos mencionados nos incisos V e VI desse artigo, será instruído com cópias autênticas da decisão que concedeu a imissão provisória de posse, do decreto de desapropriação, do comprovante de sua publicação na imprensa oficial e, quando formulado o pedido por entidades delegadas, da lei de criação e de seus atos constitutivos; c) que se admite, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente a União, Estados, Distrito Federal, municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular; e d) com o registro da sentença que, em processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse referida converter-se-á em propriedade e a sua cessão em compromisso de compra e venda.

A propósito, vale a pena acrescentar o disposto no parágrafo sexto, do mesmo artigo 26, da lei 6.766/79, introduzido pela aludida lei 9.785/99. Diz ele o seguinte: "Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação".

Uma primeira leitura desse dispositivo nos leva a supor que a exceção aí aberta pelo legislador diz respeito apenas aos contratos derivados da imissão do poder público municipal na posse provisória de imóveis em processo de expropriação, para efeito de loteamento popular.

Exame mais apurado, no entanto, nos mostra que ela beneficia todos os contratos oriundos de loteamentos regulados pela lei 6.766/79 e, por extensão, também aqueles celebrados ainda sob a égide do decreto-lei 58/37. (Ver Do direito do promitente comprador).

## União estável

Embora o concubinato seja tão antigo ou mais velho do que o casamento, podemos dizer que a sua nova versão, chamada de união estável, criada pela lei 9.278, de 10 de maio de 1996, recebeu no novo Código amplo espaço.

Essa é exatamente a redação dada ao artigo 1.723, repetindo, aliás, o teor do artigo primeiro, da referida lei. Logo a seguir, no parágrafo primeiro do artigo 1.723, o legislador esclarece que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521, excluído o caso de a pessoa casada achar-se separada de fato ou judicialmente. Já as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Preocupando-se com o patrimônio eventualmente adquirido pelos companheiros, o Código prescreve, em seu artigo 1.725, que "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Aí está bem claro que a regra adotada para o regime de bens nesta espécie de relação é igual à do casamento. E se os companheiros decidirem formalizar contrato disciplinando suas relações patrimoniais, poderão escolher o regime que lhes aprouver, como, aliás, ocorre no casamento com o pacto antenupcial.

Esses são alguns pontos que nos levam a crer que a união estável aproxima-se cada vez mais do casamento, chegando mesmo a levar, sobre ele, algumas vantagens, como veremos.

É o que acontece com a pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente, que pode constituir união estável, mas não pode contrair novo matrimônio enquanto não ocorrer o divórcio. Quanto às causas suspensivas, já vimos que não impedem a formação dessa espécie de relação.

Podemos acrescentar a restrição imposta pelo artigo 1.641 à pessoa com mais de 60 anos, que deverá adotar, obrigatoriamente, o regime da separação, caso venha a contrair matrimônio, o que não acontecerá se, em lugar de casar, resolver constituir união estável.

Não podemos ignorar, ainda, que o companheiro ou companheira participará da sucessão do outro (artigo 1.790), quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I- se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II- se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III- se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; e

IV- não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Voltando a falar do contrato celebrado entre os companheiros, não há dúvida de que, se feito por instrumento particular, será registrado no cartório de títulos e documentos, mas não afastamos a possibilidade de, no futuro, ter ingresso no registro imobiliário.

Depois de tudo o que vimos, alguém indaga: e o velho concubinato, desapareceu com a união estável? A resposta quem dá é o próprio código em seu artigo 1.727, segundo o qual: "as relações não eventuais, entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

## Pacto comissório

Decidimos abrir espaço aqui para ele a pedido de alguns colegas que observaram, acertadamente, aliás, que não o abordamos em nosso trabalho.

Não o fizemos porque o artigo 1.163 do Código de 1916 foi revogado, não tendo o novo Código contemplado, de forma clara, expressa, tal espécie de pacto.

Em consequência desse silêncio, notários e registradores ficaram em dúvida sobre a possibilidade de continuarem utilizando-o nas escrituras de venda e compra.

Tal dúvida é justificável porque parece que a intenção do legislador foi, realmente, a de acabar com essa figura jurídica, em face da diversidade de contratos que podem ser adotados, evitando o seu uso, como a promessa de venda, a hipoteca e a alienação fiduciária.

Exame mais atento, no entanto, nos revela que a liberdade de contratar foi assegurada pelo legislador (art. 421).

Assim é que, a rigor, nada impede que, em uma escritura de compra e venda e, os contratantes estabeleçam que, na falta de pagamento do preço estipulado, ou parte dele, o contrato se desfaça.

Isso se justifica pelas seguintes razões: são lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes (artigo 122); nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprir sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (artigo 476), e é por essa razão que é reconhecida a existência, nesses contratos, da cláusula resolutiva tácita; é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas no Código Civil, parecendo claro que a atipicidade diz respeito a formas contratuais não previstas (artigo 425); a cláusula que, no caso, implica a extinção do direito por falta de pagamento do preço estipulado, é uma condição resolutiva expressa e, nos termos do artigo 474, opera de pleno direito.

Ademar Fioranelli, em sua conhecida obra *Direito Registral Imobiliário*, afirma, citando Serpa Lopes, Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro, que, apesar de a cláusula resolutiva expressa operar de pleno direito, impõe-se a intervenção judicial para desfazer o contrato.

Existe, nessa afirmação, aparente contradição. O parágrafo único do Código de 1916 já dizia que "a condição resolutiva da obrigação pode ser expressa ou tácita, operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo".

Quanto à tácita ou implícita existente nos contratos bilaterais, não existe nenhuma dúvida de que se faz necessária a apreciação judicial. Contudo, tratando-se de cláusula expressa, em princípio, a rescisão deveria ocorrer pela forma convencional entre as partes, subentendida aí a notificação extrajudicial da parte inadimplente.

Realmente, em sua festejada obra, em que comenta o Código de 1916, no volume *Contratos*, ao falar do pacto comissório, Orlando Gomes leciona o seguinte: "Uma vez que é estipulada no contrato, a faculdade de resolução se exerce, ob-

viamente, pela forma convencional, mas, diferentemente do que se verifica com a cláusula resolutiva tácita, entendem alguns que a resolução dispensa a sentença judicial. Havendo pacto comissório expresso, o contrato se resolve de pleno direito”.

É verdade que, inexistindo vício no contrato e ocorrendo os pressupostos de boa-fé e lealdade contratual, o juiz, mesmo que haja contestação, limitar-se-á a declarar a resolução.

Em que pesem, portanto, os sérios argumentos contrários, parece-nos que, do ponto de vista do registrador, é recomendável determinação judicial para o cancelamento do registro correspondente, caso, evidentemente, o vendedor não prefira exigir o preço.

# O novo Código Civil e a estrutura registral

**Décio Antônio Erpen**



O doutor Décio Antônio Erpen é desembargador aposentado no Rio Grande do Sul. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro O novo Código Civil e o registro de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

O Código Civil é um produto de dois mil anos de civilização. Juízes e promotores sempre se preocuparam com a ruptura da ordem, mas nunca cuidaram da prevenção dos litígios, por isso é muito importante ver o Ministério Público, pela primeira vez, agindo no campo da normalidade.

A universidade não forma juristas, mas sim advogados. Ela ensina o aluno a fazer petições e recursos, mas não o prepara para a elaboração de uma minuta de contrato de locação, uma promessa de compra e venda ou um testamento. O aluno não aprende nada disso porque o costume é trabalhar na ruptura da ordem jurídica.

Quando o Código Civil for bem conhecido e bem aplicado, o Código de Processo Civil ficará vazio, porque um é o Código da vida e o outro o da anormalidade.

No Código Civil de 1996 tínhamos três princípios, dois deles bem aplicados e o terceiro desconhecido, quais sejam, a segurança jurídica, a justiça e a oportunidade da norma.

Se nos socorrermos do Código Civil hoje vigente, veremos que a segurança jurídica aumentou. O legislador aboliu algumas aventuras que magistrados e advogados mais afoitos faziam. Como desembargador, tive a oportunidade de ver vários mandados determinando registro de promessa de doação, como se direito real fosse. Hoje, o legislador entende que promessa de compra e venda é aquela que, obrigatoriamente, tem de ter esses requisitos.

Antigamente, havia um provimento da corregedoria que dizia que quando era exigida a escritura pública para o ato principal, se permitia que o ato preparatório, a procuração, fosse feita por ato particular. Desse modo, quebra-se o princípio da pariformidade, pois a forma é um elemento de segurança jurídica. Atualmente, o Código Civil é mais duradouro que a Constituição, que deveria ser o elemento mais estável.

## Segurança jurídica

Quando falamos de segurança jurídica, falamos de três baluartes: o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

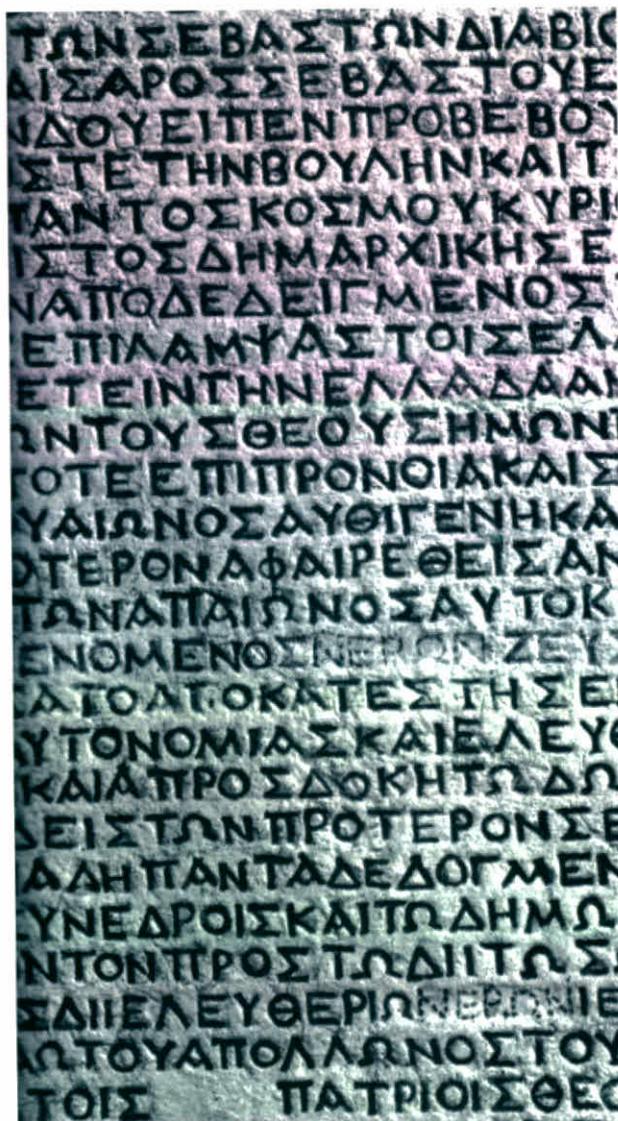
Um pequeno grupo diz que o direito adquirido tem que ser uma coisa relativa; sobre o ato jurídico perfeito dizem que é adquirido desde que não seja anti-social; e a coisa julgada, principalmente no que diz respeito à matéria de família e investigação de paternidade, dizem que não pode ser um dogma de fé, mas sim um elemento de segurança.

A idéia, nesse caso, é criar uma consciência de segurança jurídica não só para resguardar uma eventual aposentadoria, mas para sabermos o mundo que daremos aos nossos filhos e netos.

Notários e registradores operam sobre o ato jurídico perfeito e outorgam a segurança jurídica.

O Direito alemão diz que o *Direito inseguro é um Direito injusto*, por isso é necessário trabalhar com a segurança jurídica, com o ato jurídico perfeito e com a preservação de outros institutos. Assim como esses institutos, a divisão dos poderes custa caríssimo a um país, mas é a única forma de se evitar uma ditadura.

O Código Civil dedicou três artigos às promessas de compra e venda. O primeiro ato de informalidade partiu do decreto-lei 58/37 que permitiu a dispensa da escritura pública na formaliza-



Tradução em grego de um discurso de Nero, 146 a.C.

ção dos contratos. Dispensava-se a escritura pública porque existia um contrato-padrão que era submetido ao exame minucioso do oficial de registro. Assim, o legislador mais afoito, mediante a lei 649, alterou o artigo 22, substituindo a escritura pública por tudo que era papel, num verdadeiro mercado persa, onde o magistrado entendia que a jurisdição podia suprir a vontade como se o juiz pudesse criar direitos reais, que só são criados por lei.

Para evitar esse tipo de negócio em que prevalece o instrumento particular, principalmente pensando-se no cidadão de baixa renda, seria mais sensato que o custo das escrituras permitisse a utilização do ato jurídico perfeito. Estamos trabalhando para combater a forma inú-

til e manter a forma solene como um fator de segurança.

No que se refere à boa-fé, que é um elemento muito forte dentro do Código Civil, temos a chamada *publicidade*. É preciso criar um mecanismo forte e duradouro para conhecer a situação jurídica da coisa e a capacidade da pessoa.

O registro de imóveis veio representar o princípio da inscrição, trazer um fato jurídico para dentro de um sistema no qual um órgão específico de publicidade vai dar ciência do ato. O antigo Código falava em transcrição, a lei 6.015/73 usou o termo

registro e, agora, o atual Código Civil consolidou o princípio da inscrição, que nada mais é que um termo genérico que compreende averbação e registro como um ato principal.

### Direitos reais

Outros dois princípios que têm muita pertinência no campo registral são o princípio domiciliar e o da territorialidade.

Em se cuidando de direitos reais, o princípio da territorialidade diz que se um imóvel for comprado em Manaus, por exemplo, o registro tem de ser feito em Manaus, ou seja, é o mesmo que se ter uma conta em um banco fora do seu estado e ter que ir até lá para retirar um extrato bancário.

Quanto ao princípio domiciliar, ao invés de ser aprimorado e interligado, foi desprestigiado. O artigo nono do Código Civil dispõe que serão registrados em registro público: os nascimentos, casamentos e óbitos; a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; a sentença declaratória de ausência e de morte presumida. E o artigo dez diz que "far-se-á averbação em registro público: I- das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; II- dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação; III- dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção."

Diante do que expõem os referidos artigos, indagamos: a união estável e a separação de fato não são atos registráveis? Acredito ser possível manter o ato principal dentro do princípio domiciliar.

Só existem duas maneiras de aquisição por direito real sem registro, uma é a usucapião e a outra é a servidão aparente e contínua. Esses dois casos resistem por conta da teoria da aparência.

### Outras alterações

Outra alteração introduzida no Código Civil foi a diferenciação entre autenticação e autenticidade. Autenticação é o ato em que se procura outorgar a fé pública. A autenticidade dá circunstância aos documentos não-autênticos que foram autenticados, como também existem documentos autênticos que não são autenticados, aliás, o que ficou mantido.

A alienação fiduciária é um místico de direito real de aquisição e de garantia, uma forma híbrida que pode ser real ou pessoal. A alienação fiduciária de bens imóveis é um direito real tanto

*"O artigo 1.137 do antigo Código Civil dispunha que o adquirente poderia dispensar as negativas, o que não foi mantido pelo novo Código, que no seu artigo 215, V, faz referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato, ou seja, a negativa correspondente ao imposto compatível do ato."*

quanto a alienação fiduciária de bens móveis. O princípio é o mesmo.

No tocante às escrituras públicas, fiz, recentemente, um estudo em que me assolaram algumas dúvidas quanto às negativas. O artigo 1.137 do antigo Código Civil dispunha que o adquirente poderia dispensar as negativas, o que não foi mantido pelo novo Código, que no seu artigo 215, V, faz referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato, ou seja, a negativa correspondente ao imposto compatível do ato. A pessoa tira as negativas e quando vai levar a escritura à pessoa que estava prometendo o imóvel à venda, percebe que acabou se constituindo uma hipoteca, prejudicando o ato.

# Da chamada aquisição da propriedade por interesse social

**Armando Antônio Lotti**



O doutor Armando Antônio Lotti é procurador de Justiça, coordenador do Centro de Apoio Operacional da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro O novo Código Civil e o registro de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

Estabelecer parâmetros sobre novo instituto, sem qualquer precedente no ordenamento jurídico, é empreitada ousada, principalmente se o enfoque a ser desenvolvido esbarrar em respeitáveis ponderações doutrinárias que, valorando *a priori* o espírito social da norma, outorgaram-lhe outros contornos. Refiro-me, especificamente, à inédita forma de aquisição da propriedade, mediante a satisfação de determinados pressupostos e pagamento de justa indenização, prevista nos parágrafos quarto e quinto do artigo 1.228 do novo Código Civil, a saber.

“Parágrafo quarto. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininter-

rupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Parágrafo quinto. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

Descortiná-la, dentro da velha tradição socrática, é responder, por primeiro, se se trata de modo originário ou derivado de aquisição do domínio. Obtida a resposta, há um rumo a ser seguido. Sem ela, as premissas estabelecidas perdem substância.

Urge que se proceda análise no que toca ao modo de aquisição da propriedade na hipótese em comento: se originária ou derivada. E a importância de tal investigação repousa nas consequências que dela advirão.

Com efeito, se é modo originário de aquisição, a propriedade passa ao patrimônio dos adquirentes em toda a sua plenitude, surgindo sem dependência com qualquer relação anterior, não sofrendo as limitações impostas aos antecessores do proprietário. Gera, no plano registral, por consectário, a abertura de matrícula nova, inédita.

Mas, ao contrário, se é forma derivada, a integração se faz com os mesmos atributos do antigo titular, reclamando, inclusive, comprovação da legitimidade deste. Preserva-se, nesse caso, o princípio da continuidade dos registros. Conforme o magistério de Maria Helena Diniz, por exemplo, se a *res soli* é adquirida de modo derivado, a transmissão se dá “com os mesmos caracteres ou restrições que tinha em mãos do antecessor, de maneira que, se a propriedade era resolúvel, o adquirente não pode tê-la plena. Se sobre o bem recair uma servidão, o comprador não pode desprezar esse ônus”. E o critério que hoje é aceito, quase de forma unânime, tanto na doutrina como na jurisprudência, é aquele que caracteriza a aquisição como sendo originária, quando a titularidade, na dicção de Marco Aurélio S. Vianna, “nasce sem vinculação com o passado, inexistindo relação entre o adquirente e o precedente sujeito de direito, não há transmissão

de um sujeito para outro.

De outro modo, na aquisição derivada, a titularidade resulta de uma transmissão feita para o adquirente, estabelece-se uma relação entre o sucessor e o sucedido". Em outras palavras, na aquisição originária, dispensa-se o título, pois não há qualquer relação de causalidade entre o domínio atual e o estado jurídico anterior. E no modo derivado, o título é visceral, pois entre o

à evidência, eventual gravame ser valorado por ocasião da fixação do *quantum* indenizatório.

Afastam-se, com isso, as idéias de usucapião ou desapropriação como paradigmas do novel instituto. Usucapião não é, porque a aquisição, na espécie, dá-se, como já dito, pelo registro do título – carta de sentença – após o pagamento do preço e não pela satisfação, tão-só, dos pressupostos de natureza objetiva e sub-

*"... o bem imóvel afetado pelo interesse social, se desapropriação fosse, deveria ingressar no patrimônio público e, após, v. g., mediante contrato de concessão de uso de bem público, seria outorgada aos possuidores a faculdade de utilizar o imóvel em questão. Ocorre que o parágrafo quinto do dispositivo em comento estabelece, estreme de dúvida, que 'valerá a sentença como título para o registro do imóvel em favor dos possuidores'"*

adquirente e o transmitente existe uma relação de causalidade, representada por um fato jurídico.

O novel instituto em comento afeiçoa-se, no meu sentir, ao modo derivado de aquisição da propriedade, pois, ainda que a transmissão se opere, em realidade, compulsoriamente, em face do transmitente, de forma análoga à adjudicação, o direito dos adquirentes vai depender da carta de sentença, verdadeiro título, a ser expedida pelo juiz, após a satisfação das condições previstas no parágrafo quarto e pagamento do preço referido no parágrafo quinto. O juiz, assim, mediante a satisfação dos pressupostos do parágrafo quarto pelos adquirentes, vai suprir, de forma compulsória, a vontade do proprietário no sentido da transmissão da propriedade. Mas essa transmissão não irá se operar nesse momento, dependendo, ainda, da contraprestação pecuniária. O domínio só irá tornar-se perfectível em mãos dos adquirentes, pois, com o registro do título. A propriedade é transmitida com as qualidades, defeitos e limitações de que se revestia na titularidade do seu proprietário anterior, devendo,

jetiva previstos no parágrafo quarto. Repele-se também a idéia de desapropriação. Primeiro, porque o poder Judiciário estaria pronunciando-se sobre mérito administrativo, criando verdadeiro "dever de desapropriar", emitindo juízo axiológico sobre ato cuja iniciativa é exclusiva da administração, em clara afronta aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes. Segundo, porque a aquisição da propriedade prevista no artigo 1.228, parágrafos quarto e quinto, do novo Código Civil, pelo que se extrai da própria interpretação literal, envolverá particulares: o autor da reivindicatória, proprietário da *res soli* litigiosa, e os réus que se encontram na posse desta; não sendo lícito, assim, acometer-se dever ou obrigação a quem não participou da relação processual – no caso, o ente público. Terceiro, porque o bem imóvel afetado pelo interesse social, se desapropriação fosse, deveria ingressar no patrimônio público e, após, v. g., mediante contrato de concessão de uso de bem público, seria outorgada aos possuidores a faculdade de utilizar o imóvel em questão. Ocorre que o parágrafo quinto do

dispositivo em comento estabelece, estreme de dúvida, que “valerá a sentença como título para o registro do imóvel em favor dos possuidores”.

Escrita lapidária romana, século III a.c.



Outro tema a ser investigado é a justa indenização prevista no parágrafo quinto. No plano do Direito administrativo, mais especificamente na desapropriação, na lição de Hely Lopes Meirelles, “indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como também os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do

despojamento do seu patrimônio.” Tenho que esse critério não pode ser aproveitado para efeitos de fixação do *quantum debeatur* em sede de aquisição por interesse social. E isso porque, em tal situação, não se cogita, por exemplo, de juros compensatórios – não há imissão provisória na posse do bem – ou honorários incidentes sobre a diferença entre o valor ofertado e o valor fixado judicialmente. O preço a ser fixado judicialmente, em realidade, tendo como superdâneo o mercado, deverá levar em conta a existência de gravames onerando a *res soli* litigiosa. Cumpre destacar, ainda, que o preço deve ser fixado e satisfeito, como condição para o acolhimento da exceção, no *curso* do processo, antes da sentença ser proferida. Remeter o anterior proprietário à execução, caso não haja pagamento, é, em realidade, reconhecer a não-satisfação das condições pelos adquirentes.

A exigência de boa-fé de parte dos adquirentes, por sua vez, vai inibir, consideravelmente, o instituto, pois afasta, *icto oculi*, situações de ocupação consolidada. A par disso, os parágrafos quarto e quinto, a curto prazo, sofrerão a concorrência do usucapião coletivo previsto no artigo décimo do Estatuto da Cidade, modo originário de aquisição da propriedade, não reclamando contraprestação pecuniária.

Por fim, a lei não estabelece definição do que venha a ser extensa área. É verdade que a lei 9.785/99, conferindo nova redação ao parágrafo primeiro do artigo quarto da lei 6.766/79, prevê a possibilidade de os municípios fixarem “áreas mínimas e máximas de lotes”. Mas, ainda assim, não se teria, necessariamente, em um lote com dimensão máxima, uma extensa área para fins do parágrafo

quarto do artigo 1.228 do Código Civil.

A melhor solução é verificar, de forma casuística, tal pressuposto. Se algum critério abstrato tivesse de ser construído, poder-se-ia conceber como extensa área aquela que, sujeita ao parcelamento do solo urbano, resultasse em loteamento, em razão da necessidade de introduzirem-se novos equipamentos urbanos, diversa do desmembramento, onde há aproveitamento integral do todo maior. Observa-se que o critério aqui sugerido só tem valia para as hipóteses de área urbana, não se podendo olvidar, entretanto, que, em tese, aplicam-se os dispositivos em análise, por igual, às áreas rurais.

## Conclusão

Em síntese, o artigo 1.228, nos seus parágrafos quarto e quinto, do Código Civil de 2002, criou inédita forma de aquisição da propriedade, mediante a satisfação de pressupostos específicos – parágrafo quarto – e subsequente pagamento de justa indenização – parágrafo quinto.

Imprescindível, assim, examinar se o novel instituto é modo originário ou derivado de aquisição do domínio, com a consecutória repercussão no plano registral.

Partindo da constatação de que, na espécie, o direito dos adquirentes dependerá da carta de sentença, verdadeiro título, a ser expedida pelo juiz, a aquisição dar-se-á de modo derivado, cuja propriedade é transmitida com as qualidades, defeitos e limitações que se revestia na titularidade de seu proprietário anterior. Preserva-se, com isso, o princípio da continuidade dos registros. Usucapião ou desapropriação, assim, não são paradigmas para a aquisição da propriedade por interesse social.

A justa indenização prevista no parágrafo quinto do artigo 1.228 do Código Civil, por sua vez, não terá os mesmos contornos da justa indenização para efeitos de desapropriação, pois naquele *quantum* não se cogita, por exemplo, de juros compensatórios – não há imissão provisória na posse do bem – ou honorários incidentes sobre a diferença entre o valor ofertado e o valor fixado judicialmente. O preço a ser fixado pelo juiz, em realidade, tendo como supedâneo o

mercado, deverá levar em conta a existência de gravame onerando a *res soli* litigiosa. O leito natural para o reconhecimento do direito de aquisição ora em debate é a *exceptio* argüida em sede reivindicatória. Não se descarta, também, a possibilidade de os adquirentes buscarem o reconhecimento do seu direito, via ação ordinária, com angularização singular da relação processual – formatando litisconsórcio ativo necessário dos adquirentes e figurando no pólo passivo da relação processual, tão-somente, o proprietário –, circunstância essa que destaca o modo derivado de aquisição – não se pode olvidar que o usucapião, modo originário de aquisição da propriedade, por essa característica nuclear, reclama a angulação plúrima da relação processual, com a citação dos sujeitos passivos específicos e dos chamados sujeitos passivos totais.

Por derradeiro, ao se exigir boa-fé dos adquirentes, o legislador limitou, em muito, a incidência do instituto, afastando, por exemplo, as chamadas ocupações consolidadas, que serão objeto de regularização pela via do usucapião – artigos nono e décimo do Estatuto da Cidade.

## Referências bibliográficas

COSTA, Judite Martins. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.68-9.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*, 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.237.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Administrativo – Desapropriação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v.IX, p.71-2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v.4, p.98.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Administrativo*, 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.517-8.

NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*, 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p.242.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v.3, p.109.

# Sociedade formada por cônjuges e o NCC

## Pablo Stolze Gagliano

### Pablo Stolze Gagliano



O doutor Pablo Stolze Gagliano é juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, da Escola de Magistrados da Bahia, co-autor da obra Novo Curso de Direito

Civil (Saraiva). A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro O novo Código Civil e o registro de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

O novo Código Civil, em seu artigo 977, do livro de Direito de Empresa, dispõe ser "facultado aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória".

Tal dispositivo, duramente criticado pela doutrina, deverá causar controvérsias e colocar em difícil situação determinadas sociedades que, há anos, atuam no mercado. Advirta-se, aliás, que nos termos do seu art. 2031, "as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma

das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir da sua vigência", abrindo-se igual prazo aos empresários.

Naquilo, pois, que os atos constitutivos dessas pessoas jurídicas forem incompatíveis com a nova disciplina legal, o legislador abriu o prazo de um ano para que se procedessem com as necessárias modificações.

Com isso, uma primeira interpretação do Código conduz à idéia de que a sociedade formada com a presença de marido e mulher, desde que casados sob o regime da *comunhão universal* ou da *separação obrigatória*, tem o prazo de um ano para ter o seu contrato social modificado, com a saída de um ou de outro, e o ingresso de um terceiro, sob pena de ser considerada ineficaz.

A impressão que se tem é de que a lei teria *oficializado a figura do laranja*.

Tudo isso porque, inadvertidamente, o legislador firmou uma espécie de *presunção de fraude* pelo simples fato de os consortes constituírem sociedade, impondo-lhes o desfazimento da sociedade, se forem casados sob os regimes referidos pelo artigo 977.

Não concordamos com essa posição.

A condição de casados, por si só, ou a adoção deste ou daquele regime, não poderia interferir na formação de uma sociedade, sob o argumento da existência de fraude.

Toda fraude deve ser apreciada *in concreto*, e não segundo critérios *apriorísticos* injustificadamente criados pelo legislador.

O que dizer, então, daquela sociedade formada há anos por pessoas casadas em regime de comunhão universal de bens?

Desfazer-se da empresa?

Providenciar um substituto às pressas?

Em nosso entendimento, a solução está na alteração do regime de bens, *desde que não haja prejuízo a terceiros de boa fé*, especialmente os credores.

Como sabemos, o artigo 1.639, parágrafo segundo, admite a "alteração do regime, no curso do casamento, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas, e ressalvados os direitos de terceiros".

Já defendemos, aliás, que, a despeito de o artigo 2.039 determinar que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1ª janeiro de 1916, é por ele estabelecido”, esta regra apenas explicita que para os casamentos anteriores ao Código de 2002, o juiz, quando da separação ou do divórcio, não poderá lançar mão das regras do novo Código Civil referentes às espécies de regimes de bens (art. 1.658 a 1.688), para efeito de partilhar o patrimônio do casal. Deverá, pois, aplicar ainda os dispositivos do Código de 1916 (art. 262 a 311).

Entretanto, no que tange à sua modifica-

(art. 1.517, par. ún.). Nesse caso, o regime é o de separação obrigatória (art. 1641, III). Teria sentido, pois, à luz da mudança de paradigmas proposta pelo novo Código, que essas pessoas vivessem 40, 50 ou 60 anos unidos sob o intransponível regime da separação obrigatória? Ou não poderia o julgador, analisando com cautela o caso concreto, afastar a rigidez da norma e, sem prejuízo aos terceiros de boa fé, permitir a modificação de regime?<sup>2</sup>

Por tudo que se expôs, concluímos que, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do novo Código –, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do re-

*“Por tudo que se expôs, concluímos que, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do novo Código –, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, eis que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas”*

ção (inovação do Código de 2002, art. 1639), pelo fato de o regime de bens consistir em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução, a alteração poderá ocorrer mesmo em face de matrimônios anteriores à nova lei.<sup>1</sup>

Aliás, essa possibilidade de incidência do Código novo em face de atos jurídicos já consumados, mas de execução continuada ou diferida, apenas no que tange ao seu aspecto *eficaz*, não é surpresa, consoante se pode constatar da análise do artigo 2.035 do presente Código, referente aos contratos.

E note-se que, mesmo as pessoas casadas sob o regime de separação obrigatória poderão, *excepcionalmente*, e desde que o juiz avalie a *justa causa* da medida, realizar a mudança do regime. Darei um exemplo. Imagine que dois jovens se casem por força de suprimento judicial

gime, eis que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas.

Tal providência se nos afigura bastante útil especialmente para as centenas – senão milhares – de pessoas casadas sob o regime de comunhão universal e que hajam estabelecido sociedade comercial antes da entrada em vigor do novo Código.

É preciso, em face das perplexidades existentes em inúmeros pontos do novo diploma, que afastemos formalismos inúteis, visando imprimir plena eficácia à nova lei, sem prejuízo da dinâmica das relações econômicas, e, principalmente, dos ditames constitucionais, a exemplo da *valorização social do trabalho* e da *livre iniciativa*.

Por isso, defendemos a possibilidade da mudança do regime de bens, a critério do magistrado, a quem se incumbe a tarefa de avaliar, ouvido sempre o Ministério Público, em procedi-

mento de jurisdição graciosa e com ampla publicidade, a conveniência da medida.

## Notas

<sup>1</sup> Este também é o pensamento de Luiz Edson Fachin e Silvio de Salvo Venosa, consoante palestras ministradas pelos ilustrados juristas na inauguração do Curso Satelitário Ielf-Prima (SP), por ocasião do Seminário sobre o novo Código Civil coordenado por Pablo Stolze Gagliano.

<sup>2</sup> Assim pensa Silvio Venosa, segundo nos foi passado pessoalmente pelo ilustre professor paulista, em consulta que fizemos a respeito do tema.

# Introdução ao direito conjugal patrimonial

**Silvio de Salvo Venosa**



O doutor Silvio de Salvo Venosa é ex-juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sócio do Demarest e Almeida Advogados, membro da Academia Paulista de Magistrados e autor de obra completa sobre Direito Civil, em sete volumes, pela Atlas. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

## Introdução ao direito conjugal patrimonial

O casamento irradia uma série de efeitos de natureza social, pessoal e patrimonial. A ordem constitucional do Estado reconhece que a família é sua base social. Além de suprimir a distinção entre os filhos de qualquer origem, nossa Constituição de 1988 reconhece e protege a união estável. Dentre os efeitos pessoais gerados pelo matrimônio, ressalta a mudança de estado civil. O *status* de casado acarreta uma nova série de atribuições legais. As relações pessoais entre os cônjuges e o relacionamento com os filhos são os aspectos que se destacam. Por fim, os casamentos geram direitos patrimoniais. Cria-se um patrimônio comum; há dever de assistência recíproca entre os cônjuges e deles com os filhos; usufruto dos bens dos filhos sob pátrio poder; direitos sucessórios, etc.

### Direito patrimonial entre os cônjuges

Quanto aos efeitos patrimoniais, o artigo 230 do antigo Código dispunha: "O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável". O atual Código, porém, altera essa sistemática que teve vigência no ordenamento anterior, ao dispor, no artigo 1.639, parágrafo segundo: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".

Regime de bens consiste no regulamento dos interesses patrimoniais dos esposos durante o casamento. No sistema anterior, eram quatro os regimes disciplinados: comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal. A comunhão parcial, a partir da lei 6.515/77, é o regime que vigora no silêncio das partes, mantida a mesma situação no Código em vigor (art.1.640), que suprime o regime dotal, incluindo o de participação final de aqüestos.

O pacto nupcial firmado por escritura pública e que deve anteceder ao casamento, pode escolher qualquer dos outros sistemas bem como combiná-los entre si. O regime de bens entre os

cônjuges tem início na data do casamento. Essa dicção do artigo 1.639, parágrafo primeiro, que repete o artigo 230, do Código de 1916, veio para resolver dúvida do sistema pré-codificado, que exigia a consumação do casamento para o início de vigência do sistema patrimonial, o que trazia imaginável instabilidade.

Afora as exceções que impõem o regime de separação, nosso sistema é flexível no tocante à escolha do regime de bens para o futuro casal, permitindo-lhe que escolha as regras a seu contento. Como, na maioria das vezes, os casais são jovens, sem patrimônio considerável, a partir da lei introdutória do divórcio, entendeu-se que, no silêncio dos interessados, deviam se comunicar para o patrimônio comum os aqüestos, isto é, os bens adquiridos após o matrimônio. Há, portanto, um caráter institucional no regime de bens do casamento. Dele não se prescinde em qualquer situação matrimonial.

O antigo artigo 235 elencava os atos que o marido, em qualquer que fosse o regime de bens, não poderia praticar sem o consentimento da mulher. Eram situações de ausência de legitimação para o ato.

Na nova filosofia, o artigo 1.647 do Código atual relaciona os atos que *nenhum dos cônjuges* pode praticar sem autorização do outro, "exceto no regime da separação absoluta": "I- alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II- pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III- prestar fiança ou aval; IV- fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada."

O corrente diploma normativo aboliu a restrição, se o regime de bens entre os cônjuges for o da separação absoluta. Se os bens de cada consorte não se comunicam de forma alguma, não há sentido, como fora estabelecido no sistema anterior, que o cônjuge obtivesse a autorização do outro para a prática de determinados atos de responsabilidade patrimonial.

A outorga conjugal é necessária para atribuir legitimação para tais atos. É ineficaz qualquer dispositivo em contrário, que seja aposto

em pacto antenupcial. A autorização para esses atos deve ser escrita, expressa, cabal, específica e inserida em instrumento idôneo. Se se referir a imóveis, acima do valor legal, deve vir em instrumento público. A autorização genérica para a prática de determinados atos deve ser vista com restrições e não pode ser admitida pelos interessados, sob pena de vir a ser questionada de futuro.

Entende-se que esses atos de disposição podem, em princípio, pôr em risco o patrimônio necessário para a subsistência e manutenção do lar, ainda que digam respeito a bens de um só dos esposos. Busca-se a segurança econômica da família. Admite-se que os bens imóveis são os que permitem mais estabilidade econômica. A norma é de ordem pública. Entende-se atualmente que, para os compromissos de compra e venda de imóveis, também atos de disposição, é igualmente necessária a outorga conjugal.

A nulidade é textual. A ação anulatória dos atos praticados sem outorga conjugal, porém, é privativa do outro cônjuge ou de seus herdeiros, pois os interesses tutelados são privados.

Anote-se que, ao tratar do direito de empresa e visando resolver problema arduo no mundo negocial, o atual Código estabelece, no artigo 978, que "o empresário casado, pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real".

Há que se examinar no caso concreto se o imóvel está relacionado como patrimônio da empresa.

A recusa injustificada do cônjuge para os atos relacionados no artigo 1.647 de nossa efetiva lei civil pode ser suprida pelo juiz. A mesma situação de suprimento do consentimento aplica-se, se, por qualquer motivo, a obtenção dessa manifestação de vontade mostrar-se impossível.

A fiança referida pela lei é de qualquer natureza, civil ou mercantil, embora essa distinção se torne despidianda no corrente Código Civil, que unifica os institutos. Essa restrição não atinja o aval de índole cambial do Código de 1916. Tantas foram as discussões e problemas que advieram dessa situação no passado que o vigente

Código resolveu ser expresso: o aval também necessita de autorização conjugal.

Esse consentimento para o aval será, sem dúvida, um entrave para o dinamismo dos princípios cambiários e exigirá mais cautelas para quem se utilizar dos títulos de crédito. A nosso ver, com essa exigência e outras modificações relativas aos títulos de crédito presentes no atual Código, estarão seriamente ameaçados os tradicionais princípios de autonomia e literalidade dos títulos cambiais.

se à possibilidade de doações nupciais aos filhos, quando se casarem ou estabelecerem economia separada (antigo artigo 236).

No passado, pretendeu-se ver nessa autorização possibilidade de doação de bens imóveis. Não há, porém, como se admitir alienação de bens imóveis sem outorga uxória, em face dos termos do artigo 1.647, I (antigo 235, I). Segundo Monteiro (1996, p.133), essa disposição é exceção à regra geral estampada no *caput*. Conclui-se que, se as doações forem para os filhos que se

*“Não há, porém, como se admitir alienação de bens imóveis sem outorga uxória, em face dos termos do artigo 1.647, I (antigo 235, I). Segundo Monteiro (1996, p.133), essa disposição é exceção à regra geral estampada no caput. Conclui-se que, se as doações forem para os filhos que se casam ou se estabelecem com economia separada, poderão ser de elevado valor, mas serão constituídas exclusivamente de bens móveis. Para a doação de imóveis, seja qual for o valor, há necessidade de outorga conjugal.”*

Refere-se ainda o artigo 1.647 (antigo 235) à “proibição de doações” não-remuneratórias, sem consentimento conjugal, com os bens comuns ou que possam integrar a futura meação. Nesse último tópico, o atual diploma passa a referir-se ao regime de comunhão final de aqüestos. Não pode, pois, o cônjuge fazer oferendas sem o acordo do consorte. A razão é intuitiva. Excluem-se as doações remuneratórias, uma vez que elas visam à retribuição por um serviço prestado. Segundo o Código de 1916, o “pequeno valor” autorizava a doação pelo cônjuge sem o consentimento do outro. A lei vigente suprime essa possibilidade, extirpando o subjetivismo que a expressão autorizava.

O parágrafo único do artigo 1.647 refere-

casam ou se estabelecem com economia separada, poderão ser de elevado valor, mas serão constituídas exclusivamente de bens móveis. Para a doação de imóveis, seja qual for o valor, há necessidade de outorga conjugal.

Sob a nova sistemática, nosso diploma em vigor afirma, no artigo 1.642, que, sob qualquer regime de bens, tanto o marido como a mulher pode livremente: “I- praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do artigo 1.647; II- administrar os bens próprios; III- desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consenti-

mento ou sem suprimento judicial; IV- demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do artigo 1.647; V- reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; VI- praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente”.

O dispositivo consagra expressamente o princípio pelo qual não se ampliam restrições legais: na forma do inciso VI, se não houver proibição expressa, o cônjuge possui legitimidade para a prática do ato.

Não mais se defere ao marido a administração de bens de seu cônjuge: cada um administrará seus próprios bens. De acordo com o artigo 1.651, quando um dos cônjuges “não puder exercer a administração” dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, ao outro caberá: I- gerir os bens comuns e os do consorte; II- alienar os bens móveis comuns; e III- alienar os imóveis comuns ou os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial. Trata-se de exceção à regra geral ora discutida, que somente pode ser aplicada nos casos em que o cônjuge estiver em situação de incapacidade de administrar seus bens, de forma permanente ou transitória.

## Bens reservados

O bem reservado da mulher, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, às quais aderimos, é instituto legal que não mais existe desde a Constituição de 1988, levando em conta a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. O atual Código suprime referência a essa classe de bens. Advertimos, porém, que há frondosa oposição doutrinária a esse entendimento. A tendência dos tribunais, contudo, propende a entender como não mais subsistentes os bens reservados da mulher, segundo a Constituição em vigor.

A principal distinção entre bens comuns e bens reservados residia nos poderes de administração, defesa, gozo e livre disposição por um só dos cônjuges. A alienação de bens imóveis, no entanto, necessitava da outorga conjugal, fosse qual fosse o regime de bens, cujo suprimento poderia ser obtido judicialmente. Entendia-se, de outra parte, que não haveria necessidade de ser declarada a natureza de bem reservado quando da aquisição do bem: essa qualidade decorria de sua própria natureza, conforme os princípios legais que o regiam, e poderia ser aferida posteriormente.

Com a isonomia do homem e da mulher no casamento, não há mais sustentação legal para a existência de bens reservados. Aponta Alexandre Alves Lazzarini (1993, p.70), que o artigo 246 do antigo Código e, conseqüentemente, o artigo 263, XII, do mesmo diploma, perderam sua vigência em face da Constituição de 1988, porque não foram recepcionados por contrariarem o disposto no parágrafo quinto do artigo 226 da Lei Maior. Sílvia Rodrigues (1999, p.150) entende também que é óbvia a revogação do artigo 246 pelo parágrafo quinto do artigo 226 da Constituição. Nesse sentido se posiciona amplamente a jurisprudência (TJSP, Ac. 198.949-1, relator Cezar Peluso, 16/11/93; TJSP, Ap. cível 210.631-1, relator Lino Machado, 1-11-94; TARS, Ap. cível 191165356, rel. Juracy Vilela de Souza, 25-2-92; e TJDF, Ap. cível 2904592, Ac. 62.616, rel. Nancy Andrichi, 15/2/93; RT 665/147).

## Regime de bens

Regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges. Há questões secundárias que também versam sobre o direito patrimonial no casamento que podem derivar do regime de bens, como o dever de alimentos à prole e o usufruto de seus bens, da mesma forma que importantes reflexos no direito sucessório.

Desse modo, a existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele. Ainda que os cônjuges não se manifestem, a lei supre sua vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento.

com a corrente lei civil vigente.

O Código Civil em vigor passa a admitir a alteração do regime de bens, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invo-

casadas e ressalvados os direitos de terceiros” (art. 1.639, §2º). Sem dúvida, os rumos tomados pela união estável sem casamento influenciaram o legislador: os companheiros sempre gozaram de mais mobilidade no tocante aos bens comuns. Manter a imutabilidade do regime de bens seria tratar o casamento de forma mais rigorosa que a união sem casamento.

Como se nota, contudo, não será livre a possibilidade de os cônjuges alterarem seu regime de bens, não se erigindo essa possibilidade em um direito meramente potestativo. A modificação do regime somente decorrerá de autorização mediante decisão judicial.

