



REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 37 • vol. 77 • jul.-dez. / 2014

COORDENAÇÃO EDITORIAL

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

DANIELA ROSÁRIO RODRIGUES

editorial@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL

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

MEMBROS NATOS

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

CONSELHO FISCAL

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

CONSELHO DE ÉTICA

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

ISSN 1413-4543

REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 37 • vol. 77 • jul.-dez. / 2014

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
DANIELA ROSÁRIO RODRIGUES

Publicação Oficial do

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 37 • vol. 77 • jul.-dez. / 2014

Coordenação Editorial

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
DANIELA ROSÁRIO RODRIGUES

Diagramação eletrônica: TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29.
Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

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

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

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Responsável
MARISA HARMS

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

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br
e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br
Impresso no Brasil: [11-2014]
Professional
Fechamento desta edição: [29.10.2014]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



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

FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR)

Vice-Presidente: João Pedro Lamana Paiva (RS)

Secretário-Geral: José Augusto Alves Pinto (PR)

1.º Secretário: Ary José de Lima (SP)

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

1.º Tesoureiro: Sérgio Busso (SP)

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Sérgio Toledo de Albuquerque (AL); José Marcelo de Castro Lima Filho (AM); Vivaldo Afonso do Rego (BA);
Exedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Etelvina Abreu do Valle Ribeiro (ES);
Clenon de Barros Loyola Filho (GO); Ari Álvares Pires Neto (MG); Miguel Seba Neto (MS);
José de Arimatéia Barbosa (MT); Fernando Meira Trigueiro (PB); Valdecy José Gusmão da Silva Júnior (PE);
Renato Pospissil (PR); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN);
Décio José de Lima Bueno (RO); Júlio Cesar Weschenfelder (RS); Hélio Egon Ziebarth (SC);
Estelita Nunes de Oliveira (SE); Francisco Ventura de Toledo (SP); Marly Conceição Bolina Newton (TO).

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 37 • vol. 77 • jul.-dez. / 2014

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Editora: Bruna Schlindwein Zeni

Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCIO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Editoriais: Damares Regina Felício, Maurício Zednik Cassim, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Analista de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistente Documental: Beatriz Bella Martins

Equipe de Jurisprudência

Analistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patricia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistentes Administrativos: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

DOCTRINA

As garantias reais no direito romano FRANCISCO JOSÉ DE ALMEIDA PRADO FERRAZ COSTA JUNIOR.....	11
A publicidade da Reserva Florestal Legal MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO	31
A legalidade dos loteamentos fechados MARINHO DEMBINSKI KERN.....	61
O estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento SÉRGIO JACOMINO	107
Partilhas <i>per saltum</i> , cessões de direitos e a continuidade registral GABRIEL FERNANDO DO AMARAL	125
Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva RODRIGO PACHECO FERNANDES.....	147
O direito de retrocessão como garantia do particular nas desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira JÉVERSON LUÍS BOTTEGA	179
O registro de direitos diante da crise imobiliária global FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA.....	225
A importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas JÚLIA CLÁUDIA RODRIGUES DA CUNHA MOTA	251
Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário EDSON RICARDO SALEME E EDGAR LUIZ DE ARAÚJO.....	271
Penhorabilidade do bem de família "luxuoso" na perspectiva civil-constitucional GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA E THAÍS BOIA MARÇAL.....	281

DOCTRINA INTERNACIONAL

Prioridades registrales y medidas cautelares CAROLINA VANESA ROSAS.....	295
--	-----

TRABALHOS FORENSES

Condomínio de lotes	
ANTONIO RANALDO FILHO	309
Loteamento fechado	
IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR.....	323
Reserva Florestal Legal urbana	
EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO.....	341

RESENHA

<i>Estatuto da Cidade</i> , de José Manoel de Arruda Alvim e Everaldo Augusto Cambler (coordenadores)	
Resenha por EVERALDO AUGUSTO CAMBLER.....	351

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOAÇÃO – Regime de bens – Separação obrigatória – Cônjuge sexagenário que doa imóvel à sua esposa durante a constância do casamento sob o regime legal imposto • DOAÇÃO – Transação realizada pelo *de cujus* à sua consorte antes da celebração do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens – Concessão efetuada durante a constância de união estável que perdurou por oito anos

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *doação: ausente qualquer outro vício que macule a doação anterior ao casamento, esta não poderá ser considerada nula somente porque algum tempo depois, as partes celebraram matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens.....* 359

DECADÊNCIA – Termo inicial – Ação declaratória de nulidade de doação – início do prazo decadencial que coincide com a ciência do fato gerador do direito pleiteado – Lapso que só flui contra aqueles que tiverem conhecimento inequívoco do negócio jurídico celebrado

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *decadência: prazo para anulação de doação é de quatro anos, contados do dia da celebração do negócio, quando pleiteada pelo donatário.....* 370

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação oriunda de arrolamento de bens – *De cujus* que era viúva e deixou única herdeira – Adjudicação dos direitos sobre o imóvel que exige prévio registro do formal de partilha do pai pré-morto, em observância ao princípio da continuidade

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *registro de Imóveis: carta de adjudicação deve respeitar o princípio da continuidade registraria.....* 377

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compromisso de compra e venda – Recusa do Oficial em efetuar o assentamento do instrumento particular – Apresentação de cópia autenticada e ausência de prenotação do título que prejudicam a dúvida, pois impedem o exame da autenticidade e colocam em risco a segurança jurídica do registro público

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *registro de Imóveis: instrumentos particulares não mais necessitam de subscrição por testemunhas*..... 381

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de registro de contrato de locação com cláusula de vigência, na hipótese de alienação do bem, em razão da indisponibilidade da metade ideal do imóvel – Averbação que não impede o exercício dos demais direitos inerentes à propriedade, pois apenas alcança terceiros, visando unicamente expandir a eficácia subjetiva da cláusula amparada no princípio da função social do contrato

Comentário por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI: *Contrato de locação: existência de indisponibilidade e de penhora não impede o registro do contrato de locação com cláusula de vigência, na hipótese de alienação do bem*..... 385

ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO..... 391

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTURAL INÉDITA..... 397

Doutrina

AS GARANTIAS REAIS NO DIREITO ROMANO

FRANCISCO JOSÉ DE ALMEIDA PRADO FERRAZ COSTA JUNIOR

Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica
da Comarca de São Bento do Sapucaí, Estado de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Fundamentos do Direito

RESUMO: Um eficiente sistema de garantias reais é uma necessidade do comércio com reflexos no direito das coisas como um todo. Tais peculiaridades nos convenceram da conveniência de uma pesquisa histórica sobre os direitos reais de garantia nas fontes romanas, conhecer seu regramento e o papel por elas então desempenhado no tráfego de riquezas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito romano – Direitos reais de garantia.

ABSTRACT: An efficient collateral system is a need of the market which echoes in the property law as a whole. These circumstances convinced us of the convenience of a historical research about the collaterals in the roman sources, in order to know its regulation and the role they played in the market.

KEYWORDS: Roman Law – Collaterals.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Garantias de obrigações – 3. *Fiducia cum creditore* – 4. *Antichresis* – 5. *Pignus* e *hypotheca* – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Embora seja um direito real menor, a hipoteca desempenhou um papel de primeira importância na formatação contemporânea dos direitos reais imobiliários em vários países. Ressalvado o sistema alemão, que desde longa data adotava a inscrição como elemento fundamental para a transmissão da propriedade, o registro imobiliário encontrou na hipoteca o marco inicial de seu avanço em direção aos demais direitos reais imobiliários. Assim, na Espanha, onde, embora a tradição continue a ser o modo pelo qual se constitui a propriedade, a inscrição, além de gozar de efeito convalidante, é necessária para a eficácia *erga omnes* dos direitos reais imobiliários; sem embargo sua amplitude, o direito registral imobiliário ainda é por ali denominado *derecho hipotecario*.¹ No Brasil, igualmente, o registro imo-

1. MONTES, Angel Cristóbal Montes. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 126.

biliário tem seu nascedouro na Lei Orçamentária 317/1843, regulamentada pelo Dec. 482/1846, que criou o registro de hipotecas, diploma coevo à Lei de Terras de 1850 que, ao introduzir a propriedade privada imobiliária, separando-a das terras devolutas, criou também em cada freguesia ou paróquia um registro de títulos de terras, que ficou conhecido como Registro do Vigário.²

Pode-se assim dizer que as necessidades do comércio, ao qual é tão caro um eficiente sistema de garantias, implicaram a remodelação geral do direito das coisas. Tais peculiaridades nos convenceram da conveniência de realizar uma pesquisa histórica sobre os direitos reais de garantia nas fontes romanas, conhecer seu regramento e o papel por elas então desempenhado no tráfico de riquezas. O resultado é o que vai abaixo, com algumas poucas referências ao direito intermédio, no que nos pareceu mais chamativo.

2. GARANTIAS DE OBRIGAÇÕES

A garantia de uma obrigação pode dar-se de duas maneiras, a saber, agregando-lhe uma nova obrigação pessoal, seja do devedor, seja de terceiro, ou então mediante a constituição, também pelo devedor ou um terceiro, de um direito real, pelo que uma coisa fica especialmente afetada à garantia do adimplemento.

Há reforço de obrigação quando se celebra entre credor e devedor uma obrigação acessória com a finalidade de constranger o devedor a cumprir a obrigação principal. São modalidades de reforço de obrigação as arras, o *constitutum debiti proprii*,³ a cláusula penal e o *iusiurandum promissorium*.⁴

Por outro lado, é possível que terceira pessoa se vincule à obrigação, a fim de conferir ao credor maiores opções de devedores contra os quais dirigir-se, no caso de inadimplemento, ou então que uma coisa fique especialmente vinculada à satis-

2. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições preliminares*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 346.

3. O *constitutum debiti proprii* é um pacto pretoriano pelo qual alguém promete pagar ao credor, em data e lugar certos, uma dívida sua pré-existente (se a dívida é de terceiro, o caso é de *constitutum debiti alieni*). É controverso entre os romanistas se esse negócio tinha efeito novatório ou se tratava de uma segunda obrigação, a conviver ao lado da primeira, podendo o credor escolher entre uma e outra. A nosso aviso era possível por meio dela conferir exigibilidade a uma obrigação natural, desde que sanada a irregularidade da obrigação anterior (v.g. ausência da *auctoritas* do tutor).

4. Esta não é propriamente um meio de reforço, mas sim de um modo de confirmação de obrigações naturais, que são alçadas à categoria de obrigações civis. Dispõe uma constituição imperial de Alexandre Severo (C II, 27,I) que, se um menor de 25 anos contraísse obrigação sem intervenção do curador, perderia o direito à *restitutio in integrum*, se a confirmasse por juramento (*iusiurandum promissorium*).

fação da dívida, com exclusão das demais. Estas são, respectivamente, as garantias pessoais e reais.

No direito romano as garantias pessoais são a *intercessio*,⁵ a fiança (aí compreendidas a *sponsio*, a *fidepromissio* e *fideiussio*),⁶ o *mandatum pecuniae credendae* (*mandatum qualificatum*),⁷ e o *constitutum debiti alieni*.⁸

Já nos direitos reais de garantia, uma coisa fica diretamente vinculada à satisfação do crédito; daí se falar serem *iura in re*, em contraponto à obrigação, em que o direito à prestação é mediado pela pessoa do devedor, a quem toca efetivar a prestação. À obrigação do devedor para com o credor acresce-se um direito deste sobre uma coisa dele ou de outrem, em virtude do qual um credor pode pagar-se com a coisa, excluindo os demais credores. Costuma-se dizer tratar-se de um negócio jurídico acessório, que visa a garantir o adimplemento de uma obrigação principal ou, na expressão de Lafayette,⁹ é “um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal”.

Biondo Biondi,¹⁰ no entanto, defende não ser de todo verdadeiro sustentar que, no direito romano, os direitos reais de garantia sejam rigorosamente acessórios da obrigação principal, já que não seguem necessariamente seu destino. Isto porque era absolutamente possível a outorga de garantia real ou pessoal válida ao adimplemento de uma obrigação natural.¹¹ Por outro lado, havia nos tempos mais recuados a ação da lei por tomada de penhor (*legis actio per pignoris capionem*),¹² pela qual o credor, obedecendo a um rito preestabelecido, mas independentemente de au-

5. A tomada de responsabilidade por dívida de terceiro tem o nome genérico de *intercessio*, quer para responder pela dívida ao lado do devedor primitivo (*intercessio* cumulativa), quer a assunção tenha a aptidão de extinguir o débito em relação ao devedor primitivo (assunção de dívida, novação subjetiva), quer ainda quando o terceiro interveniente é o único responsável (caso do *praes* no antigo contrato de *praeditura*).

6. A *sponsio* e a *fidepromissio*, a primeira privativa dos cidadãos romanos e a segunda acessível também aos *peregrini*, são historicamente mais antigas. Tantas eram as restrições em benefício do terceiro garantidor que logo foram superadas pela *fideiussio*.

7. É o mandato conferido a uma pessoa a fim de que esta empreste dinheiro a uma terceira, ficando o mandatário com ação de empréstimo *stricti iuris* contra o mutuário e *actio mandati contraria* contra o mandante, de quem também pode exigir ressarcimento.

8. É o pacto pretoriano consensual de pagar dívida de terceiro em determinado lugar e data, sancionado pela *actio de pecunia constituta*, modalidade de *actio in factum*.

9. Citado por Sílvio Rodrigues in *Direito civil: direito das coisas*. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 5, p. 394.

10. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. Milano: dott. A. Giuffrè Editore, 1972. p. 431.

11. D 20, 1, 5.

12. G 4, 26-29.

torização judicial, procedia à apreensão de objetos do devedor, que permaneciam sob sua custódia até que a dívida fosse paga. Neste caso, os bens não são afetados à garantia do adimplemento da obrigação; o que se pretende é, por meio da privação desses bens, compelir o devedor ao pagamento.

As garantias reais não foram comuns no cotidiano romano. Essa a opinião comum entre os romanistas, asseverando Max Kaser¹³ que, “entre os Romanos, a fiança é o meio mais importante de garantia dos créditos, que – sobretudo devido à severidade e eficiência da execução forçada contra a pessoa – supera a garantia pignoratícia em significado prático e configuração técnica”.

É bastante conhecido o processo executivo da *manus iniectio* referido na Lei das XII Tábuas, segundo o qual o devedor que não pagasse a dívida era adjudicado ao credor, que poderia matá-lo ou vendê-lo como escravo no estrangeiro; no caso de concurso de credores, estes espartilhavam entre si o corpo do devedor, não havendo necessidade de as partes do cadáver serem proporcionais às dívidas (*si plus minusve secuerunt, ne fraude esto*). Mesmo depois da *Lex Poetelia Papiria* de 326 a. C., que estabeleceu o princípio de que a responsabilidade pelas obrigações deveria recair sobre o patrimônio do devedor (*pecunia credita bona debitoris, non corpus obnoxium esset*), nunca foi abandonada de todo a possibilidade de execução corporal, podendo o credor conduzir o devedor para sua casa, onde ele deverá pagar a dívida com seu trabalho.¹⁴ Também os devedores solventes estavam submetidos a um regime demasiado severo. Isto porque a execução patrimonial do direito romano clássico era dotada de um caráter de universalidade, que a aproxima do atual processo de falência: não recaía sobre bens determinados, tantos quanto necessários para saldar a dívida, mas se estendia sobre a totalidade do patrimônio do devedor, cuja liquidação e rateio entre os credores era promovida por um *magister bonorum*, nomeado pelo magistrado.¹⁵ Como se não bastasse, o devedor era declarado infame.

Tamanha severidade da execução fazia que fosse mais interessante ao credor exigir uma garantia pessoal a aceitar, por exemplo, uma hipoteca. Agrega-se a isso a falta de um mecanismo publicitário seguro, o que impedia tanto o credor de efetivamente saber se o bem que vai aceitar em garantia já está gravado de ônus real, quanto eventual comprador de aferir se o bem que estava adquirindo estava realmente livre de gravames. Procurava-se obviar parcialmente tais inconvenientes

13. KASER, Max. *Direito privado romano*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 311.

14. No processo da cognição extraordinária (final de sec. III em diante), o devedor já não é reduzido à escravidão, mas recolhido à cadeia pública, prática que, em linhas gerais, perdurará até o sec. XIX (Ebert Chamoun, *Instituições de direito romano*, p. 147).

15. VELASCO, Ignacio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano* (beneficium competentiae). São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 45.

impondo penas severas ao *stellionatus*; o império tardio também conheceu o gérmen ainda muito imperfeito de um sistema publicitário, como veremos adiante.

A anticrese, o penhor e a hipoteca são direitos reais sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), vale dizer, um bem do devedor ou terceiro fica afetado ao crédito garantido. Já na alienação fiduciária (*fiducia cum creditore*), ocorre a efetiva transmissão da propriedade do bem ao credor, que se compromete a, depois de paga a dívida, devolvê-lo ao antigo proprietário. Tratemos primeiramente da *fiducia cum creditore*, num segundo momento da anticrese e, finalmente, do penhor e da hipoteca sob a mesma rubrica, dada a unidade de seus elementos fundamentais.

3. *FIDUCIA CUM CREDITORE*

Os negócios fiduciários remontam a períodos recuados do direito romano. Por meio dela, opera-se a transmissão do poder sobre bens ou pessoas, obrigando-se o adquirente (fiduciário) por um pacto adjeto a devolvê-lo ao transmitente (fiduciante) ao verificar-se determinada circunstância ou com o cumprimento de determinada atividade. Essa modalidade de contrato desempenhou um importante papel de complemento do ordenamento jurídico romano. Anota Biondo Biondi¹⁶ que, em razão do princípio da tipicidade dos negócios jurídicos, a *fiducia* se presta a alcançar fins não reconhecidos tipicamente como figuras autônomas pelo *ius civile*. Isto porque a cláusula de *fiducia* limita ou modifica a extensão dos efeitos naturais do negócio jurídico celebrado, ajustando-o às finalidades da hipótese concreta. Sua abrangência foi bastante ampla, ultrapassando os limites do direito patrimonial. Façamos um breve panorama das modalidades de negócios fiduciários antes de nos ater a sua aplicação como garantia real.

Pela *coemptio*, o *paterfamilias* da mulher ou ela própria, se *sui iuris* (mas, neste caso com a anuência do tutor), cede ao marido o poder sobre ela mediante um ato solene, na presença de testemunhas e com o pagamento de um preço simbólico, com a ressalva de que a mulher deveria ocupar a posição de esposa (*uxor in manu*) e não de escrava. Esta modalidade de casamento foi frequentemente utilizada com outras finalidades, seja para operar a mudança de tutor, mediante a aposição de um *pactum fiduciae*, pelo qual o “comprador” da mulher se comprometia a libertá-la, tornando-se assim seu tutor (*tutor fiduciarius*).¹⁷ Na seara do direito sucessório, Max Kaser¹⁸ noticia a figura do *testamentum per aes et libram*, pelo qual o testador transfere por um valor irrisório (*nummo uno*, um centavo) seu patrimônio a um fiduciário (o comprador da família, *familiae emptor*), que se obriga a transmiti-lo,

16. Op. cit., p. 207.

17. G, 1,114-5.

18. Op. cit., p. 380.

após a morte do testador, às pessoas por ele indicadas. Por meio de uma cláusula cujo teor nos foi transmitido por Gaio,¹⁹ em suas Institutas, o fiduciário deixa ao testador, enquanto ele viver, o poder de dispor dos bens, mas recebe-os sob sua custódia, obtendo a capacidade de dispor deles após a morte do testador, conforme a vontade deste.

Para obviar a ausência de previsão das figuras dos contratos de depósito e comodato no direito antigo, utilizou-se do contrato de *fiducia cum amico*. O fiduciário torna-se proprietário do bem, tanto que o vício de furtividade na usucapião da *res furtiva* só se purga com o retorno da coisa ao fiduciário e não ao fiduciante,²⁰ muito embora, neste caso, a propriedade do fiduciário seja resolúvel mediante uma *usureceptio*,²¹ independentemente de uma nova *mancipatio*. O instituto torna-se obsoleto com o advento dos contratos reais do *ius gentium* de depósito e comodato.

A *fiducia cum creditore* foi única garantia real do direito romano antigo. Por meio dela o devedor transmitia a propriedade de uma coisa, segundo os meios regulares de direito (*mancipatio*²² ou *in iure cessio*,²³ para as *res Mancipi*,²⁴ ou mera *traditio* no caso das *res nec Mancipi*²⁵), apondo-se um pacto (*pactum fiduciae*) segundo o qual o credor se obrigava a retransferir sua propriedade ao devedor (*remancipatio*), depois de cumprida a obrigação garantida.²⁶ Sem embargo a transmissão da propriedade, era frequente que o devedor permanecesse com a coisa, a título de precário

19. G 2, 104: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iures testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta*. Em português: Declaro que o teu patrimônio fica sob o teu poder de decisão e o meu poder de tutela, e eu compro isto com este bronze e balança de bronze, para que tu por direito possas fazer testamento segundo a lei pública.

20. Cf. D 41, 3, 49. O texto original refere ao contrato de fidúcia (Biondo Biondi, op. cit., p. 472).

21. A *usureceptio* funcionava como uma modalidade de usucapião *sui generis*, por meio da qual o devedor recuperava a propriedade da coisa móvel ou imóvel se ela ficasse em seu poder durante um ano. Cf. a propósito, CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Prefácio do Prof. San Tiago Dantas. 5. ed. revista e aumentada. Forense: Rio de Janeiro, 1968. p. 282.

22. Ato formal de transmissão de propriedade ou direito análogo, por meio de um ritual na presença de cinco testemunhas e um portador de balança (*liberpens*).

23. Meio judiciário de transmissão de direitos, que se dá por meio de uma ação reivindicatória, proposta pelo adquirente, em face do transmitente, que se compromete a não impugnar o pedido.

24. Prédios itálicos, escravos e gado graúdo (bois, cavalos e burros), cuja transferência da propriedade exigia a *mancipatio* ou *in iure cessio*.

25. Todas as coisas cuja propriedade se transmitia com a simples *traditio*.

26. SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di Diritto Romano Comparato al Diritto Civile Patrio*. 7. ed. Modena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1899. p. 423; Ebert Chamoun, op. cit., p. 281.

ou locação, ainda que por aluguel ínfimo. Por meio desse expediente, o credor se forrava ao concurso creditório com a propriedade quiritária da coisa que lhe foi transmitida. Seu grande inconveniente era que o credor, depois de satisfeito, não podia ser compelido judicialmente a devolver a propriedade da coisa que lhe fora transmitida. Com efeito, a obrigação do credor de observar o pacto era meramente natural nos primeiros tempos, não podendo ser exigida judicialmente.²⁷ Posteriormente, foi concedida ao devedor fiduciante uma ação pessoal (*actio fiduciae*) contra o credor fiduciário, que tem o dever legal de comportar-se com a propriedade que lhe foi transmitida como mero fiduciário, isto é, deve proteger a coisa, se a tiver em mãos, de danos e abster-se de a alienar ou onerar, devendo ainda devolvê-la, tão logo a dívida fosse paga, sob pena de incorrer em mora.²⁸ Entretanto, ainda assim, o remédio era imperfeito, porque não se tratava de uma ação real, conferindo simples direito de indenização contra o credor que aliena a coisa em vez de restituí-la. No caso de inadimplemento do devedor, a *lex commissoria*, pela qual a coisa simplesmente decaía em favor do credor,²⁹ era a solução mais comum nos tempos mais recuados. A República tardia conheceu a cláusula *pactum, ut vendere liceat* (*pactum de distrahendo*), que obrigava o credor a pagar-se com o produto da venda da coisa. Neste caso, o credor só pode ficar com a coisa se não houver comprador e, mesmo assim, mais tarde, somente por autorização imperial. Com o passar do tempo referida cláusula passa a ser presumida no silêncio do contrato até que uma constituição imperial de Constantino de 320 d. C. proibiu de todo o pacto comissório.

Tais percalços levaram ao progressivo abandono do instituto, que se vai progressivamente unindo ao penhor, desaparecendo como figura autônoma nos tempos de Justiniano. Nos textos do Digesto a menção à *fiducia* e à *actio fiduciae* é frequentemente supressa e substituída por *pignus* e *actio pigneraticia*, respectivamente.³⁰

4. ANTICHRESIS

A anticrese pode ser definida como o direito real de garantia construído pela entrega de coisa frugífera ao credor, que fica autorizado a retê-la consigo e a auferir-lhe os frutos, enquanto não resgatada a dívida. Seus pressupostos são um crédito, em favor daquele a quem se constitui a anticrese, e a entrega da coisa frugífera, pelo devedor ou interveniente garante, para sua fruição pelo credor.

A anticrese parece não ter sido comum no direito romano. A denominação sinaliza origem grega, formada de *anti* (contra) e *chresis* (uso), isto é, uso contrário,

27. Biondo Biondi, op. cit., p. 473.

28. Max Kaser, op. cit., p. 181.

29. Idem, ibidem.

30. Biondo Biondi, op. cit., p. 473.

recíproco, o uso da soma que tem o devedor, contra o uso dos frutos que tem o credor anticrético. Os manuais dispensam-lhe pouca atenção; as fontes são igualmente escassas. Marciano³¹ refere-se ao costume de o devedor entregar um imóvel ao credor, a fim de que este gozasse das comodidades e frutos da coisa a título de pagamento dos juros, retendo a posse em lugar do penhor, até ser satisfeito, e que pelos juros receberá os frutos, ou arrendando a coisa, ou percebendo-os pessoalmente e habitando. Uma outra passagem do Digesto dispõe que quando o devedor usa de dinheiro gratuitamente, pode o credor reter dos frutos da coisa que lhe foi apenhada a título de juros, até o limite legal.³² Aparentemente, a anticrese não era concebida como uma figura autônoma, mas como um pacto adjeto ao contrato de penhor, a fim de permitir ao credor tornar seus os frutos da coisa que lhe fora entregue. Miguel Maria de Serpa Lopes³³ afirma ter sido a anticrese um instituto fortemente combatido, desde o direito romano, passando pela Idade Média, época em que os canonistas identificaram nela um expediente por meio do qual os usurários poderiam submeter os devedores a condições abusivas.

5. *PIGNUS E HYPOTHECA*

“Entre o penhor e a hipoteca a diferença é somente de nome”, afirma Marciano, autor do séc. III d. C., em seus comentários à fórmula hipotecária.³⁴ A natureza da coisa, um critério demasiado imperfeito mesmo no direito contemporâneo, em que bens móveis, como navios e aeronaves podem ser objeto de hipoteca, e bens imóveis por acessão física e intelectual³⁵ podem ser dados em penhor, era de todo irrelevante para assinalar a distinção entre penhor e hipoteca no direito romano. Mais recentemente, na formação do direito nacional, a irrelevância da natureza da coisa persiste nas Ordenações do Reino³⁶ e na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, que dispunha em seu art. 767: “podem ser dadas em penhor cousas moveis ou immoveis”.

A diferença fundamental entre penhor (*pignus datum*) e hipoteca (*pignus obligatum*) no direito romano residia na circunstância de que, no primeiro, a coisa era entregue fisicamente ao credor, ao passo que, no segundo, contrato consensual, admitia-se que a coisa permanecesse em mãos do devedor. Daí a crença dos juriconsultos romanos de que a palavra penhor (*pignus*) derive de punho (*pugnus*),

31. D 20, 1, 11, §1.

32. D 20, 2, 8.

33. *Tratado dos Registros Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1955. vol. III, p. 284.

34. D 20, 1, 5, 1. *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

35. Cf. a propósito Silvio Rodrigues, op. cit., p. 352.

36. Ordenações Filipinas, Livro IV, título 56.

a sinalizar a exigência de entrega material da coisa.³⁷ No mais, os institutos têm regramento comum.

No penhor, o devedor entrega uma coisa *in commercio* ao credor, que se torna mero detentor desta, embora com proteção interdital. Os frutos da coisa apenhada somente pertencem ao credor se o permitir um pacto de anticrese. Duas são as desvantagens do penhor: a primeira é que o devedor fica privado da posse da coisa apenhada; a segunda, decorrência da primeira, é não poder o devedor oferecer a mesma coisa em penhor de segundo grau, ainda que seu valor supere em muito o da dívida garantida, uma vez que, despojado da posse da coisa, estava impedido de efetuar a *traditio* ao segundo credor.

Os institutos do direito romano eram, por índole, muito aferrados à concretude, o que só muito aos poucos foi recebendo temperamentos. Bem por isso, de início, só era possível apenhar *res corporales*, a fim de que a *traditio* se verificasse visualmente. Num momento mais avançado admitiu-se o penhor de *res incorporales*, tais como o crédito (*nomen*) e direitos. Essa evolução permitiu que assistisse ao credor pignoratício a faculdade de apenhar a garantia pignoratícia contratada em seu favor (*subpignus*). A compreensão do *subpignus* não é ainda pacífica, de modo que vamos limitar-nos à exposição da tese que, na opinião de José Carlos Moreira Alves,³⁸ parece ser a mais plausível, no sentido de que o devedor dava em penhor ao credor o penhor que garantia um crédito seu contra terceiro; caso o devedor não lhe pagasse a dívida, podia este invocar em seu benefício o penhor que garantia o crédito do devedor contra o terceiro, sub-rogando-se na sua posição, satisfazendo com o apurado nesta dívida o que lhe fora negado na obrigação primitiva.

Embora a titularidade do direito de usufruto não pudesse ser alienada, admitia-se o penhor de seu exercício, já que este podia ser cedido, onerosa ou gratuitamente.³⁹ Não eram passíveis de ser gravadas as servidões prediais urbanas, diferentemente das rústicas, nomeadamente as de caminho, passagem, condução e aqueduto, que podiam ser dadas em garantia, desde que o credor fosse proprietário de um imóvel contíguo.⁴⁰ Aceitou-se também a oneração incidente sobre a propriedade resolúvel, extinguindo-se o gravame com o implemento da causa ou termo,⁴¹ assim como sobre o direito real de superfície.⁴² Podiam ser igualmente apenhadas

37. D 50, 16, 238, 2: “pignus” appellatum a pugno.

38. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012... cit., p. 367.

39. D 20, 1, 11, §2.

40. D 20, 1, 11, §3, e D 20, 1, 12.

41. D 20, 1, 13, §1.º. Terá podido dar em hipoteca também o escravo alforriado sob condição, embora, verificada a condição, a garantia se extinga. *Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet conditione existente evanescat pignus*.