Até o advento da Lei do Divórcio (lei 6.515/77), a redação original do código anterior dispunha que no silêncio dos nubentes o casamento seria regido pelo regime da comunhão universal. Essa lei modificou tal orientação, dispondo que o regime da comunhão parcial regeria a vida patrimonial dos cônjuges na ausência de pacto antenupcial.

O atual Código Civil mantém essa mesma diretriz no *caput* do artigo 1.640: “Não havendo convenção antenupcial, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre os cônjuges o regime da comunhão parcial”.

Nosso presente diploma disciplina a comunhão parcial (art. 1.658 a 1.666); a comunhão universal (art. 1.667 a 1.671); a participação final nos aqüestos (artigos 1.672 a 1.686) e a separação de bens (artigos 1.687 e 1.688). Suprime-se o

Escrita em árabe, século XIII. a.c.



Nossa legislação civil, tanto a antiga como a atual, adota, como regra geral, a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial no casamento (art.1.639, antigo 256).

O Código de 1916 estabelecia a imutabilidade do regime de bens, ou melhor, sua irrevogabilidade (art.230) como garantia para os próprios cônjuges e para resguardo ao direito de terceiros. Não é mais o que ocorre entre nós,

regime dotal, de praticamente nenhuma utilização em nosso país, introduzindo-se o regime de participação final de aqüestros.

Vigorou, no sistema de 1916 e permanece no atual, salvo as situações de separação obrigatória, plena liberdade para os interessados na elaboração da escritura antenupcial, que somente encontra obstáculos em normas de ordem pública. Desse modo, os nubentes podem não só adotar um dos regimes descritos na lei bem como mesclá-los entre si.

Se os nubentes desejarem assumir o regime de comunhão parcial, não necessitarão de pacto. Se outra modalidade de regime for sua escolha, precisarão estipulá-la por meio de escritura pública. Portanto, embora seja facultativa a escolha do regime, os cônjuges necessariamente devem recorrer ao pacto, se não desejarem a comunhão parcial.

### **Separação obrigatória de bens**

Como já estudamos, existem exceções a essa autonomia de escolha em situações nas quais a lei impõe o regime da separação. Trata-se de regime obrigatório, imposto em determinadas condições, que não se confunde com o regime legal da comunhão parcial, supletivo da vontade dos interessados. Nesse sentido dispõe nosso diploma normativo: "Artigo 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II- da pessoa maior de sessenta anos; III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial".

O casamento de incapazes, sem autorização legal, é anulável. O mesmo ocorre com o casamento dos que não atingiram a idade núbil. A persistir o enlace, porém, o regime será o da separação.

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendia que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os

nubentes já está estabilizado e quando não mais se consorciavam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deveria ser peremptoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O atual Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos. Sílvio Rodrigues (1999, p.165) posiciona-se francamente contra a disposição, sustentando, com razão, que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual.

Quanto aos órfãos de pai e mãe, a lei antiga impunha o regime legal da separação, ainda que existisse a autorização do tutor. O Código em vigor não repete a disposição.

### **Referências bibliográficas**

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. 10.ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 5.ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. v.2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5.ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: familia*. Buenos Aires: Perrot, 1993. v.1.
- BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 4.ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. 3.ed. Paris: Económica, 1997.
- BUENO, Ruth. *Regime jurídico da mulher casada*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v.1.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille*. 20.ed. Paris: Presses Universitaires, 1999.
- CENEVIVA, Walter. *Anotações à legislação do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito ro-*

- mano. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1997.
- COLIN, Ambroise e CAPITANT, H. *Cours élémentaire de droit civil français*. 8.ed. Paris: Dalloz, 1934.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 9.ed. Lisboa, 1958.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1996.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.5.
- \_\_\_\_\_. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.
- GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*. Paris: Sirey, 1967.
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 5.ed. Paris: Arthur Rosseau, 1911.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JOHNSTON, David. *Roman law in context*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*. 18.ed. Paris: Sirey, 1932.
- MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 4.ed. Bruxelas: Bruylant Christophe, 1889.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: 1996. v.5.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família e do menor*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1993.
- PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatroz, 1970.
- PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v.1.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Direito de família. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SANTOS, Eduardo dos. *Direito da família*. Lisboa: Almedina, 1999.
- SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SOARES, Orlando. *União estável*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 33.ed. Padova: Cedam, 1992.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Direito de família*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- WALD, Arnaldo. *Direito de família*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Wambier, Teresa Arruda (Coord.). *Direito de*

família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 1995, 1996, 1999. v.4.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de familia*. 3.ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

# Condomínios, incorporações e o NCC

**Hélio Lobo Junior**



O doutor Hélio Lobo Junior é juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e conselheiro jurídico do Irib. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro*

de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

Com a vigência do novo Código Civil, diversas questões surgiram em relação ao condomínio edilício, que procurarei tratar de forma sucinta, tentando uma interpretação sistemática dos dispositivos.

## Condomínio tradicional

Basicamente, os preceitos continuam os mesmos. Pouca alteração aconteceu.

As principais características, decorrentes da legislação, assim podem ser relacionadas. a) A transitoriedade, vale dizer, a extinção em, no máximo cinco (5) anos, embora suscetível de prorrogação – artigo 1.320 e parágrafos do novo Código Civil, tema antes disciplinado pelos artigos 629 e 630 do Código Civil de 1916. b) O uso de todos, com a ressalva de que a exclusividade

dependerá do consentimento dos demais, bem como a ocupação de parte certa – artigo 1.314 e parágrafo único do novo Código Civil, antes tratado pelo artigo 633 do Código Civil de 1916. c) A preferência – a alienação deverá se submeter ao direito de preferência dos demais condôminos – artigo 504 do novo Código Civil, assunto antes tratado pelo artigo 1.139 do Código Civil de 1916. Nesse ponto, o legislador perdeu a oportunidade de inserir a regra do artigo 504 no capítulo referente ao condomínio, que melhor a abrigaria. De qualquer forma, o dispositivo referiu-se, expressamente, à decadência do direito daquele condômino que deixa de exercer sua preferência no prazo de 180 dias. d) A exigência da pluralidade de proprietários. e) A constituição – o surgimento por causa voluntária ou fortuita. f) As despesas – a possibilidade de exigir despesas apenas ligadas à conservação ou divisão da coisa – artigo 1.315 do novo Código, assunto antes tratado pelo artigo 624 do Código Civil de 1916. Cobrar despesas em outros casos exige contrato. g) Aplicação a terrenos e seus acessórios – essa espécie de condomínio aplica-se a terrenos, e a construção surge como acessório do solo.

## Condomínio tradicional e as alienações de partes ideais

O entendimento prevalente pode ser resumido no item 151, capítulo XX, das *Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo*, assim lançado. “É vedado proceder a registro de venda de frações ideais, com localização, numeração e metragem certa, ou de qualquer outra forma de instituição de condomínio ordinário que desatenda aos princípios da legislação civil, caracterizadores, de modo oblíquo e irregular, de loteamentos ou desmembramentos”.

Essa redação das normas, que é antiga, tem sido interpretada quanto ao seu alcance em diversos pareceres publicados nas *Decisões Administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça*, publicação que já chegou há mais de uma dezena de volumes.

A conclusão é pela proibição do registro de partes ideais sempre que o empreendimento

disfarce um parcelamento do solo, com a abertura de vias internas sob a forma de servidões ou meramente com a constituição fática de um núcleo habitacional com a roupagem do condomínio tradicional.

### **Condomínio edilício: diplomas vigentes**

Com o novo Código Civil, aparentemente teria havido revogação da lei 4.591, de 1964, pelo menos em sua parte inicial. Há quem afirme que ocorreu a revogação tácita (*Revista do Advogado* n.68, p.61). Essa assertiva, porém, não parece correta. A revogação ocorreu apenas na parte que conflituava com as disposições do novo Código Civil (art.2º, §1º, Lei de Introdução ao Código Civil). Confira-se, por exemplo, a prevalência integral do

4.591, de 1964, e mantido no novo Código Civil, não existe apenas no Brasil. O instituto se inspirou em normas de outros países, uma vez que, como ensina João Batista Lopes, "de um modo geral, todos os países civilizados admitem o instituto da propriedade horizontal" (*Condomínio*, 2.ed. RT, p.26), podendo ser citados, entre outros, a Espanha (lei de 21/7/60), Itália (Código Civil, de 1942), Portugal (Código Civil), Argentina (lei 13.512, de 1949), Alemanha (lei de 15/3/51) e França (leis de 1965 e 1967, que modificaram a anterior).

É bastante adequado. Permite a regulamentação da propriedade exclusiva conjugada com a coletiva. Permite a administração por meio de mecanismos jurídicos suficientes. Há neles um certo poder discricionário da administração, que é chefiada pelo síndico. É a coletividade adminis-

*"Nem sempre o condomínio edilício é instituído, quando deveria sê-lo, como, por exemplo, nos edifícios construídos pelo poder público – CDHU, Cingapuras e Cohabs. O poder público, não raro, permite a ocupação mediante termos e compromissos, sem transferir a administração aos próprios condôminos, o que a dificulta e causa o caos, a depredação e ainda o domínio por criminosos."*

capítulo referente às incorporações imobiliárias. Além disso, algumas disposições precisam ser, ainda, aproveitadas, como, por exemplo, o disposto no artigo oitavo, letras 'a' até 'd', da lei 4.591, de 1964. Se assim não se entender, estaria afastada a possibilidade de ser feito o condomínio edilício de casas térreas ou assobradadas, o que não parece nem um pouco razoável. Assim, permanecem em vigor, ainda, diversos preceitos da lei 4.591, de 1964.

### **Sistema de condomínio em edificações**

Esse sistema, praticamente trazido pela lei

trando o seu espaço, como se fora uma pequena cidade.

Conforme o jurista Caio Mário da Silva Pereira, "um prédio dividido em apartamentos autônomos, onde todos pertençam a um só dono, não constitui propriedade horizontal. Um prédio recebido em comum por diversos herdeiros, não obstante formar-se de apartamentos independentes, é propriedade (individual ou coletiva) regida pelo Código Civil. Propriedade horizontal haverá no momento em que, por destinação do proprietário ou por convenção entre co-proprietários, se institua, com subordinação às exigências da lei especial, mediante um ato de vontade

ou através de uma declaração de vontade, e cumpre-se revista da necessária autenticidade e publicidade o ato institucional, uma vez que, se o novo regime dominial afeta fundamentalmente o interesse e as relações entre as partes, repercute com freqüência na órbita patrimonial alheia e deve ser conhecido do público ou presumido tal" (*Condomínio e Incorporações*, Forense, 1981, p.118).

## Edificações feitas pelo poder público

Nem sempre o condomínio edilício é instituído, quando deveria sê-lo, como, por exemplo, nos edifícios construídos pelo poder público – CDHU, Cingapur e Cohabs. O poder público, não raro, permite a ocupação mediante termos e compromissos, sem transferir a administração aos próprios condôminos, o que a dificulta e causa o caos, a depredação e ainda o domínio por criminosos.

## A instituição e a constituição

O sistema prevê a instituição em termos registrários (art.1.332), bem como sua constituição por meio da convenção (art.1.333).

Um ato é interligado e dependente do outro para completar o que se entende por condomínio edilício.

A instituição deverá discriminar e individualizar as unidades de propriedade exclusiva, estremadas umas das outras e das partes comuns, determinando, ainda, a fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns, bem como o fim a que as unidades se destinam. A construção que implique nova unidade imobiliária dependerá da unanimidade dos condôminos (art.1.343, CC). Da mesma forma depende da unanimidade a mudança da destinação do edifício ou da unidade imobiliária.

Evidente, portanto, que a instituição do condomínio dependerá sempre da totalidade dos condôminos, bem como suas alterações posteriores.

Já a alteração da convenção, que o legislador denominou como sendo o ato que constitui o condomínio, exige, para seu registro inicial ou eventual, alteração, o *quorum* correspondente a dois terços dos condôminos (art.1.333, CC).

Seguiu, pois, o legislador, os mesmos parâmetros da lei 4.591, de 1964, malgrado a novidade terminológica que estabeleceu uma espécie de distinção entre a instituição e constituição do condomínio, que não havia anteriormente. Basta a singela leitura dos artigos sétimo e nono, parágrafos primeiro e segundo, da lei 4.591, de 1964, para perceber que tais dispositivos continham melhor redação e adequação terminológica.

## Prevalência do interesse coletivo sobre o individual

Feita essa colocação, admitida a existência de um sistema que tem funcionado bem em diversos países, há que se observar, para a exegese das normas, determinados princípios que informam o instituto.

Um primeiro deles pode ser posto em face da prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Como a finalidade do condomínio edilício é permitir a regulamentação e a administração da propriedade exclusiva conjugada com a coletiva, o próprio direito de propriedade em si, que hoje já encontra limitações constitucionais em face de sua função social, em se tratando de condomínio edilício, deve cuidar para que prevaleça sempre o interesse do condômino, mas respeitado, em primeiro plano, o interesse da coletividade de condôminos.

Se o direito à propriedade exclusiva, de qualquer modo, comprometer o direito de todos à própria manutenção do sistema preconizado, parece lógico que o individual sucumba ao coletivo.

Essa a exegese que se afigura mais apropriada à espécie.

Assim, a interpretação não poderá ser literal antes de se observar o método lógico-sistemático.

Por isso, é importante lembrar que, ao lado dos demais requisitos à instituição, previstos no artigo 1.332, existe a regra que exige a menção sobre "o fim a que as unidades se destinam" (art. 1.332, III).

Essa finalidade, que ficou decidida pela unanimidade dos condôminos e é exigida para eventuais alterações, apresenta-se como funda-

mental ao estabelecimento dos rumos a serem seguidos.

Dessa forma, se o edifício é de garagens ou comercial, a finalidade será, obviamente, diversa da puramente residencial.

A importância desse requisito será mais bem analisada quando do exame dos abrigos para veículos.

## O caráter institucional da convenção

Um outro princípio também deverá ser observado: o *caráter institucional da convenção condominial*, o que equivale a dizer que as normas nela estabelecidas ficarão sujeitas às novas disposições de ordem pública trazidas pelo novo Código Civil.

O artigo 1.334, reportando-se aos dispositivos constantes do artigo 1.332, acrescenta outros que devem, também e obrigatoriamente, constar das convenções de condomínio. A novidade encontra-se no seu inciso V, que faz o regimento interno integrar a convenção, implicando que, para ser alterado, assim como a própria convenção, deverá passar pelos votos favoráveis de dois terços dos condôminos.

Assim, se a convenção anterior tiver disposições que contrariem o novo Código Civil, ficará, desde logo, sujeita às normas legislativas posteriores, inexistindo, na espécie, a aplicação do princípio referente ao ato jurídico perfeito, tão-só porque a convenção foi feita ao tempo da lei revogada. Não se olvide que as relações entre condôminos continuarão ocorrendo, bem como os efeitos da convenção, não se podendo, obviamente, desprezar as novas normas de presumível interesse público.

Ademais, funcionando como uma pá de cal na discussão, existe o artigo 2.035, parágrafo único, do novo Código Civil, assim redigido: "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

A instituição condominial, porém, que é diferente da convenção, não precisará ter suas disposições alteradas, como, por exemplo, no que respeita ao valor das unidades, que só po-

derá ser mudado com a unanimidade dos condôminos.

As normas do Código Civil vigente substituem aquelas que eventualmente constem da convenção e com ele colidam. Quanto à instituição, a situação anterior será preservada porque já produziu efeitos no registro de imóveis.

## Inovações

Algumas inovações, todavia, foram claras. Já no artigo 1.331, parágrafo terceiro, instituiu-se o valor da unidade imobiliária para estabelecer a proporção da fração ideal no solo e nas outras partes comuns. Antes, a relação era entre os metros quadrados da unidade autônoma e a área total da edificação. Nada impede, porém, que esse valor seja calculado em função da relação da metragem quadrada da unidade e do total. De qualquer modo, um valor deve ser fixado – sem esquecer que, na incorporação, o valor é, em geral, unilateralmente estabelecido. Poderá haver, quanto a esse aspecto, fiscalização pelo registrador, mesmo porque há repercussão quanto às custas. A alteração, porém, só por unanimidade, tanto nos antigos condomínios como nos atuais. As situações anteriores prevalecem, desde que se constituam em ato jurídico perfeito.

Para os condomínios a serem constituídos, o incorporador tanto poderá continuar atribuindo à unidade o valor decorrente da relação entre a área de sua unidade e a área total do edifício como poderá atribuir um valor segundo outro critério por ele estabelecido. A novidade, pois, decorre da própria existência da norma – anteriormente, a lei era omissa –, mas a aferição desse valor deverá seguir critérios que já eram utilizados pelos instituidores/incorporadores, como, por exemplo, os decorrentes dos custos do terreno e construção. Quando a instituição/incorporação for feita por apenas uma pessoa, física ou jurídica, esse valor não será arbitrário ou conforme o critério exclusivo e unilateral apresentado, pois o próprio delegado de serviços registrais ou notariais poderá fiscalizá-lo com base em elementos de valorização constantes do regimento de custas.

Quanto às unidades de cobertura, há necessidade de expressa menção, sob pena de ser

considerada área comum (art.1.331, §5º).

Enfatizou-se a responsabilidade do adquirente pelos débitos condominiais (art.1.345), embora a cobrança deva necessariamente incluir aquele que detiver o domínio da unidade, sob pena de a sua penhora ou leilão serem inviáveis. Essa, aliás, a jurisprudência que prevalecia a respeito do tema.

## **Abrigos para veículos**

Outro ponto controvertido diz respeito ao abrigo para veículos. Alguns entendem que o legislador pretendeu permitir a livre alienação das garagens que se constituem em unidades autônomas, ao passo que outros defendem a existência de limitações, sempre calcadas na própria instituição ou na convenção condominial. Esse tema merecerá apreciação e debate, considerando-se a própria finalidade do instituto – condomínio edilício – e sem apego à literalidade.

Para que se possa melhor interpretar a disposição referente ao “abrigo para veículos”, necessária uma visão sistemática do capítulo e do próprio instituto “condomínio edilício”, anteriormente regulado pela lei 4.591, de 1964.

É inegável que o artigo 1.331 definiu o que são as partes de propriedade exclusiva, vale dizer, que permitem utilização independente, situando-se, entre elas, o apartamento e os abrigos para veículos.

Estabeleceu tal dispositivo o princípio geral de que podem ser alienadas e gravadas livremente essas partes de propriedade exclusiva, ao contrário das comuns.

A regra referida diz respeito diretamente com o direito de propriedade, que, na atualidade, sofre as naturais limitações decorrentes da observância de preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que a propriedade, no condomínio edilício, deve observar o sistema imposto pelo instituto e não é absoluta, sujeitando-se, até mesmo, ao interesse maior daqueles que habitam essa espécie de núcleo habitacional, conforme os termos da sua instituição e, também, da convenção condominial.

É o que se infere do artigo 1.332 do novo Código Civil, quando, ao estabelecer a forma pela qual o condomínio edilício pode ser instituído, entre outras disposições, exige se esclareça “o fim a que as unidades se destinam” (Inciso III).

Ora, as unidades podem ser residenciais, servir para escritórios, lojas, abrigo para veículos e outras.

Essa finalidade deve ser explícita.

O prédio inteiramente composto de garagens, ou, como quer o legislador, de abrigos para veículos, obviamente, não sofre limitações quanto à livre alienação ou oneração das unidades.

Já o edifício de apartamentos, que possui garagens para uso dos condôminos, certamente, em sua própria instituição, deverá fazer constar a vinculação das garagens aos respectivos apartamentos, o que não as descaracterizará como partes de propriedade exclusiva nem impedirá a futura alienação entre os próprios condôminos, ressalvada a possibilidade dessa venda ser feita a estranhos, se assim entenderem os instituidores.

O artigo 1.338, pois, que trata da locação da área correspondente ao abrigo para veículos, deve ser entendido em termos: *a locação para estranhos somente será permitida, se assim permitir a instituição e a própria convenção condominial.*

Por outro lado, a alienação dos abrigos para veículos a terceiros estranhos ao condomínio, mesmo se forem objeto de propriedade exclusiva, também deverão se sujeitar à instituição e convenção condominiais.

# O registro de imóveis e o novo Código Civil

**Narciso Orlandi Neto**



O doutor Narciso Orlandi Neto é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e conselheiro jurídico do Irib. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro*

de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

## Regras de direito material e de direito formal

O Código Civil de 2002 dispôs também sobre regras de direito formal. Não deveria ser assim. O legislador poderia ter ficado na previsão dos atos de registro e em seus efeitos; deveria ter adotado o sistema preferido e ponto, deixando para o regulamento o direito formal.

Lamente-se ainda mais o fato de serem estabelecidas regras de direito formal apenas para a disciplina do registro das hipotecas, a exemplo do que fizera o Código de 1916. Lá, o erro tinha explicação porque houvera mudança dos efeitos do registro, mas o legislador continuava preocupado apenas com as regras para inscrição das hipotecas. A omissão foi compensada nos regulamentos que seguiram, ainda que nunca tenha sido satisfatória a fundamentação das regras formais do registro na disciplina que a lei civil reservava apenas para as hipotecas.

Quando o registro de imóveis brasileiro

atinge o *status* de sistema, seria de esperar um direito material enxuto e preciso. A cópia das regras formais do Código de 1916, e mal situadas, é decepcionante.

Será que o princípio da territorialidade só vale para a hipoteca – artigo 1.492? O procedimento de dúvida só se instaura na qualificação de títulos constitutivos de hipoteca – artigo 1.496?

O legislador deveria ter aberto mais um capítulo no título dos direitos reais, especificamente para o registro de imóveis, levando para ele as regras que espalhou na seção que trata da aquisição da propriedade pelo registro e na seção que trata do registro da hipoteca. São regras, algumas de direito formal, que interessam a todos os direitos reais imobiliários. Afinal de contas, de acordo com o CC, agora não há mais direitos reais fora do registro, a não ser o usufruto dos pais em relação aos bens dos filhos menores. Mas a exceção confirma a regra.

## Princípio da presunção no NCC

De que o legislador manteve em nosso sistema o princípio da presunção, não pode haver dúvida.

É o que mostra a possibilidade de retificação do registro, prevista expressamente no artigo 1.247, em dispositivo que se refere, claro, ao erro relativo ao direito inscrito. Leva à mesma conclusão o parágrafo único do artigo 1.247, este sim, uma novidade que só reforça o sistema adotado no Código de 1916.

O artigo 859 do Código de 1916 não foi repetido e nem precisaria ser, tanto mais porque gerou muita discussão no passado. O parágrafo único do artigo 1.247, do novo, substituiu o artigo 859, do velho, com vantagens. Fica bem claro que o direito do verdadeiro proprietário prevalece sempre, mesmo que o adquirente inscrito esteja de boa-fé e tenha justo título. Fica bem claro que o registro tem como efeito a inversão do ônus da prova. O proprietário inscrito não precisa provar que é proprietário, incumbindo a prova a quem contesta, mas a presunção é relativa. Prevalece o direito sobre o registro do título.

Parodiando a expressão que a lei usava no

século XIX, o registro prova a propriedade, mas o direito de propriedade fica salvo a quem for.<sup>1</sup>

Não podemos nos esquecer da exceção que confirma a regra. A transmissão onerosa feita pelo herdeiro aparente a terceiros de boa-fé continua sendo válida, significando que o verdadeiro herdeiro fica privado do bem e resolve seu direito em perdas e danos (artigo 1.817).

O parágrafo único do artigo 1.247 está inserido na seção que cuida "da aquisição (da propriedade) pelo registro do título". Será, então, que só o verdadeiro proprietário pode cancelar o registro errado e depois exercer ação fundada em seu direito real? Quero dizer, regra semelhante não existe para os demais direitos reais? O titular de outro direito real não tem o direito de retificar o registro errado, que o prejudica, e de reclamar o exercício de seu direito real?

Vale lembrar que, no Código de 1916, as disposições que fundamentavam o princípio da presunção estavam, é verdade, no capítulo Da Hipoteca, mas, pelo menos, estavam reunidas numa seção chamada Do Registro de Imóveis. O artigo 860 não cuidava exclusivamente do direito de propriedade, mas de todos os direitos reais. E a territorialidade era prevista para todas as inscrições e transcrições (artigo 861).

Agora, a lei só fala da possibilidade de retificação na seção que cuida da aquisição da propriedade pelo registro do título.

O intérprete há de ter boa vontade. Em primeiro lugar, considere-se que interpretação restritiva levaria à negação do sistema, porque admitiria o princípio da inscrição para todos os direitos reais – expresso no artigo 1.227 –, mas só admitiria a presunção para o registro da propriedade. Em segundo lugar, há de ser aproveitada a remissão que o artigo 1.227 faz aos artigos 1.245 e 1.247, para aplicar a todos os direitos reais a faculdade de o titular retificar o registro e reclamar o exercício do direito sobre coisa alheia contra aquele que constava do registro, desprezados seu título e eventual boa-fé.

## A presunção e a jurisprudência do STJ

Com a eficácia dada (ou confirmada) ao registro no artigo 1.247 e em seu parágrafo único,

parece não haver dúvida de que a jurisprudência do STJ, que, *data venia*, já era equivocada, há de ser revista.

O promitente comprador não-inscrito não pode ter seu direito reconhecido contra a hipoteca inscrita. Por expressa disposição legal, prevalece o direito real do credor hipotecário, tanto mais porque o promitente comprador não-inscrito não tem direito real (artigo 1.417). O título e a boa-fé não disputam com o direito real e não prevalecem sobre ele. E o direito real só se adquire com o registro.

O adquirente do imóvel hipotecado só se exonera da hipoteca com a remissão (artigo 1.479). O imóvel hipotecado pode ser alienado (artigo 1.475). Subsistem os ônus reais constituídos e registrados antes da hipoteca (artigo 1.474, segunda parte); não subsistem, pois, contra ela, os posteriores.

Essas disposições formam um sistema. Infiere-se do conjunto que um direito pessoal, como o do promitente comprador não-inscrito, não pode ser oposto a quem não é parte na relação jurídica de direito material. Já o direito do credor hipotecário inscrito, por ser real, pode ser oposto *erga omnes*, isto é, também àquele compromissário comprador cujo direito foi constituído depois, ou que não foi registrado antes da hipoteca.

## Prioridade

O princípio da prioridade foi mantido no Código Civil de 2002, mas, aparentemente, apenas para a hipoteca. Precisamos de uma justificativa para aplicar o princípio da prioridade também para os outros direitos reais, porque é ao cuidar do registro da hipoteca que a lei diz que o número de ordem no protocolo determina a prioridade, e esta, a preferência (parágrafo único do artigo 1.493).

Bem, o artigo 1.227, ao dispor que os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro, faz remissão expressa aos artigos 1.245 a 1.247. Ora, o artigo 1.246 diz que o registro é eficaz desde a data da prenotação. Deve-se entender, portanto, que a constituição e a trans-

missão dos direitos reais por ato entre vivos é eficaz desde a data da prenotação.

A regra, ainda que não expressamente, estabelece preferência entre os títulos contraditórios, prevalecendo o direito real constituído ou transferido pelo título lançado com numeração mais baixa no livro número um. Por exemplo, disputando uma venda e compra e uma hipoteca, se aquela já estiver prenotada, impossibilitará o registro da hipoteca. Se o direito real de garantia receber número de ordem mais baixo no protocolo, a venda e compra será registrada, mas o

imóvel estará hipotecado.

Como se vê, ainda que sem regra explícita, infere-se do sistema que o princípio da prioridade aplica-se a todos os direitos reais constituídos ou transferidos por atos entre vivos.

A lei é omissa quanto aos outros modos de aquisição da propriedade.

Pois bem, como se aplica a regra da prioridade, quando disputam o registro uma carta de adjudicação expedida em inventário e um título constitutivo de hipoteca?

Já foi visto que a regra do artigo 1.246 não pode ser invocada porque não se trata de transmissão entre vivos.

No sistema anterior, sob o CC/16, não haveria nenhuma dúvida, porque a hipoteca existia entre as partes, independentemente do registro, que não era constitutivo (artigo 848). Se a hipoteca poderia ser oposta ao autor da herança, mesmo sem registro, poderia ser oposta também aos herdeiros, nas mesmas condições.

Agora, com a extensão do princípio da inscrição também às hipotecas (artigo 1.227), é duvidoso que a hipoteca não-inscrita possa ser oposta ao devedor.<sup>2</sup> Estamos nos referindo ao ônus real e não à obrigação garantida pela hipoteca. De que o herdeiro responde pelos encargos da herança não há dúvida (artigo 1.792). A questão está em saber se a hipoteca pode ser registrada depois do registro da partilha ou da adjudicação do bem hipotecado, no inventário do devedor.

Poderíamos buscar a solução no artigo 1.474 – “Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o

“O Escriba”, conhecida como a mais antiga imagem de um escrevente, 2620 a.c.



mesmo imóvel"? Parece que não. A propriedade não é ônus real.

Deixamos a questão em aberto e a falta de conclusão, pelos mesmos motivos, vale também para a superfície, o usufruto, a habitação, o uso, a promessa de venda e compra. Insistimos em que não discutimos a subsistência da obrigação, mas a possibilidade de constituição do ônus real, com o registro do respectivo título, após o registro do título de transmissão *causa mortis*, na sucessão do outorgante.

## Dúvida

Já lamentamos o fato de o legislador ter tratado da dúvida na seção que cuida do registro da hipoteca (artigo 1.496). Era caso de ser aberto mais um capítulo no título dos direitos reais, especificamente para o registro de imóveis, com regras espalhadas, sem critério, na seção que trata da aquisição da propriedade pelo registro e na seção que trata do registro da hipoteca.

Considerando que não há antinomia, continuam em vigor pelo menos alguns dispositivos da lei 6.015/73, especialmente os artigos 198, 199, 200, 201, 202 e 204.

Mas o artigo 203 parece ter sido derrogado.

No CC-16 havia disposição que limitava o prazo da prenotação a trinta dias, quando fosse suscitada dúvida. Dizia o artigo 835: "Se a dúvida, dentro em trinta dias, for julgada improcedente, a inscrição far-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação. No caso contrário, desprezada esta, receberá a inscrição o número correspondente à data, em que se tornar a requerer".

A lei 6.015/73 disciplinou toda a matéria relativa à dúvida e o fez de forma diferente. Não estabeleceu prazo para o julgamento da dúvida. Enquanto não julgada definitivamente a dúvida, vigora a prenotação. Expressamente, o artigo 203 aproveita a prenotação na improcedência da dúvida, e a manda cancelar quando julgada procedente (incisos II e I).

O CC-02 restabeleceu a regra anterior.

"Art. 1.496. (...) Se a dúvida, dentro em 90 (noventa) dias, for julgada improcedente, o regis-

tro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação; no caso contrário, cancelada esta, receberá o registro o número correspondente à data em que se tornar a requerer."

Parece evidente a antinomia.

O dispositivo cuida do procedimento de dúvida, mas alberga regra de direito material, porque envolve o prazo da prenotação e a eficácia do registro. Fica bem no Código Civil, que deve mesmo cuidar do direito material. E, por ser posterior, derroga o artigo 203 da lei 6.015/73.

A prenotação, portanto, não se estende além dos 90 dias, mesmo na hipótese de o título ser objeto de dúvida.

## A promessa de venda e compra

O codificador trouxe da legislação esparsa o direito real do promitente comprador, e não acrescentou nada que o sistema já não previsse.

Comparem-se os artigos 1.417 e 1.418 do CC/02 com o artigo 22 do decreto-lei 58, de 1937. Diz este último:

"Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direito de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória, (...)."

E os artigos 1.417 e 1.418 do CC/02:

"Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel."

Em ambas as leis está previsto um contrato preliminar irretratável que, registrado, confere ao

contratante direito à aquisição da propriedade do imóvel, executável contra o outro contratante ou contra terceiro.

O legislador fez o que deveria ter feito, isto é, trazer para o Código um direito real que fora criado depois do Código anterior e permanecia em leis que cuidam de outras matérias. Mesmo assim, deixou espaço para críticas.

Em primeiro lugar, ao tratar do direito real, dispôs sobre o contrato e o fez como se o Código já não tivesse disposições relativas a contratos preliminares. Ignorou os artigos 462 a 464, repetiu o que já estava dito e até modificou a

de que cumpriu sua obrigação, a intervenção judicial é desnecessária e burocrática. Se, como reconhece a doutrina moderna, na promessa de venda e compra em que o preço foi integralmente pago, nada resta ao promitente vendedor, a não ser a obrigação de outorgar a escritura definitiva, por que não se considera definitivo o contrato preliminar acompanhado da prova de quitação? O oficial do registro de imóveis pode bem ser o fiscal do cumprimento da obrigação pelo promitente comprador.

Vale lembrar que a lei 6.766/79 já prevê a dispensa do contrato definitivo nos compromis-

*“Fica bem claro que o direito do verdadeiro proprietário prevalece sempre, mesmo que o adquirente inscrito esteja de boa-fé e tenha justo título. Fica bem claro que o registro tem como efeito a inversão do ônus da prova. O proprietário inscrito não precisa provar que é proprietário, incumbindo a prova a quem contesta, mas a presunção é relativa. Prevalece o direito sobre o registro do título.”*

forma de execução. A celebração do contrato definitivo, que, nos termos do artigo 463, pode ser exigida do promitente vendedor, se transforma em adjudicação compulsória no artigo 1.418. O juiz, de acordo com o artigo 464, diante da mora absoluta do promitente, confere caráter definitivo ao contrato preliminar. No artigo 1.418, o juiz adjudica a propriedade do bem ao promitente comprador.

O legislador deveria ter tratado apenas do direito real no artigo 1.417, deixando a forma de execução como já fora disciplinada nos dispositivos citados.

Em segundo lugar, o codificador foi tímido demais, porque poderia tornar mais rápida a execução do contrato preliminar, exatamente pelo fato de constar do registro de imóveis. Se o promitente comprador dispõe de prova documental

relativos a imóveis loteados (art. 26).

Teria avançado bastante o legislador se essa espécie de contrato preliminar tivesse merecido a atenção devida, até mesmo por causa de sua frequência cada vez maior nos negócios imobiliários. Estimularia o registro, por causa do direito real oponível *erga omnes*, e livraria o poder Judiciário de carga considerável. A apresentação da prova de quitação e o comprovante de recolhimento do imposto de transmissão são suficientes para a formalização da aquisição da propriedade pelo promitente comprador.

No tocante à necessidade de registro para o ajuizamento da ação de adjudicação compulsória, que era objeto de jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, entende diferentemente o Superior Tribunal de Justiça, que também sumulou seu entendimento.

"Súmula 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro de compromisso de compra e venda no cartório de imóveis."

O artigo 1.418 do CC/02 diz que tem direito de requerer ao juiz a adjudicação do imóvel o promitente comprador, titular de direito real. Ora, direito real só tem o promitente comprador que registrou o contrato no registro de imóveis.

Claramente, a lei exige o registro para o exercício da adjudicação compulsória. E não poderia ser diferente, sob pena de se admitir o risco de ser adjudicado ao promitente comprador bem pertencente a terceiro. É que só o registro assegura ao promitente comprador a aquisição da propriedade, na medida em que impede a constituição de qualquer outro direito real que não se subordine ao seu. É por isso que a lei fala em oponibilidade a terceiros, que, eventualmente, possam ter adquirido os direitos do promitente vendedor.

## Notas

<sup>1</sup> O parágrafo quarto da lei 1.237, de 1864, dizia: "A transcrição não induz a prova do domínio que fica salvo a quem for".

<sup>2</sup> A questão, hoje, soa acadêmica, porque a execução hipotecária judicial tem o mesmo procedimento da execução contra devedor solvente. Antes não era assim, daí a validade do argumento. Enquanto vigorou o CPC de 1939, a execução hipotecária tinha procedimento especial e rápido.

# Os contratos imobiliários e o NCC

## José de Mello Junqueira



O doutor José de Mello Junqueira é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e conselheiro jurídico do Irib. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro O novo Código Civil e o

registro de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

Examinemos o novo Código Civil, pontuando algumas inovações nos contratos, especialmente aqueles imobiliários, que têm por objeto o imóvel ou direitos a ele relacionados.

Contrato imobiliário é um negócio jurídico, acordo de vontades cuja finalidade é adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos relativos a um bem imóvel.

## Cláusulas gerais

Dentre os pontos marcantes do novo Código Civil, estão as denominadas *cláusulas gerais*, que constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade do século passado, não explicitamente consideradas pelo legislador de 1916.

As cláusulas gerais estão dispostas ao longo do código.

Destacam-se, no campo contratual, duas de real importância: a função social do contrato, a probidade e boa-fé objetiva.

## Concepção social do contrato

Nas disposições gerais dos contratos, no artigo 421, o novo Código Civil é incisivo ao afirmar que a *liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

Essa norma constitui projeção da garantia constitucional e fundamental inserido no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, mesmo

trato, sob essa ótica, que recusá-lo.

Sob esse ângulo, a vontade estará regulada pelo direito, pela lei.

O direito dos contratos socializados redescobre o papel da lei, à qual o registrador está adstrito, interpretando-a, no entanto, voltado para os interesses sociais, não mais vinculado aos interesses da parte mais beneficiada.

Na apreciação da função social do contrato, primeiramente, deve ser examinado o ob-

*“Três são as hipóteses e expedientes adotados para as vagas de garagem: a) a da reserva de área como coisa de uso comum, constituída para o fim específico de garagem, não correspondendo à fração ideal do terreno, mas que constituirá condomínio de todos; b) a de bem acessório de uma unidade, constituída de vaga na garagem demarcada ou determinada ou não-demarcada, indeterminada; c) a de unidade autônoma, com respectiva fração ideal no solo e nas outras partes comuns, caracterizada propriedade exclusiva.”*

porque o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade.<sup>1</sup>

A concepção do contrato no novo diploma civil é social. Importa o momento da declaração da vontade, seus efeitos na sociedade, a condição social e econômica dos contratantes.

O interesse social é um limitador da manifestação da vontade. A liberdade de contratar está limitada à função social do contrato. E função social é alcançar, primeiro, o objetivo a que pretende o próprio contrato. Por exemplo: um contrato de aquisição de casa própria com intervenção do sistema financeiro da habitação, cuja finalidade é propiciar ao mais pobre a possibilidade de ter sua moradia. A qualificação registral desse contrato deverá estar voltada para essa finalidade. Daí o registrador dever, antes, propiciar o registro do con-

jetivo econômico para o qual a lei projetou a figura contratual e, em seguida, indagar qual o objetivo prático realizado.<sup>2</sup>

## Boa-fé objetiva

O novo Código Civil traz a revitalização do princípio da boa-fé, obrigatório para todas as relações contratuais, incluindo as imobiliárias.

Dispõe o artigo 422 do Código Civil de 2002: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé a que esse dispositivo se refere é a boa-fé objetiva.

Idêntico princípio encontramos no artigo 113, ao afirmar que os “negócios jurídicos devem

ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

O Código Civil de 1916 não se referiu à boa-fé objetiva como princípio geral, já prevista no Código Comercial de 1850, no artigo 131, I, embora nunca aplicado. O Código de 1916 fez referência a esse princípio no artigo 1.443, mas restringindo-se à aplicação dos contratos de seguro.

Boa-fé, como princípio, tem dupla aceção: *subjetiva* e *objetiva*.

A expressão *boa-fé subjetiva* denota estado de consciência pessoal, individual, estado de espírito, conhecimento de uma situação.

A boa-fé subjetiva, em síntese, tem o sentido de uma condição psicológica que regularmente se concretiza no convencimento do próprio direito ou na ignorância de lesar direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.<sup>3</sup>

Previu o Código Civil de 1916 a boa-fé subjetiva, dentre outros, nos casos de casamento contraído sem o conhecimento, pelos nubentes, de algum vício (artigo 221), na hipótese de boa-fé na posse (artigo 490) e na usucapião (artigo 551), exemplos todos em que o sujeito ignora o caráter de seu ato.

*Boa-fé objetiva*, por sua vez, diz respeito às normas de conduta, como devem agir os contratantes de acordo com um padrão de confiança, lealdade, respeito, sem abuso e lesão ou vantagens excessivas.

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, o contrato não produz somente os deveres que foram convencionados entre as partes, mas cria deveres que decorrem implicitamente dele.<sup>4</sup>

À boa-fé objetiva atribuem os autores três funções: de regra integradora, hermenêutica integrante do contrato e de regra de criação de deveres e de limitação ao exercício dos direitos subjetivos.

Em sua primeira função, a boa-fé objetiva atua no preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações nem sempre previstos pelos contratantes.

A boa-fé objetiva tem, também, a função de criar novos deveres de conduta, durante o vínculo contratual, os chamados *deveres anexos*,

como de *informar*, de *cuidado* e de *cooperação*, de *oportunidade de conhecerem as partes o conteúdo real do contrato*, *dever de sigilo* e de *proteção*.

A boa-fé objetiva é um padrão de conduta, comum a todo homem médio. É um *standard*, parâmetro objetivo, patamar geral de agir.

O novo Código insere a boa-fé objetiva como cláusula geral, mas limitou-o para a conclusão e execução do contrato, não se referindo às suas fases pré e pós-contratuais, embora a jurisprudência deva estendê-la a essas fases.

## Controle registral das cláusulas gerais

A boa-fé objetiva e a função social do contrato provocarão, como cláusulas gerais, substanciais transformações no direito contratual, flexibilizando ou até afastando o princípio da autonomia privada.<sup>4</sup>

Ao registrador de imóveis caberá – por que não? – parcela do controle dessas cláusulas, evitando, por vezes, conflitos futuros e demandas desnecessárias.

Conforma-se aqui o trabalho brilhante apresentado por Frederico Henrique Viegas de Lima no XXII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em Cuiabá, MT, em 1995, quando discursou sobre o controle registral das cláusulas gerais de contratação, embora se referindo àquelas estabelecidas em contratos específicos de consumo.

O controle das cláusulas gerais deve se referir a múltiplos pactos inseridos nos contratos, na forma de *controle de inclusão* e de *conteúdo*, verificando-se os aspectos formais do instrumento e suas disposições, se atentas às cláusulas gerais da boa-fé objetiva e natureza social do contrato.

Exemplifica Frederico Viegas algumas que poderiam sofrer o controle do registrador de imóveis, cláusulas que colocam em grande desvantagem uma das partes; cláusulas que possibilitem variação de preço unilateralmente; cláusulas abu-

sivas em compromissos de venda e compra; memoriais de incorporação; convenções de condomínio; e outras inseridas em contratos de adesão.

Questão que poderá ser objeto de contrato e de real importância é aquela das vagas de garagem em edifício de unidades autônomas condominais.

Teria o novo Código Civil alterado suas normas?

Com precisões de mais rigor técnico, acredito que não houve alterações substanciais, mantendo-se a orientação anterior da lei 4.591, de 1994, com as interações da doutrina e jurisprudência.

Três são as hipóteses e expedientes adotados para as vagas de garagem: a) a da reserva de área como coisa de uso comum, constituída para o fim específico de garagem, não correspondendo à fração ideal do terreno, mas que constituirá condomínio de todos; b) a de bem acessório de uma unidade, constituída de vaga na garagem demarcada ou determinada ou não-demarcada, indeterminada; c) a de unidade autônoma, com respectiva fração ideal no solo e nas outras partes comuns, caracterizada propriedade exclusiva.

Na hipótese "a", o uso da garagem será estabelecido pela convenção de condomínio como coisa comum e para uso de todos os condôminos. Ela não tem matrícula própria e individualizada. A convenção é que irá estabelecer o seu uso harmônico<sup>5</sup>. Não haverá alienação autônoma desse direito.

A hipótese "c" não enseja dificuldades, visto tratar-se de uma unidade autônoma, exclusiva, com matrícula própria, correspondendo a uma fração ideal do terreno e nas coisas comuns do edifício, identificada e extremada no solo e com designação numérica.

Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1331, do atual Código Civil, essa parte do edifício em condomínio se sujeita à propriedade exclusiva, podendo ser alienada e gravada livremente por seu proprietário: "As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigo para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras

partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários".

Na dicção literária do texto, a vaga de garagem é uma unidade autônoma, desvinculada de todas as unidades e pode ser livremente alienada, quer a condôminos do próprio edifício, quer a terceiros.

Questão ainda a ser debatida é se a vaga de garagem, constituída unidade autônoma e propriedade exclusiva, poderia sofrer restrição quanto à sua alienação a terceiros, por disposição convencional.

Se na construção e especificação do condomínio, as vagas de garagem foram consideradas como unidades autônomas, não há como se estabelecer restrição de que elas somente sejam alienadas a outro condômino.<sup>6</sup>

Não se pode, no entanto, afastar o entendimento daqueles que consideram não ser possível a venda de vaga de garagem a terceiros, não-condôminos. É o que leciona Caio Mario da Silva Pereira, que vê nessa restrição a própria natureza do condomínio, que não permitiria, em qualquer hipótese, estranhos a esse especial complexo.

Na hipótese "b", uma vez que a vaga de garagem é considerada acessório, desprovida de fração ideal, destinada à utilização de uma unidade autônoma principal, a resposta, se alienável ou não, independente da unidade principal, encontra solução nas disposições do artigo 1.339, parágrafo segundo, corroborado pelos dispositivos dos artigos 93 e 94, todos do Código Civil.

Diz o parágrafo segundo, do artigo 1.339 que "é permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser à respectiva assembléia geral".

Na hipótese, o registro de imóveis deverá proceder aos atos respectivos de alienação, nas respectivas matrículas, cuidando, se o caso, de transferir também a porção ideal do terreno correspondente a esse acessório.

## Pacto comissório

O Código de 1916 reservou dispositivo especial para admitir o pacto comissório no artigo 1.163: "Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda".

O novo Código não repetiu idêntica cláusula, embora não a tenha excluído, segundo entendimento.

O pacto comissório era cláusula pela qual se estipulava que a venda seria desfeita se o comprador não efetuasse o pagamento do preço no dia designado.

Ocorre que essa estipulação, que caracterizava uma cláusula expressa resolutória, já na vigência do Código de 1916, era desnecessária, uma vez contida no artigo 119, parágrafo único, e no artigo 1.092 daquele diploma legal, em virtude da qual havia autorização de uma parte para que a outra pedisse a resolução do contrato, por intervenção judicial.

O atual Código nada modificou, embora não tenha reiterado o artigo 1.163 do Código de 1916.

O artigo 474 possibilita idêntica cláusula expressa, referindo-se a todos os contratos, de modo geral, ao afirmar que "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito", prevendo-a tácita, em todos os contratos, na dependência de interpelação judicial.

O artigo 475 repete o disposto no parágrafo único do artigo 1.092, do Código de 1916, afirmando a necessidade da intervenção judicial para a declaração da resolução do contrato, conforme já era entendimento doutrinário e jurisprudencial.

## Venda de ascendente a descendente

Falta legitimação aos ascendentes de vender aos descendentes quaisquer bens, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido, dispensado o consentimento dos cônjuges dos outros descen-

dentes e do cônjuge do alienante, se o regime de bens for o da separação obrigatória (artigo 496).

A intenção do legislador é evitar fraudes, com o intuito de se alterar a igualdade dos quinhões hereditários dos descendentes do alienante.

O compromisso de venda e compra se inclui na proibição.

O novo Código, com mais clareza, estipula expressamente a nulabilidade da venda e amplia a falta de legitimidade para a ausência de consentimento do cônjuge.

Adverta-se que, uma vez meramente anulável o negócio da venda e compra, com inobservância do preceito do artigo 496, o registrador de imóveis não poderá recusar o registro do respectivo instrumento, na falta daqueles consentimentos.

## Retrovenda

A retrovenda está restrita aos contratos imobiliários. "O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de 3 (três) anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias" (artigo 505).

A redação atual desse dispositivo é mais completa, embora não tenha dirimido antiga polêmica, se tal pacto pode constar de documento em apartado e autônomo, diverso daquele em que constituída a compra e venda.

Em São Paulo, a questão está disciplinada, admitindo a Corregedoria-geral da Justiça a validade da instrumentação autônoma da cláusula de retrovenda.<sup>7</sup>

O prazo de retrato é de decadência, até o limite de três anos. Caso se disponha prazo superior, o que superar àquele será ineficaz, não podendo, destarte, recusar-se o registro por esse motivo.

O novo Código não se preocupou em resolver antiga pendência, se exigível a publici-

dade dessa cláusula no registro de imóveis, vez que a eficácia em relação a terceiros depende dessa notícia.

## Troca

Aplicam-se à permuta e troca, segundo o artigo 533, as disposições referentes à compra e venda, observando-se que é *anulável* a troca de valores desiguais entre descendentes e ascendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante. Contratos que não observam esse último preceito não têm repercussão no registro de imóveis (apelação cível 8625-0/0 – Conselho Superior de Magistratura de São Paulo).

## Usufruto

Teria o novo Código Civil alterado o antigo dispositivo do artigo 717, do Código Civil de 1916? Diz o artigo 1.353 que “não se pode transferir o usufruto por alienação” e o artigo 717 afirma que “o usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa”.

Acredito inalterada a característica da intransmissibilidade do usufruto, persistindo idêntica sua normatização. O Código de 1916 dizia que o usufruto só poderia ser alienado ao proprietário da coisa, ou seja, era inalienável a terceiros. Evidente que essa última assertiva era desnecessária, porque na alienação ao proprietário estava já caracterizada uma das hipóteses de extinção do condomínio pela consolidação.

O Código de 2002 foi mais técnico e apenas afirmou inalienável o usufruto. A hipótese da alienabilidade ao proprietário concretiza-se pela consolidação prevista no item VI do artigo 1.410. Anote-se: é inalienável o usufruto já constituído.

## Doação

Importa examinar se a nova ordem civil alterou disposições relativas à doação.

O artigo 538, embora não tenha inserido em seu texto as palavras “que os aceita”, não deixou margem a dúvidas dessa exigência, pela leitura dos dispositivos subseqüentes que exigem,

para completude desse contrato, a aceitação.

Questão, no entanto, a aguçar os intérpretes é se, na doação, poderão os doadores impor cláusula restritiva de inalienabilidade, caso a doação atinja bens de legítima sem que tenha declarado a justa causa para essa restrição.

O artigo 544 “institui” que a doação a descendentes ou de um cônjuge a outro importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

Por sua vez, o artigo 1.848 restringe a imposição da cláusula de inalienabilidade sobre os bens dispostos em testamento e que atinjam a legítima, caso não seja expressamente declarado, no testamento, a causa justa dessa restrição.

Conclui-se que, vedada no sistema hereditário e sucessório, a imposição das cláusulas restritivas sobre os bens da legítima, idêntica disposição prevalecerá na doação, caso alcance aquela porção, hipótese a se verificar, por vezes, somente após a abertura da sucessão.

Não se deve, no entanto, afastar interpretação diversa. A doação é um contrato, do qual prepondera a vontade das partes. Tendo aceitado o donatário a doação, com essa restrição, não se pode opor a essa manifestação de vontade.

O artigo 543, em boa técnica veio espancar quaisquer dúvidas sobre a doação pura a menores. Nessa hipótese, se o donatário for absolutamente incapaz, a aceitação é *naturalmente tácita*.

A doação entre cônjuges é válida desde que não subverta o regime de bens, não contrarie sua respectiva índole.<sup>8</sup>

O artigo 547, parágrafo único, dispõe que não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiros.

“Se fosse possível essa atribuição a terceiro, teríamos um fideicomisso e confusão com o direito necessário.”<sup>9</sup>

No artigo 555, o legislador exclui do texto as palavras “além dos casos comuns a todos os contratos”. Isso porque o distrato e a rescisão, caso queiram as partes extinguir o contrato, são causas comuns a todos os contratos.

De interesse o disposto no artigo 137, segundo o qual o encargo ilícito ou impossível é considerado não-escrito, permanecendo o ato em sua forma pura. Por exemplo: doação, com o encargo de construir uma casa em Saturno.

O mesmo dispositivo ressalva, no entanto, se o encargo ilícito ou impossível for motivo determinante da liberalidade, o negócio jurídico é inválido, nulo. Por exemplo: doação de uma casa com a específica finalidade de nela se implantar uma casa de prostituição (encargo ilícito).

## Hipoteca

No contrato de hipoteca, chamamos a atenção para alguns dos dispositivos que o novo Código reservou para essa garantia.

“Artigo 1.475: É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.” E acrescenta o parágrafo único: “Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecado, se o imóvel for alienado”.

É ilícita, pois, a alienação do imóvel hipotecado a terceiro que irá adquiri-lo com o ônus que o grava.

O novo Código, no artigo 1.479, possibilita ao adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, exonerar-se da hipoteca, *abandonando* o imóvel ou o deixando àqueles credores.

O artigo 1.487 permite a garantia hipotecária de obrigação futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. É o caso típico dessa garantia para assegurar a abertura de um crédito.

O contrato de hipoteca deve mencionar o prazo fixado para o pagamento, mas a hipoteca guarda sua eficácia e validade pelo prazo de 20 anos (art. 1.498), após o que deve ser renovada. Esse último prazo independe daquele da obrigação garantida e de sua prescrição.

O artigo 1.476 permite outra hipoteca sobre o mesmo imóvel, mediante novo título. A redação desse dispositivo, copiado do artigo 812 do Código de 1916, poderia ser mais técnico e completo, já prevendo a possibilidade de outras hipotecas sobre o imóvel, conclusão que se chega somente com a leitura do parágrafo único do artigo 1.477.

## Procuração em causa própria

O artigo 117 do CC trata do autocontrato ou contrato consigo mesmo, considerando-o, em princípio, anulável.

O contrato, por definição, é acordo de vontades e não se admite a existência de contrato consigo mesmo, salvo se o permitir a lei ou o representado.

Há situações, no entanto, que podem assemelhar-se a esse tipo de negócio, como o mandato em causa própria, previsto no artigo 685 do novo Código Civil.

Nesse caso, o próprio mandato consubstancia a escritura do negócio mencionado, desde que atendidos os preceitos legais exigidos.

O Código dá a transparecer que o mandato em causa própria enseja apenas a instrumentalização do outro contrato, segundo o qual compareceria apenas uma pessoa no ato da lavratura da escritura. Nada impede que assim se faça. O mandatário representaria o mandante. Só aparentemente transparece que só compareceu um ponto na escritura. Duas são as vontades.

O próprio mandato tem a força de transferir a propriedade do imóvel. Esse é o entendimento da doutrina. Vale a procuração como instrumento de escritura de venda e compra, razão por que deve ela preencher todos os requisitos desta.

Pergunta-se: os poderes do mandato em causa própria podem ser substabelecidos?

Podem. Trata-se, no entanto, de outro negócio, para o qual devem as partes guardar todos os requisitos de um instrumento de venda e compra.

O mandato e o substabelecimento estão sujeitos ao registro, independentes seus atos e subseqüentes, em continuidade.

## Promessa de compra e venda

O novo Código Civil, nos artigos 1.417 e 1.418, tratou dos direitos do promitente comprador, dispositivos sem correspondência no Código Civil de 1916.

“Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, ce-

lebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”

“Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao Juiz a adjudicação do imóvel.”

Com tais dispositivos consolidou o legislador a eficácia real da promessa de venda e compra, mediante o registro imobiliário, iniciada com o decreto-lei 58/37 e definitivamente incorporada pela lei 6.766/79.

Os contratos de promessa de venda e compra poderão ser instrumentalizados por escritura particular? Pela leitura isolada do artigo 1.417, não teremos dúvidas em concluir que esse contrato poderá ser formalizado por instrumento público ou particular, “mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular (...)”.

Ocorre que o artigo 108 exige a escritura pública, por essencial à validade dos negócios 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.

Pode-se concluir que o artigo 1.417, ao se referir a instrumento particular ou público, possibilitou uma e outra forma, observada a regra geral do artigo 108, o valor do negócio.

## Notas

<sup>1</sup> Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4.ed., Ed. RT, p.176.

<sup>2</sup> Humberto Theodoro Junior, O contrato Imobiliário e a legislação tutelar do consumo. Ed. Forense, p.46.

<sup>3</sup> Judith Martins Costa, A boa-fé no direito privado, Ed. RT, p.411.

<sup>4</sup> Palestra na Escola Paulista da Magistratura, 21/9/2000.

<sup>5</sup> Judith Martins Costa, op. cit., p.517.

<sup>6</sup> Elvino Silva Filho, 1997, p.14.

<sup>7</sup> Decisões administrativas, 1987, p.179.

<sup>8</sup> Silvio Venosa, Direito Civil, 3.ed., v.III, p.125.

<sup>9</sup> Idem, p.124.

# O usufruto e o NCC

## Ademar Fioranelli



O doutor Ademar Fioranelli é registrador imobiliário e membro do conselho editorial do Irib. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro O novo Código Civil e o registro de imóveis, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

Elemento destacado da propriedade – na essência o maior de todos os direitos reais –, que congrega em si todos os poderes originários do domínio – uso, gozo e disponibilidade –, o usufruto, inserto como direito real no elenco do artigo 1.225, IV, do novo Código Civil, está disciplinado nos artigos 1.390 a 1.411 do mesmo Código.

Como restrição de vulto ao direito de propriedade, ao usufrutuário é conferido o uso e gozo da coisa (*jus utendi e jus fruendi*), retendo o titular de domínio o poder de disponibilidade (*o jus abutendi*).

Na verdade, não há fracionamento da propriedade com a constituição do direito real do usufruto, limitativo daquele direito maior, mas uma imposição de ônus temporário que cessará na forma prescrita no artigo 1.410, I a VI, com o cancelamento subsequente no assento imobiliário, expressão que em boa hora foi incluída na redação do citado artigo, visando adequar-se aos dispositivos do Regulamento de registros públi-

cos, como ato obrigatório e negativo para extinção e liberação do ônus constituído.

Dentre as formas de extinção do direito real de usufruto, o legislador incluiu o ato de renúncia, não previsto no Código de 1916, um dos mais praticados diuturnamente, que exige instrumento público adequado. Não obstante servidão pessoal vinculada à própria pessoa e que com ela se extingue, exige-se, para a renúncia do direito, a outorga uxória ou consentimento marital, se casado o usufrutuário, exceto se se tratar de regime da separação absoluta dos bens (art.1.647 do CC).

### Características do usufruto

O usufruto foi mantido em suas características básicas que o novo Código Civil preservou em toda a sua estrutura. Não há nenhuma modificação e não vejo possibilidade de que esse arcabouço doutrinário e de jurisprudência possa vir a ser alterado futuramente com o novo Código Civil.

São características essenciais do direito real do usufruto e representam sua maior vantagem: a inalienabilidade, cuja conseqüência é a impenhorabilidade, e a temporariedade. Permitir aliená-lo, em ordem sucessiva, é descaracterizá-lo, pois o caráter temporário é de sua própria essência. O limite máximo é o da vida do usufrutuário, se pessoa natural, ou de 30 anos, se pessoa jurídica (redação do novo CC), ou ainda pelo implemento da condição ou termo de duração estabelecidos para sua vigência.

O mais discutido dos artigos do Código de 1916, que vedava a transferência do usufruto por alienação (artigo 717), sobre o qual formou-se sólida jurisprudência, teve considerável melhora em nova redação com exclusão de palavras inúteis e desnecessárias como requerem os léxicos jurídicos. O artigo 1.393 do novo Código está assim redigido: "Não se pode transferir o usufruto por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso".

A cessão por título gratuito ou oneroso do exercício do usufruto, porém, não se confunde com o direito real propriamente dito. Relação meramente pessoal e faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, por isso insusceptível de acessar o registro imobiliário.

Repito o que já afirmei em monografia sobre o mesmo instituto. Ao ceder o exercício do usufruto, o usufrutuário está cedendo a percepção dos frutos advindos da coisa (direito pessoal) mantendo consigo o direito real que é intransferível a terceiros. A renda advinda da locação, percepção dos direitos advindos de uma lavoura, são exemplos inseridos no campo dos direitos pessoais e obrigacionais – não reais.

Por óbvio, a alienação do usufruto ao proprietário do bem não está vedada, por ser esta a forma, juntamente com a renúncia, mais comum, em ato declaratório, da extinção do usufruto pela consolidação da plena propriedade na pessoa do nu-proprietário (art.1410, VI).

O usufruto pertence, pois, à classe dos direitos não-transmissíveis, mas não em termos absolutos, o que seria totalmente inútil desde que ao usufrutuário não fosse possível fruir pessoalmente a coisa.

O que devemos sempre repetir – se bem muitos relutem ainda em entender e aplicar – é que a proibição passa a existir quando o usufruto já está constituído. O poder de dispor se refere claramente à disposição constituída e não àquela que transfira direito já existente.

Confira o alerta dado pelo notável registrador Ulysses da Silva (*O Código Civil e o Registro de Imóveis*, ed. Sérgio Fabris, 2003): "O bom senso nos leva a interpretar a proibição aí contida como endereçada ao eventual usufrutuário já constituído e não ao pleno proprietário, porque a este cabe, sem nenhum embargo, o direito de instituir o usufruto a quem lhe aprouver".

Nada mais correto. A partir de sua constituição, permitir alienar o usufruto em ordem sucessiva é descaracterizá-lo completamente, fazendo do usufruto um novo usufruto, eternizando-se esse direito real sem possibilidade de que o nu-proprietário venha a exercer o domínio pleno da propriedade.

A segunda característica, que diz respeito ao usufruto temporário, também foi mantida, não indo além da vida do usufrutuário, a exemplo do que ocorre com as cláusulas que restringem a propriedade e que não atingem a segunda geração.

## Penhora sobre o exercício do usufruto

Válida a penhora sobre o exercício do usufruto, caso contenha expressão econômica, com o que o credor poderá obter rendimentos periódicos para saldar seu crédito. Não cabe a pe-

## Cláusula de acrescer. Averbação.

Não estipulada a cláusula de acrescer, pela superveniência da morte de um dos usufrutuários, consolida-se na pessoa do nu-proprietário a plena propriedade da parte ideal do usufrutuário falecido.

*“A cessão por título gratuito ou oneroso do exercício do usufruto, porém, não se confunde com o direito real propriamente dito. Relação meramente pessoal e faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, por isso insusceptível de acessar o registro imobiliário.”*

nhora sobre o direito real de usufruto, inalienável e impenhorável por sua própria natureza. Por isso não pode alcançar o registro imobiliário, quer como direito real – por ser inalienável –, quer como exercício – por ser pessoal.

## Usufruto simultâneo e sucessivo

O usufruto simultâneo ou conjuntivo não se confunde com o sucessivo. O artigo 1.411 manteve a mesma redação do artigo 740 do Código de 1916: “constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desse couber ao sobrevivente”.

No sucessivo (não-admitido), para solidificar o entendimento, o usufrutuário exerce sozinho o direito de usar e gozar do bem e por sua morte ou por certa condição ou termo, transmitir a outrem ou seu sucessor.

No simultâneo, configura-se a pluralidade de usufrutuários, que a um só tempo gozam da coisa usufruída, com a possibilidade de inserção de cláusula de acrescer, se convencionada, ao usufrutuário sobrevivente. Indispensável que no ato da constituição sejam declinados os nomes de todos os usufrutuários e de forma expressa a subsistência do mesmo usufruto em favor dos demais.

O registrador há que estar atento para a elaboração correta da averbação – ou do cancelamento parcial do usufruto e união ao nu-proprietário ou a de acrescer ao cônjuge ou usufrutuários sobreviventes, de maneira que os respectivos titulares exerçam na plenitude seus legítimos direitos.

A execução do contrato, na forma estabelecida, reclama a imperiosa averbação, ocorrência que altera substancialmente o registro. Daí o alerta para a correta interpretação da vontade das partes no mesmo contrato.

Sobre os vários modelos de atos – averbações e registros – dos aqui tratados, reporto-me ao já inserido na obra *Direito Registral Imobiliário*, ed. Sérgio Fabris, 2001, Irib, p.379-442 e 508-13, de nossa autoria.

## Comparação com o CC 16

A primeira observação que fazemos é que o legislador tem evitado conceituar os institutos. Eliminou o conceito de usufruto dado pelo Código Civil de 1916, que é o direito real de fruir a utilidade, os frutos da coisa enquanto temporariamente destacado da propriedade.

O direito de propriedade é uno e indivisível e não se fragmenta, por isso não aprovo o termo “destacado”. Quando se constitui um direito real de usufruto sobre a propriedade está se limitando esse direito, existe um ônus sobre a propriedade,

mas ela não se fragmenta. Tanto isso é verdade que a figura do nu proprietário não está presente na nossa legislação, é uma criação cartorária que se faz da divisão do usufruto e da nua propriedade. Não existe essa subdivisão, a propriedade é indivisível e o imóvel sofre, sim, uma restrição e não uma divisão dos seus elementos.

Uma modificação importante do usufruto está contida no artigo 1391 quando diz que “o usufruto de imóveis, quando não resulta de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”. A redação do artigo 715, do Código Civil de 1916 dizia que “o usufruto de imóveis, quando não resulta de direito de família, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Dando ênfase ao princípio da concentração e ao princípio da publicidade, a exclusão do usufruto do direito de família do Código de 1916, com a inclusão da usucapião, o usufruto decorrente de direito de família deverá ingressar no registro de imóveis apenas para efeitos declarativos, sendo sua constituição dada por força da própria lei.

## Constituição de usufruto

As várias formas de constituição do direito real do usufruto que aportam no registro imobiliário são amplamente conhecidas. Há as que nascem da vontade das partes, por atos *inter vivos*, a título oneroso, como a instituição e a venda; há os gratuitos, como a doação ou o legado. Muito mais presente nos negócios gratuitos – como na doação, em que o titular de domínio conserva a utilidade da coisa.

O chamado usufruto reservado (ou *deducto*), embora não comum, pode surgir em título oneroso com dois atos obrigatórios a serem praticados na matrícula. O registro da constituição do usufruto pela reserva e o da doação do imóvel, que passa a ser gravado com o direito real do usufruto.

Importante e inovador dispositivo foi incluído no novo Código Civil, no supracitado artigo 1.391, *in verbis*: “O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Referido dispositivo, correspondente ao artigo 715 do Código anterior, obriga, à exceção do

de usucapião, o registro obrigatório não só do usufruto decorrente da vontade das partes como das demais espécies, como as que decorrem de direito sucessório e de família, que se constituem *ope legis*, os chamados usufruto legal ou viual. Se antes não obrigatória, a publicidade registrária passa a ser necessária para prevenir terceiros. É a valorização do registro imobiliário, organismo que deve concentrar e dar ampla publicidade às mutações que a propriedade experimenta.

## Transferência de usufruto – casos aceitos pela doutrina e jurisprudência

1. O titular de domínio aliena a nua-propriedade a A e o usufruto a B. O usufruto é aqui constituído, não podendo mais o usufrutuário dele dispor em favor de terceiros, o que caracterizaria o usufruto sucessivo, proibido pela lei. A alienação será possível tão-somente ao adquirente da nua propriedade (A), fato que consolida a propriedade (art.1410, VI).

2. De igual forma, por legado, o proprietário deixa a A a nua-propriedade e a B o usufruto.

3. Outro exemplo, que passará a ser comum com a nova roupagem dada pelo *fideicomisso* no novo Código Civil, previsto no artigo 1.572, parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador (*fideicomitente*), já tiver nascido o *fideicomissário*, passará o fiduciário a ser usufrutuário do bem *fideicometido*. A propriedade é bipartida, exercendo o *fideicomissário* o domínio do imóvel gravado com o usufruto.

Nesses três exemplos, a propriedade é bipartida, são operações jurídicas que não afrontam a proibição contida no analisado artigo 1.393, sem qualquer impedimento ou restrição, não existindo qualquer outro dispositivo que direta ou indiretamente venha a impedir referidas transferências.

4. Não há proibição, também, que o nu-proprietário, conjuntamente com o usufrutuário, transfiram o pleno domínio a terceiro. O motivo é simples. Nesse caso, graças à adjunção de todos os elementos da propriedade – uso, gozo e disponibilidade –, consolida-se o domínio pleno da propriedade. Não há a figura do usufruto sucessivo – o que ocorreria se, diferentemente, a propriedade fosse novamente bipartida. Nessa operação, há o cancelamento indireto do usufruto, mantido o seu registro apenas

como origem e base da alienação efetuada.

Não teria sentido, ou mesmo fundamento jurídico, exigir-se, para alcançar o mesmo propósito, a prévia renúncia do usufruto pelo usufrutuário, para a posterior transferência do domínio pleno do imóvel pelo proprietário. Em qualquer dos exemplos não há a perpetuação proibida do direito real do usufruto, pela consolidação do domínio pleno na pessoa do adquirente. O que se deve prestigiar é a vontade das partes em ato menos oneroso e não proibido pelo legislador.

Cabe sim recusar atos que a lei impede, em que o usufruto sucessivo se faz presente. Institui-se em favor de uma pessoa para, com sua morte, ser transmitida a outra. Exemplo clássico que deve ser coibido.

A cessão por título gratuito ou oneroso do exercício do usufruto, preservada no mesmo artigo 1.393 do novo Código, não se confunde com o direito real propriamente dito. Relação meramente pessoal e faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, por isso insusceptível de acessar o registro imobiliário.

# Breves considerações sobre a lei 10.406/02

**João Pedro Lamana Paiva**



O doutor João Pedro Lamana Paiva é registrador público, tabelião de protesto de títulos e vice-presidente do Irib/RS. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro de imóveis*,

que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país. O novo Código Civil trouxe importantes alterações que afetam a sociedade como um todo e, particularmente, aos notários e registradores. Vamos comentar, rapidamente, alguns direitos envolvendo a propriedade imobiliária.

## Compra e venda

No tocante à compra e venda, o pacto comissório, que vinha sendo largamente utilizado nas alienações de bens imóveis, foi suprimido. Para preencher a lacuna, usar-se-á a cláusula resolutiva expressa, prevista nos artigos 474 e 475 do NCC.

A lei civil considerou anulável a venda e compra de ascendente para descendente, salvo se houver o consentimento expresso dos demais descendentes e do cônjuge do alienante, se concorrente aos direitos da herança.

Ainda. O artigo 496 do Código Civil previu a anulabilidade da compra e venda realizada de ascendente para descendente, se bem que antes havia a cominação da pena de nulidade. Essa exigência aplica-se indistintamente para todas as espécies de bens, imóveis ou móveis. Entretanto, a compra e venda será válida se houver anuência dos demais descendentes e do cônjuge, caso o casamento tenha sido celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens.

## Condomínio

Quanto ao condomínio edilício, ressalta-se que parte do título I, da lei 4.591/64, foi revogada, passando o assunto a ser regulado pelo CC. Nele, novas disposições foram acrescentadas, como, por exemplo, a norma do parágrafo primeiro do artigo 1.331, que possibilita a alienação de vaga de garagem para terceiros, alheios ao condomínio, o que antes era vedado.

Discutir-se-á ainda entre os estudiosos do Direito se há ou não necessidade de escritura pública para a realização da instituição condominial, uma vez que o legislador não previu expressamente a admissão de instrumento particular, como no caso da convenção de condomínio (§1º, art.1.334), ense-

jando, por conseguinte, a aplicação do artigo 108. Essa discussão certamente será levada à apreciação do poder Judiciário, a quem competirá a normatização e a pacificação do tema, por intermédio das corregedorias gerais de Justiça ou da formação de nova jurisprudência.

Outro aspecto relevante a ser mencionado é o da desnecessidade de apresentação da certidão negativa de débito para com o condomínio,

comportamento anti-social. Para esses últimos dois casos, a lei previu penalidades severas, como o constrangimento ao pagamento do correspondente ao quádruplo e ao décimo do valor da contribuição (art. 1.338 e par. ún.), e, para aquele (contribuição), a legislação abrandou o limite da multa para até dois por cento (2%) do valor do débito, conforme prescreve o parágrafo primeiro do artigo 1.336, podendo gerar sérios problemas ad-

*“A expressão titular de direito real prevista no artigo 1.418, s. m. j., teve por finalidade estabelecer o registro da promessa de compra e venda como um dos requisitos legais previstos para o êxito da demanda adjudicatória, no mesmo sentido em que se exige o registro da compra e venda e até mesmo da promessa de compra e venda para a admissão das ações petitórias, a exemplo da reivindicatória – o direito real nasce com o registro. Assim, percebe-se que a jurisprudência que dispensava o registro foi revogada – súmulas 84 e 239 do STJ. Afirma-se, portanto, que a adjudicação compulsória é um direito de quem tem a promessa de compra e venda registrada, isto é, de quem é titular de um direito real.”*

no caso de alienação da unidade, uma vez que o artigo 1.345 do NCC previu que “o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios”. Ademais, nada impede que o adquirente/credor, por cautela, solicite que seja comprovada a regularização de débitos do alienante/devedor em face do condomínio. É o que se sugere.

Deve-se destacar, ainda, as penalidades que poderão ser impostas ao condômino nos casos do não-pagamento da sua contribuição e de descumprimento de dever legal ou de reiterado

ministrativos aos condomínios.

Infelizmente, o legislador perdeu uma boa oportunidade de regular o condomínio horizontal de lotes – edificação de livre escolha do condômino –, previsto no artigo oitavo da lei 4.591/64 c/c o artigo terceiro do decreto-lei 271/67.

### **Direito de superfície**

O direito de superfície, nova modalidade de direito real há pouco tempo reintroduzido no ordenamento jurídico pátrio pela lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), é aplicável somente aos imóveis urbanos. Com o advento do novo Código

Civil, esse moderno direito assumiu novas feições, ampliando-se para servir tanto aos imóveis urbanos quanto aos rurais. Ele veio substituir a arcaica enfiteuse, já em desuso, possibilitando ao proprietário de imóvel a concessão a outrem do direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. Nesse caso, na constituição de renda (art.807) e no pacto antenupcial (art.1.640, par. ún.), não se admite o instrumento particular. Pelas características que apresenta, o direito de superfície será larga-

imóveis urbanos como rurais; O subsolo pode ser alienado independentemente do solo; O subsolo somente pode ser alienado juntamente com o solo; Instituído por tempo determinado ou indeterminado. Poderá ser instituído somente por tempo determinado.

## Usufruto

O instituto do *usufruto* também merece comentários. Em virtude da nova redação do artigo 1.391, conclui-se que, ou foi extinto o usufruto no direi-

to de família, ou, caso contrário, esse direito deverá ingressar no fôlio real. Já o artigo 1.393, ao estabelecer que "não se pode transferir o usufruto por alienação; mas, o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso" ensejará a indagação se o usufruto poderá ser alienação ao nu-proprietário, consolidando a propriedade plena. Entendo, s. m. j., que o artigo 1.393 vedou tal alienação em virtude de ter sido prevista a renúncia (art.1.410, I) como forma de extinção do usufruto. No I Seminário sobre o novo Código Civil e o registro de imóveis, realizado pelo Irib em São Paulo, SP, ficou

decidido que permanecerá o entendimento anterior ao novo Código. Essa matéria deverá ser ventilada, também, nos tribunais.

## Direito do promitente comprador

Também oriundo de legislações anteriores – decreto-lei 58/37 e lei 6.766/79 –, o *direito do promitente comprador* visa conferir um direito real ao adquirente de imóvel que realiza contrato do qual consta a forma de pagamento em prestações, as quais, uma vez saudadas, autorizam o

Copista em sua mesa de trabalho, século. XV.



mente usado pela sociedade brasileira.

As diferenças fundamentais do direito de superfície previsto no novo Código Civil em face do estabelecido pelo Estatuto da Cidade são as seguintes.

### Estatuto da Cidade X novo Código Civil

Construir ou manter edificação já existente; Admitido somente para realizar nova edificação; Somente para imóveis urbanos; Aplicável tanto para

promitente comprador a exigir escritura pública de compra e venda. Havendo recusa do promitente vendedor em cumprir sua obrigação, poderá o promitente comprador, *titular de direito real*, ingressar com ação de adjudicação compulsória, a fim de que o juiz supra a vontade do promitente vendedor.

A expressão *titular de direito real* prevista no artigo 1.418, s. m. j., teve por finalidade estabelecer o *registro da promessa de compra e venda como um dos requisitos legais previstos para o êxito da demanda adjudicatória*, no mesmo sentido em que se exige o registro da compra e venda e até mesmo da promessa de compra e venda para a admissão das ações petitórias, a exemplo da reivindicatória – o direito real nasce com o registro. Assim, percebe-se que a jurisprudência que dispensava o registro foi revogada – súmulas 84 e 239 do STJ. Afirma-se, portanto, que a adjudicação compulsória é um direito de quem tem a promessa de compra e venda registrada, isto é, de quem é titular de um direito real.

Para ter acesso ao cartório de registro de imóveis, deverá constar do contrato (escritura pública ou instrumento particular), além dos requisitos legais previstos na lei 6.015/73, cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, sem admitir, no entanto, a pactuação de arrendimento.

### **Hipoteca, penhor, enfiteuse e perda da propriedade**

No que concerne à *hipoteca*, foram previstas novas normas relativas ao procedimento de pactuação. Entre elas, não será admitida cláusula que proíba o proprietário de alienar o imóvel hipotecado a terceiros, bem como poderá ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. Também, as regras relativas ao registro e à remição das hipotecas previstas na Lei de Registros Públicos foram introduzidas com sensíveis modificações. Verifica-se, ainda, que a hipoteca judicial, que está em desuso, não foi prevista no CC e, dessa forma, questiona-se se ela foi ou não revogada.

Cabe lembrar que os artigos 1.438 e 1.448 previram que o registro do contrato de *penhor*

tem efeito constitutivo. Assim, enquanto não registrado, não existirá o direito real sobre o bem móvel. Admitem-se ambas as formas, a pública e a privada, para a realização do contrato.

Convém alertar que, em se tratando de bens imóveis, somente serão admitidos *instrumentos particulares* para registro e/ou averbação, quando o valor do negócio for igual ou inferior a trinta (30) vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil, ou quando a lei expressamente prever essa forma (art.11 e 22, decreto-lei 58/37; art.32, §2º, e 67, lei 4.591/64; art.26, lei 6.766/79; art.1.417, lei 10.406/02; §5º, art.61, lei 4.380/64; §1º, art.7º, decreto-lei 271/67; art.38, lei 9.514/97, alterado pela medida provisória 2.223/01; e art.53 e 64, lei 8.934/94). Nos demais casos, a lei prevê a escritura pública como requisito de validade do ato.

Verifica-se, contudo, que, no rol dos direitos reais, houve a supressão da enfiteuse, que já estava em desuso. Porém, o artigo 2.038 previu que as enfiteuses constituídas na vigência do CC 16 (art.678-94) por ele continuarão a ser regidas até sua extinção e que permanecem em vigor as enfiteuses dos terrenos de marinha (art.2.038, §2º).

Alerta-se, ainda, que o artigo 1.276 traz norma draconiana ao prever como forma de perda da propriedade o abandono, que é presumido quando, cessados os atos de posse, o proprietário deixar de satisfazer os ônus fiscais. O perigo existe em virtude da *presunção absoluta* estabelecida pela norma jurídica.

## **Direitos reais e o NCC**

### **Kioitsi Chicuta**



O doutor Kioitsi Chicuta é juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro O novo Código Civil e o registro de imóveis, que será

distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

## Direitos reais

Corretamente, o novo Código Civil inscreve os direitos reais como título específico no livro III – Do Direito das Coisas – e não mais naquele do antigo Código, no título III e referente aos direitos reais sobre coisas alheias. A exemplo do que ocorria com o artigo 674 do Código Civil de 1916, o atual diploma legal, em seu artigo 1.225, enumera os direitos reais. Exclui a enfiteuse e as rendas expressamente constituídas sobre imóveis – incisos I e VI – e inclui a superfície e o direito do promitente

desapropriação judicial.

## Taxatividade dos direitos reais

A primeira questão que se apresenta ao estudioso do direito imobiliário é a consideração da enumeração dos direitos reais como sendo taxativa – *numerus clausus* – ou meramente exemplificativa – *numerus apertus*. Não se vê alteração do *status quo ante* e a conclusão que se pode extrair, como afirmam os estudiosos da matéria; é no sentido que o legislador optou por seguir a tradição, elencando de forma peremptória os direitos reais. Evidentemente, a relação do artigo 1.225 do Código Civil não tem caráter exaustivo, pois outros direitos reais existem e de

*“O artigo 1.245 do novo Código Civil conserva o registro do título translativo no registro de imóveis como modo de transferência da propriedade entre vivos, mas elimina a imprecisão terminológica e de conceito existente no vetusto Código Civil. Diz de forma expressa que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel” (§1º, art.1.245 NCC), e que, “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” (§2º, art.1.245 NCC).”*

comprador do imóvel – incisos II e VI. Mantém instituto como a anticrese, que, por experiência, não vem sendo utilizado pela população. Outros institutos foram conservados, sem alterações substanciais de conteúdo, mas as normas recentemente editadas devem ser interpretadas em novo contexto, de acordo com os princípios novos e as normas constitucionais. Há uma visão socializante em lugar daquela individualista; a propósito, veja-se a

igual forma previstos em lei: a) contrato de cessão e promessa de cessão de lotes (lei 6.766/79); b) contrato de promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas condominiais (lei 4.591/64); c) propriedade fiduciária de imóvel, cessão fiduciária de direitos creditórios em virtude de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contrato de venda ou pro-

nessa de venda de imóvel (lei 9.514/97); d) propriedade fiduciária de bem móvel em favor das entidades financeiras e consórcios (decreto-lei 911/69); e e) contratos de caução, cessão parcial, cessão fiduciária de direitos decorrentes de contrato de alienação fiduciária celebrado pelo sistema financeiro da habitação ou de empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda da unidade imobiliária (lei 4.864/64 e decreto-lei 70/66).

### **Taxatividade dos direitos inscritos no registro de imóveis**

Aqui existe uma diferença conceptual que tem causado inúmeras confusões, ou seja: nem todos os atos de registro destinam-se a criar direitos reais. Alguns, por exemplo, como o registro do contrato de locação em que consignada cláusula de vigência em caso de alienação (art.167, I, 3, lei 6.015/73), geram apenas direitos pessoais com efeito real. Nesse campo sim, até mesmo para que a publicidade de situação jurídica do imóvel seja a mais ampla e correta possível, é possível alargamento do entendimento hoje vigente. De toda forma, a matéria, por certo, será novamente agitada em face do disposto no parágrafo único, do artigo 463, do Código Civil, que estabelece que "o contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente". Não se sabe ao certo o alcance dessa norma, mas, em princípio, permite a lei acesso indiscriminado de todos os contratos preliminares, desde que não conste cláusula de arrependimento e independente de previsão na Lei de Registros Públicos. Desaparece, aqui, a discussão sobre a registrabilidade do contrato de promessa de doação, promessa de dação e tantos outros cujo acesso restaram barrados com argumento de "falta de expressa previsão legal". Admitido o registro do contrato principal, mesmo porque elencado em lei como passível de ato registrário, por força da norma citada, o preliminar há de ser necessariamente recepcionado. Resta, evidentemente, interpretação do alcance da norma legal que não estabelece restrição quantitativa ou qualitativa do negócio principal. Contratos que tradicionalmente não são aceitos no registro de imóveis, como o comodato, voltarão a ser objeto de apre-

sentação, sob argumento de que o principal deve ser aceito, se o preliminar é permitido.

### **Enfiteuse**

De outra parte, o Código excluiu a possibilidade de constituição de novas enfiteuses (art.2.308), não significando, porém, a extinção daquelas instituídas anteriormente, mesmo porque ostenta caráter de perpetuidade (art.679, CC/1916). Prevaecem as normas do Código Civil anterior, apenas deixando clara a proibição de cobrança de laudêmio ou prestação análoga nas transmissões do bem aforado "sobre o valor das construções ou plantações" e de constituição de subenfiteuse (art.2.038, §1º, I e II). Não há alteração da situação jurídica dos bens públicos – terrenos de marinha e acrescidos.

### **Propriedade**

O Código Civil de 1916 assegurava ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (art.524). O novo estatuto mantém a mesma essência, mas estabelece possibilidade de reivindicatória também contra o mero detentor (art.1.228, NCC), observando, porém, influência dos princípios instituídos na Constituição Federal em relação ao imóvel particular, dispondo no parágrafo primeiro, do artigo 1.228, que "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". A propriedade, quer aquela urbana, quer a rural, deve atender à sua função social.

Importa no estudo do capítulo referente à propriedade, contudo, destaque ao que a doutrina denomina de desapropriação judicial (art.1.228, §4º, NCC), mediante a qual "o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco

anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante". É norma de grande alcance social e que Miguel Reale qualifica como sendo posse-trabalho.

Na desapropriação judicial, o juiz, a requerimento dos que exercitam a posse-trabalho, fixa por sentença a justa indenização que deve ser paga por eles ao proprietário, após o que a sentença valerá como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis (art.1.228, §5º, NCC).

A circunstância de se cuidar de "desapropriação", ainda que judicial, por certo, suscitará questionamentos interessantes, como, por exemplo, o fato de se cuidar de aquisição originária ou derivada.

O que importa é que nova figura surge no atual cenário jurídico, mostrando possível que a desapropriação seja requerida: a) pelos próprios possuidores; e b) pelo proprietário e reclamando indenização (desapropriação judicial indireta).

## Usucapião

O legislador civil incluiu no Código Civil as inovações decorrentes da aplicação dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, repetindo, no que concerne à usucapião constitucional urbana, o disposto no artigo nono da lei 10.257/01.

Manteve as demais espécies, mas há substancial alteração dos prazos a que se referem as usucapiões extraordinária e ordinária.

Reduz em relação à usucapião extraordinária o lapso temporal de vinte anos para quinze anos, possibilitando redução para dez anos "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo" (art.1.238 e par.ún., NCC). Quanto à usucapião ordinária, fixa o prazo comum de dez anos (art.1.242 NCC) e especial de cinco anos, "se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente,



Iniciais de manuscrito alemão, século XXIII.

desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico".

Título para registro continua sendo a sentença declaratória de usucapião (art.167, I, n.28, lei 6.015/73, com a redação dada pela MP 2.220, de 4-9-01).

## Aquisição pelo registro do título

O artigo 1.245 do novo Código Civil conserva o registro do título translativo no registro de imóveis como modo de transferência da propriedade entre vivos, mas elimina a imprecisão terminológica e de conceito existente no vetusto Código Civil. Diz de forma expressa que "enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel" (§1º, art.1.245 NCC), e que, "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" (§2º, art.1.245

NCC). É a consagração da expressão difundida de que "quem não registra não é dono".

## Condomínio em geral

No condomínio voluntário, quando o condômino não quer participar do rateio das despesas e dívidas, pode ele renunciar à parte ideal (art.1.316 NCC). A renúncia é causa de perda da propriedade (art.1.275, II, NCC) e, para surtir efeito, é preciso registro do ato renunciativo no registro de imóveis (art.1.275, par.ún., NCC). O benefício dos condôminos remanescentes varia de acordo com os pagamentos, ou seja, assumindo eles a obrigação, adquirem a parte ideal "na proporção dos pagamentos que fizerem" e, não havendo condômino que faça os pagamentos, "a coisa comum será dividida" (§1º e 2º, art.1.316 NCC). Não estabelece a lei a forma como deve ser instrumentada a atribuição de partes no quinhão do renunciante.

Outra matéria importante diz respeito à indivisibilidade convencional. Ela não pode ser superior a cinco anos, "suscetível de prorrogação ulterior" (art.1.320, §1º, NCC). Será uma única prorrogação ou permitem-se dilações sucessivas? A interpretação literal está a indicar que ela não pode ultrapassar um único período adicional de um lustro. Mesmo o doador ou o testador não pode impor indivisão por prazo superior a cinco anos (art.1.320, §2º, NCC). O condomínio comum, ao longo dos tempos, tem se revelado foco de discórdias e desentendimentos, e havendo possibilidade de divisão, ela deve ser feita, ainda que o prazo convencional não tenha se esgotado, como se vê, aliás, do parágrafo terceiro, do artigo 1.320, no novo Código Civil, exigindo apenas deliberação jurisdicional.

## Propriedade fiduciária

O legislador transferiu o instituto jurídico da lei 4.728/65 – Lei de Mercado de Capitais – e do decreto-lei 911/69 para o Código Civil. Não interfere na alienação fiduciária de imóveis, eis que a lei 10.406/02 se refere exclusivamente aos bens móveis. Há permanência da lei 9.514/97. Há questão interessante apenas no que diz respeito à fi-

gura do fiduciário e que, até agora, estava restrito às entidades do sistema financeiro nacional e aos consórcios. O Código não traz qualquer distinção. Não significa revogação do decreto-lei 911/69, mas a previsão de contrato como sendo de espécie determinada e utilizável por qualquer pessoa.