42. D 20, 1, 13, §3.

coisas futuras, tais como os frutos pendentes, o parto das escravas e os fetos das reses.⁴³ Aquele que recebe em penhor a coisa daquele a quem assiste ação publiciana⁴⁴ poderá valer-se da mesma ação para defesa de seus interesses.⁴⁵ A garantia é indivisível, mantendo-se íntegra enquanto não paga integralmente a dívida, sem embargo os pagamentos parciais. Daí a afirmação de Ulpiano de que aquele que recebeu em penhor muitas coisas não está obrigado a liberar uma, a não ser tendo recebido tudo o que lhe é devido.⁴⁶

Já a hipoteca surgiu do costume de deixar ao devedor dos foros de um terreno arrendado os instrumentos e meio de trabalho, os quais constituíam a garantia do credor. Como assinala Max Kaser,⁴⁷ “a transferência para a posse do credor é aqui substituída pela introdução no imóvel; o arrendatário continua a ser o possuidor”. No período clássico, a forma mais comum de referência ao contrato de hipoteca se dá pelos termos *pignus obligatum* ou *conventio pignoris*.

A expressão *pactum hypothecae*, de origem grega, torna-se frequente somente no período pós-clássico⁴⁸ ou, como prefere Fritz Schulz,⁴⁹ período do direito burocrático. O instituto provavelmente gozou de maior prestígio na porção oriental do império, tanto que Élio Marciano, monografista do direito hipotecário, era de possível origem grega.

Trata-se de um contrato de forma livre,⁵⁰ admitindo inclusive a forma verbal, embora fosse comum reduzi-lo a escrito, para comodidade da prova, podendo garantir obrigação atual ou futura, civil, honorária ou meramente natural, própria ou de terceiro.⁵¹ Aquele que grava coisa que não está em seu domínio obriga-se a adquiri-la; não há sanção de nulidade, mas mera ineficácia do negócio, dispõe uma constituição imperial.⁵² Contrariamente, entende Papiniano⁵³ haver nulidade do

43. D 20, 1, 15pr.

44. A ação publiciana representou uma etapa no desenvolvimento do sistema de proteção da propriedade pretoriana. Por meio dela, o adquirente de uma coisa havida em desconformidade com o *ius civile* (v.g. inobservância das formas solenes de transmissão de propriedade) dispunha de ação real para reaver a coisa de terceiros, supondo-se, ficticiamente, já decorrido o prazo de usucapião.

45. D 20, 1, 18 e D 20, 1, 21, §1.º.

46. D 20, 1, 19.

47. Op. cit., p. 183.

48. Biondo Biondi, op. cit., p. 434, rodapé; Max Kaser, op. cit., p. 179.

49. SCHULZ, Fritz. History of Roman Legal Science. Oxford at the Clarendon Press, 1953, p. 264.

50. D 20, 1, 4; podia ser contratado mesmo entre ausentes D 20, 1, 23, §1.º.

51. D 20, 1, 5.

52. C 8, XVII, 2.

53. D 1,1,1,1,pr.

contrato, especialmente na hipótese de o credor saber que a coisa era alheia e tampouco era devida ao devedor. A acessão por aluvião integra a hipoteca.⁵⁴

A hipoteca do direito grego era dotada de um sistema de publicidade, ainda que primitivo, consistente na inscrição do ônus em pedras ou postes de madeira, chamados *horói*, que se colocavam nos limites dos prédios rústicos ou urbanos gravados, a fim de que terceiros pudessem tomar ciência de sua situação.⁵⁵ Durante a dominação romana, Biondo Biondi⁵⁶ relata ter sido desenvolvido nas províncias orientais um sistema de livros fundiários, nos quais se anotavam as transferências de domínio e os ônus que gravavam os imóveis. Uma constituição imperial de Leão (C 8,17,11) do ano 472 d. C., dispôs que, no concurso de credores hipotecários, teriam preferência as hipotecas reduzidas a escrito, com expressa referência àquelas constituídas perante um oficial público, constituição imperial essa, que, para Ebert Chamoum⁵⁷ é a origem remota de nosso sistema publicitário, que vai integralmente transcrita em nota de rodapé.⁵⁸

54. D 20, 1, 16 pr.

55. MONTES, Angel Cristóbal Montes. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 48.

56. Op. cit., p. 440.

57. Op. cit., p. 228.

58. *Imperador Leão Augusto a Eritrio Prefeito do Pretório*. Mandamos que, se se exercitar uma ação pessoal, tenham sua própria força as escrituras que muitas vezes se costuma fazer em segredo por alguns, intervindo ou não amigos, para transigir, ou pactuar, ou emprestar a juros, ou constituir sociedade ou que se fazem por quaisquer outras causas contratos, que em grego se chamam *idiochira*, ou se todo o seu contexto tiver sido escrito pelas mãos dos contratantes, ou de notário ou de outro qualquer, desde que tenham as assinaturas daqueles, tenham intervindo ou não testemunhas, mesmo que sejam escravos condicionais, que vulgarmente se chamam *tabularios*, ou não o sejam, como se tivessem sido escritas em forma pública. 1. Mas se alguém se empenhar em reivindicar para si em virtude desses instrumentos o direito de penhor ou hipoteca, mandamos que seja preferido o que se apoia em instrumentos feitos de forma pública, ainda que seja expresso como posterior, a não ser que nas mesmas escrituras privadas se contenham as assinaturas de três ou mais indivíduos de boa e íntegra reputação: porque nesse caso são consideradas como se tivessem sido feitas em forma pública. Dada em Constantinopla, nas calendas de Julho, sob o consulado de Marciano. Original: *Imperator Leo. Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet condicionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. 1. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his continetur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptio-*

De qualquer forma, a atrofia do sistema publicitário permitiu que fossem contratadas hipotecas gerais, isto é, não especializadas,⁵⁹ que abrangiam todo o patrimônio atual ou futuro do devedor e certamente acarretavam sérias instabilidades ao mercado.

A origem histórica remota da hipoteca está no penhor legal conferido ao senhorio sobre as coisas introduzidas no imóvel por conta dos créditos derivados do contrato de locação.⁶⁰ O penhor sobre esses bens é considerado pelas fontes uma *tacita conventio*,⁶¹ independente, portanto, de previsão expressa. As fontes divergem sobre a extensão dessa hipótese de penhor legal. Pompônio, jurista do séc. II d. C., sustenta que, “nos prédios rústicos, os frutos que nele nascem compreendem-se em penhor em favor do dono do prédio locado, mesmo que isso não seja expressamente contratado”,⁶² ao passo que Nerácio,⁶³ autor do século II d. C., defende ser o fenômeno restrito à locação urbana. Dessa forma, o arrendador precisa ajuizar ação salviana para imitar-se na posse dos bens do arrendatário, ao passo que o locador de prédio urbano pode fazê-lo independentemente de autorização prévia do pretor. O direito contemporâneo esposou esta última solução, embora nada impeça que se contrate penhor rural sobre a safra e os utensílios utilizados no imóvel.⁶⁴

Inicialmente assistia ao credor a proteção interdital em relação aos bens hipotecados (*interdictum Salvianum*). Num segundo momento, foi criada a *actio Serviana*, verdadeira ação real, que conferiu ao credor hipotecário o direito de seqüela. Finalmente, admitiu-se a extensão da convenção (*conventio pignoris*) a quaisquer outros contratos, por meio da concessão da ação *quasi-salviana*, com o que nasceu a hipoteca tal qual a conhecemos, um direito real de garantia passível de ser contratada nas mais diversas situações. Coroa essa evolução a afirmação de Marciano⁶⁵ de

*nes isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. *Leo A. Erythrio Pp.* (A 472 D. K. Iul. Constantinopoli Marciano Cons.).*

59. Nesse sentido, Moreira Alves, op. cit., p. 361-362.

60. Nesse sentido, entre outros, Ebert Chamoun, op. cit., p. 284. D 20, 2, 2-4.

61. D 20, 2, 3, 20, 2, 7.

62. D 20, 2, 7.

63. D 20, 2, 4. Usamos deste direito, que se acredite que estejam em penhor as coisas que foram introduzidas e postas nos prédios urbanos, como se o tivesse tacitamente contratado; nos prédios rústicos se observa diferentemente. No original: *eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praedis contra observatur.*

64. Nesse sentido, Priscila Dibi Schvarcz (O penhor rural como garantia nos contratos de arrendamento rural, artigo publicado na *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, vol. 3, n. 2, p. 37-47, jun. 2008).

65. D 20, 1, 5, pr. e §2.º.

que “podem ser dadas em hipoteca em qualquer obrigação, seja dinheiro dado em empréstimo, seja dote, seja se se celebra compra e venda, ou locação e empreitada, ou mandato, seja pura a obrigação, ou a termo, ou sob condição, seja no contrato presente, ou se este é precedente, mas também podem ser dadas em razão de uma obrigação futura; mesmo se não para pagar toda a dívida, mas apenas parte dela, seja para obrigação civil, honorária ou somente natural; mas não são obrigadas nas obrigações condicionais, a não ser que a condição se tenha verificado”; “uma pessoa pode dar hipoteca para dívida própria ou alheia”.

Eram negócios jurídicos do *ius gentium*, acessível aos peregrinos, podendo também ter por objeto não só o solo itálico, mas também terrenos provinciais. Podiam ser constituídos de três maneiras:

a) Por negócio jurídico: ato de última vontade ou negócio bilateral. Filippo Serafini⁶⁶ defende que tanto o penhor quanto a hipoteca constituem-se *solo consensu*, sendo que, no penhor, a tradição somente opera maior segurança ao negócio, sendo irrelevante para sua validade. Sua posição, no entanto, parece isolada, entendendo a expressiva maioria da romanística que o penhor é modalidade de contrato real, que somente se aperfeiçoa com a entrega da coisa, sendo somente a hipoteca um negócio jurídico consensual de forma livre.

b) Disposição legal: o ordenamento jurídico romano conheceu hipóteses de penhor legal, incidentes sobre bens específicos ou sobre a totalidade o patrimônio do devedor, independentemente de convenção. Assim o penhor do locador sobre os bens móveis que o inquilino tiver introduzido no prédio, pelos aluguéis ou rendas ou indenização das deteriorações no imóvel.⁶⁷ Marciano, escorado na opinião de Pompônio, ressalva que, no caso de cessão gratuita do direito de habitar o imóvel, não há penhor legal do proprietário sobre os bens introduzidos pelo hóspede, por conta dos danos no prédio.⁶⁸ O mutuante, por sua vez, dispõe de hipoteca legal incidente sobre o edifício no qual empregada a soma emprestada ao mutuário para sua reconstrução.⁶⁹ São, por outro lado, exemplos de hipoteca universal legal a do Fisco sobre o patrimônio do devedor tributário, do pupilo e interdito sobre os bens do tutor e curador e a do filho contra o pai, em razão dos bens por ele administrados, adquiridos diretamente da mãe ou ascendente materno.

c) Ordem da autoridade judiciária (*pignus ex causa iudicati solui*): Nos casos de adjudicação e divisão, o juiz podia criar um direito real de garantia sobre um bem de uma das partes em favor da outra, com finalidade cautelar ou executória.

66. Op. cit., p. 432.

67. D 20, 2, 2.

68. D 20, 2, 5 pr.

69. D 20, 2, 1.

O direito romano tardio conheceu também um processo executivo alternativo à falência do devedor (*venditio bonorum*). Com efeito, passou-se a admitir que o juiz procedesse à constituição de penhor sobre determinados bens do executado, sobre os quais se individualizaria a responsabilidade patrimonial, os quais ficavam afetados à satisfação do crédito, transpondo, assim, o penhor do campo do direito material para o processual. Com isso se refina o princípio da patrimonialidade da obrigação, que se vinha aperfeiçoando desde o abandono da execução corporal, passando pela execução necessariamente concursal e universal da *venditio bonorum*.

A *lex comissoria*, cláusula contratual segundo a qual o credor poderia ficar com a coisa apenhada ou hipotecada no caso de não pagamento da dívida garantida, foi frequente até a República tardia, especialmente na porção oriental do Império, quando foi criada a cláusula *pactum, ut vendere liceat*, ou *pactum de distrahendo*, que compelia o credor a pagar-se com o preço apurado na venda do bem. Uma lei de Constantino de 320 d. C.⁷⁰, mantida por Justiniano, banuiu definitivamente o pacto comissório.

Nos primeiros tempos, ressalvada a hipótese de ter sido convencionado o pacto comissório, o penhor concedia ao credor apenas e tão somente o poder de reter coisa até o pagamento, respondendo pelo delito de furto, caso a vendesse.⁷¹ O *ius distrahendi*, faculdade de vender a coisa apenhada ou hipotecada, só passou a ser visto como um elemento implícito do negócio, isto é, independente de previsão expressa, nos tempos dos Severos. A partir desse momento, até o pacto expresso de *non distrahendo* podia ser afastado pela tríplice *denuntiatio* ao devedor, convidando-o a pagar.⁷² Ao menos em sede de execução hipotecária, o direito romano conheceu hipóteses de bens impenhoráveis, tais como bens de uso cotidiano, as roupas do corpo e os escravos domésticos.⁷³

Feita a intimação ao devedor, poder-se-ia processar a venda dentro de dois anos, amigavelmente ou em leilão não judicial. O credor satisfaz a dívida com o valor obtido com a venda do bem, devendo entregar ao devedor o excedente (*superfluum* ou *hyperocha*). A natureza jurídica dessa venda foi objeto de preocupação dos jurisconsultos. Gaio⁷⁴ reconhecia que o credor vende a coisa objeto da garantia sem

70. C 8, 34, 3.

71. Biondo Biondi, op. cit., p. 437.

72. D 13, 7, 4.

73. D 20, 1, 6-7.

74. G 2, 64: o credor pignoratício, em virtude da convenção, pode vender o penhor, embora este não lhe pertença. Mas talvez isto assim se dá, por entender-se alienado o penhor por vontade do devedor, que tenha antes convencionado ser lícito ao credor vendê-lo se a dívida não for paga. No original: *creditor pignus ex pactione, quamvis eius*

ser seu dono e tampouco ostenta poderes de representação do devedor. Entretanto, a juridicidade da venda reside no consentimento externado pelo devedor quando da contratação da garantia, sabedor que era da possibilidade de o bem vir a ser alienado.

O mesmo devedor poderia ser acionado, por ação útil, em razão dos vícios da coisa; via de regra, não o credor, que exigia a renúncia desse direito pelo comprador. Se nenhum comprador se apresentasse ao credor, era-lhe facultado solicitar ao imperador lhe fosse atribuída a propriedade da coisa (*impetratio dominii*),⁷⁵ a título de dação em pagamento (*datio in solutum*). Ainda assim, no regime justianeu, essa propriedade do credor somente se consolida se, passados dois anos, o devedor não resgata a garantia.⁷⁶ O credor que receber seu crédito deve restituir a coisa apenhada ao devedor, mas o imperador Gordiano dispôs, em 239 d. C., que este pudesse retê-la em garantia de uma outra dívida que tivesse contra o mesmo devedor, mesmo que desprovida de garantia, mediante a oposição de *exceptio doli*, criando assim uma nova hipótese de penhor legal. O devedor que, tendo pago a dívida, se lhe for negada a devolução da coisa, dispõe de ação reivindicatória em face do credor recalcitrante.

O crédito garantido por direito real prefere ao quirografário, nos limites do valor do bem gravado. No concurso de credores com garantia real sobre a mesma coisa, estabelece-se uma ordem de precedência, prevalecendo as garantias constituídas anteriormente sobre aquelas mais recentes (*prior in tempore potior in iure*). A regra, no entanto, foi paulatinamente excepcionada, em prol de hipotecas públicas e privilegiadas, cujas hipóteses foram progressivamente ampliadas. No período pós-clássico ou burocrático, foram introduzidos os benefícios de excussão (*beneficium excussionis*) real e pessoal. Por força do primeiro, caso uma dívida seja garantida por hipoteca geral e especial, o credor deve primeiramente proceder à venda do bem gravado de hipoteca especial.⁷⁷ O segundo dispõe que o credor não pode agir contra a pessoa do devedor antes de agir contra os garantidores e excutir as garantias reais.⁷⁸

6. BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ea res non sit. sed hoc forsitan ideo uideatur fieri, quod uoluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur.

75. Diocl. C 8, 13, 13.

76. Ebert Chamoun, op. cit., p. 287.

77. CI 8, 13, (14), 2.

78. Nov. 4, 2.

- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. Milano: dott. A. Giuffrè Editore, 1972.
- CHAMOUN EBERT. *Instituições de direito romano*. Prefácio do Prof. San Tiago Dantas. 5. ed. rev. e aumentada. Forense: Rio São Paulo, 1968.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1961. vol. 1.
- _____; _____. CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. *Manual de direito romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*. 2. Ed., correcta e melhorada. São Paulo: Saraiva, 1955. vol. 2.
- Cuerpo Del Derecho Civil Romano, à doble texto, traducido al castellano del latino publicado por Kriegel, Hermann e Osenbrüggen, traducidas por D. Ildefonso L. Garcia de Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, Consejo de Ciento, 287. 1889.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 2. ed. aumentada. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1867.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- LENEL, Otto. *Palingenesia Iuris Civilis*. Leipzig: Bernhardi Tauchnitz, 1889. vol. 2.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições preliminares*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Livraria Freitas Bastos, 1955. vol. III.
- MONTES, Angel Cristóbal Montes. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 5.
- SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*. Oxford at the Claredon Press, 1953.
- SCHVARCZ, Priscila Dibi. O penhor rural como garantia nos contratos de arrendamento rural. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. n. 2. p. 37-47. jun. 2008. vol. 3. Disponível em: [<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6857>]. Acesso em: 30.06.2014.
- SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di Diritto Romano Comparato al Diritto Civile Patrio*. 7. ed. Modena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1899.
- VELASCO, Ignacio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Evolução histórica e principais aspectos da enfiteuse no direito romano, de Helmut Steinwacher Neto – *RDPriv* 53/123 (DTR\2013\2570);
- Garantias reais: disposições gerais do penhor, da hipoteca e da anticrese, de Leonardo Gomes de Aquino – *RDPriv* 39/222, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/699 (DTR\2009\422); e
- Garantias reais no direito italiano, de Ana Paula Pinho Candeloro – *RT* 695/257, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 8/87 (DTR\1993\444).

A PUBLICIDADE DA RESERVA FLORESTAL LEGAL

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Córdoba/Espanha e PUC-Minas. Diretor de Meio Ambiente da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp e Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib. Registrador imobiliário em Araçatuba/São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Ambiental

RESUMO: Com o novo Estatuto Florestal (2012) a publicidade das reservas florestais legais passa por grave crise em razão de imperfeição jurídica constante do texto legislativo. O Cadastro Ambiental Rural confunde-se com a função registral e carece de publicidade que permita a fiscalização célere por qualquer pessoa do povo e pelo Ministério Público. A publicidade registral da Reserva Florestal Legal permanece na legislação de forma facultativa para o proprietário e obrigatória para o órgão ambiental. Somente a publicidade registral confere a publicidade necessária e eficaz da Reserva Florestal Legal.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva Florestal Legal – Registro de Imóveis – Publicidade – Cadastro – Registro.

ABSTRACT: With the new Forest Status (2012) the publicity of legal forest reserves goes through serious crisis due to imperfection in the legal legislative text. The Rural Environmental Record is intertwined with the registry function and lacks publicity that allows speedy inspection by anyone of the people and of the public prosecutor. The registry Publicity of the Legal Forest Reserve remains in the legislation so optional for the owner and obligatory for the environmental agency. Only the registry publicity gives necessary and effective notoriety to the legal forest reserve because the registry structure, mainly its contents, legitimize the public character of environmental information.

KEYWORDS: Legal forest reserve – Real estate registry – Publicity – Register – Registration.

SUMÁRIO: 1. Conceito. Evolução histórica. Base legal – 2. Reserva Florestal Legal no Código Florestal de 1965 (Lei 4.771/1965) – 3. Natureza jurídica – 4. Cadastro e registro. Compreensão da problemática – 5. Princípio da publicidade registral – 6. Novo Código Florestal – Cadastro Ambiental Rural – CAR e Reserva Florestal Legal – 7. A publicidade da Reserva Florestal Legal permanece na Lei 6.015/1973 de forma facultativa ao proprietário e obrigatória pela autoridade ambiental? – 8. Cadastro Ambiental público ou clandestino? – 9. O princípio da proibição de retrocesso ambiental e averbação da reserva florestal legal no Registro de Imóveis – 10. Provimento 36/2013 do Estado de São Paulo (Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça) – 11. Posicionamento dos Tribunais de Justiça de outros Estados-membros: 11.1 Minas Gerais; 11.2 Paraná; 11.3 Santa Catarina; 11.4 Goiás; 11.5 Espírito Santo; 11.6 Rio de Janeiro – 12. Exigibilidade da especialização – 13. Especialização – 14. Dispensabilidade de Reserva Florestal Legal em áreas rurais menores que quatro módulos fiscais (art. 67 do Código Florestal) – 15. Possibilidade de inclusão da Área de Preservação Permanente na Reserva Florestal Legal – 16. Reserva Florestal Legal urbana – 17. Reserva Florestal Legal voluntária – 18. Área verde urbana – 19. Compensação – 20. Cota de Reserva Ambiental – CRA – 21. Considerações finais – 22. Referências bibliográficas.

*“É impossível proteger bem o que é de todos através do segredo.”
(Paulo Affonso Leme Machado).¹*

1. CONCEITO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. BASE LEGAL

O advento da Lei 12.651/2012 apresentou uma nova definição de Reserva Florestal Legal, tentando conciliar o instituto com o desenvolvimento econômico e sustentabilidade: “Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (art. 3.º, III)”.

A regra é que toda a propriedade imobiliária rural tenha a Reserva Florestal Legal. Conforme o art. 12, “todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as áreas de preservação permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

I – localizado na Amazônia legal:

- a) 80 % (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
- b) 35 % (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
- c) 20 % (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;

II – localizado nas demais regiões do País: 20 % (vinte por cento)”.

As exceções são os imóveis rurais de até quatro módulos fiscais, com *déficit* de reserva em 22.07.2008 (art. 67 do Código Florestal) e imóveis rurais com reserva delimitada segundo a lei do tempo (art. 68, *caput*, da Lei 12.651/2012).

Interessa-nos, no âmbito de nosso estudo, apenas fixarmos a atenção na publicidade registral das reservas florestais legais, deixando para a doutrina especializada os debates sobre o instituto na seara do direito ambiental, porém, é interessante conhecer alguns aspectos históricos.

Tem origem já antiga em nosso direito. No estudo do histórico da RLF são as instruções redigidas por José Bonifácio de Andrada e Silva em 1821, como proposta

1. Leciona Paulo Affonso Leme Machado que: “na Constituição Federal de 1988 há uma manifesta opção pelo princípio do livre acesso à informação e pelo princípio da publicidade. *É impossível proteger bem o que é de todos através do segredo.* A proteção do meio ambiente só se torna efetiva em todo o planeta quando dois direitos caminharem juntos: o direito à informação e o direito à participação” (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito à informação ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2006).

de nova legislação sobre terras do Patriarca da Independência no exercício da Vice-Presidente da Junta Governativa de São Paulo, demonstrando sensível preocupação ambiental rara à época:

“V – Em todas as vendas que se fizerem e sesmarias que se derem, porá a condição que os donos e sesmeiros deixem, para matos e arvoredos, a sexta parte do terreno, que nunca poderá ser derrubada e queimada sem que se faça nova plantação de bosques, para que nunca falem as lenhas e madeiras necessárias.”

Posteriormente, em 1934, com a publicação de nosso primeiro Código Florestal (Dec. 23.793, de 23.01.1934), foi determinado que todas as propriedades imobiliárias do País devessem reservar 25 % das florestas. A RLF foi repetida no Código Florestal de 1965 (Lei 4.771, de 15.09.1965) e atualmente é regulada pela MedProv 2.166-67/2001, lembrando que a EC 32, de 11.09.2001, no art. 2.º, estabeleceu que:

“(…) as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

O que levou parte da doutrina a chamá-las de “super” medidas provisórias. A área necessária para a configuração da RLF de cada imóvel depende da região do Brasil que se encontra situada, variando entre 20 (sudeste, sul) e 80 % (região amazônica).

2. RESERVA FLORESTAL LEGAL NO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965 (LEI 4.771/1965)

Antes da promulgação do novo Código Florestal, o legislador *expressamente* conferia duas formas de publicidade para a Reserva Florestal Legal: a legal, que é a presunção de que a reserva existe na porcentagem estabelecida; e a registral, que configura a sua exata localização e permite um reforço da publicidade e potencialidade exploratória da área rural. A área de RLF era averbada na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis respectivo, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.²

A existência da RLF precedia à averbação e especialização no Registro de Imóveis. Uma vez aprovado o projeto no órgão ambiental estadual, o proprietário já ficava vinculado na conservação, preservação ou regeneração do espaço florestal.³

2. § 8.º do art. 16 do Código Florestal, redação dada pela MedProv 2.166-67/2001.

3. O autor português Carlos Ferreira de Almeida qualifica: “os registros públicos como os meios mais perfeitos e evoluídos da publicidade, igualando-os mesmo ao conceito técnico-jurídico de publicidade” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966. p. 163).

O Registro de Imóveis operava (e opera) como reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios. Importante lembrar que muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos,⁴ já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu. Porém, para segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes.

A vinculação entre cadastro ambiental e registro, operada no Brasil, recebeu inúmeros elogios em congressos internacionais e passou a ser modelo copiado na Espanha e Portugal, países que, embora não tenham uma previsão legal específica de publicidade registral, entendem ser imprescindível que a informação ambientalmente relevante em face do direito de propriedade, receba publicidade registral.⁵

3. NATUREZA JURÍDICA

Em razão de expressa disposição contida nos arts. 12 e 17 da Lei 12.651/2012, trata-se de limitação administrativa *propter rem*, é criada no âmbito do Cadastro Ambiental Rural – CAR pela autoridade ambiental. Édís Milaré ensina que o “comando legal de se destinar certo percentual de uma propriedade, para fins de conservação e proteção da cobertura vegetal, caracteriza-se como uma obrigação geral, gratuita, imperativa, unilateral e de ordem pública, a indicar seu enquadramento no conceito de limitação administrativa”.⁶

4. Estão expressamente previstos no art. 225, § 1.º, III, da CF/1988 e consistem em: “áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de todas as diversidades de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais” (SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 160-161).

5. Nesse sentido, importante relatar o *Expert corner report* publicado em 01.10.2002, denominado *El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad*, realizado pelo Colégio de Registradores da Espanha para a Agência Europeia de Meio Ambiente; a obra *Meio ambiente e o Registro de Imóveis* elaborada em conjunto com registradores brasileiros e espanhóis (JACOMINO, Sérgio; SANTANA DE MELO, Marcelo Augusto; CRIADO, Francisco de Asis Palácios (coords.)). *Meio ambiente e o Registro de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29); III Foro Internacional sobre ordenação do território e desenvolvimento sustentável da agricultura, ocorrido em Lisboa, em 2009, na Pontifícia Universidade Católica; e mais recentemente, a *Revista Registral Del Territorio* do Colégio de Registradores de Catalunya, Barcelona, 07.07.2011, na série *Cadernos Ambientales de la propiedad*, editada em fevereiro de 2012.

6. MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1.307.

4. CADASTRO E REGISTRO. COMPREENSÃO DA PROBLEMÁTICA

Para a compreensão da problemática criada pelo novo Código Florestal é imprescindível – ainda mais quando estivermos tratando de meio ambiente e Registro de Imóveis – ter em mente a diferenciação entre cadastro e registro para não haver confusão, prejudicando a verdadeira função de cada um e, por conseguinte, prejudicando as respectivas funcionalidades. Com efeito, quando falamos em cadastro referimo-nos ao controle administrativo necessário e criado pela administração com finalidade precípua de gerenciamento de algum poder estatal de tutela ou poder de polícia, bem como a arrecadação de impostos. Nesse controle, apenas se utilizam informações constantes de obrigações outras, mas com o objetivo de controle fiscal.

No Registro, porém, malgrado exista também um controle, a finalidade é totalmente distinta da cadastral. O Registro é o guardião do direito de propriedade, dos detentores de referido direito, sua extensão e efeitos. No Brasil, ele é constitutivo de direitos já que nascem no Registro de Imóveis, exercendo a função de controle do tráfico imobiliário.

No entanto, cadastro e registro possuem forte conexão no momento em que a administração precisa utilizar as informações constantes dos livros do Registro de Imóveis, para criar ou alimentar sua base cadastral, o que é facilmente observado no cadastro fiscal dos municípios que necessitam da informação registral para promover o lançamento do imposto predial e territorial urbano. O Registro de Imóveis também necessita de informações cadastrais para conferir à publicidade registral maior credibilidade para manter uma simetria com os dados dos cadastros tributário e ambiental. Quem analisou perfeitamente a relação entre cadastro e registro foi Sérgio Jacomino. Para o conceituado registrador, os institutos são considerados “irmãos siameses” em razão da dependência que um tem do outro.⁷

No direito ambiental, a ligação entre cadastro e registro costuma ser mais íntima ainda. Primeiro, porque a grande maioria das informações ambientais consta do cadastro dos mais diversos órgãos da Administração das três esferas políticas (União, Estados-membros e Municípios). Segundo, porque as informações cadastrais transcendem muitas vezes o cadastro para o registro na medida em que alteram, significativamente, o direito de propriedade, restringindo-o de forma drástica em alguns casos.

A diferenciação entre os institutos é importante para que não haja confusão conceitual e funcional entre cadastro e registro, possibilitando-nos desenvolver a tese da utilização do Registro de Imóveis também para reforçar a publicidade ambiental.

7. JACOMINO, Sérgio. *Registro e cadastro – Uma interconexão necessária. Registro de Imóveis*. São Paulo/Recife: Fabris, 2000. p. 256.

5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE REGISTRAL

A publicidade registral é tida como um dos tesouros mais preciosos do amadurecimento do espírito jurídico, uma nova forma de ser do direito de propriedade sobre o qual se assentam o sistema financeiro, a tutela do crédito e a segurança das transações imobiliárias.⁸ Ensina Balbino Filho que: “a publicidade é a alma dos registros públicos. É a oportunidade que o legislador quer dar ao povo de conhecer tudo que lhe interessa a respeito de determinados atos. Deixa a par de todo o movimento de pessoas e bens”.⁹ Um sistema de publicidade eficaz, como defendia Ruy Barbosa, é a base de uma economia forte, porque ajuda a circulação natural dos bens.¹⁰

A maior ou menor segurança do tráfego jurídico econômico está em função da publicidade, o mesmo que o desenvolvimento do crédito habitacional, que são objetivos de índole econômica desejáveis em uma comunidade bem organizada.¹¹

A publicidade é uma das características do Registro de Imóveis. Não se pode admitir que um registro tenha eficácia *erga omnes* (contra todos) e ao mesmo tempo seja negada informação ao público em geral. No Registro de Imóveis, a publicidade dos atos por ele praticados é garantida não somente pela própria Lei 6.015/1973, como também por norma constitucional (art. 5.º, XXXIII, CF/1988), devendo ser fornecida certidão para qualquer parte que a solicite, independentemente de identificação.¹²

Para nós, quem melhor conceitua publicidade registral é Garcia Garcia. Para ele, “publicidade registral é a exteriorização continuada e organizada de situações jurídicas de transcendência real para produzir cognoscibilidade geral *erga omnes* e com certos efeitos jurídicos substantivos sobre a situação publicada”.¹³ A exteriorização se contrapõe à clandestinidade, mas não se trata de mera aparência, é uma situação aparente, qualificada com os efeitos gerados sobre o próprio direito registral no caso do Brasil. O caráter de continuidade se refere à perenidade dos as-

8. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Direito imobiliário registral*. Madrid: Civitas, 1986. p. 56.

9. BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

10. Justificativa do projeto que deu origem à legislação, assinado por Ruy Barbosa, Manoel F. de Campos Salles e Francisco Glicério, acompanhado do decreto de regulamentação, publicação sem página de rosto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890. p. 49.

11. PICAZO, Luis Diéz; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004. vol. III, p. 222.

12. O fornecimento da certidão não pode ser retardado por mais de 5 (cinco) dias (art. 19 da Lei 6.015/1973).

13. GARCIA, Jose Manuel Garcia. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, sem data. t. I, p. 41.

sentos registrários que são conservados, atualmente inclusive de forma eletrônica. As informações são organizadas e contínuas, formando um verdadeiro *estado civil* do imóvel. As situações jurídicas publicizadas no Registro de Imóveis são de transcendência real, na maioria das vezes constituindo o próprio direito real e, quando não, nos casos de aquisições originárias ou decorrentes de sucessão, é necessária a publicidade registral para que o atributo da disponibilidade seja potencializado e exteriorizado. Trata-se de cognoscibilidade, não de conhecimento efetivo. Não se trata de publicar para produzir um conhecimento, mas possibilitar que exista, ou seja, tornar possível esse conhecimento, devendo o acesso à informação ser facilitado por todas as formas, principalmente nos dias de hoje, por meio eletrônico. Finalmente, a publicidade tem como consequência a produção de efeitos jurídicos substantivos e materiais sobre a situação publicada, dependendo obviamente do sistema registral de cada país.

O autor português Carlos Ferreira de Almeida qualifica “os registros públicos como os meios mais perfeitos e evoluídos da publicidade, igualando-os mesmo ao conceito técnico-jurídico de publicidade”, classificando-a, segundo seus efeitos, por meio de três vertentes: (a) publicidade-notícia (sem particulares efeitos no ato publicado); (b) publicidade declarativa (necessária para que os fatos sejam eficazes em relação a terceiros); (c) publicidade constitutiva (indispensável para que os fatos produzam quaisquer efeitos).¹⁴

O Registro de Imóveis brasileiro, como é cediço, confere a seus atos publicidades distintas, quer para a averbação, quer para o registro em sentido estrito. Para não adentrarmos em espécies de publicidade que não utilizaremos no presente trabalho, restringiremos o estudo apenas à publicidade-notícia.

A publicidade utilizada no direito ambiental é a publicidade-notícia que apresenta pouca eficácia perante terceiros, não apresentando qualquer efeito sobre a eficácia do fato registrado. O legislador conferiu ao Registro de Imóveis na grande maioria das vezes, em matéria ambiental, o reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios como a Reserva Florestal Legal, áreas contaminadas e área de proteção e recuperação de mananciais.

Muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos, já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu, porém, para a segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes. O homem médio não possui o hábito de leitura de textos legislativos, ainda mais dos três entes políticos, de forma que o sistema jurídico não pode se valer tão somente dessa publicidade ilusória ou fictícia.

14. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966. p. 163.

6. NOVO CÓDIGO FLORESTAL – CADASTRO AMBIENTAL RURAL – CAR E RESERVA FLORESTAL LEGAL

Primeiramente, é preciso considerar como o novo Código Florestal está disciplinando a Reserva Florestal Legal. O Cadastro Ambiental Rural – CAR indubitavelmente configura uma das principais novidades no Código Florestal ao criar no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, e é “registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento” (art. 29).

A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual que, nos termos do regulamento, exigirá do possuidor ou proprietário.

O cadastro exclui, expressamente, eventual reconhecimento do direito de propriedade (§ 2.º do art. 29), o que não poderia ser diferente em razão da atribuição constitucional prevista no art. 236 da CF/1988, mas, numa primeira impressão, rompe a vinculação entre cadastro e registro constante do Código Florestal anterior (§ 8.º do art. 16 do Código Florestal, redação dada pela MedProv 2.166-67/2001).

O art. 18 do novo Código Florestal determina que a área de Reserva Legal deverá ser *registrada* no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR. Já o § 4.º do referido art. 18 disciplina que: “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato”.

Uma das maiores características do cadastro ambiental e tem sido alvo de inúmeras críticas de ambientalistas, tem a ver com a sua natureza jurídica. O cadastro tem natureza meramente declaratória e permanente (art. 6.º do Dec. 7.830/2012) sendo que, enquanto não houver manifestação do órgão ambiental com relação a eventuais pendências ou inconsistências nas informações declaradas, será considerada efetivada e escoreita a inscrição do imóvel no CAR para todos os efeitos legais (§ 2.º do art. 7.º do Dec. 7.830/2012). Trata-se do ponto de vista da proteção ambiental de fenômeno de grande preocupação porque valida uma informação inicial até a análise ou apuração da autoridade ambiental que demanda necessariamente de grande investimento em tecnologia, treinamento e contratação de profissionais especializados. Não se trata de afastar a boa-fé que é inerente ao mercado como um todo, mas reconhecer que a obrigação ambiental é sensível ao ponto de não admitir precariedades ou provisoriiedades, não podemos utilizar o método declaratório do imposto de renda brasileiro para um cadastro que tem por objeto gerir, controlar e fiscalizar informações ambientais.

7. A PUBLICIDADE DA RESERVA FLORESTAL LEGAL PERMANECE NA LEI 6.015/1973 DE FORMA FACULTATIVA AO PROPRIETÁRIO E OBRIGATÓRIA PELA AUTORIDADE AMBIENTAL?

Questão interessante é a permanência na Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), da direta possibilidade de averbação da Reserva Florestal Legal (art. 167, II, 22). A Lei 12.651, de 25.05.2012, não revogou expressamente o dispositivo da Lei de Registros Públicos nem promoveu qualquer alteração, diferentemente de outros diplomas legais, como as Leis 4.771/1965, 6.938/1981, 7.754/1989 e 11.428/2006.

Interessante foi o que ocorreu com a conversão da MedProv 571, de 25.05.2012, na Lei 12.727, de 13.10.2012, que através do art. 83 revogava expressamente o item 22 do inc. II do art. 167 da Lei 6.015, de 31.12.1973, no entanto, o mesmo recebeu veto presidencial cujas razões valem ser transcritas:

“O artigo introduz a revogação de um dispositivo pertencente ao próprio diploma legal no qual está contido, violando os princípios de boa técnica legislativa e dificultando a compreensão exata do seu alcance. Ademais, ao propor a revogação do item 22 do inc. II do art. 167 da Lei 6.015, de 31.12.1973, dispensa a averbação da Reserva Legal sem que haja ainda um sistema substituto que permita ao poder público controlar o cumprimento das obrigações legais referentes ao tema, ao contrário do que ocorre no próprio art. 18, § 4.º, da Lei 12.651.”

O dispositivo legislativo é revogado – a teor do que dispõe o art. 2.º, § 1.º, da LINDB –, quando é incompatível com a nova lei ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Ora, o novo Código Florestal não tratou totalmente da matéria, principalmente de publicidade dos espaços territoriais especialmente protegidos, o que é disciplinado por competência constitucional através de legislação própria, no caso, a Lei 6.015/1973. No que diz respeito à incompatibilidade, também não verificamos sua incidência porque, como vimos, cadastro e registro possuem funções distintas e o que houve foi o rompimento obrigatório da publicidade até então operada e a criação de uma nova sistemática, qual seja, da publicidade registral facultativa da Reserva Florestal Legal. A incompatibilidade deverá ser formal, de tal maneira que a execução da nova lei seja “impossível sem destruir a antiga”.¹⁵

Com muita clareza, Maria Helena Diniz averba que as leis não se revogam por presunção. É preciso que exista uma antinomia gritante; “havendo dúvida, dever-se-á entender que as leis *conflitantes* são *compatíveis*, uma vez que a revogação tácita não se presume”.¹⁶ É o que pregava Carlos Maximiliano ao afirmar que a

15. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

16. DINIZ, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 66.

“incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra”.¹⁷

Aliás, mesmo se não existisse expressa previsão de averbação da Reserva Florestal Legal no Registro de Imóveis, é assunto pacífico no direito registral brasileiro a não taxatividade dos atos de averbação previstos no art. 167, II, da Lei 6.015/1973, o que é considerado decorrência do efeito ou princípio da concentração.¹⁸ Os atos registráveis (*lato sensu*) não são taxativos, malgrado os direitos sejam *numerus clausus*, aplicando-se o efeito da concentração para interpretar o art. 246 da Lei 6.015/1973, permitindo a averbação de qualquer ato que altere o registro, outorgando publicidade para casos não expressamente autorizados pela Lei 6.015/1973; mas que, de qualquer forma, mesmo reflexamente, possam limitar o direito de propriedade ou ainda de grande relevância para o direito inscrito, justificando o ingresso por meio de averbação de institutos decorrentes do direito ambiental, estabelecendo-se uma fusão entre as publicidades ambiental e registral.¹⁹ Nesse sentido, já se pronunciou a Corregedoria-Geral do Estado de São Paulo consagrando a não taxatividade do rol do art. 167, II, da Lei 6.015/1973, quando analisou a averbação da Reserva Legal (Processo CG 53873 – decisão proferida em 30.01.1980) e áreas contaminadas (Processo CG 167/2005).²⁰ Édis Milaré também entende que “nada obsta – sendo mesmo recomendável – venha à Reserva Legal a ser averbada no Cartório do Registro de Imóveis.”²¹

Superada a possibilidade de averbação da Reserva Florestal Legal nas matrículas dos imóveis rurais no Registro de Imóveis surge outra indagação, qual seja, a de saber se a *publicidade registral é obrigatória ou facultativa*.

É preciso considerar, e não esquecer da regra constante do art. 169 da Lei de Registros Públicos que determina que “todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no cartório da situação do imóvel”. Ora, se os atos de registro são obrigatórios, como interpretar a regra constante do § 4.º do art. 18 do novo Código Florestal, que expressamente *desobriga* da averbação no Registro de Imóveis? Obviamente, *desobrigar* não é sinônimo de impedir, de sorte que, para nós, a averbação da Reserva Florestal Legal prevalece no Brasil. Os atos de registro continuam obrigatórios e o novo Código Florestal, a teor do que dispõe o art. 18, desobriga o proprietário de averbar a reserva florestal no *Registro de Imóveis e não a autoridade ambiental ou qualquer interessado* conforme analisaremos adiante, prova

17. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 292.

18. LAMANA PAIVA, João Pedro. RDI 49/46.

19. É com base no princípio da concentração que a E. Corregedoria Geral do Rio Grande do Sul autorizou a averbação de florestas no Registro de Imóveis.

20. MELO, Marcelo. *Registro de Imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

21. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1313.

disso é a alteração do § 4.º do referido art. 18, que possibilita o proprietário averbar a reserva de forma gratuita até a anotação no CAR. Referido dispositivo representa uma *obrigação* do proprietário ou possuidor e a desobrigação da averbação da reserva é justificada em razão da centralização em um cadastro ambiental.

Na sistemática do Código Florestal revogado existia previsão expressa de dupla diligência do proprietário, a primeira no órgão ambiental que certificava e delimitava a reserva florestal e, posteriormente, no Registro de Imóveis, o que não podemos deixar de reconhecer como rigorosa e excessivamente desgastante, principalmente quando a retificação do registro da área era necessária.²²

Finalmente, a parte final do § 4.º do art. 18²³ não deve ser levada em consideração para disciplinar a facultatividade ou não da averbação da Reserva Florestal Legal. Com efeito, consta do mesmo que “no período entre a data da publicação desta lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato”, configurando apenas a regra de gratuidade da averbação no caso de o proprietário desejar promover a averbação antes da autoridade ambiental.

Importante salientar, também, interessante entendimento da 2.ª Câm. Reservada ao Meio Ambiente do TJSP:

“Não há controvérsia quanto à necessidade de instituição e demarcação de Reserva Legal, nos termos do art. 3.º, III c/c art. 12 do novo Código Florestal, que a despeito da revogação da Lei 4.771/1965, seus efeitos ainda persistem, uma vez que a realização da averbação da Reserva Legal no Registro de Imóveis era uma obrigação que deveria ter sido cumprida pelos réus à luz do diploma anterior, ou seja, a averbação da Reserva Legal já tinha que constar na matrícula imobiliária, caracterizando-se estado de mora de quem não o fez em face da legislação anterior, não podendo ser beneficiado pela alteração produzida pelo novo Código Florestal.”²⁴

O STJ, outrossim, a respeito do conflito entre os Códigos Florestais, também recentemente decidiu que “nos termos da Lei de Registros Públicos, é obrigatória a averbação ‘da Reserva Legal’ (Lei 6.015/1973, art. 167, II, n. 22), sendo que tal ato de especificação faz-se tanto à margem da inscrição da matrícula do imóvel, como administrativamente, nos termos da sistemática instituída pelo novo Código Florestal (Lei 12.651/2012, art. 18). Ademais, inexistindo o registro, que tem por escopo a identificação do perímetro da Reserva Legal, não é possível cogitar a

22. PAPP, Leonardo. *Comentários ao novo Código Florestal brasileiro (Lei 12.651/12)*. Campinas: Millennium, 2012. p 168.

23. Redação dada pela Lei 12.727/2012.

24. TJSP, Ap. 0011974-77.2011.8.26.0445, 2.ª Câm. Reservada ao Meio Ambiente, j. 29.01.2014, v.u., rel. Des. Eutálio Porto, data de registro 07.02.2014, área do direito: imobiliário e registral.

regularidade da área protegida e, em consequência, o direito à isenção tributária correspondente”.²⁵

Em alguns artigos do novo Código Florestal é possível encontrar ambiguidades jurídicas que expõem totalmente a confusão operada pelo legislador entre cadastro e registro e *justificam a manutenção da publicidade registral*.

O art. 30 reconhece as averbações de reserva florestal constantes do Registro de Imóveis até o momento, permitindo a utilização de referidas informações diretamente no cadastro ambiental; não determina ao menos o cancelamento delas, que seguem produzindo seus regulares efeitos nos termos do art. 252 da Lei 6.015/1973. Caso o legislador desejasse realmente romper com a comunicação entre cadastro e registro teria não somente revogado a possibilidade de averbação constante do art. 167, II, da Lei de Registros Públicos, mas também teria previsto o necessário cancelamento da averbação de reserva florestal, uma vez migrada a informação ao cadastro. O que ocorreu foi a manutenção dos dois sistemas.

Outro ponto interessante é o que ocorre com o excedente florestal previsto no § 2.º do art. 15, ou seja, as áreas preservadas que ultrapassem o mínimo exigido no Código Florestal poderão ser transformadas em servidão ambiental ou cota de reserva ambiental, e ambos os institutos recebem publicidade ambiental. Para se utilizar a cota de reserva ambiental é imprescindível a averbação de sua emissão na matrícula do imóvel.

Finalmente, Leonardo Papp, comentando o novo Código Florestal, traz uma indagação que merece reflexão em face da nova sistemática criada com o reconhecimento do *caráter real* das obrigações ambientais, instituído pelo § 2.º do art. 2.º: “Na legislação florestal revogada não existia qualquer dispositivo específico nesse sentido” (...) e é característica do direito civil brasileiro que as obrigações reais recebam publicidade no Registro de Imóveis.²⁶ Assim, a utilização do sistema de publicidade constante da Lei 6.015/1973 cumpriria com a necessidade inerente às obrigações reais de consequente publicidade registral.

8. CADASTRO AMBIENTAL PÚBLICO OU CLANDESTINO?

O art. 29 da Lei 12.651/2012, declara que o Cadastro Ambiental Rural – CAR é um “registro público eletrônico” no entanto não é garantida ou explicitada a forma que será público. Por tratar-se de meio eletrônico a publicidade já se tornaria precária, já que a internet, por si não tem alcance a toda a população brasileira,

25. STJ, AgRg no REsp 1.243.685/PR, 1.ª T., j. 05.12.2013, v.u., rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 16.12.2013, área do direito: imobiliário e registral.

26. PAPP, Leonardo. *Comentários ao novo Código Florestal brasileiro (Lei 12.651/12)*. Campinas: Millennium, 2012. p. 40.

principalmente a rural. Outra falha é a inexistência de publicidade indireta através de certidão, inclusive do próprio cadastro. Não há como o interessado proceder qualquer tipo de pesquisa no CAR, sendo que no próprio sítio do sistema não há menção de tratar de cadastro público,²⁷ sendo possível somente a pesquisa da situação cadastral.

O Dec. 7.830, de 17.10.2012, retira a expressão “público” da definição do CAR, *in verbis*: “Cadastro Ambiental Rural – CAR – registro eletrônico de abrangência nacional junto ao órgão ambiental competente, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento”.

O Cadastro Ambiental Rural – CAR nasce com forte vício de criação já que o acesso à informação pública é uma garantia constitucional que não pode ser olvidada por ser direito fundamental (art. 5.º, XXXIII).²⁸ Não consta da legislação, nem ao mesmo decreto regulamentador, a possibilidade de publicidade das informações ambientais inscritas para todos os cidadãos. Não se pode hoje acessar o CAR e verificar se determinada propriedade tem a reserva florestal constituída, o cidadão não pode fiscalizar. A publicidade é expressão sinônima de transparência, o sistema de clandestinidade que se projeta à Reserva Florestal Legal só interessa para quem não pretende nem ao menos cumprir a Reserva Legal florestal. É princípio de meio ambiente o acesso à informação irrestrita. Paulo Affonso Leme Machado entende que o CAR “tem dimensão jurídica especial, pois é um registro público”,²⁹ no entanto, o cadastro já implantado em todo o território nacional padece de publicidade por qualquer cidadão e, o mais relevante, até para o Ministério Público.

A própria IN MMA 2/2014 reconhece a restrição ao cadastro ambiental, *in verbis*: “art. 12. As informações de natureza pública de que trata o inc. V do art. 3.º do Dec. 7.830/2012, a serem disponibilizadas pelo Sicar, será limitada”.

As informações ambientais são de uso comum do povo e todos tem direito de fiscalizar. Somente a averbação da Reserva Florestal Legal pelo Cartório de Registro de

27. “O que é o CAR: O Cadastro Ambiental Rural – CAR é um registro eletrônico, obrigatório para todos os imóveis rurais”. Disponível em: [www.car.gov.br]. Acesso em: 05.09.2014.

28. Leciona Paulo Affonso Leme Machado que: “na Constituição Federal de 1988 há uma manifesta opção pelo princípio do livre acesso à informação e pelo princípio da publicidade. É impossível proteger bem o que é de todos através do segredo. A proteção do meio ambiente só se torna efetiva em todo o planeta quando dois direitos caminharem juntos: o direito à informação e o direito à participação” (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito à informação ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2006).

29. LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 916.

Imóveis pode sanar a falha contida na legislação. Caso contrário, a retirada da averbação da reserva é sutileza legislativa que aparentemente busca cercar a Reserva Florestal Legal de elementos que irão esvaziá-la substancialmente, aliás, essa técnica já foi usada amplamente na idade média para o cerco ou sítio de cidades e castelos (*poliocértica*).³⁰

O problema da falta de publicidade do Cadastro Ambiental Rural é de difícil solução se a publicidade registral não for utilizada, porque somente o Registro de Imóveis possui os indicadores necessários para oferecer ferramentas de pesquisa úteis para o cidadão que desejar ter acesso às informações ambientais, tais como os indicadores real e pessoal, além de vinculação ao sistema geodésico nacional através de montagem do mosaico registral com imagens de satélite.

9. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL E AVERBAÇÃO DA RESERVA FLORESTAL LEGAL NO REGISTRO DE IMÓVEIS

Considerando uma tendência de abrandamento da legislação ambiental em todo o mundo em face de diversas justificativas como ameaças políticas de mitigar o rigor da norma de proteção; ameaças econômicas atribuindo à preservação o empecilho para um desenvolvimento econômico; e ameaça econômica também, já que a magnitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas.

Assim, considerando o crescimento da tendência de mitigação da preservação ambiental já existente, “foi criado por um grupo de juristas, especialistas no tema, em agosto de 2010 no seio da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). Seu objetivo é compartilhar, na esfera universal, as experiências e os argumentos jurídicos capazes de frear as ameaças de retrocesso do direito ambiental”.³¹

Michel Prieur leciona que “em nome da soberania dos parlamentos, o tempo do direito recusa a ideia de um direito adquirido sobre as leis: ‘o que uma lei pode fazer, outra lei pode desfazer’. Não estaria aí, na seara ambiental, uma porta aberta ao retrocesso do direito, capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras?”³²

30. Já havíamos alertado para a falha constante do projeto de lei que resultou na aprovação do Código Florestal de 2012. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalhe.php?obr=3984]. Acesso em: 05.09.2014.

31. PRIEUR, Michel. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Senado Federal: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, em 29.03.2012, coordenado pelo Ministro e Professor Antonio Herman Benjamin, p. 11. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559]. Acesso em: 13.04.2013.

32. PRIEUR, Michel. Ob. cit., p. 11.

A Constituição brasileira de 1988 possui vários dispositivos sobre a proteção de meio ambiente, conferindo uma hierarquia jurídica e, muito embora não constem expressamente dos direitos e garantias fundamentais, expressamente a doutrina brasileira considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem, tanto no plano material como no plano formal, direitos fundamentais.³³

É preciso ressaltar que conforme o art. 60, § 4.º, da CF/1988, os direitos e garantias individuais estão inseridos na chamada “cláusula pétrea”, ou cláusula de intangibilidade constitucional. Esses direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos.³⁴

Antonio Herman Benjamin leciona que “se mostra incompatível com a pós-modernidade, que enfatiza a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a segurança jurídica das conquistas da civilização, transformar direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros num ioiô legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai”.³⁵

O princípio do não retrocesso ambiental na Constituição brasileira também está previsto no art. 225 que disciplina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

No Brasil o princípio do não retrocesso já foi admitido em alguns julgados com relação a aspectos sociais, origem imediata do princípio do não retrocesso ambiental.³⁶ Reconhecemos que se trata de um princípio em evolução, mas é possível reconhecer que a Constituição Federal oferece claros e fortes indicativos que o princípio do não retrocesso ambiental está implícito na mesma, comparando-se ainda que existam menos fundamentos na Constituição francesa, origem doutrinária do princípio.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, o advento do novo Código Florestal no Brasil despertará de forma intensa a discussão em nível nacional da aplicação do princípio do não retrocesso no Brasil,³⁷ porque existiu flagrante diminuição de proteção ambiental em praticamente todas as hipóteses. Importante ressaltar que o princípio do não retrocesso ambiental já está sendo debatido no STF através de três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn 4.901, 4.902 e 4.903) propostas pelo Procurador-Geral da República.

33. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 256.

34. PRIEUR, Michel. Ob. cit., Princípio da proibição de retrocesso ambiental, p. 31.

35. BENJAMIN, Antonio Herman V. O Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Ob. cit. p. 55.

36. TJRS, Processo 7002162254, j. 18.12.2008; TJSP, Processo 5878524400, j. 25.08.2009.

37. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Ob. cit., p. 190.

No âmbito de nosso estudo, resulta evidente que a tentativa de mitigação da publicidade registral da Reserva Florestal Legal *configura flagrante retrocesso ambiental* e deve ser utilizado como argumentação mais que idônea para a defesa da manutenção do sistema anterior de ampla publicidade.

Interessante que o legislador, quando do Código Florestal passado, conferiu duas formas de publicidade para esse espaço protegido, a legal que é a presunção de que a reserva existe na porcentagem estabelecida, e a registral, que configura a sua exata localização. Isso já distinguindo publicidade registral da cadastral. Foi conferido ao Registro de Imóveis o reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios.³⁸ Leonardo Castro com propriedade salienta que “estamos acostumados a consultar a respectiva matrícula ou transcrição do imóvel para sabermos de sua história, conhecer seus proprietários e respectiva cadeia possessória ou dominial, bem como seus gravames e parece estranho deixarmos de lado tal preocupação, já que o registro do imóvel se configura sua certidão de nascimento, onde serão anotadas todas as variáveis relativas àquele bem. A propósito, importante seria que, por regulamentação própria, se viabilizasse um sistema ágil de comunicação ou ‘conversa’ eletrônica entre tais registros, em ordem a obviar as sempre possíveis arguições de violação aos princípios da efetividade do direito ao meio ambiente e da proibição do retrocesso ambiental”.³⁹

Patryck de Araujo Ayala⁴⁰ ensina que a “ordem constitucional brasileira não assegura proteção constitucional às iniciativas legislativas que se afastem do dever de proteção dos direitos fundamentais (neste caso, do dever de proteger o ambiente), e mesmo a iniciativa do poder central que proponha semelhante redução nos níveis de proteção sem que seja proposta realidade compensatória, configurando-se os excessos em seu exercício, desvios censurados sob o ângulo dos arts. 24, *caput*, VI, §§ 2.º e 3.º, e 225, *caput*, e VII, da CF/1988”.

10. PROVIMENTO 36/2013 DO ESTADO DE SÃO PAULO (NORMAS DE SERVIÇO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA)

O Provimento 36/2013, de 07.11.2013, procurou conciliar a legislação em vigor, notadamente o novo Código Florestal com a Lei de Registros Públicos, bem como a jurisprudência em vigor, em especial, a necessidade de averbação e especialização de Reserva Florestal Legal em atos de retificação de registro consagrada no STJ. De certa forma a alteração normativa de São Paulo acabou por conferir interpretação que deu um sentido para o Código Florestal vigente, reconhecendo o Registro de Imóveis como espelho das informações contidas no cadastro ambiental.

38. MELO, Marcelo. *Registro de Imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

39. MAIA, Leonardo Castro. O novo Código Florestal e a averbação da Reserva Legal no registro de imóvel. *RDA* 70/99.

40. AYALA, Patryck de Araujo. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Ob. cit., p. 190.

Dessa forma, foi utilizada a ferramenta do cadastro ambiental (CAR-Sicar) para o cumprimento da necessidade de especialização e retificação de Reserva Florestal Legal nas retificações de registro, acrescentando-se, ainda, na necessidade de inscrição ambiental nas modificações das figuras geodésicas dos imóveis como desmembramento e unificações de imóveis, bem como em servidões de passagem que poderiam se sobrepor em áreas ambientais protegidas.

Importante também consignar que a Associação dos Registradores Imobiliários – Arisp, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente e a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – Cetesb, formalizaram também, com a anuência da E. Corregedoria Geral da Justiça, o Termo de Cooperação Técnica para viabilizar o fluxo de informações entre o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e os Registros de Imóveis de São Paulo. Com a implantação do referido termo de cooperação, todos os registros de imóveis do Estado terão acesso aos cadastros ambientais e a autoridade terá acesso às respectivas matrículas, visando estabelecer um fluxo de informações para que exista uma comunicação e interação entre cadastro e registro.

Em São Paulo existe a previsão expressa de averbação do número de inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural – CAR (item 38, 11, *b*), cuja obrigatoriedade de exigência pelo Oficial de Registro de Imóveis ficará condicionada ao decurso do prazo estabelecido no § 3.º do art 29 da Lei 12.651, de 25.05.2012, ou seja, até 05.05.2015, prorrogável até 05.05.2016 (item 2.5). A averbação poderá ser realizada a requerimento de qualquer pessoa por ser tratar de bem de uso comum do povo.

Interessante e ágil a solução contida no item 2.5.1: “a averbação será feita de ofício pelo Oficial do Registro de Imóveis, sem cobrança de emolumentos, quando do primeiro registro e por meio do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), assim que implantados os mecanismos de fluxo de informações entre a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (SMA), a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb) e a Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (Arisp), definidos no Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebraram”.

Através da sistemática aplicada em São Paulo o Registro de Imóveis acabou por ter consagrada sua função ambiental de forma eficiente porque espelha ou reproduz as informações contidas no cadastro ambiental de forma célere, sustentável e eficiente sem maiores formalidades que poderiam interromper o fluxo do direito de propriedade.

Prestigiando ainda o entendimento fixado pelo STJ⁴¹ e Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo,⁴² independentemente do prazo final para a implantação do Cadastro Ambiental previsto no Código Florestal, a averbação da inscrição do CAR

41. STJ, EDiv em REsp 218.781 (2002/0146843-9), j. 09.12.2009.

42. Decisão proferida nos Autos 44.347/2012, em 04.09.2012, e Processo CG 2012/13.790, em 25.10.2012.

é necessária nas “retificações de registro, os desmembramentos, unificações, outros atos registrares modificativos da figura geodésica dos imóveis e o registro de servidões de passagem”, devendo a averbação da especialização da Reserva Florestal Legal ser realizada em ato contínuo, tendo sido criada regra de transição para facilitar a averbação enquanto o sistema eletrônico de comunicação entre Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Cartórios de Registro de Imóveis não estiver operacional.⁴³

Importante lembrar que o cadastro ambiental tem natureza meramente declaratória e permanente (art. 6.º do Dec. 7.830/2012) sendo que, enquanto não houver manifestação do órgão ambiental com relação a eventuais pendências ou inconsistências nas informações declaradas, será considerada efetivada e escoreita a inscrição do imóvel no CAR para todos os efeitos legais (§ 2.º do art. 7.º do Dec. 7.830/2012). Assim, para que as informações contidas na matrícula do imóvel tenham eficácia esperada pela publicidade *erga omnes*, é de toda conveniência que a descrição da Reserva Florestal Legal ingresse no Registro de Imóveis somente quando a mesma for validada ou confirmada pela autoridade ambiente respectiva. Não se pode admitir a publicidade de informações precárias e provisórias, o que abalaria o sistema registrário em razão da não observância do princípio da segurança jurídica.

É possível também a averbação da informação de adesão do interessado ao Programa de Regularização Ambiental (PRA) de posses e propriedades rurais (item 125, *d*, das Normas de São Paulo). A averbação da especialização da Reserva Florestal Legal, ou seja, da demarcação do perímetro da parcela, não é prova de que na referida área existe uma cobertura florestal. Com efeito, é possível que na área exista uma cobertura florestal menor do que a indicada no art. 12 do Código Florestal e esteja em recuperação conforme o Programa de Regularização Ambiental – PRA, existindo, assim, um passivo ambiental cuja obrigação tem natureza *propter rem* e acompanha a propriedade imobiliária. Na medida do possível, referida informação é de toda relevância para futuros adquirentes.

43. “112.2.1. Nas retificações de registro, a Reserva Legal florestal será identificada na planta e no memorial descritivo, acompanhados de declaração do profissional responsável de que corresponde à descrição inscrita no Sicar/CAR, e averbada gratuitamente na respectiva matrícula do bem imóvel.”

“112.2.2. A identificação da Reserva Legal florestal também poderá ser obtida eletronicamente por meio do site da SMA ou mediante certidão do órgão ambiental, constando da averbação, quando disponível na base de dados do Sicar/CAR, a informação se a reserva ou parte dela está em processo de regeneração.”

“112.3. A averbação referida na alínea *d* do item 125 será realizada mediante provocação de qualquer pessoa ou por iniciativa da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.”

11. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE OUTROS ESTADOS-MEMBROS

11.1 Minas Gerais

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu ser facultativa a averbação da Reserva Legal, entendendo não existir “amparo legal qualquer exigência de prévia averbação da Reserva Legal como condição para todo e qualquer registro” (Decisão proferida nos Autos 59.512/2012, em 12.11.2012, pelo Corregedor Geral da Justiça Des. Luiz Audebert Delage Filho). Importante também consignar o acórdão passado nos autos da ApCiv 1.0702.09.566738-3/001, rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, publicado em 08.02.2013, com a seguinte ementa: “o novo Código Florestal, instituído pela Lei 12.651/2012, previu a obrigatoriedade do registro de todos os imóveis rurais no Cadastro Ambiental Rural e, conseqüentemente, a dispensa da inscrição no Cartório de Registro de Imóveis”. Referida decisão foi suspensa e posteriormente revista pelo Conselho Nacional de Justiça, entendendo se aplicar a legislação florestal anterior até a implantação do Cadastro Ambiental Rural – CAR (Procedimento de Controle Administrativo 0002118-22.2013.2.00.0000).

11.2 Paraná

No Estado do Paraná, face o novo Código Florestal, a Corregedoria Geral da Justiça manteve a suspensão da exigibilidade da averbação, conforme decisão proferida nos Autos 2010.222675-9/0, publicada no diário oficial do estado em 13.06.2012, pelo Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo.

11.3 Santa Catarina

Em Santa Catarina o Tribunal de Justiça através do AgIn 2011.079146-6, da Comarca de Braço do Norte (2.^a Vara Cível), através da 4.^a Câ. de Direito Civil, rel. Des. Luiz Fernando Boller, decidiu que a “averbação no Registro de Imóveis agora é facultativo”, apesar de criticar fortemente a opção legislativa: *in verbis*: “esse dispositivo vai ao reverso da eficiência e da segurança jurídica que se teria caso se mantivesse a obrigatoriedade de averbar a reserva. A sistemática registral no Brasil, a exemplo de outros ramos do direito, também é regida por princípios norteadores. Figura dentre eles uma de grande importância, que tem o justo condão de trazer a eficiência e segurança, trata-se do princípio da concentração. O princípio da concentração consiste na convergência de todas as relevantes informações sobre o imóvel em um único lugar, que no caso seria a sua matrícula, o que facilitaria a vida dos usuários, uma vez que teriam como uma única certidão, o conhecimento preciso da situação jurídica da propriedade. Não nos olvidamos que os Registros Públicos visam justamente conceder essa publicidade e conhecimento geral da transcrição, portanto, é importante concentrar na matrícula todas as informações atinentes à propriedade”.

Existe também no Estado a Comunicação 211/2012 do Fatma – Fundação do Meio Ambiente, entendendo ser obrigatória a averbação da Reserva Legal nos cartórios de Registro de Imóveis enquanto não implantado o Cadastro Ambiental Rural.

11.4 Goiás

Em Goiás os atos de registro estavam condicionados à prévia Reserva Florestal Legal, no entanto, através do Processo 4315456-4408781, a Corregedora Geral da Justiça, Nelma Branco Ferreira Perilo, em 02.04.2013, autorizou os cartórios de Registro de Imóveis a praticar atos de transmissão de domínio de imóveis rurais mediante a apresentação de cópia do protocolo do pedido de inscrição no Cadastro Ambiental Rural.

11.5 Espírito Santo

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo entendeu que os oficiais dos Registros de Imóveis deverão exigir a averbação da Reserva Legal para transmissão, desmembramento, retificação ou alteração de domínio que ainda não possui comprovante junto ao Cadastro Ambiental Rural (CAR), conforme Ofício Circular 63/2012, publicado no DJ 29.08.2012.

11.6 Rio de Janeiro

Em decorrência da alteração do art. 18, § 4.º, da Lei 12.651/2012 por intermédio da Lei 12.727/2012, a averbação da Reserva Legal, ainda que antes da implantação do Cadastro Ambiental Rural – CAR, tornou-se facultativa. Processo 2012.0221690. Corregedoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro. Publicada no DO 16.04.2013. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, juiz auxiliar da CGJ.

12. EXIGIBILIDADE DA ESPECIALIZAÇÃO

A exigibilidade da especialização da Reserva Florestal Legal segue a sorte da exigibilidade para que o Cadastro Ambiental Rural seja realizado. O art. 18 da Lei 12.651/2012, prevê a necessidade de registro da Reserva Florestal Legal no órgão ambiente competente, através do Cadastro Ambiental Rural – CAR, e deve ser requerida até 05.05.2015, prorrogável até 05.05.2016.

Em atenção ao disposto no § 3.º do art. 29, da Lei 12.651/2012, e no art. 21, do Dec. 7.830/2012, o CAR considera-se implantado na data de publicação da IN MMA 2, que ocorreu em 05.05.2014.

Não obstante, vigora normativamente no Estado de São Paulo o entendimento de que a Reserva Florestal Legal deve ser exigida quando da retificação de regis-

tro.⁴⁴ Referida orientação normativa teve como fundamento a modificação de entendimento do STJ, EDiv no REsp 218.781 (2002/0146843-9), j. 09.12.2009, ainda sob o Código Florestal revogado. No entanto, disciplinou ainda que enquanto não criado o Cadastro Ambiental Rural (CAR) vigorará a necessidade de averbação da Reserva Florestal Legal nas hipóteses de retificação de registro.

Outro fundamento da decisão decorre do próprio princípio da especialidade.⁴⁵ Nas retificações de registro existe a especialização do perímetro do imóvel e a Reserva Florestal Legal integra o imóvel em sua essência, devendo também ser especializada suas parcelas. Não podemos olvidar que o imóvel é formado também de parcelas ou (sub-áreas) internas que integram o mesmo. A parcela é uma fração (sub-área) de um imóvel com regime jurídico único.

Nesse sentido, interessante e oportuno transcrever trecho das conclusões da Carta de Araraquara que resultou do 19.º Encontro Regional de Oficiais de Registros de Imóveis GEO-Araraquara realizado pelo Irib de 09 a 11.07.2004:⁴⁶

“O imóvel, segundo este conceito, é dividido em tantas partes (parcelas) quantas forem as áreas com regimes jurídicos diferentes. Estas podem ser áreas de domínio, de posse, áreas públicas (como estradas, rios, lagos), ou áreas de restrições como reservas legais, de preservação, servidões administrativas ou legais etc. Um imóvel é formado por uma ou várias parcelas, mas uma parcela nunca é dividida em vários imóveis. A parcela é sub-área do imóvel, nunca o contrário.”

A partir do levantamento das “parcelas” poder-se-ão modelar unidades territoriais para os mais diversos fins econômicos, administrativos ou legais com as mais diversas definições do “imóvel”, por exemplo, para o Registro de Imóveis (a matrícula registrada com uma definição) imóvel é unidade contínua de domínio, e para o Inca imóvel é unidade econômica.

Ora, se todo imóvel rural é formado pela parcela rural da Reserva Legal, nada mais natural que quando do levantamento técnico do perímetro do mesmo, seja também especializada sua parcela de Reserva Florestal Legal. Obviamente referida parcela necessita ser aprovada pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente, contudo, a providência seria facilitada já que para promoção da respectiva retificação é necessária a contratação de profissional habilitado para descrever através de coordenadas georreferenciadas ou topografia, metodologia ordinária para descrever o perímetro do imóvel.

44. A decisão foi confirmada pela CGJSP em 25.10.2012 (Processo CG 2012/137903).

45. De origem doutrinária, esse princípio foi emprestado dos direitos reais de garantia na referência à especialização da hipoteca e está ligado diretamente na necessidade de clareza que devem conter todos os atos que recebem publicidade registral. Afrânio de Carvalho afirma que: “significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado” (CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 219).

46. Disponível em: [www.irib.org.br/notas_noti/boletimel1282.asp#3]. Acesso em: 08.12.2009.

Assim, malgrado não exista expressamente a obrigação legal do momento oportuno para a especialização da Reserva Florestal Legal no Registro de Imóveis e afastada a possibilidade de vinculação de qualquer ato de registro estrito, principalmente decorrente de transmissão,⁴⁷ é difícil não aceitar a necessidade de identificação geodésica da parcela interna legal do imóvel que é a Reserva Florestal Legal quando da readequação descritiva do perímetro que necessariamente ocorre nas retificações de registro promovidas em decorrência do art. 213 da Lei 6.015/1973.

13. ESPECIALIZAÇÃO

A RLF – como outras áreas especialmente protegidas – precisam utilizar o princípio da especialidade para localização geodésica da área no imóvel. Narciso Orlandi Neto leciona que:

“(…) o grande problema da averbação é a especialização da reserva, assim entendida a identificação da área instituída como unidade inconfundível, localizada e localizável dentro do imóvel de que faz parte.”⁴⁸

Com efeito, várias são as formas como os imóveis foram descritos desde a criação do Registro de Imóveis e, na grande maioria das vezes, nem mesmo a descrição existe ou, ainda, com divisas imprecisas e frágeis, tornando-se impossível localizar ou especializar a reserva. É claro que o advento da Lei 10.267/2001, que criou o georreferenciamento, resolverá paulatinamente o problema das descrições dos imóveis rurais. No entanto, nessa transição deverá a reserva ser especializada da forma que consta a descrição da matrícula ou transcrição, seja rumo magnético, azimute ou georreferenciamento com coordenadas UTM. O registrador imobiliário deve então esforçar-se para estabelecer um ponto de amarração entre reserva e descrição registrária, mesmo porque, ao contrário da servidão, não se trata de direito real e, sim, de limitações administrativas, não sendo a averbação constitutiva.

Mais uma vez utilizando os ensinamentos de Narciso Orlandi Neto:

“Se a reserva estiver encostada numa das divisas do imóvel, bastará repetir, na descrição, o que consta da matrícula (ou transcrição), copiando literalmente a parte da descrição relativa àquela divisa. Evite-se substituir critérios antigos de descrição (valas, divisores de águas, touceiras etc.) por termos técnicos (rumos, ângulos

47. “Atos de registro. Condição. Impossibilidade. Decisão administrativa CG 421, de 16.06.2000 – Jaboticabal. Registro de Imóveis. Reserva Florestal Legal. Indeferimento de requerimento formulado pelo Ministério Público visando à edição de portaria condicionando o ingresso de ato translativo da propriedade imobiliária rural e de desmembramento de tais imóveis no registro imobiliário à averbação da Reserva Florestal Legal. Indeferimento. Recurso não provido.”

48. ORLANDI NETO, Narciso. Reservas florestais. *RDI* 42/46.

etc.). As divisas da reserva interna ao imóvel são descritas livremente e, de preferência, tecnicamente.”

Se a reserva for toda interna, encravada, o proprietário descreverá as divisas tecnicamente, mas procurará localizá-la no todo, isto é, fará referência aos principais pontos da descrição que consta do registro.

A averbação deve ser feita com cópia de todos os documentos apresentados à autoridade administrativa, inclusive a planta, que mostrará, no imóvel todo, a exata localização da área da reserva. Esses documentos ficarão arquivados na serventia. Pode acontecer de a planta não permitir a identificação do mesmo imóvel da matrícula (ou transcrição), principalmente no caso de descrições antigas e descuidadas. Mas a planta não integra a matrícula. Servirá ela para localizar a reserva dentro do todo e ajudar o oficial a controlar a disponibilidade quantitativa e qualitativa do imóvel.⁴⁹

Em suma, em virtude da averbação não ser constitutiva e existir independentemente do ingresso no fôlio real, não deve o registrador imobiliário aplicar com rigor o princípio da especialidade. Nesse sentido é a jurisprudência administrativa da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo (Processo 2012/77684 – Tanabi – Parecer 206/2012-E, publicada em 14.08.2012).⁵⁰

Nenhuma ofensa ou prejuízo ao princípio da especialidade ocorre na hipótese. Além da averbação não ser constitutiva, quando do término dos prazos constante do art. 9.º Dec. 4.449, de 30.10.2002, todos os imóveis rurais do Brasil serão necessariamente georreferenciados, bastando quando do procedimento de retificação de registro resultante (art. 213 da Lei 6.015/1973), o Oficial de Registro de Imóveis exigir a identificação da Reserva Particular na planta apresentada.

14. DISPENSABILIDADE DE RESERVA FLORESTAL LEGAL EM ÁREAS RURAIS MENORES QUE QUATRO MÓDULOS FISCAIS (ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL)

Dispõe o art. 67 do novo Código Florestal que “nos imóveis rurais que detinham, em 22.07.2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22.07.2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo”.

49. ORLANDI NETO, Narciso. Reservas florestais. *RDI* 42/46.

50. “Registro de Imóveis – Averbação – Reserva Legal encravada no bem imóvel rural – Incompatibilidade entre as descrições constantes do título e da matrícula – Princípio da especialidade – Flexibilização – Especialização suficiente para a localização do espaço territorial ambientalmente protegido – Preponderância dos princípios da segurança jurídica e da publicidade – Função socioambiental do Registro de Imóveis – Desqualificação registrária afastada – Recurso provido.”

O art. 67 do Código Florestal fala em remanescente de vegetação e não total ausência, de sorte que a doutrina e jurisprudência devem interpretar referido dispositivo.⁵¹

O módulo fiscal está previsto no art. 50, § 2.º, da Lei 4.504, de 30.11.1964 (utilizado para a composição do ITR), e calculado na forma do art. 4 do Dec. 84.685, de 06.05.1980. Pela tabela constante da Instrução Especial do Incra 20/1980, o módulo fiscal pode variar de 5 a 100 hectares, ou seja, dependendo também da região do país, assim, imóveis entre 20 e 400 hectares estariam *dispensados* de possuir Reserva Florestal Legal caso tenha ocorrido desmatamento até 22.07.2008 (data fixada pela lei). Considerando que a grande maioria das propriedades rurais, principalmente no sudeste e sul do país, possuem menos de três módulos é possível ter uma ideia da perda ambiental ocorrida.

Felizmente, na elaboração do texto do novo Código Florestal foi considerado um alerta que fizemos, em reportagem do jornal Folha de S. Paulo,⁵² referente ao crescimento da demanda de pedidos de desmembramento de imóveis rurais com o objetivo de enquadrá-los na medida mínima (quatro módulos) para configurar a dispensabilidade de manutenção ou regeneração de reserva florestal. O § 1.º do art. 12 prevê: “Em caso de fracionamento do imóvel rural, a qualquer título, inclusive para assentamentos pelo Programa de Reforma Agrária, será considerada, para fins do disposto do *caput*, a área do imóvel antes do fracionamento”.

O Registro de Imóveis quando confere publicidade da Reserva Florestal Legal não fiscaliza a porcentagem nem existência de cobertura florestal, não é função inerente à qualificação registral. A função ambiental do Registro de Imóveis de espaços protegidos é circunscrita tão somente em espelhar informações ambientais contidas e criadas no cadastro ambiental, a obrigação ambiental não é criada com o registro que apenas potencializa a publicidade ambiental, tornando-se pública e com acesso a todos.

15. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NA RESERVA FLORESTAL LEGAL

Pelo novo Código Florestal é admitido o cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel (art. 15), desde que

51. Édis Milaré entende que a razoabilidade deve prevalecer na interpretação, não sendo justificada a dispensa para áreas com mínimo de vegetação mesmo que quase zero e ausência total (*Direito do ambiente*. 9.º ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1306. Leonardo Papp entende que a isenção necessita de cobertura florestal mínima, como requisito do regime especial do art. 67. (PAPP, Leonardo. *Comentários ao novo Código Florestal brasileiro (Lei 12.651/12)*. Campinas: Millennium, 2012. p. 252).

52. ANGELO, Claudio. Fazendeiros do interior paulista já tentam burlar a lei florestal. *Folha de S. Paulo*, Cadernos de Ciência, 04.07.2010. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ambiente/761644-fazendeiros-do-interior-paulista-ja-tentam-burlar-lei-florestal.shtml]. Acesso em: 28.06.2012.

o benefício previsto não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo; a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural – CAR, observando ainda que o regime de proteção da APP não se altera, ou seja, o regime jurídico aplicado às áreas de preservação permanente não será o da Reserva Florestal Legal (§ 1.º do art. 15).

16. RESERVA FLORESTAL LEGAL URBANA

O Código Florestal passado não disciplinava o destino da Reserva Florestal Legal, se o imóvel rural passasse a integrar a área urbana ou a área de expansão urbana, o que era muito debatido pela doutrina e por autoridades ambientais. Felizmente, o novo diploma, no art. 19, determina que “a inserção do imóvel rural em perímetro urbano definido mediante lei municipal não desobriga o proprietário ou posseiro da manutenção da área de Reserva Legal, que só será extinta concomitantemente ao registro do parcelamento do solo para fins urbanos aprovado segundo a legislação específica e consoante as diretrizes do plano diretor”.

O art. 25 ainda prevê, como instrumento do poder público municipal para o estabelecimento de áreas verdes urbanas, a possibilidade de transformação das reservas legais em áreas verdes, o que necessariamente deverá constar do plano diretor, ferramenta legal adequada para tratar da função social das cidades.

17. RESERVA FLORESTAL LEGAL VOLUNTÁRIA

O § 2.º do art. 15 do Estatuto Florestal, dispõe sobre a reserva florestal voluntária, ou seja, o excedente florestal existente na propriedade rural. Assim, toda área conservada que ultrapasse o mínimo exigido pela lei poderá ser utilizada para constituição de servidão ambiental ou Cota de Reserva Ambiental.

Questão interessante é saber o destino das reservas legais florestais especializadas e averbadas no Registro de Imóveis antes da promulgação do novo Código Florestal e que estejam abaixo dos quatro módulos passíveis de exigibilidade. Tecnicamente é possível conjecturar que as reservas legais florestais podem ser desmatadas porque não existe mais a *exigibilidade*, o mesmo ocorrendo com as áreas de preservação permanente não computadas em reservas legais, o que atualmente é permitido (art. 15). No entanto, não há previsão expressa no Código Florestal vigente a respeito da afetação definitiva ou não de referidas áreas, conforme art. 225, § 1.º, III, da CF/1988.

18. ÁREA VERDE URBANA

A área verde urbana, prevista de forma genérica na Lei 6.766/1979, agora é disciplinada expressa e detalhadamente. Segundo o art. 3.º, XX, do Estatuto Florestal,

consiste em: “espaços, públicos ou privados, com predomínio de vegetação, preferencialmente nativa, natural ou recuperada, previstos no Plano Diretor, nas Leis de Zoneamento Urbano e Uso do Solo do Município, indisponíveis para construção de moradias, destinados aos propósitos de recreação, lazer, melhoria da qualidade ambiental urbana, proteção dos recursos hídricos, manutenção ou melhoria paisagística, proteção de bens e manifestações culturais”.

19. COMPENSAÇÃO

O art. 66 da Lei 12.651/2012, “o proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22.07.2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente: I – recompor a Reserva Legal; II – permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal; III – compensar a Reserva Legal.”

A compensação da reserva florestal ocorrerá assim de forma *direta* quando o proprietário de determinado imóvel com passivo ambiental decorrente de ausência de Reserva Florestal Legal total ou parcial utiliza o outro imóvel de sua propriedade com excedente florestal, inscrevendo referidas situações no Cadastro Ambiental Rural – CAR.

A compensação pode ainda ser *indireta*, hipótese em que o proprietário sem a Reserva Florestal Legal pode adquirir Cotas de Reserva Ambiental – CRA, arrendar área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal voluntária; ou ainda doar ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária (§ 5.º do art. 66 do Código Florestal).

O registrador deverá observar se existe coincidência entre os proprietários dos imóveis, porque caso não ocorra, o caso não é de compensação direta e sim indireta por meio de arrendamento ou aquisição de cotas de reserva florestal.

A averbação da RLF ocorre somente no imóvel que está servindo de compensação, mas é preciso também proceder à averbação da notícia da compensação no imóvel compensado, completando o procedimento e evitando que no futuro ocorra questionamento sobre a RLF do respectivo imóvel.

Na compensação indireta por arrendamento da servidão florestal de outra propriedade, é importante a publicidade registrária não do arrendamento pela falta de previsão legal (art. 167 da LRP), mas da notícia que a Reserva Florestal Legal do imóvel não está especializada em razão de compensação aprovada pelo órgão ambiental competente.

20. COTA DE RESERVA AMBIENTAL – CRA

O art. 44 do Código Florestal instituiu “a Cota de Reserva Ambiental – CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em

processo de recuperação”. A ideia central “consiste na tentativa de viabilizar a aproveitamento (jurídico e econômico) de áreas de vegetação nativa que excedam as obrigações impostas pela legislação ambiental, criando-se uma espécie de mercado de CRA”.⁵³ Assim, estão representadas pelas CRA's tão somente áreas de preservação que excedem a obrigação legal que toda propriedade imobiliária rural deve ter como áreas de preservação permanente e reservas legais florestais.

Configura um aperfeiçoamento da Cota de Reserva Florestal – CRF, emitida nos termos do *art. 44-B da Lei 4.771, de 15.09.1965*, que não foi implementada, mas, juridicamente, agora é convertida em Cota de Reserva Ambiental – CAR (*art. 44, § 3.º*).

Interessante do ponto de vista registrário é que “o vínculo de área à CRA será averbado na matrícula do respectivo imóvel no Registro de Imóveis competente” (*art. 45, § 3.º*), bem como na “utilização de CRA para compensação da Reserva Legal será averbada na matrícula do imóvel no qual se situa a área vinculada ao título e na do imóvel beneficiário da compensação”, provando a forte vinculação entre o título e o direito real nele representado. E configura necessariamente um direito real porque, além da publicidade registrária, o *art. 49, § 2.º*, dispõe que a “transmissão inter vivos ou *causa mortis* do imóvel não elimina nem altera o vínculo de área contida no imóvel à CRA”. O cancelamento também será averbado nas respectivas matrículas conforme o *§ 3.º do art. 50 da Lei 12.651/2012*).

O *art. 44* traz as hipóteses em que a CRA será emitida, são elas áreas sob regime de servidão ambiental, instituída na forma do *art. 9.º-A da Lei 6.938, de 31.08.1981*; correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos na lei; protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN, nos termos do *art. 21 da Lei 9.985, de 18.07.2000*; e existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

O documento que será apresentado no Registro de Imóveis é um termo ou certidão assinado pela autoridade ambiental contendo a especialização da área que provavelmente já possui publicidade registral. As cotas de reserva ambientais representam um excedente florestal que deve ser conhecido já que circulará em meio próprio para fins de compensação, de forma que deve o registrador imobiliário ter o cuidado de checar (averiguar) se está averbada na respectiva matrícula.

21. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal e o Código Civil de 2002 atribuíram ao direito de propriedade – e por consequência ao Registro de Imóveis – a necessidade de incorpo-

53. PAPP, Leonardo. *Comentários ao novo Código Florestal brasileiro (Lei 12.651/12)*. Campinas: Millennium, 2012. p. 210.

ração do conceito de função socioambiental da propriedade. O legislador brasileiro, por seu lado, elegeu o Registro de Imóveis para facilitar o acesso à informação ambiental, conferindo maior publicidade e cumprimento das obrigações ambientais em virtude de sua estrutura e confiabilidade.

O Código Florestal de 2012 (Lei 12.561) criou o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no entanto, não conferiu a publicidade necessária para que a informação ambiental fosse disponibilizada para se facilitar a fiscalização por qualquer pessoal do povo e autoridade ambientais.

O Registro de Imóveis opera como um espelho jurídico das informações ambientais e urbanísticas, sendo que pela flagrante diferença entre cadastro e registro, não deve controlar aspectos ambientais inerentes ao cadastro, mas somente reforçar sua publicidade.

Somente a publicidade ambiental potencializada no Registro de Imóveis garante a publicidade constitucional das informações ambientais porque somente a estrutura registral possui os instrumentos necessários para se chegar à informação como índices para as buscas, facilidade de acesso físico e virtual.

Com o novo Estatuto Florestal (2012) a publicidade das reservas florestais legais passa por grave crise em razão de imperfeição jurídica constante do texto legislativo.

O Cadastro Ambiental Rural confunde-se com a função registral e carece de publicidade que permita a fiscalização célere por qualquer pessoa do povo e pelo Ministério Público.

A publicidade registral da Reserva Florestal Legal permanece na legislação de forma facultativa para o proprietário e obrigatória para o órgão ambiental e o Registro de Imóveis deve exigir a especialização da Reserva Florestal Legal quando do término do prazo estabelecido no Código Florestal, bem como nas hipóteses de retificação de registro, sempre valendo-se das informações depositadas no cadastro ambiental.

22. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.
- ANTONCICH, Ricardo; CLASEN, Jaime; MUNARRIZ SANS, José Miguel. *Ensino social da igreja*. Petrópolis: Vozes, 1986.
- ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI, t. I.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

- COMTE, Augusto. *Discurso sobre o espírito positivo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- CRETELLA JR., José; FREITAS, Vladimir Passos de (coords.). *Águas – Aspectos jurídicos e ambientais*. Rio de Janeiro: Juruá, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DIP, Ricardo Henry Marques. São taxativos os atos registráveis? *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. p. 34. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *Direito ambiental: uma necessidade*. Santa Catarina: Imprensa da UFSC, 1998.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- _____. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- JACOMINO, Sérgio. *Boletim Eletrônico do IRIB*. n. 509. 29.06.2002. Disponível em: [www.irib.org.br]. Acesso em: 15.09.2008.
- JUSTO, Santos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito à informação ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Direito à informação ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LIBERAL, Jorge. *Requejo descripción geográfica de las fincas en el registro de la propiedad*. Valladolid: Lex Nova, 2007.
- MAIA, Leonardo Castro. O novo Código Florestal e a averbação da Reserva Legal no registro de imóvel. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 70. p. 77. São Paulo: Ed. RT, abr. 2013.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1976.
- MELO, Marcelo Augusto Santana. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (orgs.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli. Publicidade registral imobiliária. In: JACOMINO, Sérgio (coord.). *Direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ORLANDI NETO, Narciso. Reservas florestais. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 42. p. 46. São Paulo: Ed. RT, 1997.

- PAPP, Leonardo. *Comentários ao novo Código Florestal brasileiro (Lei 12.651/12)*. Campinas: Millennium, 2012.
- PICAZO, Luis Diéz; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004. vol. III.
- PINEDO, Ignacio Pereña. La función social del derecho de propiedad. In: BASTIDA, Francisco J. (coord.). *Propiedad y derecho constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores da España, 2005.
- RAMOS, Joaquín Delgado. *La protección registral del medio ambiente. Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007. vol. 1.
- RIBEIRO, José. Direito de propriedade sobre as águas e o Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 51. p. 203. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SINGER, Joseph William. *Introduction to property*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2005.
- TEIXIDÓ, Marta Valls; SATONJA, Mercedes Tormo. El registro de la propiedad y mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad. *Expert corner report*. Colégio de Registradores da Espanha para a Agência Europeia de Meio Ambiente. Disponível em: [www.registradores.org].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Registro de Imóveis e a microfísica da publicidade ambiental, de Alexandre Augusto de Paiva Barreiro – *RDI* 75/201 (DTR\2013\10170);
- Reserva Legal florestal no novo Código Florestal. Averbação, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 74/343 (DTR\2013\3828); e
- Reservas florestais, de Narciso Orlandi Neto – *RDI* 42/46 (DTR\1997\351).

A LEGALIDADE DOS LOTEAMENTOS FECHADOS

MARINHO DEMBINSKI KERN

Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhuaguera-Uniderp. Membro do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB) e da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (Arisp). Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Tupi Paulista/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente artigo versa sobre legalidade dos loteamentos fechados. Inicialmente, são estudados os conceitos básicos sobre o parcelamento do solo, o procedimento do loteamento, a função e os efeitos do registro, e, por fim, a natureza das áreas públicas oriundas desse procedimento. Então, verifica-se o conceito de bens públicos, as suas classificações, as suas características, e as formas pelas quais seu uso é outorgado a particulares. Com relação ao tema central, define-se o conceito de loteamento fechado, seguindo-se no exame das teses favoráveis à sua legalidade e, depois, das teses desfavoráveis à sua legalidade. Por fim, são discutidas as teses opostas, mediante exame dos seus argumentos. Para efetivar tais análises, procede-se ao exame dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes à matéria em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Parcelamento do solo – Lote – Bens públicos – Uso privativo – Loteamentos fechados.

ABSTRACT: This paper is about the legality of the "closed allotments". Initially, it is studied the basic concepts of land division, the allotments' procedure, the function and the effects of the registration, and, at last, the nature of the public areas resulting from this procedure. Then, it is verified the concept of the public assets, their classifications, their characteristics, and the means by which their private use is granted. Concerning to the central object of this paper, it is defined the concept of "closed allotments", continuing by the examination of the favorable thesis and, after, of the unfavorable thesis regarding its legality. At last, it is discussed the antagonistic thesis, by the examination of their arguments. To accomplish these analysis, it is proceeded the examination of the doctrine lessons and court decisions about the subject of this paper.

KEYWORDS: Land division – Lot – Public assets – Private use – Closed allotments.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Parcelamento do solo: 2.1 Conceitos introdutórios; 2.2 Procedimento do loteamento; 2.3 Registro do loteamento: funções, importância e efeitos; 2.4 Áreas públicas – 3. Bens públicos e seu regime jurídico: 3.1 Conceito e classificações; 3.2 Afetação e desafetação. Características dos bens públicos; 3.3 Utilização dos bens públicos – 4. Loteamentos fechados: 4.1 Conceito; 4.2 Teses favoráveis à juridicidade do loteamento fechado; 4.3 Teses desfavoráveis à juridicidade do loteamento fechado; 4.4 Discussão sobre as teses contrapostas – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Os loteamentos fechados se proliferaram nas grandes e pequenas cidades. São a realidade comum do cotidiano. Isso pode ser explicado por se tratar de um empre-

endimento capaz de conjugar um bom espaço para construção de uma casa confortável com a área de lazer e um sistema de segurança (muros, guaritas, câmeras e vigilância), ou seja, une dois anseios básicos da população: a qualidade de vida e a segurança.

Não obstante essa indiscriminada proliferação, existe forte controvérsia, no meio jurídico, acerca da legalidade dessa modalidade de parcelamento do solo. Isso porque o art. 22 da Lei 6.766/1979 declara que os espaços livres, áreas públicas, ruas e praças decorrentes do loteamento passam, com o registro, ao domínio do Município, de modo que seria questionável a atribuição de bens de uso comum do povo ao uso exclusivo de particulares, por meio do fechamento da gleba. Além disso, inexistente previsão, na legislação federal, desse instituto.