De toda forma, a discussão sobre a vigência ou não do decreto-lei 911/69 será objeto de acaloradas discussões.

## Superfície

Eventual dúvida sobre a natureza real do direito de superfície restou espancada com a sua inserção no rol do artigo 1.225 do novo Código Civil, mas outros questionamentos surgiram após sua edição. Revogou ele a seção específica do direito de superfície do Estatuto da Cidade (art.21 a 24)? Em caso negativo, como se resolvem os conflitos conceituais, como, por exemplo, direito de superfície contratado por prazo indeterminado quando o artigo 1.369 do novo Código Civil admite apenas contrato "por prazo determinado"? E o direito de superfície do subsolo e do espaço aéreo, permitido no Estatuto da Cidade (art.21, §1º) e limitado no Código Civil apenas ao solo, esclarecendo apenas que o direito de superfície autoriza obra no subsolo apenas se for inerente ao objeto da concessão (par.ún. art.1.369 NCC)?

Os doutrinadores têm sustentado que as normas do Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam a disciplina da mesma matéria e constante do Estatuto da Cidade. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Jr. dizem que não há alteração do instituto criado pela lei 10.257/01, eis que, no conflito entre regras gerais e especiais, prevalecem estas – princípio da especialidade –, ou seja, o Estatuto da Cidade permanece hígido, permitida a instituição em superfície urbana por tempo indeterminado e tendo como objeto a utilização do subsolo e do espaço aéreo (op. cit., p. 479-80).

## Usufruto

O artigo 715 do antigo Código Civil dispunha que o usufruto de imóveis depende do regis-

tro, salvo “quando resulte do direito de família”, e o atual Código, em seu artigo 1.391, diz que não está sujeito a registro o usufruto de imóveis que resulte de “usucapião”.

Estabelece, ainda, em seu artigo 1.393, que o usufruto não pode ser transmitido “por alienação”, modificando o primitivo texto que dispunha sobre possibilidade de alienação apenas ao nu-proprietário (art.717 CC/1916). Estaria criando obstáculo para tal negócio? Salta claro que a regra ainda persiste, pois prevê a consolidação como forma de extinção do usufruto. Há expressa consignação de necessidade de cancelamento do registro (art.1.410 NCC), o que se faz por ato averbatório e sem necessidade, via de regra, de ordem judicial.

O usufruto instituído em favor da pessoa jurídica, outrossim, extingue-se pelo encerramento jurídico ou pelo decurso de trinta anos da data em que começou a exercer (art.1.410, III, NCC) e não mais pelo prazo de cem anos (art.741 CC/1916).

Incluiu, por fim, a renúncia como causa de extinção, nada obstante viesse sendo exercida na prática (art.1.410, I, NCC).

## **Direito do promitente comprador**

A lei 6.766/79 (art.25) já vinha considerando o compromisso de compra e venda registrado como gerador de direito real e o novo Código Civil diz que, “mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel” (art.1.417). Acrescenta no artigo 1.418 que o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor a outorga da escritura definitiva de compra e venda e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação compulsória.

Cuida-se de instrumento já utilizado na prática, mas revela timidez do legislador no trato da matéria, em descompasso até mesmo à jurisprudência consolidada e às inovações legislativas re-

centes. O artigo 26, parágrafo sexto, da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, por exemplo, dispõe que “os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação”. A norma representou avanço na consideração do compromisso como documento definitivo e não mais preliminar e, desde que acompanhada da prova de quitação, possibilitou a transferência da propriedade mediante simples ato averbatório, independente da elaboração de outro título.

## **Penhor rural**

Estabelece registro no registro de imóveis da circunscrição, onde estão as coisas empenhadas, permitindo ao credor a emissão de cédula rural pignoratícia “na forma da lei especial”, com prazo máximo de três anos para o penhor agrícola e de quatro anos para o penhor pecuário, prorrogáveis uma só vez e até o limite igual de tempo. A prorrogação deve ser averbada, mas o artigo 1.439, parágrafo segundo, do Código Civil contém velho equívoco de dizer que “a prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo”.

## **Penhor industrial e mercantil**

Podem ser objeto de penhor as máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração de salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados (art.1.447 NCC). O penhor é constituído mediante instrumento público ou particular e registrado no registro de imóveis da circunscrição onde estiverem as coisas empenhadas, permitindo ao credor a emissão de cédula de crédito “na forma e para os fins que a lei especial determinar”.

## **Penhor de direitos e títulos de crédito**

O Código Civil de 1916 falava em caução

de títulos de crédito e que restou substituída por penhor de direito e títulos de crédito. Podem ser objeto de penhor direitos suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis (art.1.451 NCC). O instrumento é levado ao registro de títulos e documentos. Exige para eficácia que o devedor seja notificado do penhor (art.1.453 NCC).

### **Penhor de veículos**

Podem ser objeto de penhor os veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução. É registrado em títulos e documentos (art.1.462

### **Hipoteca**

Embora criticada como garantia eficaz ao cumprimento de obrigação principal, mantém o Código o destaque histórico da hipoteca como direito real de garantia. O artigo 1.473 do Código Civil estabelece o mesmo elenco dos bens que podem ser objeto de hipoteca.

Deixa claro em seu artigo 1.475 que "é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado", mas cria, em seu parágrafo único, possibilidade de estabelecimento de cláusula que "vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado". Há críticas sobre esse dis-

*"Aqui existe uma diferença conceptual que tem causado inúmeras confusões, ou seja: nem todos os atos de registro destinam-se a criar direitos reais. Alguns, por exemplo, como o registro do contrato de locação em que consignada cláusula de vigência em caso de alienação (art.167, I, 3, lei 6.015/73), geram apenas direitos pessoais com efeito real."*

NCC) e permite ao credor a emissão de cédula de crédito. O prazo máximo do contrato é de dois anos, prorrogável por outros dois anos, promovendo-se a averbação em havendo a última ocorrência.

### **Penhor legal**

Mantém a possibilidade de penhor legal ao dono do prédio locado em garantia de recebimento dos aluguéis e rendas (art.1.467, II, NCC). O artigo 1.472 do Código Civil diz que o locatário pode impedir a constituição do penhor mediante caução idônea. Quando existe a garantia prevista na lei 8.245/91, evidentemente não há que se falar em penhor. Mas, se não tiver, como fica a matéria em face do bem de família da lei 8.009/90?

positivo. E as cédulas hipotecárias e os imóveis do sistema financeiro da habitação? São regras que decorrem de leis especiais e que não se vergam àquelas de natureza geral.

Permitem-se, ainda, várias hipotecas sobre um mesmo imóvel (art.812 CC 1916 e art.1.476 NCC). Mas, no caso de duas hipotecas, se o devedor não pagar a primeira, o credor da segunda pode extingui-la, consignando judicialmente o valor do débito, sub-rogando-se nos direitos da hipoteca anterior. Se o crédito do primeiro credor estiver sendo executado, o da segunda fará depósito judicial.

Em caso de dívida hipotecária não assumida pelo adquirente do imóvel, pode ele liberar-se mediante o abandono em favor dos credores hipotecários (art.1.479 NCC). O adqui-

rente deve notificar o vendedor e os credores hipotecários, entregando-lhes, em conjunto, a posse do imóvel, ou depositando-o em Juízo (art.1.480 NCC), podendo, também, exercer a faculdade de abandonar o imóvel nas vinte e quatro horas seguintes à da citação do processo de execução (art.1.480, par.ún. NCC).

A remissão da dívida hipotecária pelo adquirente continua possível, mas o artigo 1.481 do Código Civil deixa claro que tem ele trinta dias, contados do registro do título aquisitivo, para exercer o direito de remissão, instaurando, desde logo, processo com esse objetivo. Não é mais mera notificação (art.815, §1º, CC/1916). O credor pode impugnar o preço da aquisição ou a importância oferecida e, então, o imóvel será posto à venda judicial, com direito de preferência ao adquirente.

A remissão pelo devedor é possível (art.1.481 NCC). Até assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada sentença de adjudicação, com depósito de preço igual ao da avaliação ou do valor do maior lance. Igual direito pode ser exercido pelo cônjuge, descendente ou ascendente. É a regra do artigo 787 do Código de Processo Civil.

O prazo de preempção restou reduzido para vinte anos, mas mantém possibilidade de dar publicidade da prorrogação do contrato de hipoteca, pelo prazo máximo total de vinte anos, mediante mero ato averbatório (art.1.485 NCC), como, aliás, já constava do artigo 817 do Código revogado e com base em requerimento subscrito pelas partes. Eliminou, contudo, a possibilidade de, escoado o prazo de trinta anos, restaurar a garantia real mediante a apresentação do mesmo título, "desde que perfaça trinta anos, só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por nova inscrição", dispondo de forma clara que "só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo título e novo registro".

Permite-se, pelo artigo 1.487, a constituição de hipoteca para garantir dívida futura ou condicionada. Exige, para tanto, que o valor máximo do crédito a ser garantido seja especificado e, em caso de execução, reclama prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição ou ao montante da dívida



O "iluminador" em sua oficina de trabalho, século XIII.

(art.1.487, §1º), acenando com a via jurisdicional em caso de divergência (art.1.487, §2º).

Outra novidade a merecer destaque é a garantia que incide em gleba maior que depois é loteada ou de prédio sobre o qual é instituído condomínio edilício. Diz o artigo 1.488 que, "se o imóvel, dado em garantia, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito". O que pode causar dúvida não é a norma em si, mas o seu alcance, ou seja, exige sempre a intervenção do juiz? Pode o cartório proceder administrativamente à transferência da garantia incidente sobre o imóvel maior e que, extinto, é repassada às novas unidades criadas? A norma pressupõe dissenso, tanto assim que fala em requerimento do credor, do devedor ou dos donos, e não de todos conjuntamente. Assim, desde que haja consenso, é possível o que o legislador denomina "divisão do ônus", fixando eles, naturalmente, a proporção entre o valor de cada unidade e o crédito. De toda forma, não havendo acordo, como ficam o imóvel hipotecado e o prédio concluído, de igual forma hipotecado, que aguardam o re-

gistro do parcelamento e o registro da instituição e da especificação do condomínio, respectivamente? O registro fica suspenso até decisão do juiz? É decisão administrativa ou jurisdicional?

Em relação à hipoteca legal, o artigo 1.489 acrescentou sua existência em favor do credor "sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação", em atenção ao artigo 700 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que o interessado em arrematar o imóvel sem pagamento imediato da totalidade do preço faz a oferta; se aceita, a garantia é hipotecária e recai sobre o próprio imóvel. Elimina discussão sobre a natureza da hipoteca e a legislação a erige como sendo legal. Assim como as demais espécies, a hipoteca legal, para que ganhe *status* de direito real, necessita do registro e da especialização (art.1.497).

Outra matéria relevante diz respeito ao registro da hipoteca e observa o Código a tradição de fixar a competência como sendo a do cartório do local do imóvel e se ele ocupar mais de uma circunscrição imobiliária, observa a regra do artigo 169, II, da lei 6.015/73 (art.1.492). Mantém-se a prioridade e a preferência com base no protocolo (art.1.493) e a regra de não-registrabilidade, no mesmo dia, de direitos reais contraditórios ou opostos sobre um mesmo imóvel, "salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas" (art.1.494).

Observam-se também os graus de hipotecas e, a exemplo do que ocorria no artigo 837 do antigo Código Civil, havendo notícia de existência de hipoteca anterior e não-registrada, deve o oficial sobrestar o registro por trinta dias, após o que, não havendo exibição do anterior, o ato será perpetrado, ganhando o credor a preferência (art.1.495 NCC).

Há aperfeiçoamento dos casos de extinção da hipoteca e, em seu rol, o artigo 1.499 enumera a "resolução da propriedade" pela incidência da condição resolutiva (art.1.359 e 1.360 NCC) e corrige o erro de grafia existente no texto revogado, substituindo "remissão" por "remição". No caso da arrematação ou adjudicação como causa de extinção da hipoteca, afasta-se a discussão sobre sua execução de ofício pelo regis-

trador pela simples ocorrência de fato objetivo, ou seja, exige-se prova de notificação dos credores hipotecários, desde que não sejam eles parte no processo de execução (art.1.501 NCC).

# O direito de propriedade em face do novo Código Civil

**Venício Antônio de Paula Salles**



O doutor Venício Antônio de Paula Salles é juiz Titular da Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

Nossas constituições, de há muito, vêm exigindo que a *propriedade pública ou privada* cumpra sua *função social*. De forma mais nítida, tal preocupação passou a constar do texto da Constituição de 1946, ocupando espaços nas Cartas de 1967 e Emenda constitucional nº 1/69. Contudo, foi na Constituição Cidadã, promulgada em 1988, que tal orientação foi firmemente traçada e apresentada.

Em dispositivos *distintos*, a Carta Política de 1988 consagra, junto ao capítulo dos direitos

e garantias individuais e coletivas, o *direito à propriedade privada* (art.5º, inc.XXII), para, em uma segunda passagem, exigir que a *propriedade* cumpra sua *função social* (art.5º, inc.XXIII). Não foi aleatória a forma escolhida pelo legislador constituinte, ao tratar desses dois vetores da propriedade privada em incisos distintos e separados. Essa técnica legislativa e a ordem que foi observada – primeiro, o direito de propriedade individual e, depois, a limitação ao exercício desse direito – conferem bem a idéia da extensão do direito à *liberdade* ao exercício da propriedade *privada* em confronto com o *direito coletivo* materializado pelo respeito e submissão aos padrões e ao conteúdo da *função social*.

Desde que reconhecida, a propriedade privada, portanto, exige respeito ilimitado, salvo quando seu exercício ou *uso* venha a se revelar inconveniente ou contrário aos interesses coletivos e *sociais*.

O conteúdo da expressão *função social*, utilizada pelo constituinte em cinco passagens distintas, não é aberto ao sabor das ideologias e vontades políticas. Pelo contrário, seu sentido *jurídico* é objetivamente apresentado nos capítulos da política urbana e da política rural. No primeiro caso, o conceito tem pertinência com a melhor *ordenação* das cidades – no afã de assegurar bem-estar a seus habitantes –, e no segundo, têm pertinência com a produtividade da terra rural.

Portanto, a *função social* prestigia o *social*, ou seja, aquilo que é relativo à *sociedade*. No caso do artigo 182, a preocupação do legislador constituinte foi incluir como *função social* as políticas para o melhor equacionamento dos problemas urbanos, indicando os caminhos para o crescimento das cidades em função da infra-estrutura instalada ou projetada, bem como as formas para que os equipamentos públicos cumpram melhor suas funções e o adequado planejamento e previsão do adensamento populacional em atenção a tais equipamentos públicos.

Extremamente elucidativas são as *sanções* previstas no texto supremo para a hipótese de descumprimento da *função social*. A Constituição permite que o proprietário que venha a descumprir a orientação sinalizada pela *função social* possa ser compulsoriamente obrigado a *parcelar*, fracionando sua *gleba*, bem como ser compelido a pro-

mover *edificação* – nos casos em que se mostra inconveniente a manutenção de grandes áreas e glebas brutas e locais dotados de boa infra-estrutura pública. Patenteia o texto supremo que a *função social* diz respeito *precipua*mente ao percurso a ser seguido para o melhor e mais perfeito desenvolvimento das cidades.

O artigo 184 também tem esse conteúdo, na medida em que permite e exige a *desapropriação* para fins de reforma agrária de glebas que não achem adequada produtividade.

O exato conteúdo da *função social* foi reservado pela Constituição ao *plano diretor* das cidades ou à legislação ordinária local; à legislação federal cabe estabelecer apenas certos padrões gerais sobre a ordenação das cidades, desiderato que foi cumprido com a edição do Estatuto da Cidade.

## O novo Código Civil

No que afeta o novo Código Civil, ele se mostrou sensível à dicção constitucional, consagrando o direito à propriedade privada como uma *faculdade* e submetendo-o às “*suas finalidades econômicas e sociais*”.

Nesse sentido, dispõe o parágrafo primeiro do artigo 1.228:

“parágrafo primeiro. 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.”

Esse texto do Código Civil elucida que *função social* ou *finalidades econômicas e sociais* não se encontram direta e imediatamente ligadas a questões de preservação ambiental. São questões interligadas, mas não coincidentes; a *função social* esteia-se no artigo quinto, inciso XXIII, ao passo que as questões ambientais se encontram especificamente tratadas pelo artigo 225 da Carta Maior.

Procedeu corretamente o novo Código, ao apartar as restrições decorrentes da *função social* daquelas provenientes de *restrições ambientais*

ou ligadas à preservação cultural. Procedeu corretamente porque as *restrições* ao direito de propriedade representam comandos imperativos de ordem pública, de forma que somente valem, conquistam eficácia ou impõem obrigações, se expressos nesse sentido. Assim, como comandos normativos, as *restrições ou limitações ao direito de propriedade* devem ser claras, precisas e objetivas e, para que tal propósito seja alcançado, necessário apartar, se possível, os comandos relativos à preservação ambiental ou de manutenção do ecossistema das *restrições decorrentes da solução ligada ao melhor aproveitamento da infraestrutura urbana – função social ou finalidades econômicas e sociais*.

Isso significa que deve o *plano diretor* apresentar padrões objetivos sobre a *função social*, assim como deve a legislação de *preservação ambiental* apontar e indicar as *restrições* dessa natureza. Não se admitem ilações ou extensões não previstas nas normas.

A *liberdade* ou o direito de propriedade sempre prevalecem, salvo previsão expressa e objetiva em sentido contrário. As *restrições* somente excepcionam o direito de propriedade, se enunciadas em normas próprias e específicas, relativas à melhor ordenação das cidades, bem como à preservação ambiental ou da cultura histórica e artística.

Trata-se de orientação segura ao aplicador do direito que deve analisar com cuidado indispensável o conteúdo do *direito de propriedade* no que diz respeito às *liberdades*, e como devem ser *interpretadas* e analisadas as *restrições* a esse *direito*. Esse alerta se presta também à análise e ao estudo das demais *restrições* que atingem o direito de propriedade, como as de cunho urbanístico, invariavelmente ligadas ao parcelamento do solo urbano, ou as limitações de sentido meramente convencional, pactuadas e ajustadas entre particulares.

De alguma forma, o Código Civil veio facilitar essa análise, apresentando texto que conforma e reafirma as determinações constitucionais, permitindo mais *equilíbrio* de forças, para que as *paixões* impulsionadas por ideologias simplistas não aniquilem o direito de propriedade, bem como não impeçam que os reais interesses coletivos prevaleçam.

Deve estar sempre presente a idéia de que

as normas de cunho *social* representam uma forma de *exceção* ao *padrão* constitucionalmente adotado, que impõe tratamento equânime entre os direitos e os titulares dos direitos, em decorrência do *princípio da igualdade*. Os comandos de sentido *social*, como, por exemplo, as alíquotas progressivas, desnivelam as pessoas, acima do nível de desnível que ostentam, indicando que as *preocupações sociais* se voltam para a erradicação das diferenças e, compondo uma forma excepcional, exigem, para serem implementadas, *expressa e específica previsão normativa*.

Portanto, diversos são os argumentos que indicam, sinalizam e exigem que as *restrições* ao direito de propriedade sejam enunciadas de forma clara, objetiva e direta e não comportem extensões, interpretações ampliativas ou qualquer outra forma de leitura que venha ampliar o conteúdo das normas *restritivas*.

### Uso indevido da propriedade privada (art.1.228, §2º)

“Parágrafo segundo – São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

Uma das inovações do novo Código, que exige análise e estudo, diz respeito ao parágrafo transcrito, que estampa proibição dirigida ao proprietário, para que ele não desenvolva atos motivados e voltados para provocar prejuízo a outrem sem qualquer efeito positivo para sua propriedade.

Em atenção a esse dispositivo, a propriedade privada não pode ser utilizada com o propósito único de espezinhar, aborrecer ou prejudicar vizinho, proprietários ou possuidores de imóveis nas imediações. A prática de tais atos deve viabilizar ações *indenizatórias* ou ações *cominatórias* ou, ainda, demandas *demolitórias*

A dificuldade é definir o que sejam atos *prejudiciais*, pois, em tese, não poderiam abarcar atos *comportamentais*, mas tão-somente atos de uso ou fruição da propriedade. No entanto, tal questão, como tantas outras matérias duvidosas, deve ser fixada por nossos tribunais.

## **Desapropriação judicial. Posse. Trabalho (art. 1.229, §§3º, 4º e 5º)**

“Parágrafo terceiro – O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

Parágrafo quarto – O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindi-

cação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, tudo em perfeito compasso com os artigos 5º, inciso XXIV, 182 e 184.

Portanto, nesse particular, a lei civil nada acrescentou além daquilo que de forma imperativa constava da Constituição. É certo que os dispositivos constitucionais anotados não são dotados de auto-eficácia, mas dependem de norma integradora; contudo, não foi o Código Civil que conferiu tais efeitos, mas a legislação

*“Deve estar sempre presente a idéia de que as normas de cunho social representam uma forma de exceção ao padrão constitucionalmente adotado, que impõe tratamento equânime entre os direitos e os titulares dos direitos, em decorrência do princípio da igualdade. Os comandos de sentido social, como, por exemplo, as alíquotas progressivas, desnivelam as pessoas, acima do nível de desnível que ostentam, indicando que as preocupações sociais se voltam para a erradicação das diferenças e, compondo uma forma excepcional, exigem, para serem implementadas, expressa e específica previsão normativa.”*

cado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 05 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Parágrafo quinto – No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

O parágrafo terceiro do Código Civil apresentou as formas expropriatórias concebidas pela Constituição, declarando que “o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de *desapro-*

pretérita recepcionada pela Carta Política, bem como as leis específicas que regulamentaram as demais formas expropriatórias, como o Estatuto da Cidade.

A grande inovação nessa parte foi insculpida nos parágrafos quarto e quinto, que admitiram uma forma peculiar de *desapropriação*, que deve ser reconhecida *judicialmente*, para situações específicas, no curso ou na tramitação de ações reivindicatórias.

O Código admitiu que, nas ações petitórias, cujo objeto seja “extensa área”, ocupada de boa-fé por um grande número de pessoas que tenham erguido equipamentos urbanos ou edificações para moradia (obras e serviços), o *juiz* po-

derá reconhecer e declarar o *interesse social*, fixando a *justa indenização*. O parágrafo subsequente estabelece que *pago o preço*, o título se prestará para *registro*.

A primeira grande questão desse instituto é desvendar quem deve pagar a "justa indenização", se a população que ocupou a área e lá reside há mais de cinco anos ou se o poder público.

O dispositivo não apresenta qualquer resposta nesse sentido, sugerindo, numa primeira leitura, que o pagamento deva ser feito pelos próprios ocupantes. Nesse sentido se pronunciaram os professores Walter Ceneviva e Ricardo Pereira Lira em palestras proferidas junto à Escola Paulista da Magistratura.

Entretanto, não nos parece ser essa a melhor dicção do dispositivo *sub examine*, mesmo porque é imperativo que sua leitura seja sistemática, em confronto com os demais parágrafos que compõem o mesmo artigo.

Como visto, o parágrafo terceiro alude às formas de *desapropriação*, reportando-se à motivada pela declaração e reconhecimento do *interesse social*. Em seguida, no próprio parágrafo quarto, o Código confere o direito ao *juiz de direito* de proclamar e declarar o *interesse social* e, por fim, o parágrafo quinto alude à "justa indenização", empregando termo consagrado pelas disposições constitucionais relativas ao instituto da *desapropriação*.

Portanto, a estruturação do artigo 1.228, que apresenta peculiar construção legislativa, revela a existência de recíprocas interferências entre seus comandos, denunciadas também pelo emprego de termos e expressões próprios do instituto da *desapropriação* – *interesse social* e *justa indenização*. Destarte, indicam e sinalizam no sentido de que a hipótese revela uma forma de *desapropriação judicial*, exigindo que a indenização fixada deve ser saldada pelo poder público municipal, em atenção à sistemática de precatórios.

Ademais, seria de todo incongruente que, proclamado o *interesse social* relativo aos ocupantes da grande gleba, reconhecendo por essa via que se trata de pessoas hipossuficientes financeira e economicamente ou pobres, na acep-

ção jurídica do termo, a eles fosse imposta a obrigação de *pagamento* da área. Ademais, é defeso ao juiz fixar o valor em padrões *sociais*, uma vez que ele deve se ater ao *justo preço*.

O professor Miguel Reale, que empresta seu prestígio pessoal ao novo Código, realça que a norma cria a *desapropriação judicial*, considerada uma inovação "do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar com sendo de posse-trabalho" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, atualizado até 15/3/2002, p.419).

Os caminhos para implementação da *desapropriação judicial* poderão ser apresentados e enunciados em novas normas. Sem elas, competirá ao judiciário indicar o percurso processual a ser observado.

Quanto ao título de domínio que decorre dessa forma anômala de *desapropriação*, ele poderá se guiar pelos modelos admitidos nas legislações urbanísticas, como o Estatuto da Cidade, contemplando "frações individualizadas", acessos e vias, como também poderá contemplar o todo da gleba, fracionando-a em partes ideais iguais ou proporcionais à ocupação de cada segmento familiar.

Evidente que o direito de *cidadania* que a legislação contemporânea visa resgatar não pode se contentar com conferir um título em "partes ideais iguais" ou proporcionais aos ocupantes, em virtude das dificuldades de utilização desse *direito*, na medida em que o exercício dele depende de uma organização condominial. É de se entender, portanto, que somente em último caso a formação dos condomínios *pro indiviso* deve ser concebida.

A falta de definição do Código obrigará o judiciário a formular as soluções em cada caso.

### **Perda da propriedade e desapropriação (art. 1.275)**

"Artigo 1.275 - Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

- I- por alienação;
- II- por renúncia;
- III- por abandono;
- IV- por perecimento da coisa;
- V- por desapropriação;

Parágrafo único. – Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.”

O artigo 1.275 estabelece as causas da perda da *propriedade*, a exemplo do que fazia o artigo 589 do Código de 1916, tendo ampliado o elenco com a inserção da *desapropriação*.

Repetindo o dispositivo do Código superado, o novo estatuto afirma que a *propriedade* se transfere em caso de alienação ou renúncia, no momento do registro imobiliário, deixando de lado as demais hipóteses.

Permite o novo texto que se conclua com *segurança* que nos casos de *desapropriação* não será o registro imobiliário que marcará, temporalmente, a perda da propriedade.

O novo Código, sensível a uma forte corrente jurisprudencial que se estruturou a partir da edição da Carta Constitucional de 1988, junto às varas das fazendas públicas de São Paulo, considera o *apossamento* ou a *imissão* como o termo de passagem da propriedade privada para o domínio público.

O Código sedimenta entendimento de nossos tribunais estaduais e do E. Superior Tribunal de Justiça, ainda não referendado pela mais alta Corte de Justiça do país, de que a indenização deve ser paga previamente à perda da *posse*, que, no caso do Poder Público, corresponde à perda do domínio.

Trata-se da posição que melhor se ajusta aos padrões constitucionais que sempre vincularam a indenização expropriatória à *perda imobiliária*.

## **Arrecadação de bens abandonados (art. 1.276)**

“Artigo 1.276 – O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não

mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, 3 (três) anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições:

Parágrafo primeiro – O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, 3 (três) anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize;

Parágrafo segundo – Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os *ônus fiscais*.”

O novo Código permite a *arrecadação* de bens imóveis urbanos e rurais, abandonados por seus titulares, desde que não estejam submetidos à posse de outra pessoa.

O dispositivo presume de forma absoluta, ou seja, de forma irrefutável, que a ausência de recolhimento dos tributos incidentes sobre os *imóveis* determinam e configuram esse estado de *abandono*.

O Código não mais declina prazos para a arrecadação imobiliária, de forma que, em existindo *executivos fiscais* relativos ao IPTU de exercícios sucessivos, tal situação pode autorizar o poder municipal a estancar e suspender a cobrança judicial, para reclamar a *arrecadação* do bem imóvel, que somente propiciará a passagem do bem para o domínio público após o transcurso de 3 (três) anos.

O legislador foi conciso e objetivo nessa previsão, não tendo declinado qualquer prazo para a postulação da *arrecadação*. Portanto, transcorrido mais de um ano de inadimplência fiscal, poderá o poder público iniciar o procedimento de arrecadação, se o imóvel não estiver sob o uso de terceiros.

E quanto aos imóveis envolvidos em procedimentos falimentares ou em inventários, poderão ser arrecadados?

A resposta pode ser positiva, pois é incumbência do síndico, do inventariante ou dos herdeiros promover os atos de administração, atuando para que os tributos sejam recolhidos. A omissão de tal incumbência legal propiciará a

presunção de abandono e autorizará a arrecadação pública do bem.

### **Direito à superfície (art.1.369 seg.)**

"Artigo 1.369 – O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Artigo 1.370 – A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez ou parceladamente.

Artigo 1.371 – O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Artigo 1.372 – O direito de superfície pode

Artigo 1.376 – No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

Artigo 1.377 – O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial."

O novo diploma restaurou e modernizou o instituto relativo ao *direito de superfície* – que, previsto nas Ordenações Filipinas, sempre compôs grandemente a tradição portuguesa –, possibilitando a cessão, gratuita ou onerosa da superfície imobiliária. Trata-se de um direito que se materializa como uma forma de divisão ou separação de realidades que compõe a propriedade imobiliária.

Concebeu, por essa via, uma bipartição no

*"Quando destacado do solo, o direito de superfície deve ser formalizado e instrumentalizado por escritura pública, merecendo o devido registro imobiliário. A lei 6.015/73 já mereceu adequada alteração, determinada pelo Estatuto da Cidade, prevendo o registro da escritura formalizadora do direito de superfície."*

transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros;

Parágrafo único. – Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

Artigo 1.373 – Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência em igualdade de condições.

Artigo 1.374 – Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

Artigo 1.375 – Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

direito de propriedade, fracionando-o em direito inerente ao solo e direito à *superfície*. Com tal inovação, o novo Código veio possibilitar um melhor regramento desse direito, "propiciando ao proprietário a possibilidade de fazer acordos com grandes empresas para que a sua propriedade seja usada; ele cede o uso da superfície para que seja construído, por exemplo, um conjunto que, passados anos, reverterá ao seu patrimônio" (Miguel Reale, *Jornal O Estado de São Paulo*, 26 nov. 1983).

Quando destacado do solo, o direito de superfície deve ser formalizado e instrumentalizado por *escritura pública*, merecendo o devido registro imobiliário. A lei 6.015/73 já mereceu adequada alteração, determinada pelo Estatuto da Cidade, prevendo o *registro* da escritura formalizadora do direito de superfície.

Destaque-se que o direito de *superfície* denuncia, por sua estrutura e consistência, o seu caráter *temporário*, podendo ser ajustado de forma gratuita ou onerosa. Em todos os casos, o direito de superfície transfere ao superficiário os *encargos fiscais* que oneram e incidem sobre o imóvel (art. 1.371), contudo, em instância tributário-fiscal, é de se admitir a *responsabilidade solidária* entre o proprietário do solo e o superficiário, conquanto, nesses casos, será o imóvel como um todo (solo e superfície) que responderá pelas dívidas.

Alerta o professor Ricardo Pereira Lira, da Universidade do Rio de Janeiro, que a instituição do *direito de superfície*, por se fazer mediante *concessão* e não por *cisão*, afasta a idéia de instituição desse direito sobre prédios já construídos ou plantações já implantadas e desenvolvidas.

Em sentido contrário se manifestou o professor Silvio Venosa, em seu *Direito Civil – Direitos Reais*, no qual anota que “o Código de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário construir ou plantar, não mencionando o direito correlato, mencionado pelo Código português, qual seja, o de manter no local as plantações ou construções já existentes”. Conclui ser “inafastável também essa possibilidade em nosso direito, por ser da natureza do instituto, não havendo razão para a restrição” (Op. cit. 2.ed. Atlas, p.383).

Ao que parece, razão assiste ao professor Silvio Venosa, pois a expressão *concessão* não tem conteúdo restritivo, propiciando a concessão para nova obra ou para obra já edificada, mesmo porque a ela pode ser incorporada a obrigação de manter, reformar ou ampliar. Ademais, tratando-se de direito privado por excelência, as restrições ou vedações devem vir estruturadas em normas precisas, com conteúdos corretos e não por meras ilações e conclusões interpretativas.

Outra questão que deverá ocupar espaço nos estudos dos operadores do direito diz respeito à possibilidade de incidência dos demais *direitos reais* sobre o *direito de superfície*, tais como o *usufruto*, o *uso* ou a *hipoteca*. Certamente haverá posições discordantes, no entanto, em se tratando de um direito real por excelência, factível, em princípio, sua oneração, desde que o gravame se guie pelas regras de *tempo* e de forma previstas e pactuadas na escritura instituidora de tal direito.

# Sobre a crise atual da segurança jurídica e o risco de sua pontual agravação com o novo Código Civil brasileiro

**Ricardo Dip**



O doutor Ricardo Dip é juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, professor de filosofia do Direito e de Direito penal da Faculdade de Direito da Universidade Paulista, em Alphaville e, convidado, da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Católica Argentina de Buenos Aires. A íntegra deste trabalho será publicada pela coleção Irib em debate, no livro *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, que será distribuído a todos os registradores prediais brasileiros e estará disponível nas principais bibliotecas públicas do país.

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

Na sessão inaugural do referido congresso em Roma, Le Fur afirmou com todas as letras que a justiça e a segurança jurídica não são realidades antinômicas: ao revés, são mesmo “les deux éléments, les deux faces du bien commun”.<sup>2</sup> O fim do Direito, prosseguiu o autor, é o de criar, pela justiça, pela ordem e pela segurança, as condições que permitam ao grupo social a realização do bem comum. Mas segurança e justiça não se podem separar: “Tout se tient dans la vie de l’homme, il n’y a bonté ni beauté, ni vérité ni justice dans le désordre”.<sup>3</sup> Joseph Délos, professor da Faculdade livre de Direito de Lille, declinou ali célebre definição de segurança jurídica:<sup>4</sup> “a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos ou que, se eles vierem a produzir-se, ser-lhe-ão asseguradas, pela sociedade, proteção e reparação”.<sup>5</sup> Depois de registrar que “pour le positivisme et le volontarisme juridiques, le droit positif est du droit par son origine, et non par son but social”,<sup>6</sup> averbou Délos que a segurança importa na existência de um formalismo jurídico, que “protege contra o arbitrário, a imprecisão e o

imprevisto”.<sup>7</sup> Estar em segurança, disse o autor, é ter a segurança de que a situação estável não será modificada a não ser por meio de procedimentos societários; procedimento, de consequente, regulares – conformes à *regula* – e legítimos – conformes à *lex*.<sup>8</sup> Por seu turno, Radbruch disse então, muito graficamente: “O bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sobre o direito (...)”,<sup>9</sup> e Recasens Siches afirmou que “o direito não nasceu como culto puro da justiça, mas para saciar uma sede de segurança”.<sup>10</sup>

Desde aqueles anos logo anteriores à II Guerra Mundial, passando pelo drama do Tribunal de Nuremberg, em que o direito moderno confessou a perda de sua inocência – suposto a possuísse na origem –, o fato é que já não deixou de interpelar a questão da segurança, a ponto de que seja até um lugar comum profano. Hoje fala-se de seguranças específicas, pessoal, social, cidadã, de emprego, no trabalho, dos dados, do tráfego negocial e do tráfego viário; segurança de orientação, alimentária, informática, médio-ambiental,<sup>11</sup> do uso de tesouras para aparar o bigode e do cinto de segurança, no tráfego viário... Viu-se acaso com excessivo otimismo o conflito possível entre justiça e segurança,<sup>12</sup> talvez porque se confiasse – num renovo de fideísmo – na força dos consensos internacionais. Pouco tempo bastou para revelar que a trivialização do termo segurança indicava antes a persistência de sua falta e de seu anseio do que sua presença em nossos dias. Vê-se hoje, muito largamente, a realidade de uma segurança da insegurança.<sup>13</sup> Faz alguns anos, boa parte das ameaças à segurança jurídica provinha da prática de Estados que se reconheciam por totalitários – e a essas ameaças, que López de Oñate qualificava de teóricas, ajuntava ele a escola do direito livre.<sup>14</sup> Salvo agora que alguns Estados ainda exibem resíduos de totalitarismo aparatoso, já não se ostentam tão ingênua e abertamente, como outrora, as concepções jurídicas que, a seu tempo, cuidavam de justificar o socialismo marxista e o nacional-socialismo. Todavia, elas ainda se acham um tanto obscurecidas, aqui e ali – apraz-lhes muito o nome *democracia* –, como também se encontram sinais da herança do direito

livre em movimentos de direito alternativo, uso alternativo do direito, livre exame das normativas, etc., tudo isso num sincretismo de prática oscilante e de uma superficial articulação teórica, que se acomoda à vaga pós-moderna de *aditividade indistinta*.

Se o problema da *segurança insegura*, em nossos tempos, responde *ainda diretamente*<sup>15</sup> às ameaças que López de Oñate classificou como *fáticas*<sup>16</sup> – a) perda de clareza e simplicidade das leis e b) hipertrofia legislativa –, suporta, entretanto, novos e acaso mais graves riscos como o sincretismo de articulações ideológicas ou teóricas vagamente libertárias, difusamente democráticas, etc. Entre essas ameaças sincréticas podem alistar-se: c) o agnosticismo jurídico; d) o situacionismo

uma tendência de abolir algumas hipóteses de prescrição; j) a extensão dos elementos normativos do tipo penal e das referências a infrações administrativas; k) a superação excepcional de limites preclusivos; l) investidas contra a independência jurídica dos juízes, notários e registradores e m) ataques à instituição registrária. Tudo isso, a título exemplificativo, e sem contar o ataque fundamental ao conceito de personalidade.

Transitemos por um e outro dos pontos alistados.

A persistente perda da clareza e da simplicidade das leis e a intensificada hipertrofia legislativa, ameaças contra a segurança jurídica já diagnosticadas por López de Oñate, respondem, alguma vez de modo propositado, ao que se designou por *circiterismo normativo*. A ambigüi-

*“A persistente perda da clareza e da simplicidade das leis e a intensificada hipertrofia legislativa, ameaças contra a segurança jurídica já diagnosticadas por López de Oñate, respondem, alguma vez de modo propositado, ao que se designou por circiterismo normativo. A ambigüidade dos enunciados regulativos e o excesso no número das leis conduzem a um difícil, complexo, quase impossível conhecimento das normas, já não se diz isso só quanto aos profanos,<sup>18</sup> mas até mesmo no concernente aos juristas.”*

jurídico; e) a crise do princípio da legalidade; f) a falta de regularidade e de eficácia dos mecanismos de aplicação do direito,<sup>17</sup> com o corolário da demolição da jurisprudência como doutrina firme e o perdimento da segurança de orientação; g) a omissão estatal em questões jurídicas relevantes, incluso relativas à segurança física dos súditos; h) ataques à instituição familiar; g) restrições no campo do direito sucessório; i) a irrazoável redução de certos prazos prescricionais, até mesmo

dade dos enunciados regulativos e o excesso no número das leis conduzem a um difícil, complexo, quase impossível *conhecimento das normas*, já não se diz isso só quanto aos profanos,<sup>18</sup> mas até mesmo no concernente aos juristas.<sup>19</sup> O exagero das leis deprecia as normas – é a *crise do princípio da legalidade*;<sup>20</sup> a instabilidade das normas, com o arbitrário de suas mudanças, desvaloriza a firmeza da jurisprudência dos tribunais; tudo contribui a debilitar ou até a abolir a segurança de

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

“A autoridade – disse ele – não nos aparece hoje a não ser sob a figura de um funcionário sentado atrás de uma escrivaninha e investido dos mais amplos direitos (...) Essa personagem é eterna, imutável, idêntica a si própria (...) Recenseia, registra, espiona. Conhece nossos rendimentos e inventaria nossas heranças. Sabe se possuímos um aparelho de rádio, um cachorro ou um automóvel. Instrui nossos filhos e fixa o preço do nosso pão. Fabrica nossos fósforos e vende-nos nosso tabaco. É industrial, armador, comerciante, corretor e médico. Tem arquivos, florestas, estradas de ferro, hospitais, bancos e usinas. Monopoliza a caridade. Se nós pertencemos ao sexo masculino, faz-nos comparecer à sua frente, pesanos, mede-nos, examina o funcionamento de nosso coração, de nossos pulmões e de nosso baço. Não podemos dar um passo ou fazer um gesto sem que disso se advirta e encontre um pretexto para intervir.”<sup>21</sup>

Sob o título *agnosticismo jurídico*, podem agrupar-se diversas tendências jurídicas contemporâneas: uma, que recusa a própria verdade da ordem prática; outra, que nega a possibilidade do conhecimento que importa ao direito, seja de

caráter fático, seja de caráter normativo; uma terceira, subjetivista: há verdade na esfera do direito e da ética, verdade que só se valoriza, entretanto, dentro dos limites da apreensão do sujeito gnosiológico.<sup>22</sup> Essas vertentes confortam-se com o lugar-comum contemporâneo da falta de limites para a interpretação,<sup>23</sup> de modo que os enunciados normativos e os fatos nunca terminam de interpretar-se: perpetua-se a interpretação, num livre exame contínuo, a roda de Ixiôn – “seule la main de Dieu”, comenta Éliassalde.<sup>24</sup> “arrête la plume de l’interprète”; não se pode atingir nenhuma certificação, sequer moral. Se, contudo, não há verdade, ou a verdade que há não se pode conhecer, ou, cognoscível, não pode ser mais que subjetiva, a segurança é apenas um fato, o fato resultante do poder: não se poderia já falar em segurança jurídica – isto é, regular, conforme ao direito –, mas apenas numa contra-segurança da maior força. No entanto, a poesia de Antonio Machado diz muito bem que “la verdad es lo que es, y sigue siendo verdad/aunque se piense al revés”,<sup>25</sup> e, noutra parte, “El ojo que ves no es/ojo porque tú lo veas;/es ojo porque te ve”.<sup>26</sup>

É verdadeiro o episódio<sup>27</sup> de um juiz que, com todas as letras – e, por sinal, eruditas –, afirmava não ser possível uma apreensão objetiva da verdade, seja quanto à diagnose dos fatos constitutivos, seja quanto ao próprio direito: normativo ou *res justa*. Por mais argumentos lhe fossem opostos – “¿Tu verdad? No, la Verdad, y ven conmigo a buscarla./La tuya, guárdatela”<sup>28</sup> – não acabava nunca de convencer-se de que, com símile subjetivismo, não era razoável ser juiz. Foi preciso que, com alguma impiedade,<sup>29</sup> lhe chegasse aos ouvidos o registro de que seu subjetivismo era um tanto farisaico, porque nosso juiz nunca fora visto a sair das salas por meio das paredes ou a saltar pelas janelas (...) As portas, enfim, também para ele, eram de uma realidade palpável. Foi leal com a mostra: abdicou do relativismo – dessa vez, novamente, com grande erudição.