Em razão da necessidade de elucidação dessa questão, que afeta os interesses de investidores imobiliários, moradores e registradores imobiliários, a quem cabe qualificar (procedimento de controle da legalidade) os títulos que veiculem essa modalidade de loteamento, foi produzido o presente trabalho, com a finalidade de examinar a legalidade dos loteamentos fechados.

2. PARCELAMENTO DO SOLO

2.1 *Conceitos introdutórios*

Ao se falar em loteamento e parcelamento do solo, é necessário ter em mente, primeiramente, alguns conceitos básicos, que são imprescindíveis à boa compreensão da matéria, tais como parcelamento material, parcelamento jurídico, loteamento, desmembramento, desdobro, lote e gleba.

Inicialmente, é mister sublinhar que todos os conceitos e procedimentos a serem tratados neste trabalho se referem ao parcelamento do solo para fins urbanos, de modo que não serão abordados conceitos e procedimentos atinentes ao parcelamento para fins rurais. A diferença entre as duas formas de parcelamento está na “finalidade” da subdivisão da terra: no parcelamento urbano, objetiva-se a edificação e/ou a recreação; no rural, os lotes terão como finalidade a extração vegetal ou a exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial (AMADEI; AMADEI, 2012, p. 14).

A operação de parcelar o solo, realizar o parcelamento do solo, é “a transformação do terreno em dois ou mais de dois: o terreno velho desaparece, surgindo os novos (...)” (destaque do original, PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 40).

Distinguem-se duas acepções em que se pode falar de parcelamento do solo: (a) “parcelamento material”, que compreende o ato que “se faz na imagem da coisa (planta, delimitação), ainda sem se fazer na coisa” (destaque do original, PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 41), admitindo, portanto, uma segunda fase, de execução; e (b) *parcelamento jurídico*, que é o ingresso do parcelamento no mundo jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 41).

O “parcelamento material” possuiu dois momentos, passíveis de se fundirem ou não: (a) momento da “indicação” dos novos terrenos, a serem obtidos a partir da transformação do terreno originário; e (b) momento do “corte” do terreno originário para, efetivamente, se obter os novos terrenos (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 41).

Com relação ao “parcelamento jurídico”, como ensina Pontes de Miranda (2001, p. 47), é preciso ter em mente que o simples ato de indicar e/ou cortar o terreno não torna jurídica essa operação de parcelamento, nem faz nascer, no mundo jurídico, os lotes em detrimento do terreno originário. As formas pelas quais o parcelamento pode se juridicizar são variadas e quem as indica é a legislação.

Como explica Pontes de Miranda (2001, p. 47), “o que importa para que o parcelamento atinja a completa juridicização é a eficácia *real*. Essa eficácia real é que faz desaparecer, no plano jurídico, o *terreno* e aparecerem os *lotes* dele” (“destaque do original”). O exato procedimento para que se obtenha a eficácia real, com plena juridicização do parcelamento, será abordado no momento oportuno.

Ao passo que o Dec.-lei 58/1937 (antiga legislação sobre loteamentos urbanos, a qual ainda continua a reger os loteamentos rurais) falava em terras rurais e terrenos urbanos como objeto do parcelamento (art. 1.º, *caput*), a atual Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979) se utiliza da expressão “gleba” (art. 2.º). Cumpre, pois, definir o que é gleba.

Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar, após advertirem que o conceito não leva em conta a dimensão do terreno, definem a gleba como “a porção de terra que, não tendo sofrido nenhum parcelamento anterior de caráter urbano (loteamento ou desmembramento), é subdividida em outras porções (lotes) destinadas à edificação” (1980, p. 10-11). Da mesma forma, Vicente Celeste Amadei e Vicente Abreu Amadei conceituam a gleba como “a área de terreno que *ainda não foi objeto de parcelamento urbano regular; isto é, aprovado e registrado*” (destaque do original, 2012, p. 40).

Diversamente do que ocorre com a gleba, cuja definição é doutrinária, o conceito de lote vem estampado no art. 2.º, § 4.º, da Lei 6.766/1979: “terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe”.

A doutrina critica a definição legal de lote e continua a defini-lo como “a porção de terra resultante do parcelamento urbano destinada à edificação ou recreação” (destaque do original, AMADEI; AMADEI, 2012, p. 41). No mesmo sentido, porém realçando apenas a destinação à edificação, é o conceito de lote de Mukai, Alves e Lomar (1980, p. 11). Ainda, Diógenes Gasparini enfatiza que o lote é área de terra resultante da operação de parcelamento (loteamento e desmembramento) e delas é indissociável, ao mesmo tempo em que realça a necessidade de ser destinado à edificação (GASPARINI, 1982, p. 37).

O parcelamento do solo, que transforma o terreno originário em diversas unidades, os lotes, efetiva-se, ordinariamente, das seguintes formas: o loteamento, o desmembramento e o desdobro.

As definições de loteamento e de desmembramento, como espécies do gênero parcelamento do solo, estão previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da Lei 6.766/1979. Ambos os dispositivos legais fazem referência à “subdivisão da gleba em lotes destinados à edificação”, sendo, então, o caráter distintivo entre as espécies de parcelamento a abertura, modificação ou transformação do sistema viário.

Enquanto no loteamento há abertura de vias, alteração ou prolongamento do sistema viário existente, no desmembramento há aproveitamento das vias “já existentes”, sem qualquer alteração do sistema viário.

Com base nas características ressaltadas pela legislação ao definir os institutos mencionados, Afrânio de Carvalho explica que:

“(…) o loteamento tende à futura *urbanização* da gleba e envolve a transferência gratuita de parte desta ao Município para logradouros, ao passo que o desmembramento subentende no local a existência presente de urbanização e de logradouros. No primeiro caso, emerge claramente o interesse público de obter a satisfação de certos fins comunitários, ao passo que no segundo, por já estarem satisfeitos esses fins, não se acusa esse interesse, pelo menos de maneira visível, mas apenas o interesse particular do dono da gleba” (destaque do original, CARVALHO, 1998, p. 66).

Há, como se pode notar, uma diferença de complexidade entre os institutos: o loteamento se destina à urbanização de uma determinada área, com implantação de vias públicas, equipamentos públicos e comunitários; o desmembramento se destina, de um modo geral, a “facilitar a venda de uma fração maior, grande demais para um só comprador, ou senão para não perder sobras do terreno” (RIZZARDO, 2013, p. 63).

Ao lado dessas duas formas principais de parcelamento, existe outra, que se faz fortemente presente no dia a dia dos Cartórios de Registro de Imóveis, qual seja, o desdobro. O desdobro se caracteriza com uma espécie de fracionamento mais simples, no qual a gleba é normalmente cindida em poucas partes (em geral, em duas porções), cujo procedimento também é mais singelo.

A doutrina conceitua o desdobro como sendo a divisão do “lote” em diversas porções, de modo que, enquanto o desmembramento seria a subdivisão da “gleba”, o desdobro seria a subdivisão do lote (MUKAI; ALVES; LOMAR, 1980, p. 15). Obviamente, no desdobro, a exemplo do que ocorre no desmembramento, não poderá haver abertura de vias públicas.

2.2 Procedimento do loteamento

O procedimento do loteamento vem definido na Lei 6.766/1979, em especial nos seus arts. 6.º ao 24. No parcelamento do solo, a legislação estatui diversas condições e etapas, sendo que nele se entrelaçam o Direito Administrativo, que indica os requisitos urbanísticos para a autorização do parcelamento, e o Direito Civil,

que, indicando os requisitos jurídicos, concede ao proprietário o direito ao parcelamento e ao estabelecimento das correspondentes relações jurídicas (CARVALHO, 1981, p. 09).

A primeira etapa do procedimento com vista ao loteamento está relacionada ao projeto, como se pode ver pelo Capítulo III (“Do projeto de loteamento”) da Lei 6.766/1979.

Todavia, antes mesmo da elaboração do projeto, o interessado deve requerer à Prefeitura Municipal ou ao Distrito Federal que fixe as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, sistema viário, espaços livres e áreas reservadas para equipamentos urbanos e comunitários (art. 6.º, *caput*, da Lei 6.766/1979). Para tanto, o interessado apresentará, junto com seu requerimento, a planta da gleba cujo loteamento se pretende.

Então, de acordo com o planejamento municipal e estadual, a Prefeitura ou o Distrito Federal indicará nas plantas: (a) as ruas ou estradas existentes ou projetadas, componentes do sistema viário da cidade, relacionadas com o loteamento e que deverão ser respeitadas (art. 7.º, I, da Lei 6.766/1979); (b) o traçado básico do sistema viário principal (art. 7.º, II, da Lei 6.766/1979); (c) os locais aproximados que deverão ser destinados às áreas livres e aos equipamentos urbanos e comunitários (art. 7.º, III, da Lei 6.766/1979); (d) as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas *non aedificandi* (art. 7.º, IV, da Lei 6.766/1979); e (e) as zonas de uso da área, com indicação dos usos compatíveis (art. 7.º, V, da Lei 6.766/1979). Essas diretrizes vigorarão pelo período de quatro anos, como previsto no art. 7.º, parágrafo único, da Lei 6.766/1979.

Esta fase, denominada de fase preliminar por Rizzardo (2013, p. 45) e de fase consultiva por Carvalho (1981, p. 10), pode ser dispensada, “desde que haja lei municipal neste sentido”, nas seguintes hipóteses: (a) Municípios com menos de cinquenta mil habitantes; e (b) Municípios cujo plano diretor possuir diretrizes para a urbanização da zona em que está situada a gleba a ser loteada (art. 8.º da 6.766/1979).

Rizzardo (2013, p. 47) esclarece que o objetivo dessa fase preliminar é permitir a articulação entre o projeto de loteamento e a política vigente de desenvolvimento urbano.

Superada essa fase prévia, o pretense loteador deverá apresentar à Prefeitura Municipal ou ao Distrito Federal o projeto para a aprovação, acompanhado da certidão da matrícula da gleba (expedida pelo Registro Imobiliário), da certidão negativa de tributos municipais e do competente instrumento de garantia (art. 9.º da Lei 6.766/1979). O projeto será composto por: (a) desenhos, que indicarão os diversos espaços componentes do loteamento, com a utilização de marcos, rumos e ângulos (art. 9.º, *caput* e § 1.º, da Lei 6.766/1979); (b) memorial descritivo, que descreverá o loteamento, as zonas de uso, as suas condições urbanísticas e as limi-

tações incidentes sobre os lotes e construções, além das constantes das diretrizes municipais, as áreas públicas e os equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos já existentes no loteamento e nas adjacências (art. 9.º, *caput* e § 2.º, da Lei 6.766/1979); e (c) cronograma de execução das obras com prazo máximo de quatro anos (art. 9.º, *caput*, da Lei 6.766/1979).

Nesta segunda fase, denominada aprobativa (CARVALHO, 1981, p. 10), a Prefeitura ou o Distrito Federal examinará o projeto e o aprovará ou o rejeitará no prazo assinado por lei municipal, que, no caso de ausência de lei o regulando, será de noventa dias (art. 16, *caput* e § 2.º, da Lei 6.766/1979). Caso transcorra o prazo, da lei municipal ou o prazo supletivo da lei federal, sem ter havido manifestação por parte do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado, conforme a redação do art. 16, § 1.º, da Lei 6.766/1979. “A aprovação é ato administrativo de licença”, conforme ensina Galhardo (2004, p. 49).

Aprovado o projeto, o loteador deverá apresentar o projeto acompanhado da seguinte documentação ao Registro Imobiliário: (a) título de propriedade ou certidão da matrícula (art. 18, I, da Lei 6.766/1979); (b) histórico dos títulos de propriedade, acompanhado dos comprovantes, abrangendo os últimos vinte anos (art. 18, II, da Lei 6.766/1979); (c) certidões negativas de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel, de ações reais sobre o imóvel (pelo prazo de dez anos) e de ações penais referentes a crimes contra o patrimônio e contra a Administração Pública (art. 18, III, da Lei 6.766/1979); (d) certidões relativas aos cartórios de protestos de títulos, de ações penais e de ações pessoais referentes ao loteador, pelo período de dez anos, bem como certidão de ônus reais relativos ao imóvel (art. 18, IV, da Lei 6.766/1979); (e) cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação das obras pela Prefeitura/Distrito Federal ou da aprovação do cronograma de execução das obras, acompanhado do instrumento de garantia dessa execução (art. 18, V, da Lei 6.766/1979); (f) minuta do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão (art. 18, VI, da Lei 6.766/1979); e (g) declaração do cônjuge do requerente anuindo no registro do loteamento (art. 18, VII, da Lei 6.766/1979).

As certidões negativas de ações reais atinentes ao imóvel, bem como as certidões de ações pessoais e penais, e as dos Cartórios de Protestos devem ser extraídas não só em nome do loteador, mas também em nome de todos aqueles que no período de dez anos foram titulares de direito real sobre a gleba objeto de loteamento (art. 18, § 1.º, da Lei 6.766/1979). A contagem deste prazo tomará por base a data do pedido de registro do loteamento, conforme dispõe o mencionado dispositivo legal. Rizzardo (2013, p. 75), ressaltando a dificuldade de se saber quando será feito o pedido de registro e ponderando que elas acompanham o pedido, explica que devem ser aceitas, “desde que suas datas não estejam distanciadas em um período superior ao previsto para apresentação do projeto a registro após a aprovação, isto é, não superior a 180 dias”.

A apresentação da documentação para registro deverá ocorrer no prazo de 180 dias a partir da aprovação, sob pena de caducidade da aprovação municipal (art. 18, *caput*, da Lei 6.766/1979). Sobre esse prazo, Ceneviva explica que:

“Ultrapassado o prazo – contado dia a dia, excluído o primeiro e incluído o último –, o registro não será feito, atingindo o direito do interessado pela decadência. O oficial negará o assentamento mesmo que o último dia caia em domingo ou feriado e o interessado apresente a documentação no primeiro dia útil seguinte. Para impedir a caducidade do direito, a prenotação dos papéis submetidos a registro deve ocorrer *dentro* dos cento e oitenta dias, a contar da aprovação municipal” (destaque do original, CENEVIVA, 2010, p. 695).

Caso assim não ocorra e a caducidade fulmine o direito, será necessário que a aprovação seja ratificada por novo ato administrativo (GALHARDO, 2004, p. 49-50).

Protocolado o requerimento com a documentação pertinente no Cartório de Registro de Imóveis, o pedido será autuado e examinado pelo Oficial. Nesse momento, o Registrador examinará os requisitos jurídicos do loteamento, jungido que está ao princípio da legalidade, isto é, a ele incumbirá o cumprimento dos requisitos registrários, com relação à área (especialidade objetiva – perfeita descrição, caracterização e localização do imóvel) e às pessoas (especialidade subjetiva – se o proprietário está individualizado e constam todos os seus dados da matrícula), bem como se toda a documentação legal foi apresentada, se não há vícios, ônus ou obstáculos ao acolhimento da inscrição no fólio real.

Se a documentação não estiver em ordem, o Oficial emitirá nota devolutiva, na qual indicará por escrito e fundamentadamente as eventuais exigências que devem ser satisfeitas, conforme dispõe o art. 198 da Lei 6.015/1973. Caso o interessado não concorde com as exigências ou não as possa satisfazer, poderá requerer ao Oficial que suscite dúvida para o Juiz Corregedor, conforme o mesmo art. 198 da Lei 6.015/1973. Então, o procedimento será judicial, com prolação de sentença, que desafiará o recurso de apelação (arts. 201 e 202 da Lei 6.015/1973).

Estando tudo em ordem, o Oficial comunicará a Prefeitura acerca do pedido de registro do loteamento e publicará, em resumo e com um pequeno desenho da área, edital do pedido de registro, por três dias consecutivos em jornal local de circulação diária (nas Capitais, a publicação também ocorrerá no *Diário Oficial Estadual*), ou, se não houver, em jornal da região (art. 19, *caput* e § 3.º, da Lei 6.766/1979). A partir da publicação dos editais, eventuais interessados poderão impugnar o pedido de registro no prazo de 15 dias contados da última publicação (art. 19, *caput*, da Lei 6.766/1979).

Havendo impugnação, “abrir-se-á a fase *contenciosa* (§ 1.º do art. 19), caracterizada pela controvérsia entre o loteador e o terceiro impugnante (...)” (destaque do original, CARVALHO, 1981, p. 16). Nessa fase contenciosa, o Oficial intimará o requerente do registro e a Prefeitura ou o Distrito Federal para se manifestarem no prazo

de cinco dias, sob pena de arquivamento do procedimento (art. 19, § 1.º, da Lei 6.766/1979). Com essas manifestações, encaminhará os autos ao Juiz competente, que, ouvido o Ministério Público no prazo de cinco dias, decidirá de plano ou após instrução sumária, remetendo os interessados às vias ordinárias na hipótese de a questão exigir alta indagação (art. 19, §§ 1.º e 2.º, da Lei 6.766/1979).

Caso não haja a impugnação, o Oficial fará o registro imediatamente na matrícula da gleba loteada (art. 19, *caput*, da Lei 6.766/1979). Após a efetivação do ato registral, o Oficial enviará comunicação do registro, por certidão, à Prefeitura Municipal, conforme preceitua o art. 19, § 5.º, da Lei 6.766/1979, encerrando, então, o procedimento.

Importante destacar que, caso a gleba se localize em mais de uma circunscrição imobiliária, o registro deverá ser promovido perante todas elas, iniciando-se na circunscrição que abranja a maior porção da gleba. Realizado nesta circunscrição, será promovido sucessivamente em cada uma das demais circunscrições, comprovando perante cada qual a realização do registro na anterior, conforme preceitua o art. 21 da Lei 6.766/1979.

2.3 Registro do loteamento: funções, importância e efeitos

Houve quem criticasse ter a Lei 6.766/1979 atribuído ao Registro de Imóveis o efetivo processamento do loteamento, por entender que essa função deveria ser estritamente administrativa e perante a Prefeitura, como noticiou Mazzilli (1982, p. 24-25). No entanto, como defendeu Mazzilli (1982, p. 25):

“O processamento do pedido de registro perante o Cartório Imobiliário, após aprovação do projeto pela Municipalidade ou pelo Distrito Federal, permite uma oportuna fiscalização por meio do Oficial do Registro, que pode levantar as dúvidas necessárias; permite a fiscalização do Ministério Público e do juiz, nas suas normais funções de correição. É o meio mais adequado para solucionar as hipóteses, sempre possíveis, de existência de impugnações ao pedido de registro, muitas vezes por aspectos de legalidade.”

Outrossim, a doutrina aponta como objetivos da *juridicização* do loteamento, que ocorre mediante o regular processamento e consequente registro no Cartório de Registro de Imóveis, os seguintes:

“a) constatar a regularidade do plano de loteamento, a viabilidade dos lotes, as vias de acesso, servidões etc.;

“b) levar ao conhecimento dos futuros adquirentes os dados relativos à filiação dos títulos de propriedade, dando-lhes segurança, embora relativa;

“c) levar ao conhecimento dos futuros adquirentes os ônus e encargos que pesam sobre o imóvel e quebrantar o princípio da indivisibilidade da garantia real;

(...)

“d) facilitar o conhecimento do plano de loteamento e dos demais documentos necessários aos pretendentes à compra e outros interessados (...)” (BATALHA, 1959, p. 223).

Amadei (1999, p. 41), ressaltando a importância do registro do parcelamento no Registro Imobiliário para a segurança jurídica, sustenta a existência de tríplice *ratio iuris* na exigência do registro: (a) aspecto social de proteção jurídica aos adquirentes de lotes; (b) aspecto registral de controle da especialidade objetiva e da disponibilidade; e (c) aspecto urbanístico de controle de todas as licenças necessárias e exigíveis para a tutela urbanística do empreendimento.

Delineado que o registro especial, como é comumente conhecido o registro do parcelamento do solo previsto no art. 18 da Lei 6.766/1979, tem como escopo a proteção dos adquirentes, o controle à obediência aos requisitos jurídicos e urbanísticos, e a verificação da conformidade do parcelamento aos aspectos registrários (continuidade, especialidade objetiva e subjetiva, e disponibilidade), resta saber quais os efeitos, no mundo jurídico, que são produzidos em virtude da ulatimação desse registro.

Como ensinou Batalha (1959, p. 224), a “inscrição do loteamento atribui ao imóvel o *estado de propriedade loteada*” (destaque do original). É nítido, portanto, que o primeiro efeito a ser produzido pelo registro é de natureza declaratória: transforma-se a gleba originária em lotes (AMADEI, 1999, p. 43).

Porém, existe um segundo efeito, de natureza constitutiva: com o registro do parcelamento, as praças, ruas e áreas livres passam imediatamente ao domínio do Município (AMADEI, 1999, p. 43-44; CENEVIVA, 2010, p. 699).

Em razão da existência de dois efeitos, um de natureza declaratória, outro de natureza constitutiva, Amadei sintetiza que o efeito provocado pelo registro do parcelamento do solo é de natureza mista (AMADEI, 1999, p. 43).

A situação do loteamento – dependendo da existência do registro ou não –, como ensinam Amadei e Amadei (2012, p. 14), pode ser enquadrada nas seguintes categorias: (a) loteamento regular – é aquele aprovado, registrado e corretamente implantado; (b) loteamento clandestino – é o parcelamento que nem sequer foi aprovado pela Administração; (c) parcelamento irregular – é o parcelamento aprovado e não registrado ou, mesmo registrado, implantado incorretamente; e (d) parcelamento regularizado – é o parcelamento informal (clandestino ou irregular) que foi objeto de procedimento de regularização.

2.4 Áreas públicas

O loteamento, como visto, destina-se a urbanizar determinada área. Por esta razão, ele não se compõe apenas de lotes destinados à edificação, mas abarca a necessidade de criação de outras áreas: ruas, praças, equipamentos públicos, etc. O

espaço que deve ser destinado a essas áreas e a forma como devem ser planejadas e implantadas estão compreendidos nos requisitos urbanísticos do parcelamento do solo, cuja fixação e análise competem ao Município ou Distrito Federal (arts. 4.º; 6.º; 7.º; 9.º e 12, todos da Lei 6.766/1979).

Avulta do próprio conceito de loteamento (art. 2.º, § 1.º, da Lei 6.766/1979) que dentro da gleba devem ser reservadas áreas para a implantação de logradouros públicos, de ruas. Mas não só para esse tipo de áreas públicas devem ser destinadas porções da gleba objeto de parcelamento.

Existem, também, as áreas destinadas aos equipamentos urbanos e aos comunitários. Enquanto os últimos servem para fins de educação, cultura, saúde, lazer e similares (art. 4.º, § 2.º, da Lei 6.766/1979), os primeiros são “equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado” (art. 5.º, parágrafo único, da Lei 6.766/1979).

Com relação aos equipamentos comunitários, Mukai, Alves e Lomar (1980, p. 28-29) ensinam que:

“A enumeração é exemplificativa, posto que existem outros equipamentos comunitários. O conjunto do loteamento deve trazer áreas comuns que, trabalhadas e mantidas sob controle do Poder Público, irão propiciar aos futuros adquirentes os serviços e benefícios que aquele deve colocar à disposição da coletividade. Os imperativos da urbanização exigem que o loteador reserve tais áreas para a futura comunidade que se localizará no empreendimento. A função social da propriedade, erigida como princípio constitucional em nosso sistema, legitima tal exigência da Lei imposta ao particular loteador, que se verá, independente de doação, despojado das áreas destinadas a equipamentos públicos, o que ocorre pelo simples fato do registro do loteamento.”

No que concerne aos equipamentos urbanos, ao contrário, os citados doutrinadores explicam que a enumeração legal do art. 5.º, parágrafo único, da Lei 6.766/1979 é taxativa (MUKAI; ALVES; LOMAR, 1980, p. 31).

Além desses conceitos, outros possuem importância capital ao se discutir assuntos ligados aos loteamentos, seja por sua menção na Lei 6.766/1979, seja por sua menção em Constituições Estaduais (como no art. 180, VII, da Constituição Estadual de São Paulo): trata-se dos conceitos de espaços livres, áreas verdes e áreas institucionais.

Os espaços livres, como define Silva (2012, p. 271), seriam “os *espaços abertos* públicos ou destinados a integrar o patrimônio público nos loteamentos, fora as vias de comunicação.” (destaque do original).

As áreas verdes, por sua vez, são constituídas por vegetação contínua, livres de construção em sua maior parte, embora admitam caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros melhoramentos de menor monta, destinadas ao uso público – em

regra, ao lazer ou à recreação –, servindo como forma de manter o equilíbrio no meio ambiente urbano (SILVA, 2012, p. 273-274).

As áreas verdes admitem duas categorias: (a) áreas verdes típicas, que são aquelas não destinadas ao público, ou, em sendo, admitem atividades com grau mínimo de impacto, possuindo forte cobertura vegetal e eventualmente caminhos naturais; e (b) áreas verdes mistas, que são áreas cobertas com vegetação, destinadas ao público, que admitem a instalação de equipamentos comunitários para fins de lazer e recreação (ARFELLI, 2011, p. 798).

Já com relação às áreas institucionais, ensina Freitas (1999, p. 186) que:

“(…) *todo espaço público de loteamento* destinado ao sistema de circulação, à implantação de equipamento urbano e comunitário, áreas verdes, espaços livres de uso público, vias, praças e jardins, e áreas destinadas a edifícios públicos, *considera-se área institucional*, porque definido assim pelo loteador, e porque é imposição legal” (destaque do original).

Em síntese, o loteamento, compreendendo forma de urbanizar uma região, origina a criação de áreas institucionais (gênero), na forma de espaços livres, vias públicas, equipamentos urbanos e comunitários, e áreas verdes, todos destinados ao implemento da melhoria da qualidade de vida na região.

No particular, deve ser destacada a lição de Arfelli (2011, p. 803), no sentido de que:

“O parcelamento do solo consiste na atividade urbanística de ordenar a expansão da cidade. Deve levar em conta não só a simples divisão da gleba em lotes edificáveis (fracionamento físico) e conseqüente atividade econômica, mas aspectos relacionados com a estética, paisagismo, salubridade, trânsito, segurança, educação, disponibilidade de serviços públicos, enfim, deve oferecer condições de habitabilidade à população urbana.”

Outrossim, as áreas públicas proporcionarão um incremento na qualidade de vida não apenas dos futuros moradores do loteamento, mas também aos moradores dos bairros vizinhos, que poderão praticar atividades de lazer e recreação nas áreas públicas resultantes do parcelamento (ARFELLI, 2011, p. 804).

As áreas públicas, genericamente agrupadas sob o conceito de áreas institucionais, com o registro do loteamento, passam ao domínio do Município (ou Distrito Federal), tornando-se bens públicos municipais conforme o art. 22, *caput*, da Lei 6.766/1979.

A doutrina explica essa alteração da titularidade dominial de tais áreas, por meio da teoria do concurso voluntário, segundo a qual o loteador proporia, ao apresentar o projeto, e o Município manifestaria sua aceitação, ao aprová-lo, à transferência das vias e áreas livres constantes do projeto de loteamento (BARROSO, 1993, p. 58).

Essa nomenclatura – concurso voluntário –, utilizada para designar a transmissão da propriedade, conquanto consagrada, tem merecido críticas. Parcela da

doutrina atenta para o fato de ser incorreta a menção à vontade na transferência do domínio, uma vez que a vontade do loteador (em lotear, o que, conseqüentemente, acarretaria a transferência dominial após o registro) seria metajurídica, e não pertenceria, portanto, ao âmbito estritamente jurídico, já que não será propriamente a vontade (diretamente considerada) que acarretará a incidência da norma legal – a questão se assemelha à voluntariedade de se submeter à tributação: conquanto o ato que gera a tributação esteja na esfera da vontade do indivíduo (de praticá-lo ou não), ao fazê-lo, a vontade não interessa e a incidência do tributo será compulsória (SOBRINHO, 2000, item 2).

Sobrinho, então, conclui ser inadequada a expressão “concurso voluntário”, sendo que, na verdade, no caso do art. 22 da Lei 6.766/1979, ocorre uma expropriação de cunho urbanístico, justificada pela função social da propriedade, e diversa das demais espécies de desapropriação, porque: (a) somente parte da propriedade privada é expropriada; (b) não se submete ao procedimento expropriatório de duas fases – declaratória e executiva –, decorrendo direta e imediatamente da lei; (c) não se consuma no momento do pagamento da indenização justa e prévia, mas sim com o registro do parcelamento do solo no Registro de Imóveis; e (d) não há uma indenização direta, embora se possa mencionar que o loteador aufera benefícios indiretos da transferência de áreas ao Município, uma vez que os melhoramentos por este realizados valorizarão a área e aumentarão os lucros do empreendedor (SOBRINHO, 2000, itens 6 e 7).

Dallari acresce, ainda, que o loteador obtém como compensação da perda de parte de sua propriedade o fato de ganhar uma parte da cidade, “na medida em que a área bruta e isolada que lhe pertencia passa a integrar a malha urbana” (DALLARI, 2011, p. 764).

Transmitida a propriedade para o Município (ou Distrito Federal) por meio do registro do parcelamento do solo, resta a dúvida acerca de que categoria de bens públicos integram. Embora geralmente seja lembrado que pertencem à dos bens públicos de uso comum do povo, a doutrina mais completa enumera que podem surgir, do loteamento, bens públicos de uso comum do povo e de uso especial (PEN-TEADO, 2013, p. 48; CARVALHO, 1998, p. 79).

Com efeito, não obstante a grande maioria dos bens decorrentes do loteamento realmente se encaixe na categoria dos bens públicos de uso comum do povo, por se tratarem de vias públicas, praças e espaços livres, existem espaços que se destinam à implantação de equipamentos comunitários, como, por exemplo, uma escola, e que, portanto, se encaixam na categoria dos bens públicos de uso especial, já que ficarão afetados à prestação de um serviço pela Administração Pública.

Carvalho (1998, p. 79) ressalta que não se criam, com o registro do parcelamento, bens dominicais, porquanto, diversamente dos bens de uso comum e de uso especial, que são indispensáveis à urbanização da gleba, aqueles não o são e importariam verdadeiro confisco da propriedade privada.

3. BENS PÚBLICOS E SEU REGIME JURÍDICO

3.1 *Conceito e classificações*

J. M. de Azevedo Marques definia os bens públicos como sendo “os que não pertencem às pessoas particulares, isto é, às naturais e jurídicas de direito privado (*sic*)” (MARQUES, 2011, p. 1). De modo inverso, mas com o mesmo sentido, o Código Civil preconizou, no art. 98, que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Como se pode notar, o critério distintivo entre bens públicos e bens particulares está na pessoa detentora de seu domínio. Sendo pessoa jurídica de direito público interno – União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, Autarquias, Associações Públicas e demais entidades públicas criadas por lei (art. 41, do CC/2002) –, o bem será público. Sendo qualquer outra pessoa, física ou jurídica, o bem será particular. E assim é não apenas por esquematização doutrinária cerebral, mas sim porque as categorias, público ou privado, apresentam regime jurídico diferenciado, como será visto adiante.

Não obstante, na doutrina administrativista, deve ser ressaltado que existem autores que entendem que os bens não pertencentes às pessoas jurídicas de direito público podem ser considerados bens públicos, se estiverem afetados à consecução de algum serviço público. É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 929) e de Diógenes Gasparini (2001, p. 665-666).

Mello justifica sua posição explicando que:

“A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submetidos ao mesmo regime jurídico dos bens de *propriedade pública*. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público” (destaque do original, MELLO, 2013, p. 930).

Os bens públicos podem ser classificados de inúmeras maneiras, assim como os bens em geral. Entretanto, de particular interesse são as classificações quanto à destinação e quanto ao regime jurídico. A primeira subdivide os bens em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Esta forma de catalogar os bens públicos foi expressamente adotada no art. 99 do CC/2002.

O art. 99, I, do CC/2002 faz referência aos bens de uso comum do povo, mas não os define. Usa apenas da técnica de enumeração exemplificativa, afirmando que se encaixam nessa categoria os rios, os mares, as estradas, as ruas e as praças. O conceito, portanto, deve ser buscado na doutrina. Gasparini os define precisamente:

“São as coisas móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público (União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal), usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo. São exemplos dessa espécie de bem os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças, as áreas verdes e de lazer. O uso e gozo desses bens é permitido a qualquer ser humano, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, entre pessoas físicas ou jurídicas, ou entre pessoas públicas e privadas. Para esse uso e gozo nada se exige em termos de autorização ou permissão, nem, pelo menos em princípio, se cobra pela utilização” (GASPARINI, 2001, p. 668).

Buzaid (2011, p. 3) deixa claro que a expressão “uso comum” é empregada no sentido de que o bem pode ser usado indistintamente, sem necessidade de licença especial, pelas pessoas. Salienta, ainda, que o fato de serem de uso comum não significa que o povo seja seu titular – o titular do bem é a pessoa jurídica de direito público interno, que os disponibiliza ao povo, que é, em verdade, beneficiário do bem.

Os bens de uso especial, por sua vez, são aqueles “que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços (...)” (MEIRELLES, 2003, p. 491). Gasparini (2001, p. 669) e Mello (2013, p. 930) enfatizam que esses bens se destinam à prestação de serviços públicos ou ao estabelecimento das repartições públicas em que se realiza a atividade da Administração Pública. Em síntese, são as escolas, hospitais, edifícios destinados à instalação de órgãos públicos etc.

Já os bens dominicais ou dominiais são aqueles que “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” (art. 99, III, do CC/2002). Em essência, o que difere essa categoria das demais é o fato de os bens dominiais não possuírem destinação específica, podendo ser usados para os mais diversos fins ou alienados (GASPARINI, 2001, p. 670; MEIRELLES, 2003, p. 492).

A segunda classificação mencionada é a que leva em conta o regime jurídico a que se submetem os bens. Nela, os bens públicos se subdividem em duas categorias: (a) bens do domínio público do Estado; e (b) bens do domínio privado do Estado.

Os bens do domínio público do Estado são aqueles pertencentes à Administração afetados a uma finalidade pública – o uso comum ou o uso administrativo –, submetidos a um regime de direito público, “derrogatório e exorbitante do direito comum, não se aplicando a essas modalidades de bens os institutos regidos pelo direito privado” (DI PIETRO, 2009, p. 669-670). Entram nessa categoria os bens descritos na classificação anterior como bens de uso comum do povo e os de uso especial.

Os bens do domínio privado do Estado consistem naqueles bens que são objeto de direito pessoal ou real das pessoas de direito público e não estão afetados à consecução de finalidades público-administrativas, isto é, compreendem os bens referidos na primeira classificação como dominicais (DI PIETRO, 2009, p. 674-675).

Esses bens se submetem a um regime parcialmente público e parcialmente privado. No silêncio da lei, o regime a eles aplicável seria o de direito privado, porém as próprias normas de direito público se encarregam de criar diversas restrições e derrogações ao regime tipicamente privado (DI PIETRO, 2009, p. 675-676).

Di Pietro (2009, p. 669) justifica essa classificação, explicando que, embora o Código Civil abranja três modalidades de bens, quanto ao regime jurídico, existem apenas duas categorias, uma vez que aos bens de uso comum e aos de uso especial se aplica o mesmo regime jurídico.

3.2 Afetação e desafetação. Características dos bens públicos

Justen Filho (2013, p. 1120) define a afetação como “a subordinação de um bem público a regime jurídico diferenciado, em vista à destinação dela à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva inclusive a sua inalienabilidade” (destaque do original). Por sua vez, Carvalho Filho (2013, p. 1149) destaca a afetação “como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração”.

Este autor destaca a afetação como “fato administrativo”, porque o importante são os acontecimentos administrativos que alteram a finalidade a que se destinam os bens, e não a forma pela qual se processa essa alteração (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1150). Nessa linha de raciocínio, conforme leciona Justen Filho (2013, p. 1121), a afetação pode se dar pelas seguintes formas: (a) afetação intrínseca – a própria natureza do bem conduz à sua afetação, porque o único uso possível e imaginável é a satisfação das necessidades comuns do povo; (b) afetação como situação consolidada no tempo – o bem, mesmo comportando diversas possibilidades de utilização, vem sendo usado para finalidades públicas (uso comum do povo) ou finalidades administrativas (uso especial); e (c) afetação por ato administrativo formal – a Administração por meio de ato formal confere uma destinação ao bem.

Em contrapartida, a desafetação é o inverso. Como explica, Carvalho Filho (2013, p. 1149), “é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior”. Ou seja, enquanto a afetação é a atribuição de uma finalidade público-administrativa ao bem, a desafetação é a retirada dessa finalidade do bem, que passa a integrar a categoria dos bens dominicais, bens que, não obstante públicos, não estão destinados à consecução de uma finalidade especial.

Como fato administrativo, a desafetação pode ocorrer em virtude de ato formal ou em razão de acontecimentos de natureza diversa, independente de sua forma (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1150). Inclusive, o ato (formal) que promover a desafetação pode ter natureza constitutiva negativa, quando se destina a provocar os efeitos para o futuro, ou natureza declaratória, quando apenas reconhece a perda da

finalidade especial em razão de outro acontecimento anterior (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1124).

No entanto, é de se advertir ser inadmissível a tese que o simples não uso, mesmo prolongado, do bem possa acarretar sua desafetação tácita, já que não é possível fixar o marco em que o não uso se converteu em desafetação e isso poderia implicar cessação arbitrária do domínio estatal, em detrimento do interesse coletivo (DI PIETRO, 2009, p. 673-674).

Portanto, à luz dos conceitos de afetação e desafetação, pode-se dizer que os bens de uso comum e os de uso especial estão afetados, já que possuem destinação especial, e que os dominicais não estão afetados, visto não se destinarem a fins especiais, sendo possível a migração de uma categoria para outra mediante afetação (de bens dominicais para bens de uso comum ou uso especial) ou desafetação (de bens de uso comum ou uso especial para bens dominicais).

Os bens públicos, como decorrência de seu regime diferenciado, apresentam algumas características básicas, quais sejam, inalienabilidade ou alienabilidade condicionada, impenhorabilidade ou imprescritibilidade.

Os bens públicos não podem ser livremente alienados, como ocorre com os bens pertencentes aos particulares. Por isso, normalmente os doutrinadores que lhe atribuem o signo da inalienabilidade (por exemplo, GASPARINI, 2001, p. 673). Carvalho Filho (2013, p. 1151) prefere o termo alienabilidade condicionada, pois explica que os bens dominicais podem ser alienados, desde que observadas as formalidades legais, e que os bens de uso comum e os de uso especial, que seriam, a princípio, inalienáveis, também podem ser alienados, caso haja prévia desafetação e observância dos trâmites legais.

Os arts. 100 e 101 do CC/2002 enunciam essa característica dos bens públicos. O primeiro dispositivo estipula a inalienabilidade dos bens de uso comum e de uso especial enquanto mantida sua afetação a tais finalidades. O segundo permite a alienação dos bens dominicais, desde que observadas as formalidades legais. Em resumo, o que se conclui é que apenas os bens dominicais são alienáveis (mas não livremente alienáveis, deve ser observado o devido processo legal), sendo os bens de uso comum e de uso especial inalienáveis (e isso fica evidente do fato de que somente podem ser alienados se houver desafetação, isto é, se deixaram de ser bens do domínio público do Estado e se tornarem bens dominicais).

A segunda característica dos bens públicos é a impenhorabilidade, isto é, os bens públicos não se submetem ao procedimento comum do processo civil de penhora de bens com alienação forçada. Essa característica, além de ter nítido cunho protetivo, já que impede a submissão dos bens públicos ao regime geral (comum) de alienação de bens, tem amparo no texto constitucional, uma vez que decorre da determinação do art. 100 da CF/1988, o qual determina que a execução de créditos contra a Fazenda Pública se dê por meio do sistema de precatórios (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1152-

1153). No Código de Processo Civil, há, também, a sistematização do procedimento diferenciado de execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731).

A terceira característica é a imprescritibilidade dos bens públicos. Como explica Mello (2013, p. 932), “quer-se com esta expressão significar que os bens públicos – sejam de que categoria forem – não são suscetíveis de usucapião” (destaque do original). Conquanto tenha havido controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de se usucapir bens dominicais, o Código Civil é expresso no sentido de que os “bens públicos não estão sujeitos a usucapião” (art. 102), e, se a lei não distinguiu, não poderá o intérprete distinguir entre as diversas espécies de bens públicos, para afirmar a garantia de uns em detrimento de outros, como ensina Carvalho Filho (2013, p. 1154).

Ainda, é possível sublinhar, como característica dos bens públicos, a impossibilidade de sua oneração, isto é, da instituição de garantias reais sobre eles. Embora haja polêmica sobre o tema, Di Pietro (2009, p. 677), em convincente argumentação, destaca que:

“Diante, porém, do direito positivo brasileiro, essa tese [da possibilidade de se instituir garantias reais sobre os bens públicos] não é defensável, pois o processo de execução contra a Fazenda Pública obedece a normas próprias estabelecidas no art. 100 da CF/1988, (repetidas nos arts. 730 e 731 do CPC) e que excluem qualquer possibilidade de penhora de bem público, seja qual for sua modalidade. Não poderia a Fazenda Pública, nem mesmo com autorização legislativa, abrir mão da impenhorabilidade com que a própria Constituição quis proteger os bens públicos de qualquer natureza.”

E se não é possível abrir mão da impenhorabilidade dos bens e é necessário seguir o procedimento do precatório, a garantia real ofertada não tem qualquer sentido, já que a execução e a penhora seriam consectários lógicos do vínculo real que caracterizaria a garantia real, não há como tê-la configurada na hipótese (MEIRELLES, 2003, p. 514).

3.3 Utilização dos bens públicos

Os bens públicos, independentemente da categoria a que pertençam, podem ser utilizados pela pessoa de direito público que os detenha, por outras entidades públicas às quais o uso tenha sido cedido ou por particulares (DI PIETRO, 2009, p. 685).

O uso pelos particulares deve ser verificado à luz das categorias em que se enquadram os diversos bens, porque, conquanto existam diversos instrumentos passíveis de serem manejados para as várias categorias, alguns desses tipos de bens apresentam especificidades. Esse é o procedimento seguido por Celso Antônio Bandeira de Mello, que aqui adotamos.

Os bens de uso comum do povo apresentam duas modalidades básicas de uso: (a) o comum; e (b) o especial. Como, de um modo geral, estão vocacionados ao

uso do povo, o seu uso “comum” é aquele realizado por todos indistintamente, de modo igualitário e harmonioso, e sem causar sobrecarga invulgar no bem (MELLO, 2013, p. 942). Quando esse uso é promovido de acordo com a finalidade principal do bem ou com sua finalidade acessória (destinação que, embora não seja principal, é compatível com o bem e não lhe causa sobrecarga anormal ou embaraço ao uso igualitário e harmonioso das demais pessoas), é desnecessário algum tipo de autorização, permissão ou licença por parte da Administração Pública (MELLO, 2013, p. 942).

Por óbvio que esse uso, livre a quaisquer pessoas, se submete às regras gerais de uso, traçadas legalmente ou pela Administração Pública. O uso pode ser gratuito ou oneroso, a depender do que prevejam as leis (MELLO, 2013, p. 943). Ressalve-se, porém, que existem entendimentos no sentido de que a imposição de retribuição pecuniária como condição de uso do bem desclassifica essa utilização como uso comum e a transfere para a categoria do uso especial (por exemplo, CARVALHO FILHO, 2013, p. 1165, e MEIRELLES, 2003, p. 494-495).

Além desse uso comum, pode ser que o uso a ser promovido se afaste das características apontadas, por acarretar “sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma *exclusividade* no uso sobre parte do bem” (destaque do original, MELLO, 2013, p. 943). Acrescente-se, ainda, a hipótese em que o bem é usado de forma compatível com sua conformação, porém em desacordo com a destinação principal ou secundária (MELLO, 2013, p. 946). Essas hipóteses são de uso “especial”. Em tais casos, será necessário que: (a) a Administração se manifeste previamente consentindo; ou (b) a Administração seja informada previamente para, caso queira, vetar a utilização pretendida (MELLO, 2013, p. 943).

Com relação aos bens de uso especial, também podemos falar em duas categorias de uso: (a) comum; e (b) especial. Considerando que normalmente se destinam a sediar órgãos da Administração Pública, o uso comum a ser feito desses bens é aquele realizado de acordo com as condições de acesso aos serviços por eles prestados (MELLO, 2013, p. 946). Já o uso especial desses bens por particulares pode ocorrer, como ensina Mello (2013, p. 946):

“Sem embargo, casos há em que os administrados podem obter um *uso exclusivo* sobre partes das áreas de bens de uso especial, por ser esta justamente a destinação das sobreditas áreas. É o que se passa nos mercados públicos e centros de abastecimento. O Poder Público, então, defere, mediante licitação, permissão de uso ou concessão de uso destes *boxes* onde se instalarão os comerciantes interessados” (destaque do original).

Deste modo, também os bens de uso especial podem ser utilizados de forma exclusiva por particulares, desde que, a exemplo do que ocorre com os bens de uso comum, haja consentimento da Administração Pública para tanto.

No que tange aos bens dominicais, de um modo geral, não se fala em uso comum desses bens, uma vez que, por não terem destinação específica (afetação), normalmente, sua fruição não está aberta ao público em geral. Carvalho Filho (2013, p. 1165), ao tratar da categoria uso comum (em contraposição à categoria uso especial), somente se refere aos bens de uso comum e aos de uso especial. Da mesma forma, Mello (2013, p. 946), ao se referir ao uso dos bens dominicais, não faz nenhuma referência a um possível uso comum.

Aliás, se os bens dominiais estiverem abertos ao público e possuírem alguma finalidade, administrativa ou pública, terá ocorrido a afetação tácita já referida e os bens não mais se qualificarão como dominicais.

Quando o uso de algum desses bens é deferido ao particular, normalmente, o é sob alguma modalidade de uso especial, visto não serem vocacionados ao uso público geral. As formas pelas quais essa “concessão” (em sentido genérico) do uso pode se dar ao particular são variadas e se admitem institutos de direito público (concessão, permissão, autorização, concessão do direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, cessão de uso etc.) e de direito privado (locação, comodato, enfiteuse etc.).

Com relação aos conceitos e a classificação dos usos, certo é que cada doutrinador tem a sua classificação, coerente em si mesma, porém divergente da classificação de outros doutrinadores. Todavia, esmiuçar e analisar profundamente tais divergências refoge aos limites do que se propõe neste trabalho. Nesse aspecto, a despeito das divergências, seguimos com a classificação exposta, sempre tendo em mente que a subdivisão das espécies de uso foi feita na intenção de distinguir o uso livre e independente de consentimento ou comunicação à Administração Pública daquele uso que exige a comunicação ou um ato estatal específico autorizando.

O uso especial dos bens públicos pode ser trespassado aos particulares mediante diversos instrumentos jurídicos diversos, alguns regulados pelo direito público, outros pelo direito privado, embora *cum grano salis* decorrente do regime especial dos bens públicos e das relações que estabelece a Administração Pública. Deve ser ressaltado que não serão examinados todos os instrumentos de outorga do uso de bem ao particular, mas apenas aqueles que apresentam particular interesse para a questão do fechamento dos loteamentos, quais sejam, a concessão de uso, a permissão de uso e a autorização de uso.

A autorização de uso, como define a doutrina, “é ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público” (MEIRELLES, 2003, p. 496).

A autorização é unilateral, porque se perfectibiliza com a manifestação da Administração Pública, embora haja provocação do interessado; discricionária, porque a concessão ou denegação decorrem de um juízo administrativo de oportunidade e conveniência; precária, porque pode ser revogada em qualquer momento, con-

forme as exigências do interesse público (DI PIETRO, 2009, p. 690). Pode, ainda, ser gratuita ou onerosa (DI PIETRO, 2009, p. 690).

A precariedade, que é traço característico da autorização, pode desaparecer, se houver estipulação de prazo para o uso do bem. Nessa hipótese, a autorização deixa de ser simples (sem prazo) e se torna qualificada (com prazo). A consequência (e inconveniência) da fixação de prazo é a criação de direito subjetivo ao particular de usar o bem até o fim do prazo, sendo obrigatório o pagamento de indenização, caso a Administração interrompa o uso em momento anterior (DI PIETRO, 2009, p. 691). Justen Filho (2013, p. 1139) sublinha que a fixação de prazo (ou de outros condicionamentos) desnatura a autorização, alterando o regime jurídico a que está submetido o uso em questão.

É interessante notar que a autorização abrange o caso de uso privativo (exclusivo), assim como os casos de uso anormal, apto a prejudicar terceiros ou o bem, como, por exemplo, as hipóteses de tráfego com veículos muito longos ou muito pesados nas rodovias (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1139).

De um modo geral, a autorização é concedida no interesse do particular (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1173). Di Pietro (2009, p. 691) explica que, dessa constatação, decorrem os seguintes efeitos: (a) precariedade maior que na permissão e na concessão; (b) caráter transitório; (c) o particular possui menores garantias e poderes; (d) dispensa a licitação e a autorização legislativa; e (e) não cria, para o particular, dever de utilização, mas apenas a faculdade de uso.

Como visto, Di Pietro radica a desnecessidade de licitação no fato de a autorização ser outorgada no interesse do particular. Carvalho Filho (2013, p. 1173) destaca que os interesses dos administrados são resguardados pela discricionariedade e pela precariedade do ato, por isso é desnecessária a realização de licitação. Justen Filho, por sua vez, também defende a dispensa da licitação, porém a fundamenta na discricionariedade do ato (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1139). Não obstante, Justen Filho (2013, p. 1139) adverte:

“É evidente, no entanto, que a existência de uma pluralidade de interessados em usufruir benefícios idênticos, acarretando a impossibilidade de atendimento a todos, gerará a necessidade de uma solução compatível com o princípio da isonomia. Eventualmente, então, haverá a necessidade de licitação.”

Gasparini (2001, p. 709-710), entretanto, destaca que, para a legitimidade da autorização, é imprescindível a prévia licitação, como regra. No particular, parece-nos que a solução que melhor se afina com as características do instituto – precariedade, discricionariedade e interesse particular preponderante – é considerar, como regra, desnecessária a licitação, devendo ser ressalvadas as hipóteses em que haja uma pluralidade de interessados e a isonomia deva ser resguardada, como advertido por Justen Filho.

Normalmente, as autorizações são materializadas em decretos ou portarias e as condições de uso constam ou do ato de outorga ou do termo de recebimento e

entrega do bem (GASPARINI, 2001, p. 709). Se uso recair sobre bem de uso comum do povo ou de uso especial e for duradouro, integral e exclusivo, deverá haver prévia desafetação (GASPARINI, 2001, p. 710).

Por fim, pode-se apontar, como exemplos de utilização da autorização, o uso dos terrenos baldios, de área de estacionamento e fechamento de ruas para festas comunitárias (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1173).

A permissão de uso, segundo instrumento de atribuição de uso ao particular a ser abordado neste trabalho, “é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público” (DI PIETRO, 2009, p. 691).

O exemplo clássico de caso de permissão é o uso de via pública ou de parte de bem de uso especial para a implantação de comércio – bancas de revista, lanchonetes, restaurantes, e etc. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1140). A permissão, de um modo geral, é veiculada por meio de decreto ou de portaria (GASPARINI, 2001, p. 709).

Di Pietro (2009, p. 692) assinala três diferenças entre a permissão e a autorização: (a) a primeira visa mais a atender fins de interesse público, ao passo que a segunda busca mais os fins de interesse privado; (b) a precariedade, embora exista nos dois instrumentos, é mais acentuada na autorização; e (c) autorização cria para o interessado uma “faculdade” de uso, ao passo que a permissão gera a “obrigatoriedade” do uso.

Conquanto parte da doutrina diferencie a autorização da permissão sob o ponto de vista da predominância do interesse público ou do privado (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1175 e DI PIETRO, 2009, p. 691), deve ser ressaltada a existência de doutrinadores que, discordando dessa nota distintiva, que, às vezes, é obscura, defendem deva ser o critério distintivo pautado na transitoriedade do uso – quanto menos transitório for uso, mais adequado ele deverá estar ao interesse público (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1140). Assim, pertenceria ao conceito da autorização a transitoriedade do uso (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1138), bem como pertenceria ao conceito da permissão a continuidade do uso (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1140).

Carvalho Filho, aliás, não obstante ressalte a questão do interesse público/privado como distintivo dos institutos, destaca ser imprecisa e inócua a diferenciação entre permissão e autorização, defendendo a unificação dos institutos, ambos atos administrativos precários e discricionários, sob o mesmo rótulo (2013, p. 1176).

Da mesma forma que a autorização, a permissão pode ser simples (sem prazo) ou qualificada (com prazo), sendo que, na permissão qualificada, existe maior estabilidade, de modo que, caso a Administração Pública a revogue antes do final do prazo estipulado, terá obrigação de indenizar o particular (DI PIETRO, 2009, p. 692-693).

Com relação à necessidade de licitação, pode-se apontar as seguintes posições: (a) ela é desnecessária, já que o ato se insere na competência discricionária da Ad-

ministração (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1140); (b) a licitação deve ser sempre exigida, em razão do art. 2.º da Lei 8.666/1993 (MEIRELLES, 2003, p. 497); (c) a licitação deve ser exigida sempre que possível e houver mais de um interessado, a fim de evitar violação ao princípio da isonomia e preterições ilegítimas (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1175; e MELLO, 2013, p. 945); (d) a interpretação sistemática do art. 175, parágrafo único, I, da CF/1988 (que disciplina a permissão de “serviço público” como contrato) e do art. 2.º da Lei 8.666/1993 (especialmente no tocante à expressão “quando contratados”) leva à conclusão de que a licitação não é a regra na permissão, por ser ato unilateral, mas será exigida quando a permissão assumir conotação contratual, como, por exemplo, nos casos de permissão qualificada (DI PIETRO, 2009, p. 693).

Parece-nos, até por questões de coerência com o posicionamento externado para o caso de autorização, que a licitação, em regra, não seria necessária, porém, sendo ela factível e existindo diversos interessados, deve ser realizada, por imperativo de isonomia e de impessoalidade da Administração Pública.

A concessão de uso, terceira modalidade de uso que se pretende abordar neste trabalho, é assim definida por Justen Filho (2013, p. 1142):

“A concessão de uso de bem público é um contrato administrativo por meio do qual um particular é investido na faculdade de usar de um bem público durante período de tempo determinado, mediante o cumprimento de requisitos estabelecidos, assegurando-se ao poder concedente as competências próprias do direito público” (destaque do original).

De plano, avulta a principal distinção entre a concessão e as demais figuras (permissão e autorização): a forma jurídica pela qual se exterioriza – na concessão é celebrado um contrato, marcado pela bilateralidade; na permissão e na autorização é emitido um ato administrativo, marcado pela unilateralidade (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1177). No particular, Di Pietro (2009, p. 694) esclarece se tratar de contrato de direito público, sinalagmático, comutativo, gratuito ou oneroso, e personalíssimo.

A concessão, em razão de ser dotada do regime contratual e de maior estabilidade, é preferível para os casos em que o uso exija do particular investimentos de elevado vulto, de modo a ser maior a sua garantia frente ao seu gasto (DI PIETRO, 2009, p. 694).

A concessão não depende do maior ou menor interesse público da pessoa concedente, nem exige que a utilização do bem seja voltada à realização de interesses coletivos, de modo que pode haver casos em que a concessão se volte à satisfação mais imediata de interesses privados e só atinja mais remotamente aos interesses públicos (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1176-1177; JUSTEN FILHO, 2013, p. 1142).

Não obstante detenha o ente público as prerrogativas típicas do regime dos contratos de direito público (alteração unilateral e extinção antecipada), o particular

concessionário possui garantias, em especial o direito à indenização por perdas e danos, caso o prazo contratual não seja respeitado (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1142).

Pode-se falar em concessão autônoma ou acessória, conforme seja ajustada ou não conjuntamente com a concessão de serviço público – nesse caso, de concessão acessória, o uso do bem se destina a viabilizar materialmente a prestação de serviço público (DI PIETRO, 2009, p. 696).

A outorga da concessão, típico contrato, depende de prévia licitação (DI PIETRO, 2009, p. 695; JUSTEN FILHO, 2013, p. 1143; MEIRELLES, 2003, p. 499). Hely Lopes Meirelles (2003, p. 499) destaca, ainda, a necessidade de prévia autorização legal para a outorga da concessão. Ainda, deve ser lembrada a advertência de Carvalho Filho (2013, p. 1179) de que “seria inexigível, porém, o procedimento quando a hipótese não comportar regime de normal competição entre eventuais interessados”.

Não se pode confundir a concessão de uso com a concessão do direito real de uso regulada pelo art. 7.º do Dec.-lei 271/1967. O traço distintivo fundamental, como adverte Rezeke (2010, p. 81), é que a concessão de uso comum (administrativa) confere ao particular apenas um direito pessoal personalíssimo, ao passo que a concessão de direito real de uso atribui ao particular um direito real, que é transferível a terceiros *inter vivos* ou *mortis causa*. Além do mais, deve-se ter em vista que a concessão do direito real de uso possui finalidades bem específicas: regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas, conforme consta do art. 7.º, *caput*, do Dec.-lei 271/1967.

4. LOTEAMENTOS FECHADOS

4.1 Conceito

De início, impende ressaltar que há muitas confusões com relação a loteamentos fechados e condomínios horizontais, até porque há certa semelhança física entre ambos, todavia os efeitos jurídicos são diferentes, bem como suas formas de constituição, como será visto.

O loteamento fechado, como o próprio *nomen juris* parece indicar, é um loteamento, portanto uma forma de parcelamento do solo em que há abertura, modificação e prolongamento de logradouros públicos, com um *plus*: o fechamento do perímetro do loteamento, com cercas, muros e guarita, sendo controlado o acesso (SILVA FILHO, 1984, p. 12).

Costa (2008, p. 110), por sua vez, conceitua o loteamento fechado, dizendo que:

“(...) é, na realidade, um loteamento comum, mas que se torna fechado pelo acréscimo de cercas ou muros em torno do loteamento para torná-lo inacessível indiscriminadamente à população não residente no próprio loteamento, fechamento

que tem ocorrido com ou sem autorização da Administração Municipal, assumindo os próprios moradores os ônus pela manutenção e conservação dos bens e serviços públicos no loteamento.”

Ainda, Sarmiento Filho (2012, p. 24) destaca que o loteamento fechado é o parcelamento que diverge do paradigma imposto pela legislação, em razão do fato de as ruas e vias que atravessam o empreendimento serem destinadas apenas aos proprietários dos lotes.

Sintetizando a definição, Silva Filho define algumas características do loteamento fechado: (a) é aprovado pela Prefeitura como o loteamento comum; (b) os lotes são propriedade individual dos adquirentes; (c) a tributação dos lotes será individual; (d) o perímetro da gleba é fechado, sendo o ingresso feito por portão ou entrada controlada (SILVA FILHO, 1984, p. 20). O referido autor aponta outras características, que não transcrevemos, pois elas já estão ligadas à forma de constituição do loteamento fechado e que serão analisadas (até por haver polêmica sobre o assunto) doravante, quando do exame da discussão sobre a legalidade do loteamento fechado.

Existem, como advertido no início do tópico, outros institutos jurídicos que se assemelham aos loteamentos fechados, mas que não se confundem, nem se identificam com ele. Trata-se do condomínio de casas térreas ou assobradadas e do condomínio de lotes.

O condomínio edilício, também denominado de propriedade horizontal, constitui-se em uma conjunção de propriedade exclusiva e compropriedade, porquanto o condômino é proprietário privativo de sua unidade e é detentor de uma fração ideal nas áreas/partes comuns e na propriedade do solo, de modo que surgem no condomínio edilício duas espécies de direitos: (a) pleno – a unidade autônoma pode ser livremente alienada, gravada e cedida; e (b) limitado, exercido sobre as partes comuns e de uso comum, que não podem ser divididas, nem alienadas separadamente da unidade a que estão atreladas e que são usadas por todos os condôminos (SANTOS, 2012, p. 45-46).

Conquanto seja comum, especialmente em razão do que acontece nos grandes centros urbanos, pensar nos edifícios com inúmeros apartamentos como exemplo do condomínio edilício, existe também a possibilidade de se instituir esse regime especial sobre um conjunto de casas. A Lei 4.591/1964, em seu art. 8.º, alínea a, deixa expressa essa possibilidade, sendo que, nesse caso, o condômino terá propriedade exclusiva sobre sua casa e o terreno do jardim e do quintal, assim como terá uma fração ideal nas partes/áreas comuns e no terreno total do condomínio.

Com relação a essa espécie condominial, Caio Mário da Silva Pereira esclarece que:

“O princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da sua unidade e, como se lhe re-

serva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embarçar sua utilização pelos demais” (PEREIRA, 1991, p. 71-72).

Importa destacar que o condomínio edilício, que, instituído por ato *inter vivos* ou por testamento, deve ser inscrito no Registro de Imóveis (art. 1.332 do CC/2002 e art. 167, I, 17, da Lei 6.015/1973), deve possuir uma convenção, a qual regulamentará a forma de administração, de uso das partes comuns, as contribuições condominiais, as sanções, enfim regulará os aspectos da vida em comum no âmbito do condomínio, conforme se depreende dos arts. 1.333 e 1.334 do CC/2002. Essa convenção será registrada no competente Registro Imobiliário, consoante os arts. 1.333, parágrafo único, do CC/2002 e 167, I, 17, da Lei 6.015/1973.