O *direito de situação* – situacionismo ou decisionismo – é um parente do homônimo ético: em lugar da normativa – ou, ao menos, com a variação *secundária*<sup>30</sup> de sua “interpretação” –

emerge um juízo concreto, *hic et nunc*, fundado essencialmente no poder factual de quem decide. Isso corresponde ao que Michel Villey designou *hermeneutismo*<sup>31</sup> – uma releitura incessante, criadora, livre e subjetiva dos textos e dos fatos.<sup>32</sup> Entre seus lugares-comuns arrolam-se a *peculiaridade do caso* – não se confunde isso com a equidade, porque essa referência ao peculiar do caso atua como simples retórica, sem recorrer ao fundamento exceptivo *in re* que autorizaria o reconhecimento da equidade *contra legem* –; o *juiz não é um computador*; a *simbiose entre o aplicador da lei e o caso*; a *insuficiência da dogmática e da lógica*.<sup>33</sup> Já se referiu, noutra parte, a um episódio judiciário<sup>34</sup> característico desse decisionismo: após largo debate num tribunal, definiu-se, por maioria, uma questão puramente de direito; proclamada a súmula, apregoou-se novo processo para julgamento, e um dos juizes, que na questão anterior, aderira expressamente à maioria, modificou seu entendimento – sem mínima apresentação de novos argumentos; alertado sobre a divergência com seu próprio voto anterior, afirmou o juiz, com todas as sílabas: “Meu entendimento é sempre variável. Não tenho compromissos com a lógica”. Símile gênero de irracionalismo judicial está à raiz da realidade de uma *justiça lotérica*, na dicção de Allain Peyrefitte.<sup>35</sup> e que já ensejou a Borges reportar a origem da pena de multa à *loteria da Babilônia*,<sup>36</sup> e a uma personagem de Pitigrilli, o juiz Paul Pott, a afirmação de que o método “- mais racional, mais sério, mais científico, mais positivo” para a sabedoria – incluída a aplicação da justiça – é a *desfolhação de malmequeres*.<sup>37</sup>

No que concerne aos institutos próprios do direito formal – tipo e tipificação, coisa julgada, prescrição, decadência, preclusão, perempção, notas e registros públicos –,<sup>38</sup> encontram-se ameaças *fáticas* pontuais contra a segurança jurídica, por exemplo, a) com injustificáveis reduções de prazos para a prescrição aquisitiva<sup>39</sup> – o que vai avantajando a titulação de anômalos fatos possessórios em curso conflitual contra as situações jurídico-dominiais; nessa linha, confira-se, de caminho, a norma inscrita no parágrafo quarto do artigo 1.228 do novo Código Civil;<sup>40</sup> b) com a adoção segmentar de casos imprescritíveis – o que, além de retroceder a controvérsia à própria legiti-

midade em geral das prescrições, termina, muitas vezes, por afetar questões relativamente menores (v. g., casos penal-disciplinares);<sup>41</sup> (c) com a crescente referência legística a elementos normativos, tanto na tipificação penal, quanto na esfera dos ilícitos administrativos<sup>42</sup>; (d) com a desconsideração propositada da preclusão temporal para, na esfera judiciária, admitir, de fato, a *reformatio in mellius*, abrandando sentenças penais sem recurso dos réus<sup>43</sup>.

## Ataques à instituição registrária

Quero ultimar estas referências, aludindo brevemente aos registros públicos, registros que – ao lado das notas<sup>44</sup> – constituem o mais relevante dos instrumentos jurídicos *preventivos*. Como todo instituto de direito formal, o registro público ordena-se aos objetivos de *clarificação e demarcação exterior*<sup>45</sup> – em outros termos, ao escopo de conferir, objetivamente, segurança jurídica e, subjetivamente, a certeza que lhe corresponda, por meio de formas, prazos e procedimentos. Acrescenta-se aos registros uma *cautelalidade geral* que, num certo sentido, os avanta socialmente até mesmo à coisa julgada, porque esta se restringe, de comum e propriamente, às partes de um processo e atua como um pósterio conflitivo, ao passo que os registros têm, positivamente, oponibilidade universal – à margem os efeitos que se atribuem à presunção ou, se se quiser, à ficção de seu conhecimento<sup>46</sup> – e operam ao tempo e com objetivo anteconflitual. Além disso, o registro de imóveis – que é o registro público por excelência<sup>47</sup> – exercita uma *função de garantia segunda* com coordenar, conservar e publicar as *situações jurídicas* que têm por objeto a *propriedade predial privada*, essa que, por si só, já constitui um garante efetivo e primeiro das liberdades concretas dos indivíduos e dos corpos intermédios entre esses e o Estado. Ainda que o registro imobiliário não se dirija exclusivamente a inscrever fatos jurídicos, *lato sensu*, relativos à propriedade particular de imóveis, abrangendo os desdobramentos do domínio, e, num plano juscomparatístico, possa até estender-se a fatos relativos a direito pessoal<sup>48</sup>, é certo que a relevância *primeira*<sup>49</sup> do registro imobiliário está na coordenação, conservação e publicação

das situações jurídicas dominiais.

Isso tudo põe à mostra o caráter *institucional*<sup>50</sup> do registro de imóveis, de que se exigem o exercício de funções relevantíssimas para a ordenação social e, muito particularmente, o desempenho da missão de *sobregarantia*, ao assegurar juridicamente a propriedade privada imobiliária e, com ela, as liberdades concretas até mesmo frente ao Estado. Adivinha-se que motivos ideológicos se insinuem nos ataques teóricos que, vez por outra, guerrilham contra a instituição do registro de imóveis: demolir a sobregarantia registral é uma fórmula direta de desorganizar a propriedade imobiliária privada, aplainando a trilha do combate ao domínio particular. Mas, ao lado de ameaças teóricas – em geral, pouco ou nada consistentes –, o registro imobiliário sofre ataques *factuais*, que o afetam, sobretudo, no plano da independência jurídica do registrador (v.g., por meio um direito penal disciplinar atípico ou de intervenções do Poder Público marginadas de expressa regulação).

Ladeando aqui a persistente controvérsia doutrinária que toca com a natureza das funções e das atividades do registro imobiliário, penso que se poderá admitir – ao menos com recortes voltados a atender à pluralidade do direito comparatístico – que o registro de imóveis seja, *quodammodo*, um *serviço público*<sup>51</sup>. E se o conceito de *serviço público* não equivale ao de *serviço estatal por natureza* – já observara Hauriou que, *historicamente*, uma parte considerável do que se chama de *serviços públicos* é resultante do mero fato de uma assunção estatal de *serviços* que os particulares antes exercitavam por si próprios<sup>52</sup> –, é razoável afirmar a funda *conveniência*, quando não a *necessidade*, da organização e do controle do registro de imóveis pelo Estado, na medida mesma em que a ordenação e a conservação da propriedade imobiliária privada interessa *essencialmente* ao bem comum político. Isso, porém, não significa que o registro de imóveis deva *exercitar-se diretamente* pelo Estado. Não são incompatíveis os atributos de gestão privada e de organização estatal de um *serviço*<sup>53</sup>, e saber, concretamente, se o registro imobiliário deve ou não exercitar-se de modo direto pelo Estado é algo

que demanda a consideração das circunstâncias históricas e circundantes de cada País: no Brasil, p.ex., há uma conaturalidade histórica, por sinal que frutuosa, entre gestão particular e registro de imóveis<sup>54</sup>. Como quer que seja, exerça-se por funcionários públicos ou por particulares colaboradores do Poder Público<sup>55</sup>, o registro de imóveis exige de seu titular o predicado da *independência jurídica*.

Com efeito, o registrador, ao termo de seu indeclinável procedimento de *qualificação*<sup>56</sup>, conclui por uma decisão jurídica, positiva ou negativa, de um *caso particular*. Ainda que o marco dessa decisão seja, por primeiro, a *res certa* – cuja relação com o justo é de caráter legisprudente –, o fato é que o registrador atua como um *juris-prudente*. Vale por dizer que o tipo adequado do saber registral é, em seu gênero, o da *recta ratio agibilium*, objeto da virtude da prudência<sup>57</sup>. Já por isso, avista-se, no nível epistemológico, a indispensabilidade do atributo da independência jurídica<sup>58</sup> do registrador. A esse plano, além disso, converge uma razão *política*, porque o registrador, atuando como guardião jurídico da propriedade privada e, assim, como garante mediato das liberdades concretas do povo – incluso em face do Estado –, exerce *função social* essencialmente ordenada à segurança jurídica. E não se pode falar seriamente em função social da propriedade imobiliária se não se respeitar a função social de seu maior guardião, o registrador de imóveis.

## Notas

\* Registro do fato de que esta palestra reproduz, em parte e numa versão em português, anterior palestra proferida, em 11 de março de 2003, na cidade de Morélia, capital do Estado de Michoacán, no México, durante o XVII Encontro do Comité Latinoamericano de Consulta Registral.

<sup>1</sup> Pense-se, a propósito, nos efeitos do Decreto do Santo Ofício, em dezembro de 1926, condenando expressamente o jornal *Action française* – e indiretamente o movimento da *Action française*: cfr., a propósito, o paradigmático livro de Gustavo Corção, *O Século do Nada*, ed. Re-

cord, Rio de Janeiro-São Paulo, s.d., *passim*.

<sup>2</sup> Louis Le Fur, *Le but du droit : bien commun, justice, sécurité*, in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, p. 3.

<sup>3</sup> *Id.*, *op. cit.*, p.7.

<sup>4</sup> Confirma-se o acerto dessa noção de Dabin em muitas das conceituações pósteras de segurança jurídica; v.g., “una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas y instituciones” (Antonio-Enrique Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 21); “En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores – y no previas – a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo” (Atilio Anibal Alterini, *La Inseguridad Jurídica*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 19); “-aquel presupuesto y resultado del orden social, por el que la persona humana, principalmente, dentro de su libertad, y en la convivencia social, se ve garantizada en el ejercicio de sus derechos y deberes de carácter jurídico mediante la determinación de las normas preestablecidas y su cumplimiento, en la delimitación que el bien común marcará al ordenamiento jurídico mismo, en pro de la justicia” (Jesús Lopez Medel, *Introducción al Derecho –Una concepción dinámica del derecho natural*, ed. Fragua, Madrid, 1976, p. 117-118).

<sup>5</sup> Joseph T. Délos, *Le buts du droit : bien commun, sécurité, justice*, in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, *op. cit.*, p. 41: “la sécurité est la garantie donnée à l'individu que sa personne, ses biens et ses droits ne seront pas l'objet d'attaques violentes ou que, si celles-ci viennent à se produire, protection et réparation lui seront assurées par la société”.

<sup>6</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>7</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 41, nota.

<sup>8</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 41-42. Equivalência, por

certo, controvertível, a não ser que, como nós sustentamos, se recuse caráter de verdadeira lei à norma injusta.

<sup>9</sup> Radbruch, *op. cit.*, p. 58.

<sup>10</sup> Luis Recasens Siches, *Le but du droit, le bien commun, la justice, la sécurité*, in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, p. 127.

<sup>11</sup> *Cfr.*, a propósito, Pérez Luño, *op. cit.*, p. 8 et *sqq.*

<sup>12</sup> “No se da, pues, en rigor, el conflicto trágico entre justicia y seguridad jurídica” (Werner Goldschmidt, *La Ciencia de la Justicia*, ed. Aguilar, Madrid, 1958, p. 89).

<sup>13</sup> Pérez Luño, *op. cit.*, p. 20 ; a segurança continuava a ser apenas “una de grandes aspiraciones insatisfechas del género humano” (p. 13).

<sup>14</sup> López de Oñate, *op. cit.*, p. 108 et *sqq.*

<sup>15</sup> É que não se ignora a existência de ideologias a justificar uma e outras dessas ameaças antes de tudo, porém, factuais, como as qualificou López de Oñate, porque não alcançam o grau de um paradigma científico.

<sup>16</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 93 et *sqq.*

<sup>17</sup> *Cfr.*, a propósito, Alterini, *op. cit.*, p. 19-20.

<sup>18</sup> “Autre conséquence de l'inflation juridique, le principe ‘nul n'est censé ignorer la loi’ devient de plus en plus fictif” (Nicolas Nitsch, *L'inflation juridique et ses conséquences*, in *Archives de philosophie de droit*, ed. Sirey, Paris, 1982, tomo 27 – “Sources” de droit –, p. 162).

<sup>19</sup> “Le juriste ne sait plus, ne suit plus – ne peut plus suivre – le mouvement d'incrimination en droit pénal” (Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 33).

<sup>20</sup> *Cfr.* Daniel Mockle, *Crise et transformation du modèle légicentrique*, in VV.AA., *L'amour des lois*, direção de Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik e Pierre Robert, ed. Les Presses de l'Université Laval e L'Harmattan, Québec, 1996, p. 139 et *sqq.* ; Michel van de Kerchove, *Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité*, in VV.AA., *La loi dans l'éthique chrétienne*, ed. Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981, p. 72 et *sqq.* ; Wolfgang Naucke, *La progresiva pér-*

*da de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, tradução castelhana, in VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal*, ed. Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000, p. 538 et sqq.

<sup>21</sup> Pierre Gaxotte, *La révolution française*, ed. Complexe, Bruxelas, 1988, p. 5-6.

<sup>22</sup> Cfr. Georges Kalinowski, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, ed. Emmanuel Vite, Lyon, 1967, *passim*.

<sup>23</sup> Cfr. Yvan Élisalde, *Critique de l'interprétation*, ed. Vrin, Paris, 2000, *passim*.

<sup>24</sup> Id., *op. cit.*, p. 24.

<sup>25</sup> Antonio Machado, *Proverbios y Cantares*, 136-30.

<sup>26</sup> Id., 161-1; também: "Los ojos por que suspiras,/sábelo bien,/los ojos en que te miras/son ojos porque te ven" (161-40).

<sup>27</sup> De que, pessoalmente, eu tive pequena parte, num Tribunal de São Paulo.

<sup>28</sup> Antonio Machado, *op. cit.*, 161-85.

<sup>29</sup> *Confiteor Deo omnipotenti etc.*

<sup>30</sup> Vale por dizer, que a "interpretação" *secunda* o juízo casual.

<sup>31</sup> Michel Villey, *Philosophie du droit*, ed. Dalloz, Paris, 1984, tomo 2, p. 170-171. Élisalde, todavia, reivindica a primazia do neologismo *herméneutisme* (*op. cit.*, p. 13).

<sup>32</sup> Nesse quadro, o poder é o que conta, com um valor quase hierático.

<sup>33</sup> Com que se poderia estar de acordo, se, de par com a insuficiência, não viesse implícita a afirmação da *desnecessidade* da lógica e da dogmática.

<sup>34</sup> Cfr. nosso, "José Frederico Marques – e o cânon processual penal brasileiro", in José Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Millennium, Campinas, 2001, p. XX.

<sup>35</sup> Allain Peyrefitte, *Les chevaux du lac Ladoga*, in *De La France*, ed. Omnibus, Paris, 1996, p. 594.

<sup>36</sup> Jorge Luis Borges, *La lotería en Babilonia*, in *Ficciones* (cfr. *Obras Completas*, ed. Emecé, Buenos Aires, 1974, p. 456 et sqq.).

<sup>37</sup> Pitigrilli, *O Homem que Inventou o Amor – O Experimento de Pott*, tradução brasileira de Rúben Ulisséia, ed. Vecchi, Rio de Janeiro, s.d., 5ª

ed., p. 206.

<sup>38</sup> Deixam-se à parte a lei – já antes referida – e as forças de segurança (polícia, exército etc.).

<sup>39</sup> Cfr. arts. 1.238-1.240, CC/2002.

<sup>40</sup> "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante" (§ 4º, art. 1.228, CC/2002).

<sup>41</sup> É o que ocorre, no Brasil, com a Lei 8.935/1994, de 18-11, que versa sobre os notários e registradores públicos. À persecução das ali tratadas infrações disciplinares não corresponde nenhuma referência sobre o influxo de prescrição.

<sup>42</sup> Cfr. nosso, *O Novo Direito Penal Disciplinar dos Notários e Registradores*, na obra escrita com José Renato Nalini, *Registro de Imóveis e Notas – Responsabilidade Civil e Disciplinar*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 11 et sqq.

<sup>43</sup> Paradoxalmente, ao vedar a *reformatio in pejus* indireta, os tribunais adotam uma sentença já *inexistente* como título de uma preclusão de quantidade ou qualidade da pena.

<sup>44</sup> Para cuja importância – a das notas – é paradigmático José Castán Tobeñas, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, ed. Reus, Madrid, 1946, *passim*.

<sup>45</sup> Cfr., a propósito, Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, ed. Sirey, Paris, 1951, p. 91.

<sup>46</sup> *Brevitatis causa*: Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e Teoria dos Registos*, ed. Alameda, Coimbra, 1966, p. 251 et sqq.; José de Oliveira Ascensão, *Efeitos substantivos do Registro predial na ordem jurídica portuguesa*, in *Ponencias y Comunicaciones Presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, tomo 2, p. 38 et sqq.

<sup>47</sup> "...la publicidad registral por antonomasia es la que atañe a los inmuebles" (Ricardo de Ángel Yáguez, *Apariencia Jurídica, Posesión y Publicidad Inmobiliaria Registral*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975, p. 85).

<sup>48</sup> Como, p.ex., ocorre no Brasil, com a Lei

6.015/1973, de 31-12.

<sup>49</sup> O que não exclui fins *secundários*, assim, p.ex., de caráter *urbanístico* (cfr. Manuel Medina de Lemus, *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, *passim*; Mercedes Fuertes, *Urbanismo y Publicidad Registral*, ed. Marcial Pons e Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1995, *passim*; Martín Marcos Jiménez, *Parcelaciones y Reparcelaciones Urbanísticas y el Registro de la Propiedad*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, *passim*) e *agrário* (v. Ramón María Roca Sastre e Luis Roca-Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, tomo 1, p. 14).

<sup>50</sup> Cfr., *brevitatis studio*: José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, ed. Civitas, Madrid, 1988, tomo 1, p. 54 et *sqq.*; Jesús López Medel, *Modernas Orientaciones sobre la Institución Registral*, ed. Fragua, Madrid, 1975, *passim*; Francisco Mesa Martín, *Aproximación al institucionalismo. El Registro de Propiedad como institución jurídica*, in *Ponencias y Comunicaciones Presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, *op. cit.*, tomo 2, p. 130 et *sqq.*; Ángel Cristóbal Montes, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Librería General, Zaragoza, 1986, p. 144-147.

<sup>51</sup> Cfr. Jesús López Medel, *Teoría del Registro de la Propiedad como Servicio Público*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, *passim*.

<sup>52</sup> Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ed. Sirey, Paris, 1916, p. 572 et *sqq.*

<sup>53</sup> Cfr., *brevitatis causa*, Roger Bonnard, *Précis de droit public*, ed. Sirey, Paris, 1946, p. 243 et *sqq.*; Jean Rivero, *Direito Administrativo*, tradução portuguesa de Rogério Ehrhardt Soares, ed. Almedina, Coimbra, 1981, p. 192 et *sqq.*; Francis-Paul Benoît, *Le droit administratif français*, ed. Dalloz, Paris, 1968, p. 769 et *sqq.*; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 31 et *sqq.*

<sup>54</sup> Lê-se no *caput* do art. 236 da Constituição brasileira de 1988: “Os serviços notariais e de

registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

<sup>55</sup> Como se extrai do enunciado normativo do art. 236 da Constituição Federal brasileira de 1988, os registradores de imóveis não são *agentes políticos* – porque, em resumo, não se dirigem a formar a superior vontade estatal – não são *servidores públicos* – porque, em síntese, não são pagos pelos cofres públicos; mas, isto sim, *particulares colaboradores do Poder Público*, a exemplo dos tradutores e intérpretes públicos, dos leiloeiros, dos reitores de universidades privadas etc., *pessoas que exercitam função pública em nome próprio, ainda que sob a fiscalização do Poder Público*.

<sup>56</sup> Qualificação registral imobiliária – definiu-se noutra parte – é “o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistrção. Para logo, trata-se de um *juízo*, vale dizer, uma operação formalmente intelectual que une ou separa os conceitos, tornados em relação às coisas mesmas que representam de modo reflexivo e abstrativo, mas de um *juízo prudencial*, ou seja: (a) juízo que é propriamente da razão prática, não da especulativa; (b) que se ordena a operações humanas singulares contingentes; (c) e que, não dispensando atenta consideração dos princípios da *sindérese* e das conclusões da ciência moral, acaba, para além do conselho e do juízo dos meios achados, por imperar uma determinação atuação” (nosso *Sobre a Qualificação no Registro de Imóveis*, in *Revista de Direito Imobiliário*, ed. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Revista dos Tribunais, São Paulo, janeiro-junho de 1992, n. 29, p. 40).

<sup>57</sup> Cfr. nosso *Sobre o Saber Registral (Da Prudência Registral)*, in *Revista de Direito Imobiliário*, ed. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Revista dos Tribunais, São Paulo, janeiro-dezembro de 1993, ns. 31-32, p. 7 et *sqq.*

<sup>58</sup> Cfr. nosso *O Paradigma da Independência Jurídica dos Registradores e dos Notários*, in *Revista de Direito Imobiliário*, ed. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Revista dos Tribunais, São Paulo, setembro-dezembro de 1997, n. 42, p. 5 et *sqq.* ■

# O NCC e o registro de imóveis Registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa



**Ricardo Guimarães Kollet\***

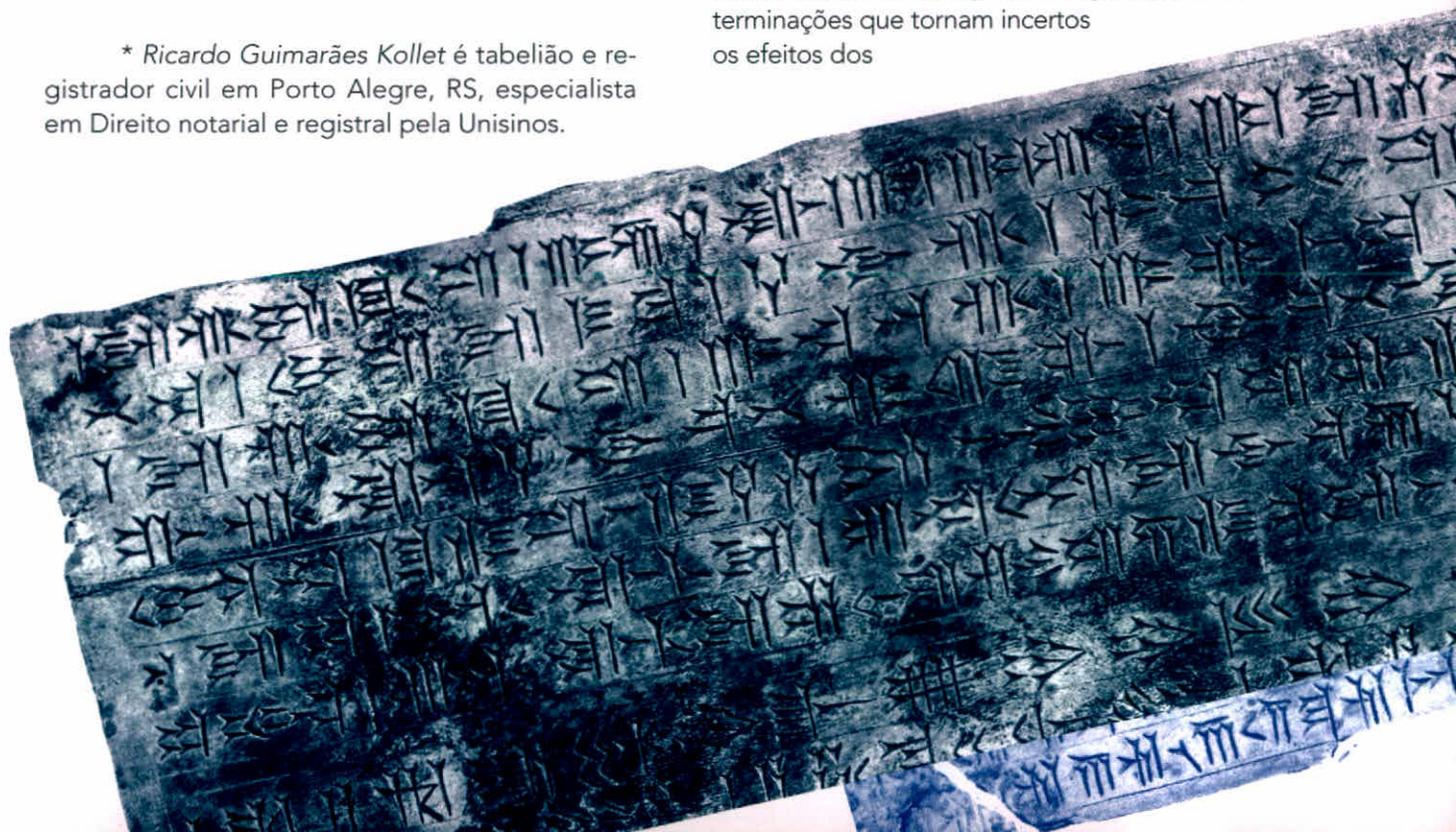
\* Ricardo Guimarães Kollet é tabelião e registrador civil em Porto Alegre, RS, especialista em Direito notarial e registral pela Unisinos.

Resumo: Com a exclusão do pacto comissório como cláusula resolutiva expressa típica da compra e venda do ordenamento civil pátrio, resta-nos a aplicação da regra geral pertinente aos contratos cujos contratantes possam estabelecer que determinada venda se desfaça pelo não-pagamento do preço ajustado, caracterizando a cláusula resolutiva expressa prevista no artigo 474 do Código Civil. Entretanto, não tem sido pacífico o entendimento de que essas escrituras adentrem o álbum imobiliário. A questão nos parece de fácil solução e pretendemos trilhar um caminho seguro e "típico", para que esses negócios jurídicos sob condição resolutiva possam ingressar no álbum imobiliário tal como são concebidos, ou seja, como compra e venda condicional devidamente prevista no artigo 167, inciso I, 29, da lei 6.515/73.

## Introdução

O presente estudo pretende trilhar um caminho sereno para que as escrituras de compra e venda de imóveis, com cláusula resolutiva expressa, adentrem o álbum imobiliário, especialmente depois das dúvidas que se originaram da supressão do pacto comissório do ordenamento civil pátrio, como cláusula resolutiva típica, acessória da compra e venda.

Para cristalizar o assunto, primeiramente devemos tratar das condições, ou seja, aquelas determinações que tornam incertos os efeitos dos



negócios jurídicos, razão pela qual podem ultimar sua eficácia para um momento posterior, quando da ocorrência de determinado evento previsto no contrato (suspensiva), ou determinar a cessação dos efeitos por um fato superveniente (resolutiva).

Num segundo momento, pretendemos dar compasso à tipificação da compra e venda, exatamente em função de ela estar sujeita a determinadas condições previstas no contrato ou porque se opera de *pleno jure*, por isso considerada pura.

Por fim, devemos traçar um paralelo no plano da eficácia real que determina a compra e venda condicional, especialmente no que diz respeito à transmissão da propriedade, quando ela é feita de forma resolúvel, ou seja, condicionada a determinado evento futuro, que possa determinar seu retorno ao anterior titular sem, entretanto, falar-se em direito real de garantia – hipoteca, alienação fiduciária –, mas somente pela resolução convencionalizada em cláusula contratual.

Nesse passo e com o risco que devemos correr para estabelecer um novo paradigma de interpretação, seja porque baseado em um novo ordenamento que se pretende desvencilhar dos ranços liberais, cujo intérprete terá um papel cada vez mais definidor de atitudes

hermenêuticas, seja porque submetidos nossos entendimentos ao falseamento, se bem acreditando com Popper que uma tese somente poderá ser considerada científica, na medida em que seja colocada à prova, submetida, portanto, à refutação; em sobrevivendo, poderá alcançar tal status.

## 1. A cláusula resolutiva como elemento (in)determinante da eficácia dos negócios jurídicos

Os elementos acidentais dos atos e negócios jurídicos, assim denominados por grande parte da doutrina, são aqueles que, embora facultativos, na medida em que não são essenciais à formação dos mesmos, porque convencionalizados pelas partes, aderem àqueles indissociavelmente, determinando a incerteza e a futuridade na produção dos efeitos.

Esses elementos subordinam a eficácia dos atos e negócios jurídicos de acordo com o que a vontade dos agentes estabelece. Ditos elementos acidentais são de três tipos: a condição, o termo e o encargo, e tais limitações decorrem da manifestação de vontade dos sujeitos e estabelecem, segundo a modalidade adotada, como se produzirão os efeitos dos mesmos. Na condição, a aquisição do direito (suspensiva) torna-se temporariamente um obstáculo ou subordina a permanência de efeitos à sua não-ocorrência (resolutiva), sujeitando-se a evento futuro e incerto.

O termo se dá, quando é fixado um lapso de tempo denominado prazo, para que tenham início os efeitos que vão produzir o negócio. Por fim, o encargo, modo ou ônus, que impõem certa limitação ao exercício do direito pelo titular.

Esses elementos ditos acidentais agem sobre os negócios jurídicos no plano da produção de seus efeitos. É o que podemos recobrar da sempre lúcida lição de Pontes de Miranda, *in verbis*.

"(...) Se, ao plano da existência, não há fato jurídico antes de se atingir o termo, ou de se dar a condição; se, ao plano da eficácia, o fato jurídico ocorreu, e o termo ou a condição suspensiva apenas diz respeito ao começo dos



feitos. Ora, toda condição e todo termo é concernente ao plano da eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos. De modo nenhum se referem à existência do ato jurídico *tricto sensu* ou à existência do negócio jurídico.”<sup>1</sup>

No que diz respeito ao presente estudo, devemos analisar a condição como elemento acidental da compra e venda, especialmente no que (in)determina os efeitos que a mesma há de produzir. Nesse diapasão, podemos dizer, segundo o que dispõe a lei civil atual (art.121, CC), que a condição é uma *cláusula* que, derivada *exclusivamente da vontade das partes*, subordina o efeito do negócio jurídico a evento *futuro e incerto*.

Segundo o momento em que os efeitos decorrentes dessa cláusula devam começar a se operar ou cessar sua produção, podemos classificar as condições, respectivamente, como suspensivas e resolutivas, uma vez que a ocorrência da primeira determina o momento em que devem começar a produzir-se os efeitos e quando hão de cessar os efeitos da segunda, objeto precípuo de nosso estudo.

Assim, a cláusula resolutiva é aquela que, em ocorrendo previamente convencionada pela vontade das partes, determina a cessação dos efeitos do negócio jurídico, *in casu*, a compra e venda.

Colocada nos planos do mundo jurídico, a questão deve ser vista no seguinte panorama: o negócio jurídico existiu, em sendo presumidamente válido produziu efeitos, mas, a partir de um determinado evento convencionado, deixa de produzi-los. É o que podemos auscultar da lição de Venosa, que assevera: “A condição atinge os efeitos dos negócios jurídicos, se assim desejarem os agentes. Uma vez que o ato sob condição apresenta-se como um todo unitário, não deve a condição ser encarada como cláusula acessória. A condição agrega-se inarredavelmente ao negócio, por vontade exclusiva das partes, como acentua o novo Código, e não pode ser preterida. Apesar de a condição não ser tratada como elemento essencial, quando aposta a negócio torna-se essencial para ele”.<sup>2</sup>

A questão que se afigura diz respeito exa-

tamente à possibilidade de aposição de cláusula resolutiva expressa no contrato de compra e venda, independentemente da tipicidade que lhe foi sonogada com a supressão do pacto comissório e a determinação da transmissão da propriedade, de forma resolúvel, mediante registro imobiliário. É o que pretendemos fazer neste trabalho, especialmente passando ao estudo do que seja compra e venda pura e condicional, espécies perfeitamente aceitas pela lei registrária.

## 2. A compra e venda pura e condicional

A compra e venda, possivelmente o mais antigo dos contratos, depois, obviamente, da troca, substituída com o advento da moeda, desde os tempos mais remotos até o presente, mantém sua estrutura não muito alterada. As modificações que lhe foram emprestadas pelos engendramentos econômicos das várias fases por que a sociedade passou não foram de grande substância.

Em geral, o contrato de compra e venda pode ser definido sucintamente, com Venosa, como “a troca de uma coisa por dinheiro”.<sup>3</sup> Assim como se deu com o advento da moeda, a compra e venda é um dos mais importantes contratos tanto por seu conteúdo em si quanto pela influência que exerce sobre os demais contratos.

Podemos dizer que o contrato de compra e venda é de natureza obrigacional.

Não é outra a dicção do artigo 1.122, do Código Civil de 2002, que prescreve: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

Assim, temos presente que o contrato de compra e venda por si só não tem o condão de transferir a propriedade, tanto mobiliária quanto imobiliária; para tanto, são necessários, respectivamente, a tradição e o registro (do título). O que vai ocasionar o surgimento do direito real não é a escritura de compra e venda do imóvel, por exemplo, mas sim o seu registro no álbum imobiliário, a teor do artigo 1.245, do

Código Civil de 2002. O que estamos agora dizendo pode parecer óbvio para os que militam nessa área, mas é importante para o desenvolvimento do raciocínio que pretendemos desenvolver.

O título que deve, então, determinar a transmissão do direito de propriedade imobiliária, mediante o registro imobiliário, é a compra e venda. Entretanto, não pretendemos traçar aqui um estudo minucioso sobre a compra e venda, mediante análise de seus elementos, da classificação de seus efeitos, mas tão-somente acentuar sua "pureza" ou "impureza", conforme tenha sido convencionada originalmente pelas vontades manifestadas.

Pois bem. Para tal mister, devemos apontar duas espécies de compra e venda, previstas na Lei dos Registros Públicos, determinadas como típicas para a registrabilidade, quais sejam: a pura e a condicional. Assim, para o desenvolvimento do que pretendemos adotar como científico, passamos à sua análise.

Segundo Serpa Lopes, a compra e venda pode ser "pura e simples e pode ser condicional".<sup>4</sup> Não é outro o entendimento de Lôbo, ao comentar o artigo 482 do Código Civil de 2002, quando expressa: "Considera-se pura a compra e venda que não está sujeita a condição ou cláusulas especiais".<sup>5</sup> Por exclusão, condicional é a compra e venda que é convencionada pelos contratantes com os elementos ditos acidentais aos quais nos referimos no primeiro capítulo deste trabalho.

Assim, depreendemos que a lei civil continua a admitir que os efeitos da compra e venda sejam determinados por eventos futuros e incertos, previamente estabelecidos pelas partes contratantes, ou seja, que nos contratos de compra e venda, mais especificamente de acordo com o assunto em pauta, nas escrituras públicas de compra e venda de imóveis, seja inserida a cláusula resolutiva expressa, a teor do artigo 474 do Código Civil brasileiro, tipificando-se o ato como compra e venda condicional, perfeitamente admissível a registro como se pretende demonstrar em seguida.

### 3. Registro da compra e venda com cláusula resolutiva e a propriedade resolúvel

A questão a ser tratada neste item diz respeito à registrabilidade da compra e venda condicional, que estabelece a cláusula resolutiva expressa, na medida que em que ela é determinante da propriedade resolúvel, cujo ato constitutivo não tem qualquer direito real de garantia acessório que determine a resolução do domínio pelo não pagamento do preço – como, por exemplo, a alienação fiduciária. Em segundo lugar, devemos tratar de determinar se a exclusão da tipificação do pacto comissório é determinante da não-registrabilidade de condição resolutiva expressa.

Os direitos reais, entre eles o direito de propriedade, são sabidamente somente aqueles estabelecidos por lei. O pacto comissório sempre foi considerado cláusula acessória da compra e venda, mais especificamente cláusula resolutiva expressa e típica (art.1163, CC/1916). Nunca foi considerado direito real de garantia; quando muito, poderia ser considerado ônus real. Assim, o registro de compra e venda com pacto comissório, quando feito sob o regime do antigo código, era feito sob a tipicidade da compra e venda condicional (art.167, I, 29, lei 6.015/73). Nesse passo, o registro era de compra e venda, com a declaração de que essa compra e venda era sob condição resolutiva, isto é, pacto comissório. Outro não poderia ser o entendimento, pois, caso fosse considerado como direito real, deveria ter seu "item típico" arrolado em algum item do artigo da lei registrária.

A confusão que parece se estabelecer é no sentido de que as escrituras com cláusula resolutiva expressa, lavradas pelos mandamentos do novo ordenamento jurídico (CC/2002), não possuem a "tipicidade" legal para ingressar no álbum imobiliário, tendo em vista que o pacto comissório foi extirpado do ordenamento.

Voltamos a sublinhar o argumento anterior: o que determinava a registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa (pacto comissório) não era sua previsibilidade legal no artigo 1.163 do anterior código, o qual não de-

terminava senão a forma pela qual seria resolvido o contrato (o que atualmente está previsto no artigo 474 do Código de 2002). A tipicidade registral do direito é, voltamos a insistir, o item 29, do inciso I, do artigo 167 da lei 6.015/73, ou seja: "I- o registro: (...) 29) da compra e venda pura e da condicional". (g. n.)

Quanto à questão da propriedade resolúvel, encontramos sua tipicidade junto ao artigo 1.359 do novo Código Civil e a mesma, segundo farta doutrina de intérpretes abalizados do nosso *establishment* jurídico, pode ser convencionalizada no contrato que origina a transmissão da propriedade, neste caso a compra e venda. Nesse diapasão, a lição de Orlando Gomes: "O traço característico da propriedade resolúvel reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. A causa da revogação há de ser estabelecida, em cláusula informativa de condição ou termo. Necessária a declaração de vontade nesse sentido. Do contrário, não será propriedade resolúvel, como, por exemplo, se a revogação decorre de cláusula superveniente". (g. n.)<sup>6</sup>

Não é outro o entendimento de Serpa Lopes, o qual, em sua profunda análise, a nosso ver nunca superada nem pelo tempo, nem pela doutrina, expõe: "O ato sob condição resolutiva surge completo; a transcrição do mesmo não possui um caráter puramente assecuratório, mas opera com efeito constitutivo, por que assim autoriza a natureza do título, que lhe serve de fundamento.

Mas, sobrevivendo o evento, torna-se necessária nova transcrição, para que o direito real imobiliário volte ao patrimônio do interessado, a favor de quem a condição resolutiva foi convencionalizada?

Também aqui não é necessária nova transcrição. É bastante a primitiva transcrição, indicando que a venda ou aquisição foi processada subordinadamente a uma condição resolutiva.

A razão é óbvia: sobrevivendo a resolução de um negócio com a verificação da condição, não há certamente um negócio novo destruindo os efeitos do precedente, não há retrocesso de direito; assim, o comprador sob condição resolutiva não se torna vendedor, ocorrida a condição, nem vice-versa. A operação consistirá no cancelamento de todas as inscrições resultantes do ato

resolutivo, restaurando a situação primitiva, dada a força retroativa da condição e a sua natureza eminentemente resolutiva, sendo aplicável a lição de Covielo, 'quando um ato é por lei retroativo, deve-se considerá-lo isento de transcrição'".<sup>7</sup>

A propósito da resolução do domínio por implemento de condição resolutiva, independentemente deste ensaio não pretender entrar na questão da produção de efeitos da cláusula, mas, tão-somente defender sua registrabilidade (por ter amparo legal), houvermos por bem elucidar as diferenciações que se fazem necessárias e que, não raro, são confundidas, transcrevemos a lição abalizada do mestre Pontes de Miranda, *in verbis*. "(...) Está-se a supor que a propriedade se haja transferido sob condição resolutiva ou a termo resolutivo. Atribui-se à cláusula eficácia real, tanto que se admite a reivindicação. A realização da condição ou o advento do termo opera, *ipso iure*, a substituição subjetiva, pois que isso constava do registro, uma vez que se inseriu, no acordo de transmissão, tal cláusula, que foi transcrita com o resto. O acordo de transmissão não se fez condicional, ou a termo, fez condicional ou a termo o direito que se irradie da aquisição por transcrição. O acordo produziu efeitos completos, mas a propriedade ficou em dois tempos, por distribuição subjetiva. Tal o direito brasileiro; e não se devem levar em conta discussões e doutrinas assentes em direito estrangeiro."<sup>8</sup>

Assim, a nosso ver, a questão da registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa, determinante da transmissão da propriedade resolúvel, está perfeitamente amparada pelo ordenamento jurídico nacional, cuja possibilidade típica de sua utilização, portanto, não foi extirpada do seio da legislação tanto civil quanto registrária.

## Conclusão

As inovações advindas da nova lei civil pátria, portanto, a nosso ver, não determinaram a impossibilidade de inserção da cláusula resolutiva expressa na escritura de compra e venda de imóveis, no sentido de convencionar a resolução do contrato pelo não-pagamento do preço (art.474,

CC), tampouco a irregistrabilidade das mesmas escrituras por atipicidade, a teor do inalterado artigo 167, I, 29, da lei 6.015/73, bem como da propriedade resolúvel, uma vez que ela fica convencionada no próprio título, na expressão de Pontes, e tem, também, suporte legal no novo ordenamento, conforme posto no artigo 1.359, do CC, que prescreve: "Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se (...)".

Assim, diante da necessidade de estabelecermos um parâmetro seguro para os interessados em convencionar a cláusula resolutiva como determinante dos efeitos que a lei lhe empresta, quais sejam, a volta da propriedade ao vendedor em caso de não-pagamento do preço ajustado, sem qualquer das restrições que a alienação fiduciária, por exemplo, lhe impõe – leilão público, ação de reintegração de posse –, propugnamos pela corroboração da tese presente como forma de interpretação escorreita dos preceitos que tratam da matéria, em consonância com os anseios dos participantes dos negócios jurídicos entabulados e da preservação de um instituto, o qual não nos parece ter causado grandes dissabores, tanto para compradores quanto para os vendedores, qual seja, o pacto comissório, presentemente aceito como cláusula resolutiva expressa.

Esta é, em essência, a tese que se pretende seja admitida como científica e, para tanto, conforme já declinamos com Popper, é posta à refutação e falseamento para, em sobrevivendo, seja considerada como tal e aceita pela comunidade jurídica, até que outra lhe sobrevenha e determine sua superação.

## Notas

<sup>1</sup> Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t.5, p.131.

<sup>2</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, t.I, p.519.

<sup>3</sup> Op. cit., t.III, p.26.

<sup>4</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Tratado dos Registros Públicos*, 6.ed. Brasília: Brasília Jurídica, t.III, p.398.

<sup>5</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo (Coord.), Antonio

Junqueira de Azevedo, *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial das Várias Espécies de Contratos, v.6 (art.481–564), São Paulo: Saraiva, 2003, p.23.

<sup>6</sup> Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.233.

<sup>7</sup> Op. cit., p.404.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, v.14, p.151.

## Referências bibliográficas

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.), Antonio Junqueira de Azevedo. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial das Várias Espécies de Contratos., v.6 (art. 481–564). São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos Registros Públicos*, 6..ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 4 v.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, 60 v.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil* (Coleção Direito civil). 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# O NCC e o registro de imóveis Sociedade entre cônjuges



**Celso Marini\***

\**Celso Marini* é oficial substituto do registro de imóveis de Salto, SP, e mestre em Direito civil pela Unimep, SP.

É cristalino que o artigo 977 do novo Código Civil, enquanto não modificado, faz emergir no cenário jurídico questão polêmica no que tange às sociedades legalmente existentes cuja constituição ocorreu antes da vigência do novo Código Civil e que tem por sócios cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo sexto, revela implícito o princípio da irretroatividade das leis, visando à proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

Tal princípio foi recepcionado pela Constituição Federal, em seu artigo quinto, XXXVI, ao consagrar a máxima de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Por sua vez, o novo Código Civil, em seu artigo 2.035, previu que “a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedecerão

ao disposto nas leis anteriores”.

Diante desse quadro, no que diz respeito a sociedades constituídas entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da comunhão obrigatória de bens, na vigência da lei revogada, parece-me claro não haver razão ou necessidade de sua adequação à nova lei civil. E o motivo desse posicionamento tem por alicerce o conflito de normas no tempo.

A norma civil contida no artigo 977 é conflitante com a norma fundamental contida na Constituição Federal (art. 5º, XXXVI), além das demais normas infraconstitucionais citadas.

As sociedades entre cônjuges, tendo por pedra fundamental o contrato vigente à época de sua constituição, e sendo esta anterior à nova lei civil, temos que são atos jurídicos perfeitos; é direito adquirido dos sócios – ainda que o regime seja o da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória.

Em relação ao contratualismo, é preciso lembrar que a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 5º) tem por premissa princípio que consagra o fim social na aplicação da lei.

E, se assim não fosse, o artigo 421 do novo Código Civil destacou que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por sua vez, dissolver sociedade entre cônjuges, lastreada em disposição legal superveniente à sua constituição, é, antes de mais nada, atentatório ao princípio expresso no artigo 422 do novo Código Civil, ou seja, ao princípio da boa-fé.

Finalmente, o disposto no artigo 977 rege a constituição de novas sociedades, pois interpretada a norma literalmente tem-se que “contratar sociedade” está no tempo presente, não pretérito.

Socorre, ainda, em favor de minha razão de pensar, o fenômeno da ultratividade: o fato de que uma norma não seja mais vigente, não teria o condão de desvincular os fatos e atos jurídicos cuja ocorrência se deu antes da mesma deixar de vigor.

Se não fosse o exposto, o projeto de lei 6.760/2002, que tem por escopo a alteração, dentre outros, do artigo 977 em comento, se

aprovado, dará ao mesmo a seguinte redação.

“Art. 977 – Faculta-se entre os cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros.”

Aprovado que seja esse projeto de lei, a polêmica travada em relação ao artigo 977 do novo Código Civil, restará encerrada.