Nessa hipótese dos condomínios de casas térreas ou assobradadas (também chamado de “condomínio deitado”, conforme a terminologia de SILVA FILHO, 1984, p. 26), normalmente há um grande perímetro cercado, composto por casas e seus terrenos, áreas comuns e vias de passagem. Por conta disso, a sua “aparência” é similar à dos loteamentos fechados, todavia o regime e os efeitos jurídicos, inclusive com relação ao direito de propriedade, são bem diferentes.

Não obstante, essa similitude de aparências levou diversos juristas a identificar os institutos, de modo a fundamentar o loteamento fechado na lei condominial (Lei 4.591/1964). Assim ocorreu com Hely Lopes Meirelles (1982, p. 9-11)² e Eurico de Andrade Azevedo (1983, p. 66-67 e p. 70-71). Azevedo, inclusive, atestou preferir a nomenclatura “loteamento condominial” (1983, p. 70).

As diferenças centrais entre os institutos, como sintetizou Silva Filho (1984, p. 31), são as seguintes: (a) no loteamento, há a subdivisão da gleba em lotes; no condomínio deitado, existem unidades autônomas – as casas térreas ou assobradadas – embora se integre nessa unidade o jardim e o quintal; (b) no loteamento, adquire-se um lote perfeitamente descrito e individualizado; no condomínio, adquire-se uma unidade autônoma (casa e o quintal) mais a fração ideal nas coisas comuns e no todo do terreno do condomínio; (c) no loteamento, as vias de circulação, praças e áreas livres pertencem ao Município; no condomínio, elas pertencem aos condôminos em comum, possuindo cada um deles uma fração ideal desses bens;

2. Posteriormente, mas mantendo a identificação dos institutos diversos, Meirelles (2013, p. 585) esclareceu que o loteamento fechado ou condomínio fechado poderia ser executado na forma da Lei 6.766/1979 e, então, o uso das áreas públicas seria outorgado aos particulares por concessão ou permissão, ou poderia ser executado na forma da Lei 4.591/1964 e, aí, as vias e espaços livres seriam de propriedade privada.

(d) o registro do loteamento segue o procedimento da Lei 6.766/1979; o registro do condomínio segue o procedimento da Lei 4.591/1964.

Mas, se o condomínio possibilita o fechamento da gleba total e, sendo as vias e praças propriedade privada dos condôminos, não atrai a problemática da legalidade como o loteamento fechado, por que não se fazem os empreendimentos fechados sobre essa forma? A resposta negativa deriva de uma peculiaridade do sistema condominial da Lei 4.591/1964 – é necessário que o incorporador (caso não haja prévia construção das unidades antes da alienação, deve ser observado o regramento da incorporação – arts. 28 e 29 da Lei 4.591/1964) projete as construções que serão erigidas e, mesmo que ele não as construa diretamente, o projeto não pode ser alterado, de modo que o adquirente não pode escolher a casa e o empreendedor é obrigado a projetar as unidades, ainda que seu objetivo comercial não seja exatamente esse (SCHMIDT, 2010, p. 137).

Na decisão proferida no âmbito do REsp 709.403-SP, o STJ deixou assente a diferença entre o loteamento e o condomínio horizontal, como se pode ver do seguinte trecho extraído da ementa:

“O loteamento, disciplinado pela Lei 6.766/1979, difere-se do condomínio horizontal de casas, regulado pela Lei 4.591/1964 (art. 8.º). E a diferença fundamental entre o loteamento (inclusive o fechado) e o condomínio horizontal de casas consubstancia-se no fato de que no primeiro há mero intuito de edificação (finalidade habitacional), sem que, para tanto, haja sequer plano aprovado de construção. No segundo, no entanto, se ainda não houver a edificação pronta ou em construção, deve, ao menos, existir a aprovação de um projeto de construção” (BRASIL, 2012, p. 546).

Ainda, deve ser enfatizado que, no condomínio, não há, em nenhuma hipótese, divisão física (desmembramento) do terreno sobre o qual se assenta o condomínio, ainda que seja reservada uma parte do terreno para o uso exclusivo da unidade autônoma (casa) – o terreno permanece uno, íntegro e fisicamente inteiro, conforme explica Kojranski (2011, p. 1275-1277).

Existe outro instituto jurídico que pode ser confundido com o loteamento fechado nos moldes que apontamos: a figura do “condomínio de lotes”. Nos idos de 1995, Gilberto Valente defendeu que o art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, mesmo com a edição da Lei 6.766/1979, continuava vigente e que este dispositivo, ao equiparar as obras de infraestrutura de um loteamento às construções condominiais e determinar a aplicação da Lei 4.591/1964 a essas espécies de “loteamentos”, teria criado a figura do condomínio de lotes (SILVA, 1995, p. 15-16). Essa figura consistiria em um condomínio, nos moldes da Lei 4.591/1964, no qual, porém, as unidades autônomas seriam os lotes e as vias e áreas livres seriam as áreas privadas comuns do condomínio, ou seja, seria possível um condomínio sem construção. Ele sustenta, ainda, que a vinculação entre a unidade e a fração ideal no total da gleba não se

daria entre a construção e as partes comuns, mas entre o lote (sua área) e as partes comuns, inexistindo vinculação com a futura construção a ser erigida no lote (SILVA, 1995, p. 20).

Chalhub, por sua vez, assim conceitua o instituto referido:

“O condomínio de lotes de terreno urbano, sem construção, caracteriza-se pela divisão de uma gleba de terra em quinhões autônomos (lotes); os lotes constituem unidades imobiliárias autônomas atribuídas à propriedade individual dos respectivos adquirentes, existindo ainda partes da gleba que pertencem em comum a todos os titulares de lotes, e essas partes são as vias internas de circulação e outras coisas que, por sua natureza, destinam-se ao uso comum. Essa espécie de condomínio é objeto do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, combinado com o art. 8.º da Lei 4.591/1964 e com os arts. 1331 e ss. do CC/2002; sua implantação é regulamentada pelos municípios, por força da competência que lhes atribui a Constituição em matéria urbanística” (CHALHUB, 2009, p. 110-111).

Não é que no condomínio de lotes inexista qualquer tipo de construção, mas, nessa hipótese, basta, para o cumprimento das formalidades legais e para o adimplemento da obrigação do incorporador, a realização das obras de infraestrutura, em razão da equiparação promovida no art. 3.º do Dec.-lei 71/1967, ou seja, essas obras substituem a construção das casas ou dos prédios (GAETTI, 2011, p. 209).

É de se advertir que, não obstante o condomínio de lotes tenha aparência de loteamento, não se confunde com este e possui regime jurídico diverso (CHALHUB, 2009, p. 121). Na verdade, essa espécie *sui generis* se submete ao regime do condomínio edilício, sendo os lotes considerados como unidades autônomas (propriedade exclusiva) e havendo participação, com fração ideal, na propriedade das coisas comuns (vias de circulação, áreas comunitárias, solo sobre o qual se implanta o condomínio), conforme ensina Chalhub (2009, p. 128-129).

Em síntese, o condomínio de lotes é uma modalidade condominial autônoma, e não uma forma de parcelamento do solo, que possui como unidade autônoma o lote (porção de terra demarcada) puro e simples, desvinculado da construção a ser levantada, unidade à qual se atrela uma fração ideal na totalidade da gleba e nas coisas comuns, formando a simbiose típica do condomínio edilício (propriedade exclusiva mais propriedade comum).

O condomínio de lotes e o loteamento fechado diferem, especialmente, porque, naquele, inexistem áreas de domínio público – não há transferência de parte da gleba ao Município –, ou seja, todas as áreas (sistema viário e equipamentos comunitários) são privadas (GAETTI, 2011, p. 208). De outra banda, no loteamento fechado, não há conjugação entre duas espécies de propriedade privada – existem os lotes, que são propriedade privada e não se vinculam a nenhum outro tipo de área, e as áreas públicas (vias e espaços livres), com a possibilidade de uso privativo e de fechamento da gleba. Outrossim, o loteamento fechado se submete a Lei

6.766/1979 e aos regramentos municipais, ao passo que o condomínio de lotes se sujeita à Lei 4.591/1964, com as adaptações necessárias às suas peculiaridades.

Não se desconhece a discussão polêmica sobre a possibilidade de se instituir os condomínios de lotes e acerca da vigência do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, porém foge ao objeto deste trabalho examiná-la. A menção a esse instituto se deu apenas no intuito de diferenciá-lo do loteamento fechado, este sim objeto desta pesquisa.

4.2 *Teses favoráveis à juridicidade do loteamento fechado*

Costa (2008, p. 127) destaca que a configuração de um modelo legítimo de loteamento fechado passa pelas seguintes questões: (a) uso e administração dos bens públicos; e (b) fonte das obrigações entre os proprietários. Neste trabalho, só tem pertinência a primeira questão, relativa propriamente à juridicidade do loteamento fechado em si, como parcelamento do solo murado.

Com relação ao modelo jurídico de loteamento fechado, Costa faz as seguintes observações: (a) a outorga do uso dos bens públicos nascidos do loteamento aos proprietários não pressupõe a desafetação do bem, já que a sua destinação/finalidade não é alterada – a rua continua sendo rua; a praça continua sendo praça (COSTA, 2008, p. 127-128); (b) não se pode confundir a “natureza do bem”, classificada em razão de sua destinação, com a “natureza do uso do bem” – assim, bens de uso comum (natureza do bem) podem ser dados ao uso comum ou ao uso especial (natureza do uso do bem), independentemente de afetação ou desafetação (COSTA, 2008, p. 129-130); (c) a administração dos serviços públicos a serem prestados no âmbito do loteamento podem ser trespassadas a particulares, mediante licitação e celebração de contrato de permissão ou de concessão de serviço público, sendo a taxa ou preço público cobrado dos proprietários ou detentores da posse/domínio útil³ (COSTA, 2008, p. 130-132); e (d) é mais indicado repassar o serviço público por permissão, tendo em vista o seu procedimento licitatório simplificado e a sua precariedade, que permite à Administração Pública rever a conveniência da outorga com mais facilidade (COSTA, 2008, p. 132-133).

Silva Filho defende a legalidade desta modalidade de empreendimento. Ele argumenta o seguinte: (a) as vias e praças decorrentes do loteamento passam ao

3. Ressalte-se que o autor ora se refere à permissão/concessão de uso, ora à permissão/concessão de serviço público. Inclusive, no item relativo à permissão/concessão de uso (item 5.3 – “Da permissão de uso para a viabilidade dos loteamentos fechados”, p. 130-133), toda a fundamentação é relativa à outorga de serviços públicos. Nesse ponto, então, fica um pouco obscuro o entendimento do autor – se deve haver uma permissão de uso autônoma e independente da permissão de serviço, ou se aquela está compreendida nesta. O seguinte trecho evidencia a confusão ou mistura entre os institutos: “(...) seria apropriado ao Poder Público Municipal adotar, preferentemente, a permissão de uso para descentralizar a administração dos loteamentos fechados (...)” (COSTA, 2008, p. 132).

domínio municipal com o registro do parcelamento (SILVA FILHO, 1984, p. 13); (b) sendo domínio do Município, ele pode restringir o uso dos bens a um grupo de pessoas (SILVA FILHO, 1984, p. 13); (c) tendo em vista que a urbanização é matéria de peculiar interesse do Município, este pode, por lei, autorizar a implantação do loteamento fechado, com a outorga do uso dos bens públicos ao grupo de proprietários, por meio dos institutos da concessão de uso e da permissão de uso (SILVA FILHO, 1984, p. 13-14); (d) os espaços livres decorrentes do loteamento não se tornam, apenas por esta circunstância, bens de uso comum do povo; para tanto seria necessário haver a afetação – a destinação a esta finalidade (SILVA FILHO, 1984, p. 14); (e) o Município, ao aprovar o loteamento fechado, pode, de plano, destinar as vias e espaços livres não ao uso comum do povo, mas ao uso especial, de modo que os bens – pertencentes ao domínio municipal – integram a categoria dos bens de uso especial e podem ter seu uso concedido ou permitido (SILVA FILHO, 1984, p. 15-16); (f) para os proprietários dos lotes, é aconselhável que a outorga do uso se dê por concessão, que, sendo contrato, prevê obrigações recíprocas e há a possibilidade de indenização dos danos, caso haja resolução unilateral (SILVA FILHO, 1984, p. 14); e (g) inexistente condomínio sobre as vias e praças, mas existe uma comunhão do direito de uso entre os proprietários (SILVA FILHO, 1984, p. 21).

Kojranski explica que os loteamentos fechados podem ser criados mediante alteração, por lei, da categoria dos bens públicos oriundos do parcelamento do solo (de bens de uso comum para bens de uso especial) e a consequente outorga do uso privativo desses bens à comunidade do loteamento por via da permissão ou da concessão de uso (KOJRANSKI, 2011, p. 1281). O autor sugere, ainda, que, a bem da segurança jurídica, deva ser utilizada a concessão real de uso, que gera direito real (KOJRANSKI, 2011, p. 1287).

Outrossim, Viana explica ser possível o loteamento fechado, realizado sob a égide da Lei 6.766/1979, no qual as áreas públicas, vias e praças têm seu uso repassado aos proprietários e moradores (VIANA, 1991, p. 29). Ele destaca a inadequação do manejo da concessão do direito real de uso para a outorga da utilização privativa das áreas institucionais, realçando, então, que o trespasse se deve dar pela via da concessão de uso ou da permissão (VIANA, 1991, p. 84). Por fim, o autor destaca ser mais interessante para os proprietários dos lotes que a outorga se dê mediante a concessão de uso, que garante maior segurança aos proprietários dos lotes (VIANA, 1991, p. 86).

Por sua vez, Pires (2006, p. 83-84) explicita, de plano, a existência da colisão de dois direitos fundamentais e constitucionais no caso do fechamento do loteamento – o conflito entre a segurança (dos moradores) e a liberdade de locomoção (dos não moradores). Deixando claro que a colisão entre princípios – no caso, a segurança pública e a liberdade de locomoção –, se resolve mediante a ponderação no caso concreto e que, a depender das circunstâncias, um princípio pode ceder passo ao outro, sem, contudo, ser invalidado ou excluído do sistema. O doutrinador citado

esclarece que, no contexto atual, a princípio, deve prevalecer a segurança pública, com a autorização do fechamento do loteamento (PIRES, 2006, p. 88).

No entanto, essa prevalência não é absoluta, porque o contexto fático pode ser diverso e, então, exigir solução diversa, de modo que, se o princípio da liberdade de locomoção for brutalmente violentado, deve prevalecer no caso sobre a segurança pública (PIRES, 2006, p. 88). Um dos exemplos por ele citados, que demonstra a prevalência do princípio da liberdade de locomoção e a impossibilidade do fechamento do loteamento, é caso de este abranger uma grande extensão territorial, sendo praticamente um bairro, encravado em uma zona residencial de modo que o eventual fechamento das ruas causaria um enorme transtorno (ônus excessivo) aos não moradores, que teriam de circundar a área do loteamento, passando por outros bairros ou avenidas congestionadas, acrescentando suas viagens em 20 ou 30 minutos (PIRES, 2006, p. 88-89). Pires salienta que o princípio da razoabilidade é que deve nortear a solução da ponderação entre os princípios da segurança pública e da liberdade de locomoção (PIRES, 2006, p. 109).

Com relação aos meios de se atribuir o uso privativo dos bens públicos aos moradores, Pires entende que a concessão de uso é o mais adequado, por ser contrato e garantir maior estabilidade na transferência do uso, assegurando, também, direito à indenização no caso de resolução do vínculo por interesse público superveniente reconhecido em lei (PIRES, 2006, p. 91). Os outros institutos (permissão e autorização), em razão de sua instabilidade e incerteza (podem ser revogados a qualquer tempo), não se revelam aptos, porque são incompatíveis com o vulto e o custo das obras necessárias para o fechamento do loteamento (construção de extenso muro, instalação de guarita) (PIRES, 2006, p. 91). A concessão de uso deve ser precedida de autorização por lei em sentido formal, sendo dispensada, entretanto, a licitação, já que o uso só interessa aos moradores, o que torna o procedimento licitatório inexigível (PIRES, 2006, p. 92-93). Ainda, é desnecessário promover a prévia desafetação dos bens públicos nascidos do loteamento para que haja seu trespasse ao uso privativo, já que é plenamente possível a utilização privativa de bens públicos de uso comum (PIRES, 2006, p. 96-97).

Danielle Machado Soares destaca que o “condomínio de fato⁴” exsurge da insuficiência do Poder Público em atender aos anseios populares quanto à segurança, higiene, abastecimento de água, conservação de vias e logradouros públicos de uso

4. A autora usa a expressão “condomínio de fato” porque, ao que parece (SOARES, 1999, p. 76), pretende dar maior relevo à situação de as pessoas se agruparem e passarem a se comportar como condôminos, mesmo inexistindo condomínio regularmente constituído. Não obstante – e é por isso que trazemos a este trabalho suas considerações sobre o “condomínio de fato” – ela aponta o loteamento fechado como uma manifestação do “condomínio de fato”. Aliás, quando ela enumera as características do dito “condomínio de fato” fica evidente que ela está falando do loteamento fechado nos moldes em que o concebemos

comum do povo, já que a insatisfação leva os proprietários a se agruparem e a se comportarem como condôminos, ou seja, ele nasce do “fato social” (SOARES, 1999, p. 82).

No que tange à questão polêmica, o fechamento das vias e espaços livres com o seu uso exclusivo pelos proprietários e moradores, Danielle Machado defende a possibilidade da outorga do uso aos particulares por meio dos institutos da concessão e da permissão (SOARES, 1999, p. 92-93), desde que haja prévia desafetação dos bens públicos envolvidos, sendo dispensada a licitação (SOARES, 1999, p. 93-94). Nesse aspecto, conceder-se-ia uma destinação especial aos bens, alterando sua categoria de bens de uso comum para bens de uso especial (SOARES, 1999, p. 94).

Ainda neste sentido – possibilidade de outorga do uso dos bens públicos aos proprietários de lotes pela via da concessão e da permissão, desde que haja prévia desafetação – colhe-se o posicionamento de Timm (2010, p. 73) e de Marini (2000, p. 1, item 4).

Lobo Junior (2002, p. 5), destacando ser a busca pela segurança a causa do loteamento fechado, ampara sua legalidade na competência garantida constitucionalmente ao Município para legislar sobre o interesse local e sobre o uso, parcelamento e ordenação do território urbano (art. 30, I e VIII, da CF/1988). Ele explica que a legislação urbanística relativa ao parcelamento do solo tem incidência transitória e que, uma vez executado o parcelamento, o núcleo habitacional se integra à cidade e passa a se reger pelas normas municipais (e não mais pelas regras referentes ao parcelamento do solo) (LOBO JUNIOR, 2002, p. 5). Os bens oriundos do loteamento se tornam bens municipais e seu uso é norteado pelo interesse público, o qual é definido pelas leis municipais (LOBO JUNIOR, 2002, p. 6).

Com relação a esse ponto, referente ao interesse público, Lobo Junior esclarece o seguinte:

“Não se trata de privatizar o uso e sim de ordená-lo em consonância com o interesse público local (a segurança, a melhor urbanização, os serviços exercidos por particulares), pois assim decidiu a coletividade por seus representantes legitimamente eleitos.” (LOBO JUNIOR, 2002, p. 6).

Aduz, ainda, que é plenamente possível trespassar o uso desses bens por meio da concessão e da permissão, já que o instituto da desafetação não foi abolido e serve justamente para essas hipóteses, de alterar a categoria jurídica dos bens (LOBO JUNIOR, 2002, p. 7). Ressalta que defender a imutabilidade com relação à natureza jurídica dos bens públicos inviabilizaria a boa administração e impediria os administradores de atender ao interesse público prevalente, não importando qual gran-

(SOARES, 1999, p. 83-85), embora tenha preferido dar maior relevo ao comportamento condominial.

de fosse, porque a regra seria a imutabilidade da natureza jurídica daquele bem que uma vez foi enquadrado em certa categoria (LOBO JUNIOR, 2002, p. 7). De toda sorte, se o contexto jurídico mudar, o fechamento do loteamento pode ser revogado, de modo a atender o novo interesse público prevalecente (LOBO JUNIOR, 2002, p. 7).

Marcelo Terra também noticia o argumento da autonomia da legislação municipal para disciplinar o fechamento do loteamento (TERRA, 2009, p. 84). Então, após confrontar os argumentos correntes favoráveis e contrários ao loteamento fechado, Terra conclui pela legalidade do instituto, sendo ideal, para sua legitimidade, que exista lei municipal o regulando que contenha os requisitos mínimos de ponderação dos interesses envolvidos, até mesmo porque, constando o loteamento fechado do planejamento urbanístico, caracterizado está o interesse público (TERRA, 2009, p. 85-86). A outorga do uso pode se dar por concessão de uso, permissão de uso ou por concessão do direito real de uso, com preferência para esse último instrumento jurídico (TERRA, 2009, p. 86).

Em síntese, como se pode ver, as opiniões favoráveis aos loteamentos fechados se fundamentam, de um modo geral, na possibilidade da atribuição do uso dos bens públicos oriundos do parcelamento aos proprietários dos lotes, mediante certos institutos do direito administrativo (concessão de uso, concessão real de uso e permissão de uso). Dessa forma, haveria o parcelamento do solo, o surgimento dos bens públicos (ruas, praças, áreas verdes, etc.) e a posterior ação administrativa trespassando seu uso aos particulares e autorizando o fechamento do perímetro. Embora haja divergências quanto a alguns pontos – desafetação e licitação, especialmente –, todos fundamentam a legalidade do empreendimento na existência de regular outorga do uso.

4.3 *Teses desfavoráveis à juridicidade do loteamento fechado*

José Afonso da Silva, ao tratar dos loteamentos fechados, menciona estarem eles sujeitos ao art. 8.º da Lei 4.591/1964 (regime dos condomínios de casas).⁵ Não obstante, em momento posterior, ele reconhece que não se pode fundamentar todos os loteamentos fechados nessa regra e, então, ao que tudo indica, tratando do loteamento fechado na forma como o concebemos previamente, emite o seguinte posicionamento:

“Esse dispositivo, na real verdade, tem sido usado abusivamente para fundamentar os tais “loteamentos fechados”. Foi ele estabelecido, certamente, não para tal finalidade, mas para possibilitar o aproveitamento de áreas de dimensão reduzi-

5. Ressalvamos que, conforme definido nos tópicos anteriores, esse procedimento é inaceitável. Loteamento fechado e condomínio de casas não se confundem e se submetem a regimes diversos.

da no interior de quadras, que, sem arruamento, permitem a construção de conjuntos de edificações, em forma de vilas, sob regime condominial. (...) Quando, no entanto, a situação extrapola desses limites, para atingir o parcelamento de gleba com verdadeiro arruamento e posterior divisão das quadras em lotes, ou mesmo quando se trata apenas de subdivisão de quadra inteira em lotes, com aproveitamento das vias de circulação oficial preexistentes, então, aquele dispositivo não pode mais constituir fundamento do aproveitamento espacial, em forma de condomínio, porque aí temos formas de parcelamento urbanístico do solo, que há de reger-se pelas leis federais sobre loteamento e pelas leis municipais sobre a matéria urbanística, aplicáveis a esse tipo de urbanificação. (...) Vale dizer: os tais “loteamentos fechados” juridicamente não existem. Não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial do espaço e do loteamento ou do desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e os ônus que o direito urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo” (SILVA, 2012, p. 347).

Alves, por sua vez, sustenta a ilegalidade dessa modalidade de loteamento, asseverando, em síntese, que não possuem amparo legal; violam os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da isonomia; as normas administrativas não podem conceder o uso exclusivo das áreas institucionais; existem áreas que não pertencem aos proprietários (são do domínio e se destinam ao uso comum), mas são entregues à utilização exclusiva; agridem ao planejamento urbano, já que não promovem a integração da área à cidade (ALVES, 2008, p. 99-100).

Freitas, já na introdução de seu trabalho, lança a seguinte observação:

“Na verdade, os *loteamentos fechados*, atropelando a legislação civil e urbanística, são assim concebidos para favorecer, na prática, a privatização do uso das áreas públicas dos loteamentos (áreas verdes e institucionais, sistema de lazer, ruas e praças etc.), outrora vocacionadas, em sua origem, ao uso coletivo” (destaque do original, FREITAS, 2011, p. 1096).

No mesmo trabalho, Freitas defende a ilegalidade dos loteamentos fechados, lançando os seguintes argumentos, além de se amparar em jurisprudência: (a) a atividade do Município, autorizativa do uso dos bens públicos, deve submeter-se aos princípios da legalidade, da finalidade e do interesse público, isto é, a outorga do uso dos bens de uso comum do povo devem atender a esses princípios e, especialmente, à prevalência do interesse público (FREITAS, 2011, p. 1110); (b) a concessão do direito real de uso somente pode ser manejada quando se tratar de bens dominicais (FREITAS, 2011, p. 1112); (c) seria necessário, então, desafetar previamente os bens de uso comum para trespassar seu uso mediante a aludida concessão, já que não se poderia impedir de maneira estável o trânsito de pessoas nas vias públicas (FREITAS, 2011, p. 1112); (d) não basta, para desafetar, a edição de lei autorizadora, é necessário que a via tenha perdido sua finalidade, seu sentido, tornando-se desabitada, inútil como via pública (FREITAS, 2011, p. 1112); (e) não basta, portanto, a

lei, é necessário ser observado o interesse público (FREITAS, 2011, p. 1112-1113); (f) a concessão do direito real de uso tem características desfavoráveis à Administração, já que não está plenamente impregnada do regime publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, além de estar vocacionada a atender a finalidade não individualista (FREITAS, 2011, p. 1113); (g) na concessão do uso privativo de áreas institucionais, impera o interesse dos particulares, que, inclusive, se contrapõe ao interesse da coletividade, visto que tais bens estão vocacionados ao uso comum (FREITAS, 2011, p. 1114); (h) é princípio geral que a utilização dos bens de uso comum seja transitória e precária, não impedindo o uso dos demais (FREITAS, 2011, p. 1114); (i) o fechamento dos loteamentos se constitui em tentativa de burlar a Lei 6.766/1979 e, no caso de São Paulo, o art. 180, VII, da Constituição Estadual (FREITAS, 2011, p. 1114); (j) o art. 17 da Lei 6.766/1979, que impede a alteração da destinação das áreas institucionais pelo loteador, também se aplica ao Município, já que os bens recebidos por força do registro trazem consigo, “por razão ontológica, afetação específica ao interesse público reconhecido pelo Município ao aprovar o projeto” (FREITAS, 2011, p. 1114); (k) a aprovação do loteamento fechado pelo Município não é lícita, já que não atende ao princípio da legalidade, uma vez que inexistente amparo legal na legislação federal (que só prevê o loteamento “aberto”) para essa figura (FREITAS, 2011, p. 1114); (m) a legislação municipal editada sobre o assunto não legitima a aprovação, porquanto a matéria, ao tratar da natureza condominial, é de competência da União (FREITAS, 2011, p. 1114-1115); (n) a atribuição do uso das vias públicas, embora possível de forma temporária, ou de forma permanente sem embarçar o uso dos demais, não pode importar em privatização dos espaços públicos em prejuízo da coletividade, que era destinatária do uso desses bens, ainda que conte com anuência da Prefeitura (FREITAS, 2011, p. 1119); e (o) essa prática viola os comandos constitucionais de redução das desigualdades sociais e a erradicação da marginalização, bem como o princípio da liberdade de locomoção e de permanência (FREITAS, 2011, p. 1119-1120).

Na mesma linha, Sarmiento Filho defende a ilegalidade dos loteamentos fechados. A sua tese fundamenta-se nas seguintes ponderações: (a) o fato social não pode servir para amparar os loteamentos fechados, uma vez que, na seara do direito urbanístico, prevalece o caráter transformador do direito, que busca submeter a realidade às políticas urbanísticas e construir uma cidade organizada e sustentável (SARMENTO FILHO, 2012, p. 46); (b) a desafetação dos bens públicos nascidos do loteamento viola a finalidade da transferência de titularidade dominial ao Município, fraudando, assim, a Lei 6.766/1979 (SARMENTO FILHO, 2012, p. 48); (c) a desafetação deve atender a uma finalidade pública, o que não ocorre no caso dos loteamentos fechados, em que prepondera o interesse dos particulares proprietários (SARMENTO FILHO, 2012, p. 116); (d) a desafetação viola a função social da propriedade (aplicável aos bens públicos), já que os bens deveriam atender às necessidades da coletividade e deveria ser respeitada sua destinação natural (SARMENTO FILHO, 2012,

p. 116); (e) o fechamento dos loteamentos restringe o acesso às vias públicas, causando transtorno no trânsito e sobrecarregando outras ruas (SARMENTO FILHO, 2012, p. 116); (f) há violação ao direito de livre locomoção, bem como ao direito ao lazer, porque priva o público usar as praças, áreas de lazer e áreas verdes (SARMENTO FILHO, 2012, p. 116-117); (g) há vulneração ao direito à intimidade, porquanto as pessoas são paradas pelos seguranças privados, que lhes perguntam seu destino e lhes impedem o acesso a bens públicos (SARMENTO FILHO, 2012, p. 117); (h) os loteamentos fechados acabam gerando a formação de “guetos”, impedindo a concretização dos valores insculpidos no art. 3.º da CF/1988 (SARMENTO FILHO, 2012, p. 117); (i) a norma municipal que institui a figura dos loteamentos fechados é ilegal e inconstitucional, porque não é possível legislar contra a Lei federal (Lei 6.766/1979), desvirtuando o instituto do loteamento, e também porque afronta a sistemática de distribuição de competências, na qual cabe à União legislar sobre temas gerais e aos Municípios, apenas, fazer adaptações da legislação visando atender aos interesses locais (SARMENTO FILHO, 2012, p. 59-61); e (j) no tocante à colisão entre o princípio da segurança pública e os direitos à liberdade de locomoção, à intimidade, ao lazer, à solidariedade e à igualdade, devem ser prestigiados os últimos valores em detrimento da segurança pública, porque sua restrição é deveras gravosa e porque essa ponderação já foi feita previamente pelo legislador ordinário, que não previu a figura dos loteamentos fechados (SARMENTO FILHO, 2012, p. 72-75).

Em síntese, como se pode ver, as posições contrárias ao loteamento fechado se fundamentam, de um modo geral, na ausência de interesse público no ato de desafetação e outorga do uso dos bens públicos oriundos do parcelamento, na violação aos direitos constitucionais da liberdade de locomoção e do lazer, na ausência de amparo legal ao instituto e na impossibilidade de se criar a figura mediante legislação municipal.

4.4 Discussão sobre as teses contrapostas

Como se viu previamente, as teses favoráveis à legalidade do loteamento fechado se amparam, basicamente, na possibilidade de o Município – proprietário das áreas públicas decorrentes do parcelamento – trespassar o uso dessas áreas, de modo privativo, aos proprietários e moradores do loteamento. Nessas teses, existem pequenas divergências quanto à natureza dessas áreas públicas (se bens de uso comum ou de uso especial), quanto à necessidade de prévia desafetação e de prévia licitação e quanto ao instrumento jurídico mais adequado para o trespasso (permissão, concessão ou concessão do direito real de uso). Também se defende a autonomia municipal para legislar sobre a matéria.