Respeitando posicionamento contrário de ilustres juristas, esse é meu ponto de vista em relação ao tema.

(Confira, também, Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil, Pablo Stolze Gagliano, *In Boletim do Irib em revista* 308, p.82.)

# O NCC e o registro de imóveis

## A outorga conjugal nos atos de alienação ou oneração de bens imóveis



**Ricardo Guimarães Kollet\***

\*Ricardo Guimarães Kollet é notário e registrador civil em Porto Alegre, RS.

Uma das inovações advindas da vigência do Código Civil de 2002 reside na dispensa da outorga conjugal, quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis, desde que o regime seja o da separação absoluta (art. 1.647, I). De plano, surgem duas indagações para o operador do direito, especialmente o da área notarial, quais sejam: o regime da separação “absoluta” é o convencional, o obrigatório ou ambos? Os casamentos anteriores ao código estão compreendidos pelo dispositivo, tendo em vista o que preceitua o artigo 2.039 do CCB?

No diploma maior do direito privado, de 1916 (art. 235, I), qualquer que fosse o regime de bens entre os cônjuges, era mister que na alienação ou oneração de bens imóveis houvesse a anuência do outro. Nesse sentido, embora o outro cônjuge não comparecesse ao ato como vendedor ou outorgante, era necessária sua comparecimento para expressar a outorga uxória ou marital, conforme o caso.

Com a vigência do novo Código, a exemplo do anterior, existem dois tipos de separação de bens no casamento, quais sejam: o convencional, como o próprio nome diz, resultado da convenção entre os nubentes, mediante pacto antenupcial, regrado pelos artigos 1.687 e 1.688 do CCB; e o obrigatório, resultado do casamento, do qual certas circunstâncias previstas em lei impõem que o mesmo seja celebrado exclusivamente com adoção do regime de separação legal obrigatória (art. 1.641). Acontece que o artigo 1.647 depõe no sentido de que, no regime da separação absoluta, não é necessário o comparecimento do outro cônjuge nos atos jurídicos delineados em seus incisos.

Segundo Venosa, “(...) o novo diploma aboliu a restrição quando o regime de bens entre os cônjuges é o da separação absoluta; quando não se comunicam de forma alguma os bens de cada consorte”.<sup>1</sup> Em face dessa assertiva, pode-se intuir que o regime de separação absoluta a que o artigo se refere é o da separação convencional. Entretanto, dito doutrinador, mais adiante, ao comentar a exceção legal ao princípio de livre escolha do regime patrimonial entre os nubentes, ou seja, o regime da separação legal obrigatória, qualifica-o como “separação absoluta de

bens".<sup>2</sup> É notória a confusão doutrinária que se pode estabelecer em relação ao tema. Por isso a decisão de enfrentá-lo.

Para mais esclarecimento da questão, entendemos necessária uma reflexão a respeito dos efeitos que cada um dos regimes operava na codificação anterior, bem como o tratamento doutrinário e jurisprudencial que lhes foi emprestado até então, sem deixar de lado, por necessário à perfeita aplicação do direito hoje codificado, verificar o que atualmente o Código Civil disciplina.

O artigo 259 do Código Civil de 1916 estabeleceu um "celeuma doutrinário e jurisprudencial" ao prever que, embora o regime de bens não fosse o da comunhão universal, no silêncio do contrato (grifo nosso) prevalecem os princípios dela quanto aos bens havidos durante o casamento. Com relação ao regime de separação convencional (mediante pacto antenupcial, contrato, portanto), é pacífica a aplicação do dispositivo em caso de omissão no ajuste preliminar no que diz respeito à questão. Quanto ao regime obrigatório, a resolução se deu mediante a súmula 377 do STF, que determina a comunicação dos aqüestos no regime da separação legal de bens (obrigatória).

O artigo referido não foi recepcionado pelo Código Civil vigente. Assim, entendemos que o único regime em que não existe possibilidade de comunicação entre os bens é o da separação expressamente convencional mediante pacto antenupcial, o que nos leva a concluir que o legislador a qualifica como absoluta. No que diz respeito à separação obrigatória (legal), entende-se aplicável, ainda, a súmula referida, havendo assim possibilidade de comunicação entre os bens adquiridos durante o casamento, razão pela qual ela se desqualifica como absoluta. O que permite concluir que, em relação ao primeiro problema formulado neste estudo, a outorga uxória ou marital somente é dispensada nos casos arrolados nos incisos do artigo 1.647, se o regime de bens for o da separação convencional.

Com mais propriedade ainda pode-se ratificar o que já foi dito, baseado no que dispõe o artigo 1.687 do Código Civil, que possibilita a cada um dos cônjuges alienar ou gravar livremente os bens, quando for "estipulada" a separação de bens.

Quanto ao segundo enfoque deste ensaio,

vislumbrado o que preceitua o artigo 2.039 do Código Civil, assombra-nos a seguinte dúvida: a dispensa da outorga é tão-somente aplicável para os casamentos efetuados após a vigência do Código Civil ou também para os anteriores?

O problema fica mais bem posto com a lição histórica contida nos comentários ao novo Código Civil, entabulada sob a coordenação do relator final deputado Ricardo Fiúza, que expressa: "O Texto original do projeto proposto à Câmara dos Deputados consignava a seguinte redação: 'O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é o por ele estabelecido, mas se rege pelas disposições do presente código'. Durante a passagem do projeto pelo Senado Federal emenda do Senador Josaphat Marinho deu ao dispositivo a redação atual. Segundo o senador, 'houve necessidade de se promover a modificação porque, se, como dito na parte inicial do dispositivo, 'o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é o por este estabelecido', não se rege pelo novo. Dúvida que porventura surja, será apreciada em cada caso".<sup>3</sup>

Para possibilitar a interpretação que nos parece mais adequada, nada melhor do que a palavra do legislador. Ora, se ele suprimiu a expressão "mas rege pelas disposições do presente código", foi exatamente para extirpar qualquer tipo de dúvida; fez permanecer tão-somente o mandamento segundo o qual o regime é o estabelecido pelo Código de 1916 cujas disposições devem ser aplicadas aos casamentos celebrados na sua vigência.

Reforça essa tese a doutrina contida na obra em comento, assinada por Maria Helena Diniz, que expressa: "Regime de bens de casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916: As relações econômicas entre os cônjuges regem-se pelas normas vigentes por ocasião das núpcias. Se assim é, o Código Civil de 1916, art. 256 a 314, por força da CF/88, art. 5º, XXXVI, e da LICC, art. 6º, irradiará seus efeitos, aplicando-se ao regime matrimonial de bens dos casamentos celebrados durante sua vigência, mesmo na *vacatio legis*, respeitando, dessa forma, as situações jurídicas definitivamente constituídas".<sup>4</sup>

Nesse sentido, se, ao se casar sob o regime da separação de bens, na vigência do Código anterior, o cônjuge esperava que os efeitos se produzissem conforme a lei ou, mais especificamente, se, no caso de venda ou oneração de imóveis por seu consorte, seria indispensável sua presença no ato jurídico para expressar sua anuência, esses efeitos devem permanecer mesmo com a vigência de um novo ordenamento.

Reforça essa posição a anotação feita por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em seu *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, quando depõem: "O sistema do novo Código, quanto ao regime de bens, principia por fixar regra absolutamente distinta da que existe para os casamentos celebrados sob a vigência do CC/1916. Para os casamentos celebrados antes da vigência do novo Código prevalece a regra do CC/1916".<sup>5</sup>

Neste momento não encontramos vozes discordantes na doutrina em relação ao tema proposto, o que, sem sobra de dúvidas, deverá ocorrer. Como bem disse o senador que alterou o dispositivo, "dúvida que, porventura surja, será apreciada em cada caso". Como os notários e aplicadores do direito em geral devem zelar pela validade dos negócios jurídicos em que intervêm como agentes da paz social e no sentido da purificação dos mesmos, qualificando-os como "biologicamente normais", entendemos que deverá ser solicitada a anuência do outro cônjuge nos casos previstos nos incisos do artigo 235 do Código Civil de 1916, notadamente nas alienações e onerações de bens imóveis, em respeito ao que estabelece o artigo 2.039 do Código Civil de 2002; e aplicado o artigo 1647 somente para os casamentos celebrados pelo regime da separação convencional de bens, na vigência do Código de 2002.

## Notas

<sup>1</sup> Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito de Família*, 3.ed., São Paulo: Atlas, v.1, p.1251.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*, p.174.

<sup>3</sup> Ricardo Fiúza (Coord.), *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p.1.858.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, p.1.838.

<sup>5</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*: atualizado até 15-3-2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.657.

# O NCC e o registro de imóveis

## O instrumento particular e o registro de imóveis



**João Pedro Lamana Paiva\***  
**Tiago Machado Burtet\*\***

\* João Pedro Lamana Paiva é vice-presidente do Irib e registrador no Rio Grande do Sul.

\*\* Tiago Machado Burtet é registrador substituto.

Em atenção a diversos questionamentos de colegas, preocupados com as modificações introduzidas pelo novo Código Civil, especialmente no tocante ao artigo 108, tem a presente exposição a finalidade de realizar uma simples exegese do dispositivo, conforme segue.

Primeiramente, cabe esclarecer que a maioria das dúvidas tem por objeto a necessidade (ou não) de escritura pública (art. 1.417 do NCC) para a formalização da promessa de com-

pra e venda de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil e, também, quanto ao aspecto do uso do salário mínimo como parâmetro para a verificação do instrumento correto a ser utilizado para um determinado negócio jurídico. Frise-se que a forma é um dos requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104).

Pois bem, o artigo 108 do Novo Código Civil assim estabelece: "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".

Tal dispositivo estabeleceu como *regra geral* a necessidade de um ato notarial para a alienação e/ou oneração de bens imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo do País. Ainda previu duas exceções à regra geral: a primeira, relativa aos negócios de valor inferior ao previsto; a segunda, relativa aos casos em que a lei expressamente reconhece a validade do instrumento particular, por força do enunciado *não dispondo a lei em contrário*. Assim, sumariamente, vale dizer que a forma particular somente será admitida quando a lei expressamente prever e quando o valor do negócio realizado for inferior ao definido pela norma (Código Civil).

Ressalta-se, com isso, que os negócios realizados até o referido valor poderão ser celebrados por instrumento particular, *sem exceção*. Outrossim, para os atos de valor superior, dever-se-á verificar se há exceção à regra geral do artigo 108, pois, havendo, deverá ser aplicada a lei especial. É o que ocorre com a promessa de compra e venda (art. 11 e 22, decreto-Lei 58/37; art. 32, §2º e 67, lei 4.591/64; art. 26, lei 6.766/79; e art. 1.417, lei 10.406/02), com os contratos celebrados no âmbito do sistema financeiro da habitação (§5º, art. 61, lei 4.380/64), com a concessão de uso (§1º, art. 7º, decreto-lei 271/67), com os contratos do sistema financeiro imobiliário (art. 38, lei 9.514/97, alterado pela medida provisória 2.223/01) e com as certidões dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passadas pelas juntas comerciais (art. 53 e 64, lei

8.934/94). Assim, *quando a lei for omissa quanto à forma, aplicar-se-á a regra geral*.

Quanto ao valor fixado pela norma, tem-se discutido se o artigo 108 é ou não inconstitucional, sob a alegação de que houve a vinculação vedada pelo artigo sétimo, IV, da Carta Magna, ao salário mínimo. Nosso entendimento é de que o recente texto legal não realizou indexação ou vinculação alguma, tão-somente criando uma *referência* pela qual se possa cumprir a lei adequadamente, o que o artigo 134 do Código Civil de 1916 não conseguiu, sem repercussão alguma no negócio jurídico, mas sim na sua forma de realização, que, para o legislador, deve conter um critério de estimação.

Discute-se, também, qual o sentido da expressão *valor* prevista no artigo 108. Alguns juristas e colegas têm entendido que a estimação feita pela autoridade fazendária competente pela arrecadação do tributo incidente sobre o negócio é o que determinará a forma do ato a ser realizado. Porém, em sentido contrário, levando em consideração os princípios da boa-fé e da probidade, previstos no artigo 422 da lei 10.406/02 e na presunção da legalidade e da não-simulação dos contratos, temos que o termo *valor* significa, para os negócios onerosos, aquele estabelecido e convencionado pelas partes na realização do negócio e, para os negócios gratuitos, aquele que se prestar para o cálculo do pagamento do imposto de transmissão. Também, adotando, por analogia, a norma estabelecida no artigo segundo, parágrafo segundo, da instrução normativa SRF 324, de 28 de abril de 2003, que assim estabelece: "O valor da operação imobiliária será o informado pelas partes ou, na ausência deste, o valor que servir de base para o cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)".

Dessa forma, o valor que regerá a forma do ato será, na compra e venda, o estipulado pelas partes e, na doação, o que servir de base para a verificação do *quantum* do imposto a ser pago.

Impõe-se, aqui, realizar um sucinto exame das espécies de instrumentos particulares que podem gerar direitos reais sobre coisas imóveis.

Relativamente aos documentos passados pelas juntas comerciais, entende-se que o artigo 53 c/c o artigo 64, da lei 8.934/94, estabeleceram

a admissão de instrumento particular para os atos de alteração contratual de sociedade empresária, cujo capital social tenha sido integralizado por bem imóvel. Assim, não se admite a forma particular para a constituição de sociedade na qual tenha sido prevista a integralização em bem imóvel, uma vez que a lei previu a espécie particular somente para as alterações. Também não se admite o instrumento privado quando a

Tablete de argila gravado com escrita Suméria – 2630 a.C.



alteração contratual envolver bem imóvel não integralizado no capital social, como, por exemplo, a alteração contratual que estabeleça o pagamento da quota de um dos sócios retirante com imóvel que não integrou o capital social. Neste sentido, a apelação cível 75.582-0-SP e a apelação cível 63.971-0/1-SP estabelecem que o artigo 64 deve ser interpretado restritivamente.

Quanto aos contratos celebrados no âmbito do sistema financeiro da habitação e do sis-

tema financeiro imobiliário, pela clareza dos textos legais, não há maiores considerações a serem feitas, assim como não se vislumbram indagações relevantes que possam surgir do exame do decreto-lei 271/67.

Já no tocante à promessa de compra e venda, a dúvida levantada será quanto à necessidade ou não do registro para que o promitente comprador logre êxito na ação de adjudicação compulsória. É sabido que o novo Código Civil veio para consolidar, em muitos casos, a jurisprudência dominante de nossos tribunais. Porém, no caso do direito do promitente comprador, a recente legislação está em desconformidade com as decisões judiciais atinentes à matéria. Assim, questiona-se qual a real intenção do legislador contida no artigo 1.418, da lei 10.406/02. Parece-nos que a jurisprudência adotada pelo STJ (RSTJ 32/308, 25/465, 29/356, 42/407, 28/419 e súmulas 84 e 239), que não vinha admitindo as súmulas 167 e 413 do STF, perdeu validade, pois o texto da lei civil é claro e reforçou o entendimento de que é necessário o registro da promessa de compra e venda para a procedência da ação de adjudicação.

Assim, entende-se, s.m.j., que o legislador não adotou a interpretação dada pelo STJ e reforçou a idéia de que há a necessidade do registro da promessa para gerar um direito real. Com isso, o registro da promessa de compra e venda se torna um dos requisitos legais previstos para o êxito da demanda adjudicatória, no mesmo sentido em que é exigido o registro da compra e venda para a admissão das ações petitórias, a exemplo da reivindicatória. *Contrario sensu*, poder-se-ia dizer que foi suspenso o apotegma "quem não registra não é dono". Portanto, se o legislador quisesse, poderia ter inserido disposi-

tivo que consagrasse a jurisprudência dominante, como o fez em diversos outros momentos no novo Código Civil, mas não quanto ao direito real à aquisição do imóvel – é de se lembrar a premissa de que o legislador não edita leis inócuas. Tudo isso para preservar o princípio da segurança jurídica.

Corroborando a idéia acima exposta, a expressão “titular de direito real” prevista no artigo 1.418 do novo Código Civil, inserida entre vírgulas e, portanto, com idéia explicativa, que veio auxiliar a resolver o impasse e acabar com a discussão, *uma vez que o direito real à aquisição do imóvel nasce com o registro*. Portanto, enquanto não registrado o contrato de promessa de compra e venda, o promitente comprador tem somente um direito obrigacional, que se resolve em perdas e danos, e não um direito real, oponível a terceiros e passível de ensejar uma ação de adjudicação compulsória.

Considera-se, a nosso critério, que as disposições acima referidas aplicam-se tanto para os imóveis loteados, quanto para os não-loteados, motivo pelo qual não competirá ao registrador imobiliário verificar se os contratos apresentados para registro provêm ou não de loteamento registrado (art. 167, I, 9, lei 6.015/73).

A promessa de compra e venda é um contrato preliminar que atribui ao promitente comprador a perspectiva de proprietário, gerando ao promitente vendedor a obrigação de outorgar a escritura de compra e venda (contrato definitivo), quando do pagamento integral do preço. Assim, à promessa de compra e venda poderá ser aplicada, concomitantemente, a norma do parágrafo único do artigo 463, do novo Código Civil, ao estabelecer que “o contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente”. Mais precisamente, tal dispositivo deverá reger a promessa de permuta (utilizada nas incorporações imobiliárias) e a promessa de dação em pagamento, pois não há previsão expressa de registro destes contratos.

Por oportuno, ainda quanto ao direito do promitente comprador, agora inserido na legislação material como direito real, alerta-se os colegas notários e registradores que a *cláusula de irretratabilidade é essencial para que o instru-*

*mento possa ser registrado*.

Embora não relacionado diretamente com o imóvel, mas determinando a competência territorial para o registro, verifica-se que os contratos de constituição de penhor rural, industrial e mercantil poderão ser formalizados, também, por instrumento público ou particular.

Ainda é de se ressaltar que a observância da forma é requisito de validade do ato, que vai gerar a nulidade do título na hipótese de inobservância da norma (art. 166, IV, NCC), não gerando efeito algum e não ensejando a confirmação (art. 169), diferentemente da anulabilidade.

Atentem-se, por relevante, à norma do artigo 170, que permite às partes que celebram um negócio jurídico nulo, embora com os requisitos de outro negócio, fazer com que este subsista, desde que a finalidade permita a suposição de que os contratantes queriam a realização deste, se houvessem previsto a nulidade. Poder-se-á aplicar este dispositivo, por exemplo, quando realizado um instrumento particular de compra e venda de valor superior ao valor previsto no artigo 108. Porém, a prova desta suposição deverá ser procedida em juízo, a quem competirá o reconhecimento dos efeitos gerados pelo contrato mal formulado, e não perante os oficiais de registro.

Para não passar despercebido, o artigo 108 previu a necessidade da escritura pública para a realização da renúncia de um direito real, a qual somente gerará efeitos após o registro na matrícula do imóvel, nos termos do parágrafo único do artigo 1.275. Antes, embora entendimento consolidado, não havia previsão expressa nesse sentido.

No tocante à necessidade ou não da presença de testemunhas no instrumento particular, entende-se que o artigo 221 da Lei dos Registros Públicos – por tratar de matéria específica – continua vigorando e, conseqüentemente, mantém-se a obrigatoriedade para a formalização do ato.

Finalmente, em virtude de que os tabeliães são profissionais do Direito qualificados para interpretar, sanear e materializar a vontade das partes, eliminando defeitos que possam existir na relação negocial, para que ela surta seus efeitos no plano da normalidade e da segurança jurídica almejada, o que, via de regra, não acon-

tece nos negócios celebrados por instrumentos particulares, que são devolvidos diversas vezes às partes interessadas por não preencherem os requisitos legais, para complementação e/ou retificação, antes de alcançarem a aptidão necessária para a realização do registro ou de averbação (princípio da qualificação), recomenda-se o ato notarial para a realização de contratos envolvendo a transferência e alienação de direitos reais sobre imóveis.

Em face do exposto acima, pode-se concluir o seguinte.

Os instrumentos particulares aptos para ingressar no registro de imóveis são aqueles definidos expressamente em lei e aqueles cujo valor do negócio seja inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A promessa de compra e venda pode ser celebrada por instrumento particular, independentemente do valor pactuado, tanto para os imóveis loteados, quanto para os não-loteados.

A expressão "valor" prevista no artigo 108, da lei 10.406/02, refere-se, nos contratos onerosos, àquele estipulado pelas partes e, nos gratuitos, ao da avaliação da autoridade fazendária.

Somente mediante o registro da promessa de compra e venda é que nasce o direito real à aquisição do imóvel (art. 1.417, NCC).

O registro da promessa de compra e venda é um dos requisitos legais previstos para o êxito da ação de adjudicação compulsória (art. 1.418).

É mister a inserção de cláusula de irretratabilidade e a presença de testemunhas no instrumento de promessa de compra e venda, para seu ingresso no fôlio real.

Sendo essas algumas considerações iniciais sobre o assunto, conclamamos a classe notarial e a registral, além de outros estudiosos do Direito, para o estudo e o debate do tema, a fim de que possamos consolidar os entendimentos, gerando segurança aos registradores, aos notários, aos contratantes e à sociedade em geral.

## Referências

IN SRF 324: [www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2003/in3242003.htm](http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2003/in3242003.htm)

Lei 8.934/94: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8934.htm)

Apelação Cível 75.582-0-SP: [www.irib.org.br/asp/Jurisprudencia.asp?id=3442](http://www.irib.org.br/asp/Jurisprudencia.asp?id=3442)

Ap. Cível 63.971-0/1-SP: [www.irib.org.br/asp/Jurisprudencia.asp?id=3341](http://www.irib.org.br/asp/Jurisprudencia.asp?id=3341)

# O NCC e o registro de imóveis Sociedades limitadas, o registro imobiliário e o novo Código Civil



**Alexandre Laizo Clápis\***

\* Alexandre Laizo Clápis é oficial substituto do 13º Registro de Imóveis da Capital de São Paulo: [aleclapis@13registro.com.br](mailto:aleclapis@13registro.com.br)

As sociedades limitadas surgiram no direito inglês e no francês nos anos de 1862 e 1863, respectivamente, como forma simplificada das sociedades anônimas. No Brasil, o projeto do então ministro da Justiça Nabuco de Araújo que previa a criação de sociedade por ações simplifi-

cadás foi rejeitado em 1867 pelo imperador D. Pedro II. A forma própria da sociedade limitada independente do conceito de sociedade anônima surgiu na Alemanha em 1892 e influenciou ordenamentos de outros países, inclusive do Brasil, que, no ano de 1919, pelo decreto 3.708, criou as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.<sup>1</sup>

Dentre outros preceitos, o tão conhecido artigo 18 do referido decreto 3.708/1919 determinava que, em casos de omissão do estatuto social e naquilo que não fosse contraditório, seriam observadas as disposições da lei das sociedades anônimas. A redação do mencionado dispositivo legal é a seguinte.

*“Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.”*

Pois bem. Quanto ao registro de imóveis, os negócios praticados para a formação de capital social de pessoas jurídicas são feitos por atos de registro, com fundamento no artigo 167, inciso I, 32, da lei federal 6.015/1973, independente da espécie de sociedade. Apesar da regra geral reforçada no atual Código Civil (art. 108), a escritura pública não será necessária para formalizar esse tipo de transferência, vez que há previsão expressa em legislação especial. Assim, como sabido, o instrumento particular de constituição de sociedade que formalize a transferência de bens imóveis para a formação do respectivo capital social, passado pelo registro do comércio e apresentado na via original ao registrador imobiliário, é o título hábil para registro.<sup>2</sup> Há, contudo, necessidade de constar a descrição dos bens que serão integralizados no capital social da pessoa jurídica, em atenção ao princípio da especialidade.<sup>3</sup>

Até aqui nenhuma novidade.

No entanto, surge uma questão que deve ser refletida e debatida em razão das regras estabelecidas pelo Código Civil de 2002.

As operações societárias de incorporação, fusão ou cisão de sociedades anônimas, também podem ser instrumentadas por escritos particulares, que compreendam transferência de bens imóveis, são levadas para as correspondentes

matrículas nos registros de imóveis por atos de averbação, em face da expressa previsão legal contida no artigo 234, da Lei das Sociedades Anônimas.

Há casos, porém, em que a incorporação de uma sociedade por outra ou fusão de duas ou mais sociedades para a criação de uma nova, acarreta transferência de bens imóveis que passam a integralizar o capital social das respectivas empresas. O mesmo pode acontecer com as sociedades que são cindidas, em que parte do capital destacado (representado por bens imóveis) é vertido para formar o de uma nova pessoa jurídica. Nessas situações, ressalvado entendimento contrário, o ato a ser praticado pelo registrador imobiliário é de registro e não de averbação, vez que se trata de transferência de direito real para integralizar capital social, ainda que de sociedades anônimas.<sup>4</sup>

Importante, nesses casos, é observar o destino que se dará aos imóveis envolvidos na respectiva operação societária. Na hipótese de simples incorporação, fusão e cisão, que não implique modificação do capital social com a integralização de imóveis, aplica-se o mencionado artigo 234, da lei federal 6.404/1976. Essas informações podem ser obtidas com criteriosa análise do *protocolo* e da *justificação*, artigos 224 e 225, respectivamente, da Lei das Sociedades Anônimas.

Seja por equívoco, seja por motivação política, a Lei das Sociedades Anônimas não observou a natureza dos atos registrários e seus respectivos efeitos.<sup>5</sup> A aquisição de direito real por ato de averbação não se coaduna com o pensamento doutrinário.

Afrânio de Carvalho afirma que os atos de averbação são acessórios e servem para refletir eventuais alterações sofridas pelos atos principais. “A inscrição, nela absorvida a transcrição *discrepante*, cobre as aquisições e onerações de imóveis, que são os assentos mais importantes, ao passo que a averbação cobre os demais, que alteram por qualquer modo os principais. A nomenclatura binária condiz com a diferença entre a principalidade dos primeiros atos e a acessoriedade dos segundos”.<sup>6</sup>

E segue dizendo que “antes de tudo, de-

vem ser registrados, para se imporem ao respeito de terceiros, os direitos de propriedade, visto ser esta o máximo dos direitos reais, pressupostos dos demais, que, para se distinguirem, são chamados de limitados. A propriedade tem primazia, 'até pela razão da grandeza jurídica do direito de domínio, que está para os outros direitos reais, como o todo está para as suas partes, como a unidade para as frações'" (grifos nossos).<sup>7</sup>

Assim, como notório, os negócios jurídicos que envolvem a transferência do direito de propriedade, em princípio, devem ser registrados e suas eventuais modificações averbadas, apesar de a lei federal 6.015/1973 não estabelecer critérios tão rígidos por falta de coerência legislativa.<sup>8</sup>

Utiliza-se o mesmo fundamento legal (lei federal 6.404/1976, art. 234) para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, de forma supletiva, em razão do transcrito artigo 18 do decreto 3.708/1919. Ou seja, afora os atos de integralização de capital social – que devem ser registrados –,<sup>9</sup> as referidas operações societárias de incorporação, fusão e cisão entre sociedades limitadas ingressam no fólio real por ato de averbação.

No entanto, necessário refletir se ainda é possível a aplicação da Lei das Sociedades Anônimas de modo supletivo, como autorizava o artigo 18 do decreto 3.708/1919, para os casos em que envolvam incorporação, fusão ou cisão de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Sempre respeitados os entendimentos contrários, parece que a resposta deve ser negativa em razão do que estabelece o atual Código Civil.

O artigo 1.053, do Código Civil de 2002 dispõe que:

*"A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.*

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima."

Não se pode admitir que as diversas matérias reguladas pelo Código Civil deixem de se correlacionar umas com as outras. É preciso pensar de modo uníssono. As regras de um livro devem ser aplicadas, no que couber, aos demais que delas necessitem. A exemplo, se o preço estabelecido na compra e venda de bem imóvel for

superior a 30 salários mínimos, a forma do instrumento deverá ser pública (art. 108 e 481); a doação feita aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge importa antecipação do que lhes couber na herança e há a obrigação da colação por ocasião da abertura da sucessão (art. 544, 1.845, 1.846 e 2.002), dentre inúmeros outros.

Nesse sentido, não se pode afastar a aplicação do regramento próprio que dispõe quanto à forma de aquisição da propriedade naquilo que for pertinente, por exemplo, ao direito de empresa.

Se o Código Civil de 2002 regulou exaustivamente o direito das sociedades, com exceção feita às anônimas que continuam regidas pela lei federal 6.404/1976, como dispõe o artigo 1.089, o modo de se adquirir a propriedade deve ser observado também pelas pessoas jurídicas nele previstas, ou seja, transfere-se o direito real de propriedade, de acordo com o artigo 1.245, "mediante registro do título *translativo* no Registro de Imóveis".

Assim, não parece adequada a aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas como autorizava o citado artigo 18 do decreto 3.708/1919, vez que o Código Civil regulou inteiramente a matéria sobre direito de empresa, especialmente quanto às espécies de sociedades e respectivo regramento. Dessa forma, com fundamento no princípio estabelecido no parágrafo primeiro do artigo segundo do decreto-lei 4.657/1942, o decreto das Sociedades Limitadas<sup>10</sup> está revogado. Até então, para a constituição e dissolução das sociedades limitadas aplicava-se, nas omissões do referido decreto, o Código Comercial, e, para as demais matérias, se omissos o contrato social, a Lei das Sociedades Anônimas.<sup>11</sup>

De acordo com os ensinamentos de Miguel Maria de Serpa Lopes, "pode-se dizer que a lei nova regula inteiramente a matéria da lei anterior quando, dispondo sobre os mesmos fatos ou idênticos institutos jurídicos, os abrange em sua complexidade".<sup>12</sup> No mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma que a revogação tácita das leis ocorre "quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão 're-

vogam-se as disposições em contrário', por ser supérflua e por estar proibida legalmente, nem se mencione expressamente a norma revogada. A revogação tácita ou indireta operar-se-á, portanto, por força de aplicação supletiva do artigo segundo, parágrafo primeiro, primeira parte, da referida Lei de Introdução do Código Civil, quando a nova lei contiver algumas disposições incompatíveis com as da anterior, hipótese em que se terá derrogação, ou quando a novel norma reger inteiramente toda a matéria disciplinada pela lei anterior, tendo-se, então, a ab-rogação".<sup>13</sup>

Fábio Ulhoa Coelho afirma que, com o novo diploma legal, "o regime disciplinar desse tipo societário é o do Código Civil, inclusive em matéria de constituição e dissolução (CC/2002, art. 1.052 a 1.087). Quando omissivo o Código Civil quanto a esse tipo societário, a disciplina supletiva poderá ser a da sociedade simples ou da anônima, dependendo da vontade dos sócios".<sup>14</sup>

Por ser a forma de aquisição da propriedade norma cogente ou de ordem pública, os sócios não podem decidir pela aplicação da Lei das Sociedades Anônimas,<sup>15</sup> nem deliberar modo diverso nos atos constitutivos, sob pena de nulidade do respectivo ato jurídico.<sup>16</sup> Admitir o contrário é atribuir à manifestação da vontade autonomia que a lei expressamente limitou ou não concedeu.

Não há mais complexidade sobre qual diploma legal deverá ser aplicado para as sociedades limitadas. Aplica-se o novo Código Civil. E, como tal, todo e qualquer título que consubstancie a aquisição do direito de propriedade deve ser registrado no fôlio real (de acordo com o termo utilizado pela lei civil – melhor seria que o legislador tivesse encampado o conceito do termo *inscrição* indicado por Afrânio de Carvalho, para designar todo e qualquer "assento principal, seja transmissivo da propriedade, seja constitutivo de ônus real".<sup>17</sup> Contudo, não o fez).

Portanto, admitindo-se como revogado o decreto 3.708/1919 – que sequer tratava sobre a forma de aquisição da propriedade – com o advento do novo Código Civil, na hipótese de ocorrer transferência de patrimônio imobiliário nas operações de incorporação, cisão ou fusão de sociedades limitadas, o documento hábil para in-

gressar no registro imobiliário será o correspondente ato societário passado pela junta do comércio,<sup>18</sup> e o ato a ser praticado é o de registro<sup>19</sup> e não de averbação, como outrora praticado com subsídio no decreto 3.708/1919, não mais em vigor como referido, e na Lei das Sociedades Anônimas.

## Notas

<sup>1</sup> Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 5.ed. Saraiva, 2002, v.2, p.364.

<sup>2</sup> Lei das Sociedades Anônimas, art. 89 e 98, §2º; Lei das Sociedades Mercantis, art. 64; e Lei de Registros Públicos, art. 221.

<sup>3</sup> Lei de Registros Públicos, art. 225, §1º e 2º; Lei das Sociedades Anônimas, art. 98, §3º; e Lei das Sociedades Mercantis (lei federal 8.934/1994), art. 35, VII, "a".

<sup>4</sup> Superior Tribunal de Justiça, recurso especial 1996/0033496-0 de Minas Gerais, relatado pelo ministro Eduardo Ribeiro.

<sup>5</sup> Superior Tribunal de Justiça, embargos de divergência em recurso especial 2000/0052047-0 de Minas Gerais, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar.

<sup>6</sup> *Registro de Imóveis*, 4.ed. Forense, 1998, p.117.

<sup>7</sup> Afrânio de Carvalho, op. cit., p.83.

<sup>8</sup> Narciso Orlandi Neto, *Retificação do Registro de Imóveis*, Juarez de Oliveira, 2.ed. 1999, p. 51-2.

<sup>9</sup> Lei de Registros Públicos, art.167, I, 32.

<sup>10</sup> Decreto 3.708, 10-1-1919.

<sup>11</sup> Decreto 3.708, 10-1-1919, art. 18.

<sup>12</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 9.ed. Freitas Bastos, 2000, v.I, p.108.

<sup>13</sup> Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 9.ed. Saraiva, 2002, p.68.

<sup>14</sup> Op. cit., p.365.

<sup>15</sup> Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p.366.

<sup>16</sup> Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25.ed. Saraiva, 2000, p.131.

<sup>17</sup> Afrânio de Carvalho, op. cit., p.116.

<sup>18</sup> Lei das Sociedades Mercantis, art.35 e 64.

<sup>19</sup> Código Civil de 2002, art.1.053, 1.245 e 2.033.

# O NCC e o registro de imóveis

## Desmistificando a contagem de prazos no Código Civil<sup>1</sup>



**Arruda Alvim\***

**Pablo Stolze Gagliano\*\***

\* Arruda Alvim é desembargador aposentado do TJSP e professor titular da PUCSP.

\*\* Pablo Stolze Gagliano é juiz de Direito (BA), professor de Direito Civil da UFBA, da Emab (BA) e do Instituto Jurídico Luiz Flávio Gomes (SP) e co-autor do *Novo Curso de Direito Civil* (Saraiva).

O Código Civil, em seu artigo 2028, ao disciplinar a solução do conflito intertemporal de leis, especialmente no que tange aos prazos que já estavam em curso e que foram reduzidos pelo novo diploma legal, dispõe que: "Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Esse, sem dúvida alguma, é um artigo que merece a nossa mais detida atenção, para que não cheguemos a conclusões absurdas.

Uma análise mais acurada do referido diploma indicará que o legislador, em inúmeras de suas normas, reduziu os prazos anteriormente previstos na lei revogada, a exemplo do prazo prescricional máximo das pretensões de natureza pessoal, que foram reduzidos de 20 para 10 anos (art. 177, CC-16 e art. 205, CC-02), ou os prazos de usucapião, que diminuíram para 15 (usucapião extraordinário) ou 5 anos (usucapião ordinário).

A razão específica da norma sob comento consiste, precisamente, em resolver a intrincada questão referente à incidência da nova lei em relação aos prazos que, iniciados na lei anterior, ainda estejam em curso na data da vigência do novo Código, se forem por ele reduzidos.

Um exemplo irá ilustrar a hipótese.

Imagine-se que um determinado sujeito haja cometido um ato ilícito antes da vigência do novo Código. Passados 12 anos, a vítima (credor) ainda não formulou em juízo, por meio da conhecida "ação ordinária de reparação civil", a pretensão indenizatória contra o agente causador do dano (devedor).

Sob a égide do Código de 1916, pretensões pessoais indenizatórias prescreviam, como se sabe, no prazo máximo de 20 anos (art. 177, CC-16). Entrando em vigor a nova lei, que *reduziu o prazo prescricional de 20 para 3 anos* (art. 206, §3º, V), pergunta-se: quantos anos restariam para se completar o prazo máximo, 8 (segundo a lei velha) ou 3 (segundo a lei nova)?

O nosso Código estabelece, como visto, que *prevalecerá o prazo da lei anterior*, ainda que mais dilatado, se, na data da entrada em vigor da lei nova, *já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*.

Pela expressão *mais da metade*, entenda-se: *metade do prazo mais um dia*, devendo-se advertir que, por se tratar de prazo de direito material, sua contagem dar-se-á dia a dia.

Dessa forma, no exemplo supra, já havendo transcorridos 12 anos na data da vigência do novo Código, ou seja, mais da metade do tempo estabelecido pela lei anterior (10 anos),

restarão ainda 8 anos para que se atinja o prazo prescricional máximo extintivo da pretensão indenizatória.

Por mais que se afigure estranho, o fato de a lei revogadora reduzir o prazo para três, e, ainda assim, remanescer o lapso de oito anos, essa foi a opção do legislador, que entendeu por bem manter a incidência da lei superada, se já houvesse transcorrido mais da metade do tempo previsto.

No entanto, se somente houvessem transcorrido sete anos (menos da metade do prazo estabelecido pela lei revogada), fica claro que faltariam três a contar da vigência de lei nova.

Nesse sentido, Wilson de Souza Campos Batalha, analisando o Código Civil alemão, sugere que: "se a lei nova reduz o prazo de prescrição ou decadência, há que se distinguir: a) se o prazo maior da lei antiga se escoar antes de findar o prazo menor estabelecido pela lei nova, adota-se o prazo estabelecido pela lei anterior; b) se o prazo menor da lei nova se consumir antes de terminado o prazo maior previsto pela anterior, aplica-se o prazo da lei nova, contando-se o prazo a partir da vigência desta".<sup>2</sup>(Grifamos.)

A única conclusão a que o intérprete não deve chegar, na hipótese supra, é afirmar que a prescrição já havia se operado, sob pena de cometer o grave erro de imaginar que o Código estava vigente na data da consumação do ilícito. Ademais, estar-se-ia imprimindo uma retroatividade "astronômica" à lei nova, fulminando completamente a pretensão da vítima.

Tal aspecto poderia ter sido mais bem explicitado pelo Código, estabelecendo-se um parágrafo único ao referido artigo 2.028, que realçasse a contagem do prazo menor, a partir da lei nova. Todavia, mesmo na falta desse dispositivo, a contagem do prazo menor, a partir da vigência do novo Código Civil, é imperativo lógico, derivado das mais comestíveis regras de direito intertemporal, dispensando profundas reflexões por parte do aplicador do direito.

## Notas

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido à luz dos originais dos *Comentários ao Código Civil* (Forense) aos

artigos 2.028 a 2.046, de Pablo Stolze Gagliano, sob a coordenação científica de Arruda Alvim.

<sup>2</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Apud GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.508.

# O NCC e o registro de imóveis Promessa de compra e venda e o NCC



Rubem Antonio Cardoso  
Mallmann\*

\*Rubem Antonio Cardoso Mallmann é tabelião de Cidreira, RS.

No novo Código Civil, dentre suas inovações, ocorre uma que chama muito a atenção: a promessa de compra e venda e seus reflexos na contratação.

O artigo 1.225, em seu inciso VII, passou a considerar o direito do promitente comprador do imóvel como direito real, o que não se cogitava no Código de 1916; como tal, deve ser ob-

servado na atual legislação civil.

Já o artigo 104 do atual código determina taxativamente as condições de validade do negócio jurídico, quando diz.

A validade do negócio jurídico requer:

I- agente capaz;

II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e

III- forma prescrita ou não defesa em lei.

O artigo 108, que é a regra geral, prescreve o seguinte.

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Tendo em vista que a promessa de compra e venda é direito real, conclui-se que, se o valor for superior a 30 SM, e não for amparada por lei especial, deverá necessariamente ter a forma pública como substancial a sua validade e a fim de possibilitar o seu registro (art. 1.417).

Não sendo a promessa de compra e venda lavrada por instrumento público, no caso acima mencionado, estamos diante de uma nulidade absoluta, nos termos do artigo 166, inciso IV, que preceitua.

"É nulo o negócio jurídico, quando:

(...)

IV- não revestir a forma prescrita em Lei."

Ora, a forma prescrita em lei é a pública, conforme visto.

Sustentam alguns que o artigo 1.417 do Código Civil estaria a amparar a pretensão de que possa ser registrado no álbum imobiliário contrato de promessa de compra e venda, público ou particular. Com o devido respeito que merece quem assim entende, penso que o referido artigo deva, necessariamente, estar em consonância com o artigo 108, que é a regra geral.

Quando o Código menciona que, *mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o*

*promitente comprador direito real à aquisição do imóvel*, pretende dizer que os contratos particulares podem ser registrados, desde que atendidas as exigências do artigo 108, quais sejam, o valor inferior a 30 SM e a existência de legislação especial; para os demais casos a exigência é a escritura pública.

A promessa de compra e venda visa à constituição de direito real; portanto, é da substância do ato a escritura pública. Se for instrumento particular, fora das exceções previstas, a mesma deve ser desconsiderada pelo registrador nos termos do artigo 221 da lei 6.015/73.

Mas como deve proceder o tabelião quando se depara, no dia-a-dia, com o pedido de reconhecimento das assinaturas das partes no contrato particular de promessa de compra e venda, considerando que o valor seja superior a 30 SM e não se acha entre as exceções à regra do artigo 108?

A parte, quando de posse de um instrumento particular de promessa de compra e venda, com firmas reconhecidas, muitas vezes, entende que se acha de posse de um documento perfeito e acabado; nesses casos, inadimplido o contrato, levado a juízo, o mesmo poderá ser declarado nulo, por lhe faltar a forma essencial e determinada pelo artigo 108, que é a escritura pública.

É sabido que ao tabelião compete verificar a autenticidade das assinaturas, se o documento está preenchido ou não, se ofende ou não a lei ou a moral. No caso em exame, o instrumento possui vício de origem, nulificando o contrato, razão pela qual, entendo, devamos orientar as partes e não proceder ao reconhecimento, que mais tarde, com certeza, ou no registro ou em juízo, será considerado nulo. E, se isso ocorre, não está descartada a possibilidade de o tabelião ser responsabilizado pelo ato, o que é muito comum nos dias de hoje, quando se procura responsabilizar os notários por qualquer defeito existente no instrumento.

Essas as considerações que faço, esperando que o assunto seja motivo de reflexão entre os colegas. ■



*Desembargador Narciso Orlandi (26/6/2003)*

# Novo Código Civil e registro de imóveis em foco na TV Justiça

**A necessidade do registro de imóveis decorre das disposições do Código Civil. O senhor acha que o novo Código Civil manteve os institutos com a mesma finalidade?**

NON – Em princípio sim. O novo Código Civil manteve a finalidade precípua do registro de imóveis, que é de dar publicidade aos direitos reais imobiliários. E acrescentou, em relação ao antigo Código Civil, alguns direitos reais mobiliários. O registro passa a ser constitutivo. Antes ele só dava publicidade a alguns direitos reais mobi-

imóveis possui característica que os outros não têm, que é a territorialidade. O registro de imóveis é a única repartição que disponibiliza informação sobre um determinado imóvel. Essa publicidade é mais efetiva do que a publicidade de várias repartições que têm competências concorrentes.

Em relação aos direitos reais mobiliários, como o penhor de uma máquina aplicada na indústria, por exemplo, o gerente do banco concede o financiamento e recebe como garantia a

*O doutor Narciso Orlandi Neto, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e consultor jurídico do Irib, foi entrevistado pela assessora de imprensa do Irib, Patrícia Simão, no programa Cartório, o parceiro amigo, da Anoreg-BR, que foi exibido pela TV Justiça, no último dia 28/6/2003, às 11h, e reapresentado nos dias 29/6, às 11h, e 30/6, às 6h e 22h. Confira.*

liários, como o penhor rural, agrícola, pecuário. O registro é constitutivo, muito embora o contrato constitua apenas direitos reais mobiliários, ou seja, o objeto do direito real é o gado, o tração e o registro é feito no cartório imobiliário com caráter constitutivo. Além de manter a constitutividade dos direitos reais imobiliários, o novo Código Civil acrescentou a constitutividade para alguns direitos reais mobiliários, aumentando a finalidade do registro de imóveis.

**O registro de títulos e documentos, por suas características, não seria o destinatário natural dos direitos pessoais e reais sobre as coisas móveis? Por que a opção pelo registro de imóveis?**

NON – Sim, o registro de títulos e documentos, entre outras finalidades, destina-se aos direitos reais mobiliários, mas o legislador tem dado preferência ao registro de imóveis por causa da força de sua publicidade. O registro de

própria máquina. No registro de imóveis do local em que se situa a empresa é possível saber se aquela máquina já foi objeto de penhor. Tornando o registro do contrato obrigatório e encaminhando-o ao registro imobiliário, o legislador disponibiliza a informação. *Daí a preferência pelo registro de imóveis.*

**O novo Código Civil manteve os mesmos princípios relativos ao sistema registrário existentes no Código de 1916?**

NON – Partindo da eficácia do registro de imóveis no Brasil, eu diria que sim. Manteve, principalmente, o princípio da presunção e até o reforçou. O princípio da presunção significa que o que consta do registro de imóveis tem uma presunção relativa, isto é, se o meu nome consta no registro de imóveis como proprietário de um determinado imóvel, existe uma presunção de que eu seja o proprietário. Essa presunção é relativa, ou seja, cede diante de prova em contrário.

Se o nosso sistema tivesse adotado o sistema alemão, em que o princípio que vige é o da fé pública do registro de imóveis, decorreria uma presunção absoluta e não poderia ser contestado o direito ali inscrito. Já o nosso sistema pode ser contestado. O princípio da presunção foi reforçado porque o artigo 1.247, parágrafo único, diz que “cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente”. O direito real é daquele a quem, efetivamente, pertence o imóvel e não, necessariamente, daquele em cujo nome está registrado.

### **Por que o legislador do novo Código Civil não evoluiu para o sistema alemão?**

NON – Não sei se seria evolução. Há alguns que defendem que o sistema perfeito é o sistema alemão. Eu não sei se ele é o ideal. Se eu for o proprietário do imóvel, cujo nome consta do registro de imóveis, vou preferir o sistema brasileiro, porque tenho certeza absoluta de que não perderei meu direito se alguém falsificar minha assinatura no tabelionato e vender o imóvel. Sei que terei a oportunidade de obter a declaração de nulidade do negócio jurídico e cancelar o registro irregular, ou seja, meu direito de propriedade vai prevalecer. No sistema alemão, se alguém falsificar a assinatura do proprietário inscrito no registro de imóveis para vender seu imóvel ao adquirente de boa-fé, e se esse adquirente conseguir registrar a escritura, aquele proprietário cuja assinatura foi falsificada perde o imóvel. Mas, no momento de comprar um imóvel, vou preferir o sistema alemão porque para a aquisição basta conferir o registro. No direito brasileiro é preciso investigar toda a linha filiatória para ver se não há alguma causa de anulação de negócio jurídico, caso em que, eventualmente, posso perder o registro. Daí aquela busca na antiga certidão vintenária, agora quinquenária, para a investigação de todas as pessoas que aparecem na corrente filiatória do título. Não acho que o sistema alemão seja o melhor; eu ficaria com o nosso sistema por causa da grandeza territorial do Brasil.

### **Havia muita polêmica sobre alguns dispositivos do novo Código Civil. O NCC eliminou as dúvi-**

### **das na interpretação dos institutos?**

NON – Sim e não. Eu sempre tive esta dúvida: o que ocorreu sobre o registro das estradas de ferro? O Código de 1916 tinha um sistema que depois a Lei de Registros Públicos alterou, quando mudou o sistema de transcrição para matrícula. O antigo Código Civil dizia que os registros das hipotecas das vias férreas seriam feitos na estação inicial da linha. A Lei de Registros Públicos estabeleceu que os registros relativos às vias férreas seriam feitos na estação inicial da linha, ou seja, o que se entendia é que qualquer registro de qualquer bem das vias férreas deveria ser feito na estação de Ourinhos. Eu nunca concordei com isso. Agora, o novo Código Civil, voltando ao que dispunha o antigo Código, espantou qualquer dúvida, isto é, só se faz na estação inicial da linha o registro da hipoteca que envolva a linha férrea, toda a companhia da estrada de ferro.

Outra dúvida eliminada foi em relação à extinção da hipoteca na arrematação. A doutrina discutia muito se com a não-intimação do credor hipotecário numa execução que não fosse a do crédito hipotecário, se ainda assim a arrematação extinguiria a hipoteca. O novo Código Civil diz bem que a hipoteca não se extingue, embora arrematado, o imóvel permanece vinculado à hipoteca.

Há dúvidas que foram mantidas, como o termo inicial da preempção da hipoteca. O antigo Código Civil dizia que o termo inicial era a data do contrato de hipoteca. O novo Código continua dizendo a mesma coisa. Parece-me que não é possível defender que a hipoteca se constitui pelo contrato. O novo Código Civil é claro ao dispor que o direito real de hipoteca se constitui com o registro. Quer dizer, a dúvida está exatamente aí: o prazo da preempção começa da data do contrato ou do registro?

Uma dúvida que não existia e que agora aparece é em relação ao usufruto do direito de família. Eu acho que o usufruto do pai em relação aos filhos menores continua isento de registro. O direito real, se é que é um direito real, existe independentemente do registro. O Código Civil de 1916 excluía expressamente o registro. Hoje, o Código Civil não faz referência ao usufruto do

direito de família. Alguém poderia indagar se registra ou não esse usufruto, porque o Código Civil só tira do registro o usufruto adquirido por usucapião.

Em relação à prioridade, o Código Civil repetiu o defeito. Tratou da prioridade apenas quando fala do registro da hipoteca. Mas a prioridade, que decorre do número da prenotação no livro número 1 de registros, aplica-se a qualquer registro. E, também, o novo Código só faz menção ao procedimento de dúvida do registro quando trata da hipoteca. Essas duas disposições deveriam estar lá atrás, onde o Código Civil fala do registro e não da hipoteca. Esse é um defeito vistoso do novo Código Civil.

### **O senhor acha que a Lei de Registros Públicos necessita ser adaptada?**

NON – Eu creio que sim. A Lei de Registros Públicos precisa de algumas reformas na disciplina dos registros. E agora precisa ser adaptada ao novo Código Civil, não só no que diz respeito ao registro de imóveis, mas no tocante ao registro de títulos e documentos, registro civil de pessoas jurídicas. Especificamente no que se refere ao registro de imóveis, há necessidade de serem excluídas as disposições relativas à enfiteuse, que desaparece como direito real, e de se introduzirem modificações no tocante à prioridade, à prenotação e seus efeitos. Não são modificações profundas, mas necessárias à Lei de Registros Públicos.

### **O novo Código Civil reuniu os direitos reais imobiliários?**

NON – Na minha opinião, esse é o grande defeito do Código Civil. Ele manteve a legislação esparsa. Eu não vejo nenhuma vantagem na codificação se a legislação esparsa continua existindo e disciplinando institutos que deveriam estar no Código Civil. E, às vezes, disciplinando de forma diferente, como, por exemplo, o direito de propriedade fiduciária, aquele constituído no contrato de alienação fiduciária. A propriedade fiduciária é um direito real de garantia importantíssimo e que substitui a hipoteca cada vez mais. A hipoteca tende a desaparecer, no nosso sistema, porque a garantia

oferecida pela propriedade fiduciária é muito maior para o credor. Não obstante, a propriedade fiduciária continua disciplinada na lei 9.514, não foi trazida pelo novo Código. A propriedade fiduciária das coisas móveis sim, mas de imóveis não. O volume desses contratos está aumentando de modo impressionante e a disciplina está fora do Código Civil.

Outro defeito é o direito real de superfície. O Código Civil ressuscitou esse direito depois de mais de cem anos, mas quando o fez, fez diferente do que o legislador já havia disposto no Estatuto da Cidade, que é mais completo do que o direito real de superfície do Código Civil. Nós acabamos ficando com duas disciplinas. Não se sabe, por exemplo, se ao direito real de superfície de um imóvel situado na cidade se aplica o Estatuto da Cidade ou o Código Civil. Isso não me parece bom.

### **Um tema que está causando muita controvérsia no meio jurídico e registral diz respeito aos contratos de compromisso de compra e venda. O senhor acha que esse contrato deve ser registrado?**

NON – O registro de contrato de compra e venda é previsto desde o decreto-lei 58/37 e até 10/1/2003 continuava sendo disciplinado por ele. Agora, o Código Civil trouxe, para codificação, esse direito real, mas ficaram algumas questões que entram em choque com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, STJ. O Código Civil dá direito real ao promissário comprador com o contrato registrado, desde que do contrato não conste cláusula de arrependimento. Só nessa hipótese é que se dá o direito real e a adjudicação compulsória. A Lei de Registros Públicos permite o registro do contrato de compra e venda, mesmo constando cláusula de arrependimento, mas esse registro não dá o direito real e me parece que também não dá direito à adjudicação compulsória. Isso a jurisprudência vai resolver, mas vai haver conflitos. Sem contar outras disposições relativas a contratos preliminares que entram em choque com as disposições do promissário comprador e com o direito real do próprio Código Civil. ■



## XIV Congresso Internacional de Direito Registral em Moscou

O Centro Internacional de Direito Registral, Cinder, realizou em Moscou, Federação Russa, de 1º a 7 de junho de 2003, o XIV Congresso Internacional de Direito Registral, para discutir temas importantes e atuais para o registro imobiliário dos diferentes países.

1. Problemas de cooperação entre órgãos fiscais, cadastrais e outros da administração pública. Análise da relação entre os registros jurídi-

cos de tutela e proteção da propriedade e as administrações públicas interessadas na descrição dos imóveis ou fiscalização de tributos, o cadastro e a administração fiscal. Destaque à cooperação entre esses órgãos e conseqüente atendimento aos interesses público e particular de titulares de direitos.

2. A eficácia dos sistemas registrais como reforço dos direitos básicos do cidadão. Debate

sobre a proteção pública do direito de propriedade, e dos demais direitos reais ou relativos a bens imóveis, como elemento essencial da organização social e apoio ao cidadão no exercício e defesa dos seus direitos fundamentais em uma sociedade democrática.

3. Dicionário de termos de direito registral. Continuidade dos trabalhos iniciados no XII Con-

a Declaração de La Antigua, aprovada no Encontro Ibero-americano de Direito Registral, realizado em fevereiro, na cidade de La Antigua, na Guatemala.

O documento “pretende pôr em evidência a função econômica dos sistemas registrais, vocação natural deles – favorecer o crescimento econômico, o bem-estar público e a paz social,

*A participação maciça de registradores imobiliários de todo o mundo fez o sucesso do evento e trouxe enriquecimento técnico e cultural aos participantes.*

gresso Internacional de Direito Registral realizado em Marrakesh, em 1998, e retomados no congresso de Punta del Este, no Uruguai.

### **Ratificação da Declaração de La Antigua**

Em Moscou, foi referendada e ratificada unanimemente pelos países que participaram do XIV Congresso Internacional de Direito Registral,

através da proteção jurídica dos direitos da propriedade (...)” e oferecer “um modelo que sirva de referência às autoridades dos diversos países quando se trata de instrumentar as suas respectivas políticas legislativas sobre uma matéria que tanta transcendência tem para o bem-estar público”.

Veja a íntegra da Declaração de La Antigua no *Boletim do Irib* em revista 309, página 4.

*Jaime Tejeda Vega, Léa Emília Braune Portugal, Sérgio Jacomino, Raul Castellano Martínez Báez, Luiz Gustavo Leão Ribeiro*



# O registro como instrumento de proteção das garantias jurídicas

**José Augusto Guimarães Mouteira Guerreiro**

## Do aproveitamento econômico das coisas

Em todos os congressos de direito registral tem sido possível – e, designadamente, quanto aos temas tratados – conseguir chegar a um conjunto de conclusões que representam significativo contributo para o aprofundamento das questões e a solução dos problemas emergentes das relações jurídicas privadas, das suas conseqüências econômicas e da necessidade das correspondentes garantias.

Mas é agora proposto, como primeiro tema deste XIV Congresso, que centremos nossa atenção no essencial papel que o registro pode – e quiçá deva – desempenhar como instrumento de proteção das garantias jurídicas no aproveitamento econô-

mico das coisas.

Ora, dada a vastidão do tema – e a necessidade de cada delegação a tratar sucintamente – na comunicação da delegação portuguesa, procuramos apenas focar alguns dos pontos que se afiguram merecer especial atenção e que passamos a enunciar.

1. A *certeza do direito* constitui um princípio jurídico básico e constitutivo de todas as relações sociais, mormente das que exigem mais crédito, segurança, concórdia e consistência.

Nesse sentido, cabe notar que, nas sociedades contemporâneas, em que a insegurança das relações faz vacilar a generalidade dos cidadãos, das empresas e dos próprios governos, é sentida com crescente intensidade a exigência da *certeza do direito* como alicerce que possa permitir consolidar, harmonizar e pacificar toda a coletividade.

Apesar de genérica essa constatação, é indubitável que, no âmbito da certeza jurídica existem diversos graus de exigibilidade e de carência, mas notório é também que a múltipla circulação dos bens aliada à diversidade de formas pelas quais podem constantemente ser transacionados e sobre eles constituídos novos e complexos direitos, torna

Praça Vermelha, Moscou



forçoso que se desenvolvam os mecanismos aptos – vocacionados – para garantir tais transações.

2. Essa necessidade emerge ainda do que um ilustre jurista chamou de *a desarticulação dos contratos, processados mediante sucessivas massas de regras, de filiação histórico-cultural diversa, tendo-se originado esquemas conceptuais afinal desligados da efetiva realidade humana e social implícita na contratação*.<sup>1</sup>

A rápida – insegura –, mas hodierna manifestação da vontade de todos os indivíduos, em geral e em especial dos agentes econômicos, su-

fundamental e acentuadamente se comprova tal necessidade, desde logo pelas reconhecidas características do *direito real* traduzido primacialmente como poder direto e imediato sobre essas mesmas coisas e, depois, pela comum *obrigação passiva universal* que molda e completa a configuração tendencialmente absoluta desse direito.

Trata-se, assim, do ramo da ciência jurídica que, no domínio do direito substantivo, supõe – exige mesmo, sobretudo nos ordenamentos denominados romano-germânicos – uma *instrumentalidade adjetiva* que permita tornar efetiva a possível oponibilidade *erga omnes* que estruturalmente caracteriza a essência do direito real.

Sobre sua importância – e fundamental relevo na economia –, não nos alongaremos aqui, mesmo porque ela tem sido objeto de importantes estudos e comunicações, como, por exemplo, por parte do nosso prezado decano do Colégio de Registradores da Espanha.<sup>2</sup> Basta que se recorde o que, a esse respeito, ficou demonstrado.

3. A faculdade de qualquer interessado poder conhecer a situação jurídica dos bens – e em especial dos imóveis – é, como todos sabemos, missão elementar de qualquer sistema registral, que, no mínimo, deverá possibilitar a universal oponibilidade dos direitos reais.

Ao falar dos sistemas de registro, não esquecemos que existem procedimentos de mera *publicidade*, conhecidos como de *recording*, que nem sequer deveriam, em nossa opinião, ser considerados entre os *sistemas registrares*, visto que eles serão, apenas, os que produzem *efeitos jurí-*

*Trabalho apresentado no XIV Congresso Internacional de Direito Registral do Cinder, em Moscou. José Augusto Guimarães Mouteira Guerreiro é registrador aposentado, ex-vogal do conselho técnico da Direção Geral dos Registos e do Notariado português e autor de Noções de Direito registral (predial e comercial), editado pela Coimbra Editora. Veja na RDI 45/82, do mesmo autor, o artigo Registro Imobiliário: necessário instrumento do progresso econômico-social.*

põe – exige mesmo – que, para sua credível concretização, se desenvolvam sistemas aptos para a publicação dos direitos, para sua definição e hierarquização, num foro jurisdicional, mas extrajudicial, precisamente para que as hipóteses de conflitualidade diminuam drasticamente.

Essa indispensabilidade verifica-se, em tese, a todos os ramos do direito, mas não há dúvida de que é no tocante aos *direitos sobre as coisas* que

*dicos* – e não simples ficheiros, depósitos ou arquivos – cuja natureza é meramente administrativa e não podem conferir *direitos*.

É ainda necessário recordar que também as *técnicas* de simples segurança econômica – como é o caso dos seguros – não têm, evidentemente, quaisquer efeitos jurídicos, nem sobre os bens, nem no domínio da publicitação dos direitos reais.

Sabido, como é, que essa matéria não é compatível com uma vetusta publicidade da *torre do campanário*, nem tampouco jornalística, mas antes a que permite *tornar efetiva* a própria natureza intrínseca do direito real, tendencialmente oponible *erga omnes*, cremos que é necessário *atualmente* fazer essa pequena precisão: sistemas registrais serão apenas os que, como mínimo, tenham o denominado efeito de mera oponibilidade e, em sentido ainda mais rigoroso, os que permitam conferir aos cidadãos – e aos agentes econômicos – uma *fé pública* do direito inscrito.

Será, assim, lícito considerar que estes últimos (de fé pública) são os sistemas que, efetiva e concretamente, garantem a definida existência, eficácia e hierarquização dos direitos inscritos.

4. O conhecimento exato, determinado e publicamente oponible da situação jurídica dos bens é suposto e *pressuposto* da própria *tutela da confiança*<sup>3</sup> e da *certeza do direito*.

Dir-se-á, mesmo, que, sendo o direito a negação do arbítrio, da inexatidão e da ilicitude, o valor *da certeza* é – como se deve sublinhar – *estruturante* do seu próprio conceito<sup>4</sup> e tem reflexos vários, que vão da tutela da boa-fé,<sup>5</sup> da verdade, da segurança e da *intenção normativa*<sup>6</sup> à proibição da diminuição de garantias e de prejuízos ilegítimos.

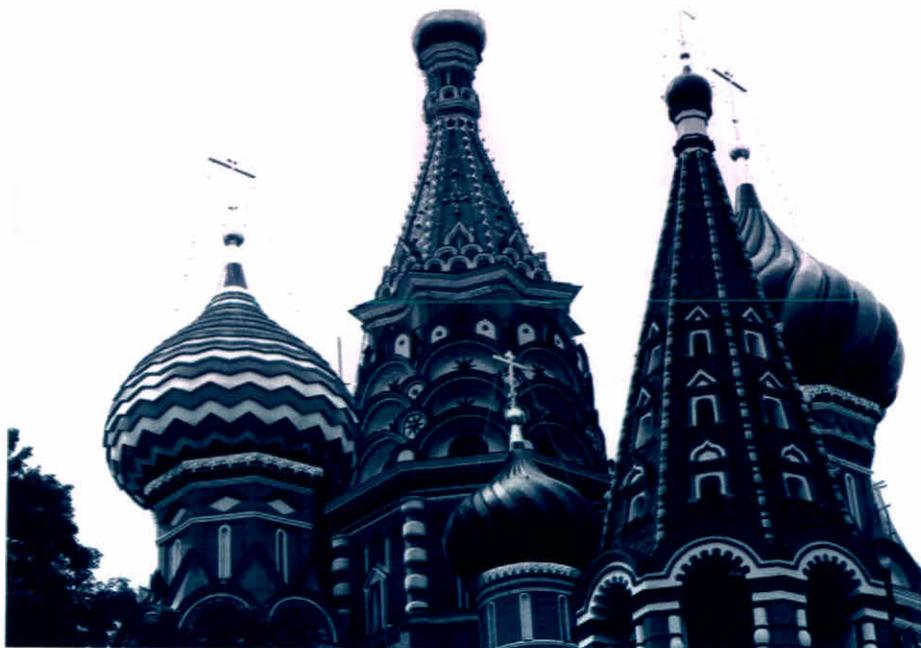
A fidedignidade é também elemento da boa-fé, vetor indispensável na contratação e na elementar *confiança* – e suporte, mesmo à luz do direito comparado – de qualquer relação econômico-social.

É que todos os investimentos, “sejam eles econômicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações,<sup>7</sup> sendo a *confiança* “o maior dos *desiderata* da vida jurídica e social”.<sup>8</sup>

Afigura-se que essa necessidade de *segurança jurídica* está tão fortemente solidificada na doutrina que nem haverá mesmo quem seriamente a conteste. E, dir-se-á até, em face do sumariamente referido, que a exigibilidade da *confiança* e da *certeza* são ainda valores mais imperativos quando as relações ocorrem – como atualmente é regra – *no âmbito internacional*, ou seja, quando se tocam ordenamentos jurídicos distintos e, além disso, os mesmos fatos e *direitos em causa* são por vezes dessemelhantes, como consabidamente acontece no domínio dos *jus in re*, e quando se trata dos imóveis.

5. Sendo o registro a instituição a serviço do público, estruturada e indi-

Catedral de São Basílio, praça Vermelha, Moscou



cada para organizar e publicar os direitos – as titularidades – dos imóveis – e dos móveis, se dele forem passíveis – mediante a inserção dos fatos que geram tais direitos e a graduá-los eficaz e prioritariamente, ele tem, por definição e efeito próprio, a segurança e garantia jurídicas, nomeadamente no que concerne às transações imobiliárias, como *objetivo essencial*.

O artigo primeiro do Código do Registro Predial português diz expressamente que o registro se destina “a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário”.



Praça Vermelha, Moscou

E esse objetivo é, realmente, comum à generalidade dos países que dispõem de um registro. Aliás, como ficou exaustivamente demonstrado nas teses e conclusões do XII Congresso Internacional de Direito Registral, mesmo aqueles países que ainda não dispõem de um sistema registral só teriam a lucrar, também no tocante à sua vida econômica, se o instituissem.

Sendo esta uma matéria não só sobejamente conhecida e tratada como ainda facilmente demonstrável, será para nós supérfluo desenvolvê-la no contexto da presente exposição. Todavia, é propositado recordar que vivemos na chamada *sociedade de informação*, que contribui para a *economia aberta* em que todos, acelerada e constantemente, intercambiam com todos. E terão de o fazer para se manterem social e economicamente capazes e atualizados.<sup>9</sup>

É sabido que a *contratação eletrônica* faz parte intrínseca dessa realidade atual, tornando-se igualmente manifesto que a publicitação registral é, então, o instrumento que permitirá

fornecer os dados credíveis sobre a situação jurídica dos bens – em especial sobre sua titularidade e encargos – e simultaneamente garantir que a negociação se faça com o necessário conhecimento sobre tal situação. Além disso, se efetuada em obediência aos imperativos legais e merecendo favorável qualificação por parte do registrador, poderá, outrossim, ter ingresso no registro e conferir, então, os direitos que o próprio sistema consagre.

6. Dissemos que a (crescentemente utilizada) contratação eletrônica carecia – até por definição da sua inerente instantaneidade – de acesso à publicitação registral como meio cognoscitivo da situação dos imóveis, mormente de suas titularidades e encargos.

Essa afirmação, contudo, não é verdadeira, se, no país de que se trate, vigorar um registro que *assim* não se possa designar. E, dissemo-lo já, não é merecedor dessa denominação qualquer simples *ficheiro* ou *arquivo* em que seja permitido introduzir tudo quanto se queira, sem qualquer idônea análise ou crítica isenta, tenha

ou não validade substancial. Pretender-se-á, afinal, o quê? Contribuir para certeza do direito? Para a segurança do comércio jurídico imobiliário? Por certo que não. Seria tudo o contrário. Quem pensasse que o prédio era de A viria, depois, a ser surpreendido por ele ser de B. Tinha-se pressuposto que o prédio não tinha quaisquer ônus ou encargos e, afinal, descobria-se que só os exequíveis eram superiores ao próprio valor do imóvel.

Não precisamos exemplificar muito ou sequer desenvolver o tema para facilmente – e tendo presente a indispensável boa-fé – se verificar que a hodierna contratação eletrônica e demais meios técnicos – protagonistas dos novos tempos – tornam ainda mais premente e urgente a necessidade dos atos e contratos ingressarem num registro digno desse nome. Ou seja, naquele em que se publicitam *direitos*, com os correspondentes efeitos de *garantia, eficácia, grau prioritário, presunção de verdade e validade*. E, para tal, indispensável é que os atos e contratos inscritos tenham sido submetidos ao devido *controle da legalidade* sobre a égide, responsabilidade, independência e autoridade própria do registrador.

7. Para que essa função possa ser cumprida, é, pois, necessário que a competência, a alçada e a liberdade decisória do registrador sejam pressupostos que não possam estar condicionados ou ser exercidos ao sabor dos interesses – sejam eles de quem forem, mesmo os que derivam do poder político, isto é, dos governos.

Nos sistemas democráticos, os governos emergem de eleições disputadas entre os diversos partidos políticos e os que triunfam passam a assumir o governo. Como se sabe – e a experiência concreta confirma –, vão pretender *controlar* a administração pública – o que, aliás, nem é de estranhar, uma vez que ela passa a *depende*r de quem governa. Só que, no domínio dos direitos individuais, *máxime* os de propriedade – e demais de caráter real –, nunca podem estar vulneráveis aos interesses de grupos e de partidos. Aliás, acham-se garantidos pela generalidade

das próprias *constituições*. Isto é, trata-se de direitos cujas *titularidades* não devem ser alteradas ou *comandadas* pelo poder (v. g., político) – ou mediante ele – sob pena de nem sequer se poder falar de um *Estado de Direito*.

É igualmente manifesto que não poderá haver qualquer tipo de justiça, incluindo, nela, o *juízo de qualificação* registral, que deva obediência ou esteja vinculada aos fins e interesses de qualquer tipo – sejam eles os partidários (de *governos* ou *oposições*), sejam os corporativos, sejam os de quaisquer facções ou seitas.<sup>10</sup>

Trata-se de uma verdade – que se crê elementar –, mas que é por vezes ignorada, principalmente porque se confunde *registro* com mero arquivo e a inscrição registral, com um ato administrativo. Sendo um tema frequentemente abordado, não será, no entanto, descabido recordar, uma vez mais, que tratamos de relações jurídicas *privadas*, de bens do domínio privado e, mesmo quando um dos intervenientes é o Estado, não deverá prevalecer-se do seu *jus imperii*, – como acontece no ato administrativo –, mas antes figurar em pé de igualdade com os demais cidadãos. Até por isso, seria iníquo que se aproveitasse de quaisquer vantagens em face das relações *privadas* individuais – incluindo as de natureza emolumentar – ou pretendesse, autoritariamente, que fosse inscrito um determinado direito individual à revelia do responsável pelo registro.

É que a função qualificadora do registrador, como a doutrina tem entendido, “é bem mais própria dos atos de jurisdição voluntária e não participa da natureza do ato administrativo”. Logo, aquele não deve ser um mero serventuário administrativo, burocrata sujeito aos ditames de *oportunidade* do poder ou da *conveniência* administrativa. O registrador tem de ser um julgador, um árbitro *super partes*, independente, detentor de um mandato social na sua área de jurisdição e a quem cabe uma parcela da função legitimadora do Estado, pelo que se lhe exige ser um jurista competente e especializado, responsável pelo ato que admite inscrever, de tal sorte que registros possam constituir uma eficaz

garantia dos direitos publicados com a inerente segurança jurídica.

Trata-se, como escreveram Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida, de uma função que, não sendo judicial – não lhe cabe decidir conflitos –, no entanto “se exerce com independência semelhante, já que visa “incorporar, ou não, no Registro, uma nova situação jurídica imobiliária”.<sup>11</sup>

8. A vida econômica em geral, demandando imediatas respostas em todas as suas conhecidas vertentes empresariais, jurídicas e sociais, exige hoje, até por parte do poder público, que as instituições lhe facultem mecanismos de eficaz garantia e controle.<sup>12</sup>

A globalização dos mercados – ou *mundialização*, como igualmente se diz – surge como fenômeno incontível, que requer prontos canais de informação e comunicação e de que o próprio correio eletrônico é apenas um exemplo.

Essas novas realidades supõem, em especial no nosso tema do direito imobiliário – de todo ele, bem como as garantias contratuais sobre os bens –, que o substrato jurídico da publicidade registral ofereça e forneça as creíveis respostas de que a atual situação carece. É que não há que contrariar o fenômeno – aliás, com aspectos proveitosos – da mundialização econômica e do comércio eletrônico. Há sim que o dotar de uma indispensável “segurança técnica e confiança jurídica”<sup>13</sup> pelo que, ao registro, visando precisamente tal segurança do comércio jurídico, designadamente imobiliário, cabe um relevante papel nesse domínio, máxime no que toca às cauções e garantias reais. É óbvio que o interesse dos contraentes que queiram precaver-se-ão só de eventuais encargos sobre a coisa – que até se pretendam ocultar –, como de que a sua própria garantia real venha a ter o esperado grau prioritário – não podem deixar de ambicionar que sistema de registro lhes assegure o seu direito.

*Abertura solene do XIV Congresso, em Moscou*



E este – por rudimentar que seja – tem exatamente esse objetivo. Logo, há que daí tirar as necessárias conseqüências, parecendo elementar que todos – juristas, governantes, agentes econômicos e demais responsáveis dos diversos setores e comunidades – reconheçam essas realidades, de sorte que possamos colaborar – sem menosprezar o *capital* de experiência jurídica dos próprios registradores – no sentido de facultar aos cidadãos e à sociedade a necessária cognoscibilidade das situações jurídicas, bem como a definição, eficácia e hierarquização extraligiosa dos atos celebrados e dos direitos constituídos.

O resultado não pode ser outro que não seja a concretização do *império do direito*<sup>14</sup> com o *ideal comum* da verdade e da justiça e, no caso, o maior crédito e avanço nas transações imobiliárias, o seu incremento, a diminuição da conflitualidade e, portanto, a desejável harmonização da vida social.

9. Decorre do referido que, por antonímia com a interpretação desenvolvida, as situações imobiliárias passíveis de registro, mas que nele não tenham ingressado, acabam por ser fonte de perturbação da transparência do mercado e de prejuízo para todos, inclusive para os próprios interessados diretos que apenas tenham titulado o direito – inclusive por via judicial – e não promovido, como deveriam, o correspondente assento registral.

De sorte que pensamos que devem ser incrementados os processos, tecnicamente eficientes, de confirmar a descrição de todos os imóveis no registro, bem como de comprovar – ainda que por via indireta – que os direitos sobre os mesmos sejam objeto das respectivas inscrições. E assim se evitariam errôneas e abusivas situações, contribuindo-se para uma íntegra e fidedigna publicitação dos dados.

A vida econômica exige – e, como dissemos, esse tema foi já amplamente estudado e demonstrado – que se proporcionem adequados níveis de segurança e de caucionamento dos

contratos e, em geral, de todos os atos, se possível com baixos custos e menores encargos. Ora, tudo isso se obtém, em melhores condições, mediante as denominadas *garantias* reais que só subsistem – ou só subsistem eficazmente –,<sup>15</sup> se registradas.

10. Acentuamos já que, para a fiabilidade das transações imobiliárias, bem como para quaisquer cauções ou garantias sobre os imóveis – e móveis sujeitos a idêntico regime e quando o sejam –, é indispensável que exista um registro jurídico útil, isto é, gerador de efeitos concretos válidos, publicando *titularidades* – e não títulos – e, assim, tornando eficazes, definindo e hierarquizando os direitos inscritos com geral oponibilidade *erga omnes*.

Contudo, tal só é possível, nas condições descritas, após a prévia qualificação dos títulos – de qualquer espécie, pesem embora os legais limites –<sup>16</sup> fixando-se assim “a validade e eficácia do ato sujeito à inscrição”.<sup>17</sup> E nisso estaremos todos de acordo.

Mas, quanto à descrição e à composição do prédio?

São, a esse respeito, diversas as posições: no que toca à alemã, parece que, para certos efeitos (v. g., da usucapião) a presunção registral também se pode estender às indicações da descrição e “ampará-las, assim, a fé pública”.<sup>18</sup> No entanto, a descrição “não modifica a individualização do prédio” e as eventuais faltas carecem de importância para a verdadeira situação jurídica: os direitos reais recaem sobre o fundo – *tal como é, e não tal como se tenha descrito*.<sup>19</sup>

Quer dizer: mesmo num sistema tão *vinculante* (como é o alemão) a descrição dos prédios tem (fundamentalmente) tão-só importância *referencial*.

É a *identidade do prédio* o que releva, não tanto as indicações que a descrição possa conter. Ora, tal identidade poderá ser dada apenas por menções simplificadas – num *absoluto extremo*



até mediante mero número topográfico – pelo que não pode confundir-se a importância essencial da inscrição dos fatos como as referências à descrição do prédio.

Não queremos, como é óbvio, significar que se descure a atualização descritiva ou que se admita a inscrição respeitante a parcelas que excedam os limites fundiários. Nem tampouco que não se deva qualificar o pedido “reportado” à descrição do prédio ou ao modo como ele é mencionado nos títulos.

Queremos, sim, dizer, que é útil, que é conveniente, e até importante, que todos os dados relativos às descrições prediais sejam conectados, apurados e referenciados conjuntamente com os elementos cadastrais, administrativos, ambientais, e até com os declarados nos títulos. Todavia, não será pelo fato *de isso não se fazer* que o sistema de registro deixará de ter eficácia quanto aos direitos inscritos (sua missão essencial) – e, com isso, presta já a sua importante colaboração com todas as demais instituições, tais como as judi-

ciais, notariais, administrativas, fiscais e cadastrais.

11. Seja-nos relevado que terminemos as nossas reflexões citando a parte final de um importante trabalho sobre a moderna história do direito privado. Dizia Franz Wieacker: “Como todas as ciências, também a história do direito privado é uma doutrina, no vasto sentido artesanal – informação sobre o que outrora foi descoberto, a fim de que os vin-

douros possam evitar caminhos errados ou mais longos”. E a concluir, refletindo sobre as “condições fundamentais de uma civilística capaz”, acentuava que era necessária “uma consciência geral do direito desprovido de dúvidas, uma plena percepção e colaboração do conjunto da realidade social e uma metodologia segura que acerte o passo com o pensamento da sua época”.<sup>20</sup> Dir-se-ia ainda: com o pensamento e também com a prática de um mundo em permanente aceleração e mutação, com a conseqüente necessidade de uma cada vez maior segurança jurídica.

12. Resumindo as precedentes considerações, salientamos apenas as seguintes idéias como:

### Proposta de conclusões

1. A certeza do direito constitui um princípio jurídico básico e constitutivo de todas as relações sociais: mormente das que exigem maior crédito, segurança, e consistência.



Sérgio Jacomino, Fernando P. Méndez González, Enrique Rajoy Brey, ao lado dos organizadores do evento

2. Tais exigências verificam-se predominante e estruturalmente no domínio dos direitos reais, não só por atribuírem ao titular poderes diretos e imediatos sobre as coisas que deles são objeto, mas também por exigirem da coletividade um dever geral de respeito pelo correspondente exercício, carecendo, pois, para a sua própria subsistência, de uma oponibilidade *erga omnes*.

3. Os sistemas registrais são os instrumentos jurídicos que permitem concretizar essas predominantes características dos direitos reais e, além disso, publicitá-los, hierarquizá-los e torná-los eficazes perante todos.

4. A mencionada certeza do direito é, outrossim, um valor essencial no domínio da contratação, do comércio internacional e da garantia das transações sobre quaisquer bens, designadamente sobre os imóveis.

5. Também por isso o registro – seja sobre os móveis quando a ele sujeitos, seja principalmente sobre os imóveis – como organismo pú-

blico que é e que permite definir a situação jurídica de tais bens, continua a ser o meio que tornará possível assegurar os respectivos contratos, graduando e definindo os fatos titulados.

6. Essas possibilidades que o registro oferece tornam-se ainda mais evidentes em face da atual *exuberância do mercado*, à aceleração da vida econômica e às próprias possibilidades oferecidas pela diversidade da contratação, incluindo a eletrônica.

7. É, todavia, necessário ter presente que nunca será um mero arquivo de documentos – que acriticamente os receba – que merece a designação de registro. Ele é só o juridicamente fiável, em que são apenas inscritos os atos validamente titulados e se mostram conformes com a situação tabular; isto é, aqueles que hajam sido submetidos a um prévio controle de legalidade, mediante um juízo de qualificação sob a égide e responsabilidade do registrador.

8. O registrador terá, portanto, de ser um

jurista idôneo, responsável independente em face de qualquer poder – incluindo o poder político – e que, conseqüentemente, nos atos que decida levar às tábuas apenas deve obediência à lei.

9. Todas as precedentes considerações são evidenciadas na atualidade em que, a par do fenômeno da globalização, sobretudo da vida econômica, se torna necessário que não se verifiquem perturbações anômalas e não inscritas situações jurídicas, sujeitas a diversos erros, abusos e desvios – que têm de ser evitados.

10. A par disso, é cada vez mais necessário caucionar as transações, preferencialmente com menores custos e juros – o que melhor se obtém mediante os direitos reais de garantia – óbvia e necessariamente levados a registro.

11. É útil que os órgãos fiscais, cadastrais e técnicos e os que podem elaborar atos autênticos – como é caso de notários, autoridades administrativas e judiciais – intercooperem com o registro, mesmo dando informações descritivas sobre o imóvel, mas ainda quando tal não se verifique, estando a inscrição registral no final do processo que visa servir e tornar eficaz o direito, não é por falta de tais informações que deixará de cumprir sua essencial missão.

12. Por conseguinte, e também tendo em atenção que é mediante o *assento registral* que se incorporam no registro os fatos e situações jurídicas inscrivíveis, também não é pelo fato de inexistirem outros elementos quanto à descrição dos bens – o que é meramente referencial – que o assento deixará de produzir, *erga omnes*, todos os efeitos que lhe são inerentes – e, evidentemente, de prestar credível informação a todas as referidas instituições.

## Notas

<sup>1</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I, Parte Geral, 1999, tomo I, p.350.

<sup>2</sup> São múltiplas as intervenções que Fernando P.

Mendez González tem feito, desde a exposição preparada para o XII Congresso do Cider aos mais recentes trabalhos, da Universidade do Minho ao Clube Siglo XXI (Madrid 21 mar. 2002, pelo que os referimos como paradigma dessas idéias).

<sup>3</sup> À “tutela da confiança”, têm os autores dedicado múltiplos estudos: v. g., o de Batista Machado, in *Obra Dispersa*, v. I, p.345 seg., no qual também chama a atenção que na “economia de mercado” a sofisticação técnica e outros fatores têm acentuado uma maior preocupação com a “tutela da confiança” (p.36).

<sup>4</sup> Carneluti, in *Studi di Diritto Procesuale*, 1925, p.244, refere que foi a “necessidade de certeza jurídica” que gerou a atual *consertação normativa*.

<sup>5</sup> Cf. o profundo estudo de Menezes Cordeiro, *Da Boa-fé no Direito Civil*, sobretudo às páginas 1.235 e seguintes.

<sup>6</sup> Não se põe em causa a douta posição de Castanheira Neves de que a “intenção normativa” da realização do direito não se pode alhear de uma “interpretação judicativa”, no sentido de que todos os elementos se terão de configurar, v. g., com vista à decisão.

<sup>7</sup> Vide citado autor, in *Tratado de Direito Civil Português*, p.188.

<sup>8</sup> Cf. Demogue, *Les Notions Fondamentales du Droit Privé*, p.63.

<sup>9</sup> Permita-se que citeamos a clara referência que Oliveira Ascensão fez no colóquio sobre Globalização e Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (7 a 9 de março de 2002) sobre o tema da Sociedade de Informação. Depois de observar que a informação “passa a ter um papel cada vez mais importante”, afirmou: “As repercussões no plano econômico são muito claras. Se a vantagem é de quem oferece as melhores prestações, num mundo de concorrência globalizada, só pode oferecê-las quem dispõe constantemente de conhecimento atualizado e de meios de comunicação imediata. Quem partir com avanço

na sociedade de informação tem condições para estar universalmente, e manter-se, em posição de vantagem" (publicado in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.22, p.167).

<sup>10</sup> Ao utilizar essa expressão, não nos queremos referir apenas às *marginais* ou ilícitas. Todas, incluindo as mais respeitadas organizações, não podem pretender *interferir* no juízo de qualificação já que isso é sempre ilícito.

<sup>11</sup> Cf. *Derecho Inmobiliario Registral*" (reimp.) 1990, p.305.

<sup>12</sup> O legislador português esteve atento a esse problema, designadamente no que respeita ao "regime jurídico aplicável aos documentos eletrônicos e assinatura digital", tendo publicado o decreto-lei nº 290-D/99, de 2 de agosto, no qual regula a respectiva "validade, eficácia e valor probatório".

<sup>13</sup> Alexandre Dias Pereira publicou um estudo (Almeida, 1998) precisamente intitulado *Comércio Eletrônico na Sociedade de Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*. E, notar-se-á ainda, mesmo à face dos princípios gerais, parece que a base normativa para a proteção jurídica será indispensável.

A simplificação da forma (decorrente da globalização) mais centrada nas exigências do "mercado" e na celeridade, implica, também, um devido controle legislativo e a "um repensar da inserção sistemática mais adequada das disposições especiais de tutela", como a dado passo bem lembrava Joaquim de Sousa Ribeiro na sua conferência *Direito dos Contratos e Regulação do Mercado* (*Revista Brasileira de Direito Comparado*, p.203 seg., designadamente p. 221). Por outro lado, a ressalva que quanto aos direitos sobre imóveis se perspectiva na diretiva relativa ao comércio eletrônico tem sobretudo a ver com as eventuais dificuldades da respectiva legislação interna dos Estados-membros, não com as óbvias necessidades do seu ordenamento e publicitação.

<sup>14</sup> Essa é finalidade última nos sistemas "da família

romano-germânica" (Cf. a propósito entre outros, o capítulo sobre os "princípios gerais" da I parte da obra de René David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* (Droit Comparé), 1972).

<sup>15</sup> O Código Civil português contém a disposição expressa do artigo 687, segundo a qual a hipoteca, sem ser registrada, não produz efeitos mesmo em relação às partes. Tivemos ensejo de participar em diversos encontros internacionais, no âmbito da Unidroit, em que consensualmente, entre os países participantes, se entendia dever ser exigível o registro também quanto às aeronaves e outros bens móveis de elevado valor.

<sup>16</sup> Tem-nos parecido que essas limitações correspondem, basicamente, às *decisões* (v. g., judiciais) quando há *caso julgado* entre *aqueles* partes. É por isso que, mesmo nos casos da sentença, sendo *outros* os interessados, a qualificação pode (e deve) apreciar o próprio fato registável. E é também por essa razão de não haver uma "decisão transitada em julgado" que a maioria dos atos notariais e registrais é passível de "nova instância" e, conseqüentemente, de qualificação quanto à substância do ato.

<sup>17</sup> Esta é a expressão de Chico y Ortiz que, muito sugestivamente, refere que o registrador "nesse momento supremo não pode duvidar, não deve vacilar, não pode elidir o seu juízo decisivo, tem de pronunciar-se e fixar com o seu critério a validade e eficácia do ato sujeito à inscrição" (Cf. *Calificación Jurídica, Conceptos Básicos e Formularios Registrales*, p.23-4).

<sup>18</sup> Cf. Martin Wolf, *Sachenrecht* (tradução espanhola *Derecho de Cosas* – do Tratado Enneccerus – Kipp-Wolf, Bosch, 1971, p.218).

<sup>19</sup> Aliás, acrescenta esse autor, as inexactidões descritivas "carecem de importância para a verdadeira situação jurídica" (op. cit., p.217).

<sup>20</sup> cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, (Tradução do original alemão por A. M. Hespanha), Fundação Caloust Gulbenkian, p.716-22. ■

RECEITA FEDERAL INSS CND RECEITA FEDERAL INSS CND RECEITA FEDERAL INSS

# Alienação ou oneração de bem móvel incorporado ao ativo permanente da empresa

**Antonio Herance Filho\***

\* *Antonio Herance Filho* é consultor jurídico, advogado especializado em direito tributário, fiscal e registral: [www.seracinr.com.br](http://www.seracinr.com.br)

## **Certidão negativa de débitos**

A partir de 1º de junho de 2003, é exigida a certidão negativa de débito, CND, da empresa na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem móvel de valor superior a R\$ 24.775,29, incorporado ao seu ativo permanente.

*Exigibilidade de apresentação de certidão negativa de débito, CND. INSS e Receita Federal. Valor-limite. Atualização. Penalidades.*

Combinando-se a alínea "c", do inciso I, com o parágrafo 10, incisos I e II, ambos do artigo 257, do Regulamento da Previdência Social, RPS, aprovado pelo decreto 3.048, de 1999, conclui-se que não basta a exigência da CND expedida pelo INSS. Para fazer prova de inexistência de débitos relativos às contribuições sociais destinadas à manutenção da Seguridade Social, há que ser apresentada pela empresa, também, a certidão negativa de débitos expedida pela Secretaria da Receita federal.

#### **Infração à legislação previdenciária**

O responsável por infração a qualquer dispositivo do Regulamento da Previdência Social, RPS, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, está sujeito, a partir de 1º de junho de 2003, conforme a gravidade da infração, a multa variável de R\$ 991,03 a R\$ 99.102,12.

#### **Consulte**

Artigo 14 da portaria MPS 727/2003.

"Art. 14. A partir de 1º de junho de 2003, é exigido Certidão Negativa de Débito - CND da empresa na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem móvel incorporado ao seu ativo permanente de valor superior a R\$ 24.775,29 (vinte quatro mil setecentos e setenta e cinco reais e vinte e nove centavos)".

Portaria MPAS 727/2003, publicada no DOU de 2/6/2003.

Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, publicado no DOU nº 86, de 7/5/99, seção I, p. 50 a 108, e republicado em 12/5/99, alterado pelos decretos números 3.265/99, 3.298/99, 3.452/2000, 3.668/2000, 4.032/2001, 4.079/2002 e 4.729/2003 –(atualização em junho de 2003).

## Previdência Social

### Prazo de validade da CND alterado para 90 dias

O decreto federal 4.729, de 9 de junho de 2003, DOU de 10/6/2003, alterou o prazo de validade das CND's.

"Art. 257. (...)

§ 7º – O documento comprobatório de inexistência de débito do Instituto Nacional do Seguro Social é a Certidão Negativa de Débito, cujo prazo de validade é de noventa dias, contado da data de sua emissão. ■



# Decisões

## Interesse do registro de imóveis

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

#### **Penhora. Bem de família. Imóvel dado em garantia hipotecária.**

Processo civil. Agravo de Instrumento. Impenhorabilidade do bem de família. Dívida garantida por hipoteca.

- Nos termos da jurisprudência deste C. STJ, "são impenhoráveis os bens de família, ressalvados os imóveis dados em garantia hipotecária da dívida exequenda".

Decisão. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por R.G.P. e Companhia Ltda. e outros contra decisão que negou seguimento a Recurso Especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

O ora agravado interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo juízo deprecado, em carta precatória oriunda de ação de execução de título extrajudicial, pela qual reconheceu a impenhorabilidade de bem de família.

O v. acórdão restou assim ementado:

"Processual civil. Execução de título extrajudicial. Cédula de crédito industrial. Competência do juízo deprecado. Imóvel em garantia hipotecária. Penhora. Possibilidade. Bem de família. Impenhorabilidade. Inocorrência. Exceção. Expressa. Previsão em lei especial.

Recurso parcialmente provido.

1. Competência do Juízo. Tratando os embargos de pleitear o cancelamento da penhora, com fulcro na lei 8.009/90, sem questionar a execução em si, cabe ao Juízo deprecado processá-los e julgá-los, conforme estabelece a Súmula 46 desta Corte.

2. Bem de Família. Exceção. São penhoráveis, por expressa ressalva contida no artigo 3º



inciso V, da lei 8.009/90, os imóveis dados em garantia hipotecária da dívida exequenda.”

Irresignados, interpuseram os agravantes Recurso Especial no qual alegam que o v. aresto recorrido ao permitir a penhora do bem de família, violou o disposto no artigo 1º, da lei 8.009/90.

O e. Tribunal a quo negou seguimento ao Recurso Especial por estar o v. acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte e por ausência de questionamento do dispositivo tido por violado.

O agravante em suas razões impugna tais fundamentos.

Relatado o processo, decide-se.

- Da alegação de impenhorabilidade do bem em questão.

A jurisprudência desta c. Corte é assente no sentido de que estando a dívida exequenda garantida por hipoteca sobre o imóvel, excepcionalmente a impenhorabilidade do bem de família, nos termos do inciso V do artigo 3º da lei 8.009/90.

Registre-se, quanto ao ponto, o seguinte julgado:

“Cédula de crédito comercial. Garantia hipotecária. Precedentes da Corte. 1. Como já assentou a Corte, são impenhoráveis os bens de família, ressalvados os imóveis dados em garantia hipotecária da dívida exequenda. Estando a cédula garantida por hipoteca, não releva o fato de ser oriunda de renegociação de contratos anteriores com outro tipo de garantia. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 247.649/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ: 28/05/2001).

Na medida em que o entendimento do e. Tribunal a quo não discrepa da jurisprudência aqui dominante, o v. acórdão recorrido não merece qualquer reparo.

Forte em tais razões, nego provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 13/11/2002. Ministra Nancy Andrighi, relatora (Agravo de Instrumento nº 465.594/PR, DJU 22/11/2002, p.385).

### **Penhora não registrada. Alienação. Boa-fé. Fraude à execução não caracterizada.**

Decisão. Recurso especial. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Ausência de registro da constrição. Súmula nº 83 do STJ.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de afastar a caracterização da fraude à execução quando na época da alienação do bem não existia o registro da penhora e não restou comprovada nos autos a má-fé do terceiro adquirente.

2. Ressalva do ponto de vista do Relator que, à luz do artigo 263 do CPC, entende perpetrada a fraude por parte do executado desde que proposta a ação. Destarte, a fraude à execução independe do elemento subjetivo, posto opera-se *in re ipso*.

3. Aplicação da Súmula nº 83 desta Corte: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.



4. Agravo de Instrumento desprovido (art. 557, *caput*, c/c art. 544, § 2º do CPC).

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ora Agravante, com base no artigo 105, "a" e "c", da Constituição Federal, contra decisão que indeferiu recurso especial sob o fundamento de que a matéria em tela esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, além de não lograr êxito na demonstração da existência de dissídio jurisprudencial.

A.J.F., ora Agravado, opôs embargos de terceiro à execução fiscal proposta pelo Agravante. O juízo de primeiro deu provimento aos embargos, tendo em sede de apelação, o TRF - 4ª Região, assim se pronunciado:

"Execução fiscal. Embargos de terceiro. Penhora. Fraude à execução. Artigo 185 do CTN. Necessidade de citação. Súmula 84 do STJ. Honorários.

1. Para a configuração da fraude à execução nos termos do artigo 185 do CTN, é necessária a existência da anterior citação do Executado. 2. Aplicação da Súmula 84 do STJ.

3. Afastada a verba honorária".

Nas razões do Recurso Especial, a Agravante alega que, ao entender ser necessária a citação do executado para a caracterização da fraude à execução, o Tribunal *a quo*, teria negado vigência aos artigos 185, do CTN e 593, II, do CPC, além de ter divergido do entendimento predominante desta Corte.

Não foi apresentada contraminuta consoante certidão à fl. 34.

Relatados, decido.

O presente agravo não merece prosperar.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de afastar a caracterização da fraude à execução quando na época da alienação do bem não havia o respectivo registro da penhora, fato que gera a presunção de boa-fé do terceiro adquirente. Neste sentido, colaciono os seguintes precedentes:

"Processual civil. Fraude à execução. Alienação na pendência de execução. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Embargos de terceiro. Procedência. Lei 8.953/94. CPC, artigo 659.

I- Nos termos do artigo 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela lei 8.953/94, exigível a ins-

crição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.

II. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação na ação de execução e da intimação da penhora, é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade e posse sobre o imóvel pelos adquirentes.

III. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 243497/MS, Relatos Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 25/06/2001).

"Execução. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Adquirente de boa-fé. Penhora. Inexistência de registro.

- Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 218419/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 12/02/2001)

"Locação predial urbana. Execução. Penhora sobre imóvel. Ato de constrição não levado a registro. Alienação do bem a terceiro. Artigo 593, II, CPC. Fraude de execução. Descaracterização.

A presunção de que trata o inciso II, do artigo 593, do CPC é relativa, e para configuração da fraude de execução torna-se necessário o registro do gravame. Na sua ausência, incumbe ao exequente provar que o terceiro adquirente tinha ciência da ação ou da constrição. Acresce que, pelo parágrafo 4º do artigo 659, do CPC, o registro da penhora não é pressuposto da sua validade, mas, sim, de eficácia *erga omnes*. Recurso conhecido e provido." (REsp 293686/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 25/6/2001)

"Processo civil. Fraude à execução. Não ocorrência.

O registro da penhora é imprescindível à caracterização da fraude à execução, salvo se aquele que alega a existência da fraude comprovar que o terceiro adquiriu o imóvel ciente da constrição - mormente se o comprador não adquiriu o bem diretamente do executado, tal qual na espécie.

Recurso especial conhecido e provido" (REsp 249328/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 09/10/2000)

“Processo civil. Fraude de execução (CPC, art. 593-II). Alienação após a citação, mas anterior à constrição. Ciência do adquirente da demanda em curso. Ônus do credor. Prova. Recurso desacolhido.

I - Em se tratando de fraude de execução, impõe-se identificar a espécie, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do artigo 593, CPC.

II - Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.

III - Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do artigo 593-II, CPC.” (REsp 235267/SE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08/03/2000)

Assim, inexistindo registro de penhora, cabe ao exequente a prova de que o terceiro adquirente tinha ciência da constrição para que fique configurada a fraude e, em consequência, seja decretada a ineficácia da alienação.

No caso dos autos, quando o Agravante adquiriu o imóvel penhorado, não havia registro da constrição. É o que se depreende da leitura do acórdão recorrido:

“O imóvel objeto da controvérsia foi vendido por D.F.S., sócio da empresa Executada, em 15/8/90 ao Embargante, mediante escritura pública de compra e venda, somente registrada em julho de 1994. Por outro lado, a execução foi ajuizada em 17/12/93 e citada a responsável principal em 13/6/94, a constrição teve registro em 18/11/98.

(...)

Embora a inscrição do imóvel em nome do Recorrido tenha se dado em data posterior à citação, a venda foi realizada muito antes. A posse restou suficientemente demonstrada pela guia de recolhimento do imposto sobre transmissão de propriedade inter vivos e pelos depoimentos das testemunhas, que trabalharam na construção da casa do Embargante”.

Sendo assim, verifica-se que o aresto impugnado encontra-se em consonância com o entendi-

mento deste STJ, devendo ser aplicado ao caso dos autos o disposto na Súmula nº 83, desta Corte: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Não obstante, ressalvo a minha opinião quanto à ocorrência da fraude de execução, independentemente da penhora. Consoante ressalvei no Curso de Processo Civil:

“Em nosso entender, à luz do texto, é fraudulenta a alienação depois da propositura da ação e antes da citação, uma vez que a exigência da lei para considerar ineficaz o ato é de que, ao tempo da alienação, corra contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Ora, considera-se demandado o devedor desde que distribuída a ação onde houver mais de um juízo em competência concorrente ou despachada onde houver mais de um juízo (art. 263 do CPC). É imperioso que, antes de o andamento jurídico preocupar-se com o terceiro de boa-fé, volte-se para proteção da parte primeiramente lesada e que recorreu ao judiciário. Na verdade, o terceiro adquirente é lesado em segundo grau. A jurisprudência, contudo, revela não haver pacificidade quanto ao tema.

(...)

Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem constrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento, penhora e depósito. Entretanto, a moderna exigência do registro, altera a tradicional concepção da fraude de execução; por isso, a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma exceção criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si é uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do artigo 593 do CPC.

A referida exegese esbarraria na inequívoca *ratio legis* que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se poderia mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. ‘É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora’. Em caso de aquisi-



ção, por parte do comprador, insciente do processo não se declara a fraude, cabendo ao exequente substituir o bem penhorado. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que há muito se preconiza nos matizes europeus." (Fux, Luiz: Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, pp.1049 e 1050).

*Ex positis*, haja vista que o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o entendimento sólido desta Colenda Corte, nego provimento ao Agravo, com base nos artigos 557, *caput* e 544, parágrafo 2º do CPC.

Brasília, 13/11/2002. Ministro Luiz Fux, relator (Agravo de Instrumento nº 458.350/PR, DJU 21/11/2002, p.179/180).

### **Penhora não registrada. Terceiro de boa-fé. Fraude à execução não caracterizada.**

Processo civil. Embargos de terceiro. Imóvel adquirido por terceiro quando não havia transcrição da penhora incidente sobre o imóvel. Fraude de execução não caracterizada. Artigo 659, parágrafo 4º, CPC. Precedentes. Recurso provido.

I - No sistema anterior, para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, cabia ao exequente, na ausência de registro da penhora, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.

II - Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil, pela lei 8.953/94 acrescentou ao artigo 659 daquele estatuto o parágrafo 4º, segundo o qual, "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

1. Nos autos de execução ajuizada pelo recorrido, os recorrentes opuseram embargos de terceiro, que restaram desacolhidos em sentença. Interposta apelação, o Tribunal de Alçada do Paraná deu-lhe provimento parcial, apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios, consoante esta ementa:

"Embargos de terceiro. Fraude à execução. Caracterização. Constrição de bem imóvel. Alienação. Registro da penhora posterior à venda. Irrelevância. Honorários advocatícios. Fixação excessiva. Redução. Recurso parcialmente provido.

- A fraude à execução pode ocorrer se a alienação é efetuada após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já se tenha instaurada a execução.

- Não se requer, para a caracterização de fraude à execução, que haja penhora, e muito menos que esteja inscrita no Registro de Imóveis, basta que haja existência de lide pendente e a situação de insolvência comprovada, aforada por quem, via escritura pública regularmente registrada, adquiriu bem imóvel, penhorado em execução, da qual não era parte. Embargos procedentes. Apelação".

Em sede de recurso especial, argumentam os recorrentes dissídio jurisprudencial e violação dos artigos 240 da lei 6.015/73, sustentando que seria de rigor o registro da penhora para caracterização da fraude de execução.

Com as contra-razões, foi o recurso admitido, opinando o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do recurso.

2. Como registrado nos autos, a citação na execução se deu em 11/3/87; a penhora em 13/3/87 e a alienação em 12/01/88, tendo o Tribunal de segundo grau concluído que o registro da penhora seria dispensável para caracterização da fraude de execução.

3. Entretanto, segundo orientação que tem sido adotada nesta Corte, mesmo antes das alterações introduzidas pela lei 8.953/94, tratando-se de caso em que a aquisição se concretizou quando já havia a penhora que não se achava registrada, para a tipificação da fraude de execução cabe ao exequente, a quem incumbia diligenciar o registro para garantia de sua preferência, provar que o adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial.

Na espécie, as instâncias de origem afirmaram a ausência desse registro, sem ter assentado a ciência dos embargantes.

Sobre o tema, que não é novo na jurisprudência desta Turma, destaco do voto que preferi como relator no REsp 26.866-RJ (DJ 16/11/92):

“O cerne da controvérsia, na espécie, cinge-se ao ponto concernente à presunção de fraude de execução perante adquirente de imóvel penhorado mas sem inscrição dessa penhora no álbum imobiliário.

O tema, indubitavelmente polêmico, havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando veio a prevalecer posição segundo a qual, “não havendo a inscrição, de que fala a lei 6.015, artigo 167, nº 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude à execução” (Ag nº 96.838-SP, relator o Ministro Alfredo Buzaid, DJ de 13/4/84).

Neste Tribunal Superior, de igual forma, o mesmo posicionamento tem sido adotado, como se vê do REsp nº 9.789 (DJ de 3/8/92-SP), relatado pelo Sr. Ministro Athos Carneiro, assim ementado:

“ - Penhora de bem imóvel, antes de registrada (lei 6.015/73, artigos 167, I, nº 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial.

Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela à boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência. Recurso especial conhecido e provido”.

Naquela oportunidade, ao votar, assinalou o em. Relator:

“Impende ressaltar, mais, que a Lei dos Registros Públicos - Lei 6.015/73, impõe a obrigatoriedade do registro das “penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis” (arts. 167, nº 5 e 169), não certamente para a perfeição do ato executório da penhora e sua eficácia perante o executado, mas para eficácia perante terceiros, presumidos de boa-fé. Aliás, o artigo 240 da mesma lei dispõe



que o registro da penhora "faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior"; em outros termos, se antes do registro da penhora o imóvel é alienado, caberá ao exequente o ônus de comprovar que o adquirente estava ciente da execução e da penhora".

Em outra oportunidade, no REsp 4.132-RS, de que fui relator (DJ de 2/10/90), esta Quarta Turma teve ensejo de proclamar:

" - Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve a citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo do artigo 593-II, CPC.

- Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso".

Da eg. Terceira Turma, dentre outros, confiaram-se o Agravo 9.500-SP (DJ de 17/6/91) e o REsp 2.653-MS (DJ de 19/1/90), relatados, respectivamente, pelos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

É do admirável magistério de Amílcar de Castro, em escólio ao artigo 593, do Código de Processo Civil:

"A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e, sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiros que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor como garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado.

O fato, porém, de não ter sido registrado ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o seqüestro, ou a citação, não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente tem a significação de ficar o exequente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra a alie-

nante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exequente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros".

A propósito, v., ainda, RT 609/7 e RF 293/3".

No mesmo sentido, ademais, os REsp 135.228/SP (DJ 13/4/96) e 218.419/SP (DJ 12/2/2001), relatados pelos Ministros Nilson Naves e Barros Monteiro, assim ementados, respectivamente:

"Fraude de execução. Terceiro de boa-fé. Penhora (falta de registro). Inexistente o registro, não se considera em fraude de execução a alienação, salvo a hipótese de quem alegar a fraude provar que o terceiro sabia que o imóvel adquirido estava penhorado. Precedentes do STJ: REsp's 3.259, 70.063 e 140.670 (súmula 83). Recurso especial não conhecido".

"Execução. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Adquirente de boa-fé. Penhora. Inexistência de registro.

- Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido".

Em síntese, colho de anotações que lancei ao artigo 593, CPC (Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 6ª ed., 1996, p.418):

"A "inscrição" (*rectius*, registro) gera publicidade e faz presumir, *iuris et de iure*, a ciência de terceiros.

Inexistindo registro da citação (hipóteses dos incs. I e II do art. 593, CPC) ou do gravame judicial, ao credor cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário, da existência da demanda ou do gravame".

Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela lei 8.953/94 acrescentou ao

artigo 659 daquele estatuto o parágrafo 4º, assim redigido:

“A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

4. Em face do exposto, autorizado pelo artigo 557, parágrafo 1º-A, CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento para acolher os embargos de terceiro e excluir da penhora o imóvel em questão, condenando o exequente ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, em observância ao artigo 20, parágrafo 4º, CPC, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados a partir da data desta decisão.

Brasília, 30/10/2002. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator (Recurso Especial nº 401.651/PR, DJU 13/11/2002, p.387/388).

### **Locação. Fiança. Prorrogação de contrato. Anuência do fiador.**

Decisão. Trata-se de recurso especial interposto por Irmãos Costa S.A., com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, segundo o qual não se pode admitir a responsabilidade do fiador por encargos locatícios decorrentes de contrato de locação prorrogado sem a sua anuência, ainda que o garante tenha renunciado ao direito de exonerar-se da fiança previsto no artigo 1.500 do Código Civil.

Eis a ementa do julgado:

“Embargos infringentes. Ação de exoneração de fiança. Locação de imóveis. Contrato vigorando por prazo indeterminado. A fiança não pode se afigurar como obrigação “ad eternum”.

Embargos infringentes rejeitados”.

Alega a recorrente contrariedade ao artigo 1500 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte (Resp nº 280.557/SP, relator Ministro Vicente Leal, DJ de 23/04/2001), reputando válida a renúncia expressa ao direito de exoneração da fiança, mesmo que o contrato de locação tenha sido prorrogado por tempo indefinido.

Contra-razões às fls. 127/131.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

Decido. O recurso não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia em saber se o fiador permanece responsável pelas obrigações decorrentes de contrato de locação até a efetiva entrega das chaves na hipótese em que tenha renunciado ao direito de exonerar-se da garantia e o contrato tenha sido prorrogado por tempo indeterminado.

O v. acórdão hostilizado não merece reparos.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte está pacificada no sentido de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual prevendo a obrigação do fiador até a entrega das chaves, ou ainda que tenha ocorrido renúncia ao direito de exonerar-se da garantia.

Esse entendimento, por diversas vezes, já foi acolhido neste Tribunal. Trago os recentes precedentes da 5ª e da 6ª Turmas:

“Locação. Fiança. Interpretação restritiva. Prorrogação do contrato sem anuência dos fiadores. Entrega das chaves. Renúncia ao artigo 1.500 do Código Civil. Impossibilidade. Súmula 214/STJ.

- A jurisprudência assentada nesta Corte construiu o pensamento de que, devendo ser o contrato de fiança interpretado restritivamente, não se pode admitir a responsabilização do fiador por encargos locatícios decorrentes de contrato de locação prorrogado sem a sua anuência, ainda que exista cláusula estendendo sua obrigação até a entrega das chaves e que tenha sido renunciado ao direito de exonerar-se da garantia. Precedentes.

- Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 401.481/MG, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 13/05/2002).

“Civil. Locação. Agravo regimental. Manutenção da decisão que negou provimento ao agravo de instrumento. Aplicação da súmula 83/STJ. Fiança. Alcance.

É assente neste Tribunal o entendimento de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposi-



ção expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual prevendo a obrigação do fiador até a entrega das chaves. "O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu." (Súmula 214/STJ).

Agravo regimental a que se nega provimento." (AGA 428.359/SE, DJU de 01/07/2002).

"Locação. Processual civil. Embargos à execução. Fiança. Entrega das chaves.

I- É assente neste Tribunal o entendimento de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual prevendo a obrigação do fiador até a entrega das chaves.

II - A modificação do valor dos locativos, sem anuência do fiador traz, como consequência, a exoneração quanto às obrigações a que se submeteu. É o acordo o marco final da garantia (Precedentes).

Recurso não conhecido." (REsp 406.100/SP, DJU de 05/04/2002).

"Recurso especial. Exoneração de fiança após a retirada dos sócios afiançados. Possibilidade à vista da natureza *intuitu personae* do contrato.

A garantia destinava-se mais à pessoa dos

sócios que então integravam a sociedade.

A eventual renúncia ao direito assegurado no artigo 1.500, do Código Civil e o fato de a fidúcia ser por prazo limitado são irrelevantes no caso.

Recurso conhecido e provido para declarar a exoneração da fiança." (REsp 236.671/RJ, Relator Ministro. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 17/04/2000).

"Locação. Aditamento ao contrato sem anuência dos fiadores. Responsabilidade. Extinção.

1. Nos termos do artigo 1.483 do Código Civil, a fiança deve ser interpretada de maneira restritiva, razão pela qual os recorrentes, sem sua anuência, não respondem por obrigações resultantes de pacto adicional firmado entre locador e locatário, ainda que exista cláusula estendendo suas obrigações até a entrega das chaves, disposição esta que não prevalece. Precedentes do STJ.

2. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido." (REsp 213.078/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 22/05/2000).

E, ainda, julgados da e. 3ª Seção:

"Embargos de divergência. Locação. Fiança. Prorrogação de contrato sem a anuência dos fiadores. Cláusulas contratuais. Exoneração. Possibilidade.

1. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contrato acessório de fiança deve ser interpretado de forma restritiva e benéfica, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto locatício originariamente estabelecido.

2. A prorrogação do contrato sem a anuência dos fiadores não os vincula, sendo irrelevante, acrescente-se, a existência de cláusula de duração

da responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves, bem como aquela que pretenda afastar a disposição inserta no artigo 1.500 do Código Civil.

3. Precedentes.

4. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." (Súmula do STJ, Enunciado nº 168).

5. Embargos rejeitados." (EREsp 255.392/00, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 17/09/2001).

"Embargos de divergência. Contrato de locação. Fiança. Responsabilidade dos fiadores. Limite. Contrato benéfico.

- Não responde o fiador pelas obrigações futuras advindas de aditamento ou prorrogação contratual a que não anuiu, assinado entre o locador e o inquilino, à vista do seu caráter benéfico desinteressado, não podendo, contra sua vontade, permanecer indefinidamente obrigado.

- "É tão intuitiva esta regra de direito que os Códigos Civis a supõem contida no conceito de fiança, e se abstém de mencioná-la" (Clóvis Bevilacqua, Comentários ao C. Civil do Brasil, vol. V, p.253).

Embargos conhecidos e providos" (EREsp 67.601/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 29/06/98).

Note-se que esse entendimento restou cristalizado na Súmula 214-STJ, que encerra este enunciado:

"O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu."

E quanto ao dissídio interpretativo, inviável

o apelo excepcional tendo em vista que, como visto, a orientação desta Corte se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida, o que atrai a incidência do enunciado da Súmula 83/STJ.

Dessa forma, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao recurso.

Brasília, 28/10/2002. Ministro Felix Fischer, relator (Recurso Especial nº 457.667/SP, DJU 6/11/2002, p.341).

### **Penhora não registrada. Terceiro de boa-fé. Fraude à execução não caracterizada.**

Decisão. Processual civil. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Penhora. Imóvel. Escritura de compra e venda não registrada em cartório. Aplicação da Súmula 84 do STJ. Fraude à execução. Inocorrência.

1. Não há que se falar em fraude à execução quando na época da alienação do bem não havia o respectivo registro da penhora, fato que geraria a presunção de boa-fé do terceiro adquirente. Precedentes da Corte. *In casu*, a alienação do imóvel ocorreu antes mesmo de ajuizada a execução fiscal.

2. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados na alegação de posse advinda de compra e venda, desprovida de registro, posto evidenciada a ausência de má-fé do embargante. *Ratio essendi* da Súmula 84 do STJ.

3. Recurso especial a que se nega seguimento (CPC, art. 557, *caput*).

Trata-se de recurso especial, com fulcro na alínea "a", interposto pela Fazenda Nacional



contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

“Processual civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal. Penhora de bem imóvel. Escritura de compra e venda. Ausência de registro imobiliário. Posse. Súmula 84 do STJ. Inocorrência de fraude: manutenção do *decisum*.”

1. Provada a posse direta – anterior ao ato de penhora – de imóvel, decorrente de escritura pública de compra e venda, ainda que não registrada no Cartório de Imóveis, pode o possuidor valer-se da ação de embargos de terceiro para afastar o bem da constrição judicial. Exegese da Súmula 84 do STJ.

2. Precedentes (3ª Turma, AC nº 154.749-AL, relator Juiz Ridalvo Costa, julgamento 30/03/2000, unânime; e 2ª Turma, AC nº 104.263-AL, rel. Juiz Petrucio Ferreira, julgamento 03/11/98, unânime.)

3. Apelação e remessa improvidas.”

Consta dos autos que a recorrida opôs embargos à execução fiscal movida pela recorrente, pugnando pela desconstituição da penhora recaída sobre imóvel que lhe havia sido vendido pela executada, antes do ajuizamento do processo executivo. Alegou que era detentora da escritura de compra e venda do imóvel não registrada em cartório, estando na posse do mesmo desde 20/09/1991. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, tendo a sentença sido confirmada pelo aresto impugnado, consoante se depreende da leitura da ementa acima transcrita.

Nas razões do especial, a Fazenda Nacional alega, em síntese, que:

O v. Acórdão vergastado, *data maxima venia*, negou vigência à lei 5.172/66 (arts. 184 e 185), na medida em que admitiu que a mera posse da autora e a escritura pública de compra e venda sem o respectivo registro no Cartório Imobiliário são suficientes para afastar o bem imóvel penhorado do processo de constrição judicial.

Constata-se, assim, a flagrante ofensa à lei federal, perpetrada pelo v. Acórdão recorrido, decorreu de haver o mesmo negado validade a penhora procedida sobre bem que nunca deixou de ser da propriedade do executado.”

Ao final, requereu a Fazenda o provimento

do presente recurso, de modo que seja restaurada a penhora efetivada no executivo fiscal.

Não foram apresentadas contra-razões.

Efetuada o juízo positivo de admissibilidade na instância de origem, ascenderam os autos ao STJ.

Relatados, decido.

Preliminarmente, a matéria federal apontada encontra-se devidamente prequestionada, viabilizando, assim, o conhecimento do apelo.

A recorrente aponta ofensa aos seguintes artigos do Código Tributário Nacional:

“Artigo 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.”

“Artigo 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.”

O dispositivo legal acima transcrito deixa claro que a presunção de fraude incide apenas quando o débito esteja “em fase de execução”. Destarte, a jurisprudência da Corte se firmou no sentido de afastar a caracterização da fraude à execução quando na época da alienação do bem não havia o respectivo registro da penhora, fato que geraria a presunção de boa-fé do terceiro adquirente. Neste sentido, os seguintes precedentes:

“Processual civil. Fraude à execução. Alienação na pendência de execução. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Embargos de terceiro. Procedência. Lei 8.953/94. CPC, artigo 659.

I- Nos termos do artigo 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela lei 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e,

nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.

II- Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação na ação de execução e da intimação da penhora, é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade e posse sobre o imóvel pelos adquirentes.

III- Recurso especial conhecido e provido." (RESP 243497/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 25/06/2001)

"Execução. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Adquirente de boa-fé. Penhora. Inexistência de registro.

- Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido." (-RESP 218419/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12/02/2001)

"Locação predial urbana. Execução. Penhora sobre imóvel. Ato de constrição não levado a registro. Alienação do bem a terceiro. Artigo 593, II, CPC. Fraude de execução. Descaracterização.

A presunção de que trata o inciso II, do artigo 593, do CPC é relativa, e para configuração da fraude de execução torna-se necessário o registro do gravame. Na sua ausência, incumbe ao exequente provar que o terceiro adquirente tinha ciência da ação ou da constrição. Acresce que, pelo parágrafo 4º, do artigo 659, do CPC, o registro da penhora não é pressuposto da sua validade, mas, sim, de eficácia *erga omnes*. Recurso conhecido e provido." (RESP 293686/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 25/06/2001).

"Processo civil. Fraude à execução. Não ocorrência.

O registro da penhora é imprescindível à caracterização da fraude à execução, salvo se aquele que alega a existência da fraude comprovar que o terceiro adquiriu o imóvel ciente da constrição – mormente se o comprador não adquiriu o bem diretamente do executado, tal qual na espécie. Recurso especial conhecido e provido". (RESP 249328/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 09/10/2000).

"Processo civil. Fraude de execução (CPC,

art. 593-II). Alienação após a citação mas anterior a constrição. Ciência do adquirente da demanda em curso. Ônus do credor. Prova. Recurso desacolhido.

I- Em se tratando de fraude de execução, impõe-se identificar a espécie, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do artigo 593, CPC.

II- Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.

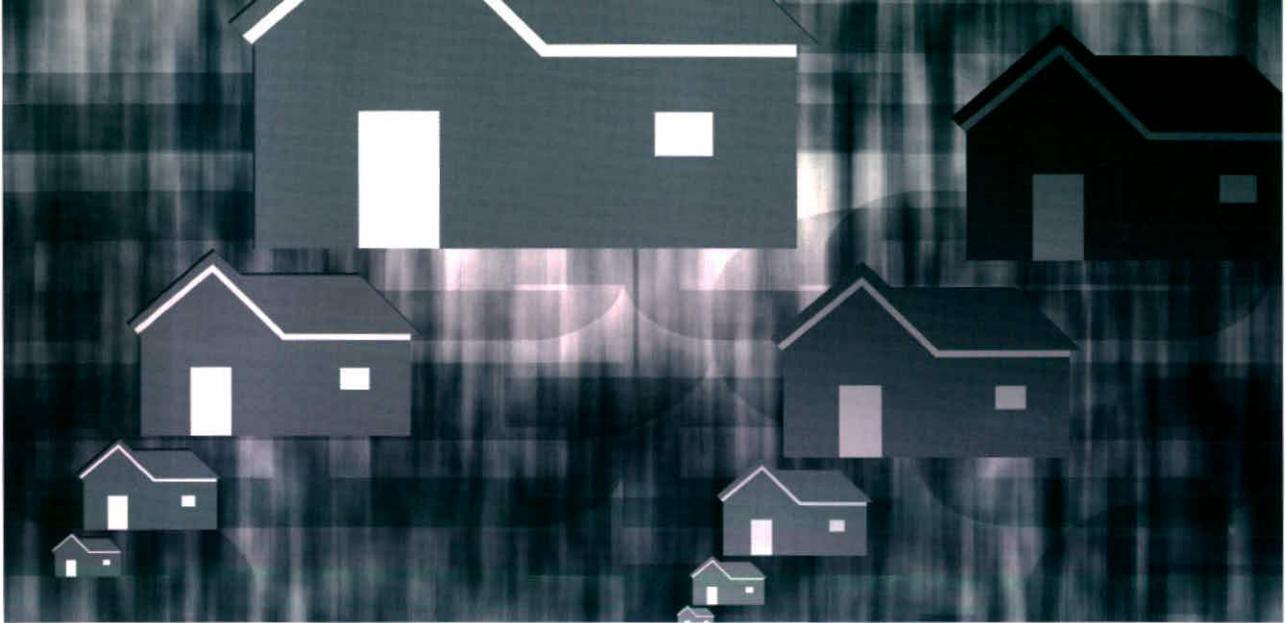
III- Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do artigo 593-II, CPC." (RESP 235267/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08/03/2000)

Ora, no caso dos autos, a execução não havia sequer sido ajuizada na época em que se deu a alienação do bem, motivo pelo qual não há que se falar em violação dos mencionados dispositivos legais, pois, afastada a presunção da fraude, cabia à Fazenda demonstrar a eventual má-fé da embargante, o que incorreu na hipótese.

Por outro lado, no que pertine à ausência de registro da escritura de compra e venda do imóvel, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".

Num dos precedentes que deram origem à mencionada Súmula, afirmou o eminente Ministro Athos Carneiro:

"Sr. Presidente, ao apreciar este tema impressiono-me, sobretudo, com as conseqüências, no plano social, dos nossos julgamentos. Sabemos que no nosso país, principalmente nas camadas pobres da população, um grande número de negócios, e até direi, a maior parte dos negócios, é efetuada de maneira menos formal,



e até absolutamente informal. Compram-se e vendem-se pequenos terrenos, apartamentos e casas apenas mediante a emissão de recibos, sinais de arras e mesmo de promessas de compra e venda ou 'transferências de posse' redigidos de forma singela. E é muitíssimo comum que esses documentos não venham a ser registrados no Registro de Imóveis, inclusive porque com frequência os termos em que estão vazados não permitiriam o registro. Para o registro imobiliário é necessário que o contrato revista determinados requisitos, o que exige, freqüentemente, a presença do tabelião ou do profissional do Direito.

Então, com extrema freqüência, ocorre na vida judiciária termos alguém que é possuidor do seu terreno ou da sua casa há muitos anos, em inteira boa-fé, que já pagou a totalidade do preço há muitos anos, e de repente é surpreendido por uma penhora, em execução promovida contra aquele que lhe havia 'alienado' o imóvel; nos termos da aludida Súmula (Súmula 612 do STF), irá perder seus direitos à posse e à aquisição da propriedade.

Então vemos aqui os dois pratos da balança: de um lado, temos o direito do credor, direito pessoal; do outro lado o direito, também pessoal, do possuidor e promitente comprador. Geralmente, como no caso dos autos, o possuidor já mantinha o seu direito de posse e os direitos à aquisição decorrentes de sua promessa de compra e venda desde antes do surgimento do crédito que origina a penhora. Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, direito pes-

soal, e a do promitente comprador com justa posse, direito também pessoal, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção jurídica?

Tenho a impressão de que levar nosso raciocínio para o terreno do direito registral importará inclusive na aplicação das normas jurídicas dentre de um, digamos assim, tecnicismo exagerado. É certo que, num plano puramente registral, o domínio do imóvel penhorado ainda, tecnicamente, integra o patrimônio do promitente vendedor.

O promitente vendedor ainda é dono do imóvel, mas o é sob aquele '*minus*' derivado das obrigações que assumiu de outorga da escritura definitiva, em virtude do contrato, quitado ou não, de promessa de compra e venda. O patrimônio do cidadão não é constituído só dos seus direitos, mas também das suas obrigações. E o promitente vendedor tem a obrigação de garantir a posse transferida contratualmente ao promitente comprador, que a exerce em nome próprio.

Então, se dirá: mas o credor não sabia disso; o credor considerava que o imóvel era do promitente vendedor; emprestou-lhe dinheiro, ou com ele negociou, confiante de que aquele imóvel fazia parte, sem ônus, do seu patrimônio. Será que essa '*-assertiva*' corresponde às realidades da vida? Será que o credor foi realmente averiguar no Registro Imobiliário? Não atentou para a circunstância de que naquele imóvel estaria morando alguém, às vezes há muitíssimos anos, comportando-se como dono? E a penhora, por sua vez, terá ela sido objeto de registro, de molde a ter eficácia perante terceiros?

Creio mais conforme com as necessidades atuais do comércio jurídica a interpretação pela qual, no choque de interesses de dois direitos eminentemente pessoais (a própria penhora não é direito real, mas ato processual executivo), direito pessoal tanto um quanto outro, deve prevalecer na via dos embargos de terceiro, o direito daquele que está na justa e plena posse do imóvel, como seu legítimo pretendente à aquisição, face ao direito do credor do promitente vendedor, dê que no caso ausente, por certo, qualquer modalidade de fraude a credores ou à execução.

Esta orientação melhor se coaduna às realidades jurídico-sociais do nosso país, e impende sejam sensíveis a estas realidades." (RESP 1.172/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 16/04/90)

O princípio da Súmula 84, bem como as palavras do Ministro Athos Carneiro, aplicam-se inteiramente ao caso dos autos.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao presente recurso especial.

Brasília, 24/10/2002. Ministro Luiz Fux, relator (Recurso Especial nº 441.831/AL, DJU 11/11/2002, p.334/335).

### **Penhora. Doação com reserva de usufruto. Usufruto não registrado.**

Despacho. M.I.J.H. interpõe agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu recurso especial assentado em contrariedade aos artigos 20, *caput*, e 26 do Código de Processo Civil.

Insurge-se contra Acórdão assim ementado:

Embargos de terceiro. Separação consensual. Doação aos filhos com reserva de usufruto. Ato não averbado no registro do imóvel. Honorários advocatícios. Responsabilidade do terceiro, que não efetuou o registro.

O terceiro que não averba no Registro do imóvel o seu usufruto dá causa à penhora do

bem, devendo responder pelos honorários de seu advogado, que não podem ser imputados ao exequente que foi diligente ao requerer a penhora apresentando certidão recente na qual o bem constava estar em nome do devedor sem qualquer restrição."

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Decido. Afirma a recorrente que o banco foi vencido na presente demanda, devendo pagar verba honorária decorrente de sucumbência. Assevera que "somente em razão da penhora sobre o imóvel em que exercia e exerce a posse é que a Recorrente fora obrigada a contratar advogado e a remunerar os seus serviços, não havendo, *data vênia*, razões para que o banco recorrido se exima da obrigação de arcar com o ônus sucumbencial, porquanto a sucumbência, doutos julgadores, decorre não só da derrota experimentada pela parte, mas também dos gastos que impôs à outra parte". Analisando a questão, decidiram os julgadores que "tivesse a apelada o cuidado de averbar o seu usufruto e sem dúvida não teria sido o mesmo penhorado", concluindo que "o fato não pode ser imputado ao apelante e sim à própria apelada que negligenciou no registro do usufruto dando assim causa à penhora". Com relação à questão, há precedentes nesta Corte no sentido de que "se a constrição judicial só ocorreu porque a escritura de compra e venda deixou de ser registrada, (...) o terceiro nada pode reclamar a título de honorários de advogado nos embargos que ajuizou para corrigir sua omissão (REsp nº 246.685/MS, 3ª Turma, Relator o Senhor Ministro Ari Pargendler, DJ de 05/08/02). Nesse sentido: REsp nº 334.786/PR, 4ª Turma, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ de 16/09/02; REsp nº 282.674/SP, 3ª Turma, Relatora a Senhora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 07/05/01; REsp nº 264.930/PR, 4ª Turma, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16/10/2000.

Incidente, quanto ao dissídio, a Súmula nº 83/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Brasília, 6/11/2002. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator. (Agravo de Instrumento nº 472.415/MG, DJU 12/11/2002, p.385). ■

**Meu Bradesco**  
tem 25 anos.

**O meu também**  
porque tudo que é seu é meu.

anos

**Bradesco 60 anos. A cada novo cliente, um novo Banco.**

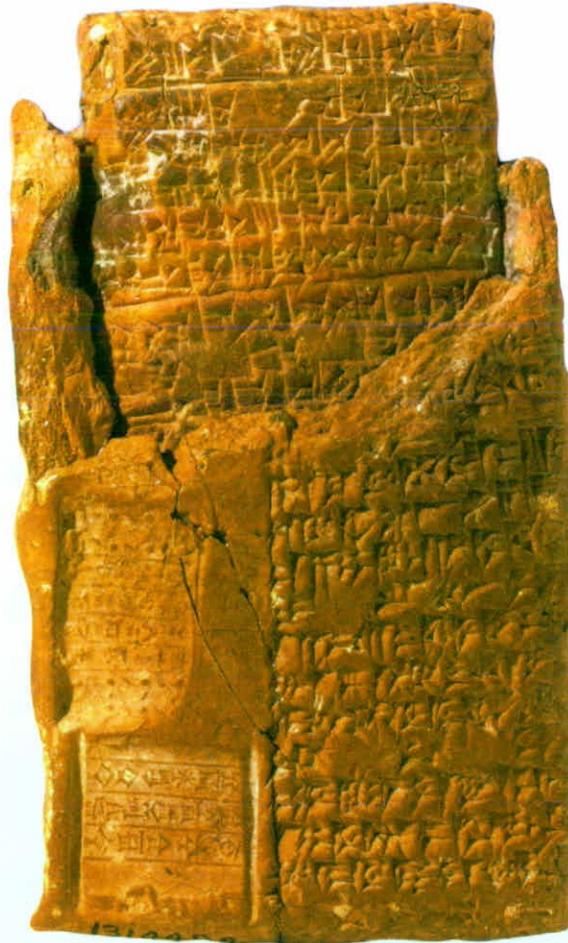
Para o Bradesco o melhor jeito de comemorar 60 anos é dar parabéns a cada um dos clientes, pelo Banco que ajudaram a construir. E, quando lembramos que já são mais de 13 milhões de clientes, dá para ter uma idéia do tamanho desse sucesso. A receita para fazer um grande Banco foi trabalhar muito, acreditar no desenvolvimento do País e inovar todos os dias. Sem mudar no mais importante: os nossos valores. Respeito, proximidade e transparência no relacionamento com o cliente. Como era em 1943 e vai continuar sendo sempre.

[www.bradesco.com.br](http://www.bradesco.com.br)



**Bradesco**

Colocando você sempre à frente.



### Divisão de propriedades, século XVIII a.C.

*Colocada de ponta cabeça, uma placa é protegida por um envelope de argila que também traz inscrições. Tanto os textos internos quanto os externos tratam de um processo legal: a divisão de propriedades entre um homem chamado Abban e sua irmã Bittatti, julgada pelo rei Nicmepa no século XVIII a.C.” (O poder da palavra escrita in A era dos reis divinos - Rio de Janeiro: Cidade Cultural, 1987, p. 39).*

O longínquo mundo dos sumérios apresenta provas documentais de que há 3 mil anos a.C., na Mesopotâmia, já existiam fórmulas para tornar pública a alienação de imóveis. A transmissão do imóvel se dava com a redação e confecção de um documento em argila, a tableta ou *dub*, com caracteres cuneiformes, em sumério, como a ilustração acima. A confecção desses documentos era feita pelo escriba (*dub.sar*), que dava forma ao texto segundo formulários padrão. A atuação notarial está documentada pela fórmula “N (é) o escriba” (*N dub-sar-pi*) ou “N escreveu esta tableta”. As tabletas eram entregues ao comprador como prova de seu direito. Outras cópias eram entregues a registros públicos. As escavações de Ur revelaram a existência de um edifício chamado “o grande depósito de tabletas”. Há referências a um registro de imóveis: “Na ausência de Lipit-Ishtar, Lu-Ninshurka, seu companheiro, fez apagar o nome de Lipit-Ishtar (da tableta) e em seguida pôs o campo em seu nome e o fez inscrever”.