Por outro lado, como se verificou no item próprio, as teses contrárias à legalidade do empreendimento se fundamentam, de um modo geral, na inexistência de amparo legal à figura, na contrariedade (e até burla) ao procedimento e ao espírito

da Lei 6.766/1979 (que previu loteamentos obrigatoriamente abertos), na ausência de interesse público a nortear a outorga do uso, e no prejuízo, especialmente, à liberdade de locomoção e ao direito ao lazer.

Antes de outras considerações, é mister repetir a observação de Sarmiento Filho (2012, p. 29), no sentido de que “não há como negar o forte matiz ideológico que o assunto envolve, traço próprio dos temas ligados ao urbanismo”.

De plano, deve ser dito, na esteira das teses críticas que destacam a necessidade da existência de interesse público para o uso dos instrumentos jurídicos de outorga do uso (concessão, permissão etc.), que não é sustentável defender que, em qualquer hipótese, é possível o manejo desses instrumentos e a criação de loteamentos fechados. Portanto, o simples argumento de que os loteamentos fechados podem ser criados em razão da possibilidade de *trespasse* do uso é insuficiente.

No entanto, os cidadãos têm o direito fundamental à segurança e às medidas que ela exige (arts. 5.º e 6.º da CF/1988). Não se há de duvidar que os loteamentos fechados são medidas que, embora não extingam a insegurança reinante, conseguem mitigá-la.

Ocorre, porém, no caso, o conflito entre a efetivação, ainda que parcial e de forma privada, da segurança e o direito dos demais moradores da cidade de livre locomoção, de acesso aos bens e equipamentos públicos e de lazer, como entrevisto por Pires. A razoabilidade seria o norte para superar o impasse entre os aludidos direitos fundamentais.

Ao que nos parece, existe um conjunto de circunstâncias que, estando presentes, fazem prevalecer o direito à segurança e a possibilidade do fechamento do perímetro loteado, porque, nessas hipóteses, haveria um segmento da sociedade que teria enormes benefícios e, em contrapartida, outros segmentos teriam poucos “prejuízos”.

As circunstâncias a que nos referimos, conforme extraímos das diversas teses e críticas lidas, são as seguintes: (a) o loteamento deve se situar em lugar no qual o fechamento das vias que o entrecortam não ocasiona transtornos no trânsito, isto é, não acarreta acréscimo excessivo na viagem daqueles que morem em bairros próximos, nem gera a sobrecarga de outras vias, com congestionamentos; (b) o loteamento não pode gerar severas restrições ao direito e às expectativas de lazer dos moradores circunvizinhos; (c) o loteamento não pode conter, no perímetro fechado, equipamentos comunitários de interesse geral, tais como escolas e creches.

No caso da circunstância “a”, o loteamento pode ser muito pequeno (contendo, por exemplo, uma rua só) ou pode se situar em lugar mais afastado da cidade (não estando no centro da rota entre as diversas partes habitadas da cidade). Em essência, a ideia é que o loteamento não cause um cerceamento excessivo da liberdade de locomoção, nem ocasione entraves ao livre trânsito na cidade.

No caso da circunstância “b”, ou haverá muitas opções (públicas, por óbvio) de lazer nos arredores do loteamento, de modo que os moradores vizinhos não necessitem dos equipamentos e das áreas do loteamento para se divertir, ou não haverá a referida vizinhança, que poderia se interessar pelo lazer e pela prática lúdica na região, ou o loteador promoverá “compensações urbanísticas” deixando áreas públicas e de lazer fora do perímetro fechado.

No caso da alínea c, os equipamentos públicos, como escolas e creches, por óbvio, devem ser implantados em parte da gleba que fique fora do perímetro fechado, uma vez que esses equipamentos se destinam ao atendimento da comunidade como um todo, e não apenas aos moradores do loteamento, sendo certo ainda que todos devem ter franqueado seu acesso aos serviços públicos básicos.

Ponderadas essas circunstâncias, o fechamento do loteamento significará uma medida causadora de grande bem-estar e segurança para um segmento da sociedade (os moradores e proprietários dos lotes), ao passo que não ocasionará maiores prejuízos ao direito de locomoção, de lazer e de fruição de serviços públicos dos vizinhos. Nesse contexto, não se nega a grande vantagem da medida, representativa do fomento municipal a práticas capazes de realizar a segurança daquela parte da sociedade, sem afetar, contudo, o direito da outra parte da sociedade.

Em síntese, examinadas as circunstâncias do caso concreto e prevalecendo a necessidade de proteção ao direito de segurança, a implantação do loteamento fechado será lícita e legítima. Não se trata de concessão de privilégios pela Municipalidade, mas da “autorização” de medidas que importem acréscimo à segurança e à qualidade de vida daqueles moradores.

Ademais, não se pode negar, a despeito das críticas lançadas, que o Município, como titular dos bens oriundos do parcelamento, tem o poder de regular seu uso. E a legislação sobre o loteamento fechado basicamente se atém (ou deveria) às formas de trespasse do uso e aos encargos que acompanham essa outorga. Essa regulação e administração dos bens públicos, nesse viés, se enquadra na noção da autonomia municipal, já defendida pelos partidários do loteamento fechado.

A tese ora defendida, inclusive, foi sufragada pelo TJSP, conforme a decisão proferida no julgamento dos EI 9180342-77.2005.8.26.0000/50000, relatado pelo Des. Oswaldo Luiz Palu, no qual se reconheceu a competência do Município para editar lei autorizadora dos loteamentos fechados e se mencionou a colisão entre a segurança e a liberdade de ir e vir, propugnando que deve haver ponderação caso a caso e concluindo, na hipótese dos autos, que a segurança deveria prevalecer. O julgado está ementado da seguinte forma:

“EI. Embargos Infringentes não providos. Lei local declarada inconstitucional. Nova lei de teor semelhante. Validade constitucional. Não há que se falar em coisa julgada, que não se coloca no caso. Inexistência, em nosso processo constitucional,

da vinculação do legislador. A liberdade de ir e vir é um bem jurídico relevantíssimo, mas sua absolutização tem custos insuportáveis. A interpretação constitucional tem um de seus mais caros princípios, justamente, na *mútua cedência*. Há que se evitar uma deletéria *lógica do tudo ou nada*. Fechamento de loteamento visando a segurança e incolumidade. Possibilidade. Embargos Rejeitados” (destaque do original).

Outrossim, no TJRS também se colhe precedente favorável aos loteamentos fechados. Trata-se da decisão proferida na esteira do voto do Des. Vasco Della Giustina, no âmbito da ADIn 70014703193, em que se considerou constitucional, na parte referente aos loteamentos fechados, a LC 246/2005 do Município de Caxias do Sul, porquanto os loteamentos fechados se distinguem dos condomínios e os Municípios possuem autonomia para regular o uso, parcelamento e ocupação do solo urbano.

Ainda, no Incidente de Inconstitucionalidade 9301761-59.2008.8.26.0000, julgado pelo TJSP, ficou assentado que os Municípios podem, no exercício de sua autonomia consagrada constitucionalmente (art. 30, I, V e VIII, da Lei Maior), regular e autorizar os loteamentos fechados em suas leis.

Três pontos relacionados à efetivação do loteamento fechado ainda remanescem: (a) a necessidade de desafetação; (b) os instrumentos jurídicos adequados ao trespasse do uso; e (c) a necessidade de licitação prévia.

Com relação à necessidade de desafetação, como visto, existe divergência entre os autores. Ao que se afigura da conciliação dos argumentos contrapostos, a necessidade ou não de desafetação dependerá do grau de desfiguração da finalidade dos bens (uso comum do povo). Como visto, os bens públicos de qualquer categoria são passíveis de uso especial, mas, se o uso for integral, exclusivo e duradouro, os bens de uso comum e de uso especial deverão ser desafetados.

Assim, se somente houver exigência de identificação prévia para ingresso e circulação pelas áreas públicas, não haverá necessidade de desafetação, porque o uso de todos será permitido, embora com condições. Por outro lado, se o acesso e uso depender de consentimento dos moradores aos quais foi atribuído a utilização exclusiva, ficará nítido que, não obstante a rua continue a ser rua e a praça a ser praça, a sua finalidade precípua de atender a todos foi desfigurada, o que exige o procedimento de desafetação.

No que tange aos instrumentos jurídicos, todos os autores mencionaram a possibilidade do manejo dos institutos da concessão de uso e da permissão de uso, os quais são instrumentos de direito público aptos a trespassar a utilização dos bens públicos aos particulares, com vantagens (prerrogativas) para a Administração Pública. Indiscutível, portanto, a possibilidade de uso desses instrumentos. Contudo, embora diversos autores propugnem pelo manejo da concessão do direito real de uso, esse instrumento não é adequado para tanto.

A concessão do direito real de uso, na esteira do que dispõe o art. 7.º do Dec.-lei 271/1967, destina-se ao trespasse do uso para o atendimento de finalidades bem específicas, tais como regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. Ocorre, porém, que, na hipótese dos loteamentos fechados, não se visa ao atendimento de nenhuma dessas finalidades, o que torna o manejo do instrumento citado incoerente com sua finalidade legal. Além do mais, como ele gera direito real, diferentemente do que ocorre com a concessão e com a permissão, acarreta maiores entraves para o Poder Público rever a conveniência da manutenção desse uso exclusivo, dificultando o trabalho da Administração Pública no atendimento do interesse público superveniente.

Destarte, os meios jurídicos adequados para a outorga de uso são a concessão e a permissão, sendo que o primeiro atende melhor ao interesse dos proprietários e o segundo, ao interesse da Administração Pública, por sua precariedade. Cabe ao Poder Público selecionar o instrumento mais adequado para o caso concreto.

No que concerne à licitação, acompanhamos os autores que propugnam pela sua desnecessidade. Não há, na hipótese dos loteamentos fechados, outros interessados na obtenção da outorga do uso além da comunidade afetada, o que torna desnecessária a observância de procedimento licitatório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi analisar a figura do loteamento fechado à luz da doutrina pátria, com o fito de verificar sua juridicidade, isto é, a sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

O loteamento fechado consiste no parcelamento do solo, realizado na forma da Lei 6.766/1979, em que o perímetro da gleba loteada é cercado, sendo instaladas guaritas e outros aparatos de segurança. Esse instituto tem se proliferado nas grandes e até nas pequenas cidades, em razão da busca crescente por qualidade de vida (morar em uma casa, rodeada por áreas verdes e equipamentos de lazer) e de segurança (o empreendimento é fechado e o acesso ao interior do loteamento é controlado).

Não obstante essa proliferação, subsiste controvérsia no meio jurídico acerca da legalidade do empreendimento, porquanto inexistente legislação que os ampare, há contrariedade à sistemática normal dos loteamentos (projetados na Lei 6.766/1979 para serem abertos) e, ainda, acarretam a utilização privativa dos bens públicos municipais, já que, por força do art. 22 da Lei 6.766/1979, as áreas livres, praças e vias decorrentes do parcelamento passam ao domínio do Município.

No tocante a essa controvérsia, as teses favoráveis à legalidade do loteamento fechado se amparam, basicamente, na possibilidade de o Município – proprietário das áreas públicas decorrentes do parcelamento – trespassar o uso dessas áreas, de modo privativo, aos proprietários e moradores do loteamento. Nessas teses, existem pequenas divergências quanto à natureza dessas áreas públicas (se bens de uso comum ou de uso especial), quanto à necessidade de prévia desafetação e de prévia licitação e quanto ao instrumento jurídico mais adequado para o trespasso (permissão, concessão ou concessão do direito real de uso). Também se defende a autonomia municipal para legislar sobre a matéria.

Por outro lado, as teses contrárias à legalidade do empreendimento se fundamentam, de um modo geral, na inexistência de amparo legal à figura, na contrariedade (e até burla) ao procedimento e ao espírito da Lei 6.766/1979 (que previu loteamentos obrigatoriamente abertos), na ausência de interesse público a nortear a outorga do uso, e no prejuízo, especialmente, à liberdade de locomoção e ao direito ao lazer.

Ao final do trabalho, foi promovida a discussão entre os argumentos das teses antagônicas e se verificou que o loteamento fechado não pode ser considerado lícito em toda e qualquer hipótese, já que não são em todos os casos que o Município pode se utilizar dos institutos do direito administrativo para o trespasso do uso dos bens públicos. Entretanto, foi constatado que, em determinados casos, existem fortes argumentos, calcados na ponderação entre o direito à segurança (dos moradores) e o direito à liberdade de locomoção e de lazer (dos não moradores), para fundamentar a legitimidade do ato municipal autorizador do fechamento do loteamento. Inclusive, há amparo jurisprudencial a essa tese.

Nesses casos, para a ponderação ser positiva em favor da segurança, destacou-se a necessidade de observância de três circunstâncias: (a) o loteamento deve se situar em lugar no qual o fechamento das vias que o entrecortam não ocasiona transtornos no trânsito; (b) o loteamento não pode gerar severas restrições ao direito e às expectativas de lazer dos moradores circunvizinhos; e (c) o loteamento não pode conter, no perímetro fechado, equipamentos comunitários de interesse geral, tais como escolas e creches.

Outrossim, também com amparo em jurisprudência, a despeito das divergências doutrinárias, foi apontado que o Município, como titular dos bens oriundos do parcelamento, tem o poder de regular seu uso. E a legislação sobre o loteamento fechado basicamente se atém (ou deveria) às formas de trespasso do uso e aos encargos que acompanham essa outorga. Essa regulação e administração dos bens públicos, nesse viés, se enquadra na noção da autonomia municipal.

Ainda, verificou-se que: (a) a necessidade de desafetação dos bens públicos cujo uso for outorgado a particulares depende do grau de desfiguração de sua destinação originária; (b) a concessão e a permissão são adequadas para o trespasso do uso, ao contrário da concessão do direito real do uso, que não pode ser manejada nesses casos; e (c) a licitação é desnecessária.

Nesse contexto, pode-se concluir que os loteamentos fechados não são irretroativamente considerados lícitos, mas podem ser considerados legítimos em determinadas circunstâncias, conforme os bons argumentos apontados, a despeito das divergências.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Sonia Marilda Péres. Loteamentos fechados nas grandes cidades: a produção de ilegalidade por atores revestidos de poder social, econômico e político. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 64. p. 81-102. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.
- AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3. ed. rev. e ampl. Campinas: Millennium, 2012.
- AMADEI, Vicente de Abreu. Registro do parcelamento do solo urbano. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 47. p. 38-57. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1999.
- ARFELLI, Amauri Chaves. Áreas verdes e de lazer: considerações para sua compreensão e definição na atividade urbanística de parcelamento do solo. In: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Registro imobiliário: modificações da propriedade*. Coleção doutrinas essenciais: direito registral. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. Loteamento fechado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 11. p. 64-74. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1983.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Roberto. O Município e o parcelamento do solo urbano. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 194. p. 54-62. Rio de Janeiro, out.-dez. 1993.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios: sistema jurídico da propriedade fracionada*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. t. 1.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 18.11.2013.
- _____. Dec.-lei 58, de 10.12.1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm]. Acesso em: 10.09.2013.
- _____. Dec.-lei 271, de 28.02.1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0271.htm]. Acesso em: 16.10.2013.
- _____. Lei 6.766, de 19.12.1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm]. Acesso em: 10.09.2013.
- _____. Lei 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm]. Acesso em: 07.10.2013.

- _____. Lei 4.591, de 16.12.1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm]. Acesso em 29.10.2013.
- _____. STJ. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. vol. 225. p. 546-568. Brasília, jan.-mar. 2012. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_225.pdf]. Acesso em: 29.10.2013.
- _____. TJSP. EI 9180342-77.2005.8.26.0000/50000. Ministério Público, Prefeitura Municipal de Mairiporã e outros. Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu. Data de registro: 21.03.2011. Disponível em: [www.tjsp.jus.br]. Acesso em: 17.11.2013.
- _____. TJRS. ADIn 70014703193. Procurador-geral de Justiça, Câmara dos Vereadores de Caxias do Sul e outros. Redator designado: Des. Vasco Della Giustina. Data de julgamento: 02.10.2006. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 17.11.2013.
- _____. TJSP. Incidente de Inconstitucionalidade 9301761-59.2008.8.26.0000. Colenda 6.^a Câm. de Dir. Priv., Sociedade Amigos do Jardim Tereza Cristina e outros. Rel. designado: Luiz Elias Tâmbara. Data de registro: 07.04.2009. Disponível em: [www.tjsp.jus.br]. Acesso em: 18.11.2013.
- BUZAID, Alfredo. Bem público de uso comum – Conceito – Bens públicos – Alienabilidade – loteamento de terreno – Da inalienabilidade imposta pelo art. 3.^o do Dec.-lei 58, de 10.12.1937 – Bem público de uso comum – Alteração do seu destino – Inexistência de direito subjetivo do particular de acionar o Poder Público. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4. Disponível em: [www.rtonline.com.br]. Acesso em: 09.09.2013.
- CARVALHO, Afrânio de. Loteamento e seu registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 8. p. 9-20. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1981.
- _____. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015/1973, com as alterações da Lei 6.216/1975, Lei 8.009/1990, e Lei 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHALHUB, Melhim Namem. Condomínio de lotes de terreno urbano. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 67. p. 101-151. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2009.
- COSTA, Valestan Milhomen da. A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 64. p. 103-154. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.
- DALLARI, Adilson Abreu. Parcelamento do solo – Desmembramento – Concurso voluntário. In: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Registro imobiliário: modificações da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Registral, vol. 4.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. p. 183-192. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.
- _____. Da legalidade dos loteamentos fechados. In: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Registro imobiliário: modificações da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Registral, vol. 4.
- GAETTI, Wanderli Acillo. Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 70. p. 173-223. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2011.
- GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. Desmembramento de terreno. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 9. p. 36-40. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1982.
- _____. *Direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- KOJRANSKI, Nelson. Loteamento fechado. In: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Registro imobiliário: modificações da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Registral, vol. 4.
- LOBO JUNIOR, Helio. Loteamentos fechados. *Boletim do IRIB em Revista*. vol. 304. p. 3-10. São Paulo, set. 2002.
- MARINI, Celso. Loteamentos fechados. *Jus Navigandi*. n. 42. ano 5. Teresina, 01.06.2000. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/582>]. Acesso em: 12.11.2013.
- MARQUES, J. M. de Oliveira. Bens públicos – Alienabilidade – Inalienabilidade – Prescriptibilidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4. Disponível em: [www.rtonline.com.br]. Acesso em: 07.10.2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Observações sobre loteamentos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 9. p. 24-35. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1982.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed., atual. In: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Loteamento fechado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 9. p. 7-15. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1982.
- _____. *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. atual. In: DALLARI, Adilson Abreu (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013.
- MUKAI, Toshio; ALVES, Alaor Caffé; LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos: comentários à nova Lei 6.766, de 19.12.1979*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1980.
- PENTEADO, Luciano Camargo de. Doação de área institucional em loteamento: regime jurídico, boa-fé objetiva, aspectos notariais e registrais. *Revista de Direito Privado*. vol. 53. p. 31-86. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2013.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos: natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. XIII.
- REZEKE, Márcia. Da concessão real de uso. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coords.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Lei 6.766/1979 e 9.785/1999*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- SANTOS, Flauzino Araújo dos. *Condomínios e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática*. São Paulo: Mirante, 2012.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Loteamento fechado ou condomínio de fato*. 1. ed., 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Condomínio horizontal de lotes. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca;
- SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 14. p. 7-35. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1984.
- SILVA, Gilberto Valente da. Condomínio sem construção. Trabalho apresentado no XXI encontro de oficiais de registro de imóveis. Cuiabá, 1995. Disponível em: [www.ggv.com.br/condominio_sem_construcao.pdf]. Acesso em: 30.10.2013.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SOBRINHO, José Wilson Ferreira. A expropriação no loteamento. *Universo Jurídico*. Juiz de Fora, ano XI, 05.09.2000. Disponível em: [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/325/a_expropriacao_no_loteamento]. Acesso em: 19.09.2013.
- TERRA, Marcelo. Loteamento fechado. *Boletim do IRIB em Revista*. vol. 337. p. 82-86. São Paulo, set. 2009.
- TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre loteamentos fechados. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coords.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coords.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Loteamento fechado e loteamento horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no registro de imóveis, de Vales-tan Milhomem da Costa, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/1305 (DTR\2012\450536);
- Condomínio de lotes de terreno urbano, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 67/101, *Doutri-nas Essenciais de Direito Ambiental* 3/971, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/1227 (DTR\2009\416);
- Da legalidade dos loteamentos fechados, de José Carlos de Freitas – *RT* 750/148, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/1095 (DTR\1998\219); e
- Os problemas mais comuns encontrados nos contratos-padrão de parcelamentos urbanos aplicação da Lei 6.766/1979 e do Código de Defesa do Consumidor, de Flauzilino Araújo dos Santos – *RDI* 47/159 (DTR\1999\609).

O ESTADO AGÔNICO DOS ANTIGOS LIVROS DE REGISTRO

UMA PROPOSTA DE ENCERRAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO

SÉRGIO JACOMINO

Doutor em Direito Civil pela Unesp. Especialista em Direito Registral pela Universidade de Córdoba-Espanha. Registrador imobiliário.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente artigo aborda a problemática envolvendo o constante manuseio, desgaste e conservação dos antigos livros de registro. O autor apresenta proposta de encerramento definitivo de tais livros, impedindo-se o lançamento de novas averbações e anotações nas transcrições em livros já encerrados no registro imobiliário de origem e determinando-se que os atos de registro em sentido lato sejam praticados no cartório que detenha a competência legal territorial.

PALAVRAS-CHAVE: Livros de registro antigos – Abertura de matrícula – Circunscrição imobiliária.

ABSTRACT: The present paper address the issues regarding the constant handling, wear out and preservation of ancient registry handwritten books. The author presents the proposal of permanent closure of these books, forbidding the accomplishment of new annotations by the former Land Registry Office and establishing that registration must be performed by the present territorial jurisdiction Land Registry Office.

KEYWORDS: Ancient handwritten registry books – Territorial jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Antigos livros e seu estado agônico – 3. Livros antigos escriturados mecanicamente – Base legal – 4. Encerramento dos livros antigos – 5. O *début* da matrícula – Abertura por ocasião do "primeiro registro" – 6. Averbações e a ruptura do trato sucessivo – 7. Prosseguimento das discussões na CGJSP – 8. Regulamentação do tema pela 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – 9. Conclusões – Adendo.

1. INTRODUÇÃO

O texto que apresento à consideração do ilustre leitor serviu de base para discussões do Grupo de Trabalho criado pela Portaria da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, instituído para modelagem do SRei – Sistema de Registro de Imóveis Eletrônico no Estado de São Paulo.¹

1. Portaria CG 12/2013: "SREI – Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis. Gestão documental. Criação de Grupo de Trabalho para estudos relacionados ao desenvolvimento do

O tema ganha contornos de importância em virtude das recentes determinações de digitalização dos livros e papéis dos cartórios em decorrência de recomendações do CNJ.²⁻³⁻⁴

Como consequência dos debates internos, formulou-se um requerimento, dirigido à Coordenação do Grupo de Trabalho,⁵ com a finalidade de provocar debates acerca da alteração da sistemática de averbações e anotações nos antigos livros de registro. Tinha-se em mira a superação do que nos parecia uma anomalia agravada pelo tempo – persistência da sistemática de manuscrito de averbações em livros encerrados – ao mesmo tempo que se introduzia uma discussão muito oportuna acerca dos cuidados necessários para a preservação documental das serventias – livros, papéis e documentos de preservação permanente.⁶

Por fim, nas reuniões organizadas na Sala Elvino Silva Filho,⁷ no transcurso dos debates acerca das novas Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, o Des. Ricardo Dip tocou no ponto. Para ele seria muito oportuno analisar serenamente a “possibilidade de unificação definitiva do sistema de transcrição

Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – SREI, previsto no art. 37 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, sob a direção e coordenação da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, com o apoio acadêmico da Universidade de São Paulo – USP, e com a participação da Associação de Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp”. O pedido foi firmado por mim e pela Registradora paulista Daniela Rosário Rodrigues.

2. V. Processo CG 117.706/2012/São Paulo, j. 20.12.2013, Des. José Renato Nalini, *DJe* 21.05.2014, regulamentando as “Cópias de segurança – Livros obrigatórios do Serviço Extrajudicial – Recomendações 9/2013 e 11/2013 da Corregedoria Nacional de Justiça – Recomendação para Digitalização de Documentos Arquivísticos do Conarq – Conselho Nacional de Arquivos (2010) – Grupos de trabalho – Necessidade de maiores aprofundamentos – Parecer pela continuidade dos estudos”.
3. V. Recomendação CNJ 14/2014: “Dispõe sobre a divulgação do resultado de estudos realizados para a especificação do modelo de sistema digital para implantação de Sistemas de Registro de Imóveis Eletrônico – SREI. Data: 02.07.2014, Conselheiro Guilherme Calmon, *DJe* 07.07.2014. Vide igualmente a Recomendação 9/2013 de 1.4.2013, *DJe* 01.04.2013”.
4. V. Provimento CG 22/2014 que acrescenta a Seção VI ao Capítulo XIII, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, destinada à elaboração dos arquivos de segurança (*backups*) das Serventias Extrajudiciais [v. Processo CG 117.706/2012].
5. O Grupo de Trabalho foi coordenado pelos magistrados Antonio Carlos Alves Braga Júnior, Juiz Assessor da Corregedoria, e Marcelo Martins Berthe, Juiz então em exercício na 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital e composto pelos seguintes membros: Daniela Rosário Rodrigues, Flauzilino Araújo dos Santos, Joécio Escobar, Sérgio Jacomino, Volnys Borges Bernal, Denis Cassettari, Sávio Ibrahim Viana e Wilson Levy.
6. O fundamento legal é o seguinte: art. 22 e ss. da Lei 6.015/1973 c/c art. 30, I, da Lei 8.935/1994 e art. 7.º § 3.º, da Lei 8.159/1991.
7. Sala Elvino Silva Filho, São Paulo. Extensão dos debates promovidos pela Uniregstral e pela Academia Paulista de Direito Registral.

ou matrícula”, o que, para ele, significaria um passo indispensável: “qual seja o encerramento das transcrições. Isso envolve, de certo modo, a necessidade de dar alguma compreensão ao significado normativo do art. 169 da Lei de Registros Públicos, que prescreve que as averbações sejam realizadas à margem das transcrições”.⁸

A essa tarefa lançamo-nos, apresentando uma síntese das questões relevantes acerca da matéria.

2. ANTIGOS LIVROS E SEU ESTADO AGÔNICO

Em 29.11.2004, o registrador paulistano Joelcio Escobar postulou ao Juízo da 1.^a Vara de Registros Públicos da Capital autorização para reproduzir, em fichas análogas às do Livro 2, o conteúdo das antigas transcrições, inscrições e averbações lavradas nos Livros 3, 4 e 8. A numeração destas fichas reproduz a dos livros encerrados. Requereu, ainda, a expedição de certidões a partir do espelhamento de inscrições feito em ditas fichas.⁹ Em 29 de dezembro daquele ano o pleito acabou deferido pelo Dr. Venício Antônio de Paula Salles.¹⁰

Posteriormente, em 13.01.2005, o pedido foi reiterado pelo 3.^o Registrador da Capital de São Paulo, Dr. George Takeda, tendo o pleito sido deferido em 02 de fevereiro daquele ano, seguindo-se, à autorização, pedido idêntico feito pela 4.^a Registradora da Capital, Dra. Maria Rosa Sottano Constantino dos Santos.¹¹

Entendo, salvo melhor juízo dos postulantes, que o pedido incorre em erro ao inaugurar, a *latere dos modelos consagrados em lei*, uma “ficha de registro” especular, anômala, não prevista em lei, e que representa, na prática, a inauguração de outro procedimento que empresta sobrevida a uma regra que deveria ser considerada transitória. Falo especificamente da hipótese excepcional consagrada nos arts. 295 e 169, I, da Lei de Registros Públicos.

Nas hipóteses em que o Oficial da circunscrição atual se negue a abrir a matrícula, por qualquer motivo (v.g. a retificação de registro cumulada com abertura de matrícula, apuração de remanescente etc.), o Registrador da circunscrição anterior poderá fazê-lo com fundamento no art. 295, parágrafo único, da LRP, que reza:

“Art. 295. O encerramento dos livros em uso, antes da vigência da presente Lei, não exclui a validade dos atos neles registrados, nem impede que, neles, se façam as averbações e anotações posteriores.

8. Palestra proferida no dia 31.07.2014 na Sala Elvino Silva Filho.

9. Processo 000.04.120426-3 – Pedido de Providências, que teve curso pela 1.^a Vara de Registros Públicos de São Paulo.

10. Loc. cit., nota 9, f.

11. Loc. cit., nota 9, f.

Parágrafo único. Se a averbação ou anotação dever ser feita no Livro n. 2 do Registro de Imóvel, pela presente Lei, e não houver espaço nos anteriores Livros de Transcrição das Transmissões, *será aberta a matrícula do imóvel.*”

No mesmo sentido o art. 169, I da mesma Lei:

“Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:

I – as averbações, que *serão efetuadas na matrícula* ou à margem do registro a que se referirem, *ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição.*”

Ou seja, sustento que possa ser aberta matrícula na circunscrição anterior *mesmo na hipótese do imóvel ter passado a uma nova circunscrição imobiliária*. E isto na hipótese do registrador competente da atual circunscrição se negar fundamentadamente a fazê-lo. Entendo, como se verá abaixo, que a regra será, sempre, a abertura da matrícula na atual circunscrição imobiliária. A exceção deverá sempre ser justificada.¹²⁻¹³

Seguindo nosso pequeno excursão, em 08.08.2006, a E. Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo requereu informações acerca de tais pedidos, deixando consignado que o entendimento do referido Órgão se encaminhava no sentido de que a substituição pleiteada e deferida somente seria admitida em *caráter excepcional*:

“Outrossim, no entendimento desta Corregedoria Geral a substituição pura e simples das anotações no livro pelas anotações nas fichas somente poderá ser admitida, em caráter excepcional, se houver risco concreto, na hipótese específica de deterioração do livro de transcrições pelo seu manuseio.”¹⁴

12. Eventualmente, será necessária autorização judicial, nos termos do art. 297, parágrafo único, da LRP.

13. O tema da abertura de matrícula, nas hipóteses em que o imóvel não se acha perfeitamente descrito e caracterizado, é espinhoso. No transcurso dos debates sobre as novas NSCGJSP (Sala Elvino Silva Filho), a cargo do Des. Ricardo Dip, muito se discutiu sobre a possibilidade de se descerrar matrícula, mesmo nos casos em que o imóvel não se encontra perfeitamente descrito e caracterizado. Cfr. Unitariedade e especialidade objetiva – Itens 53 e 54 das NSCGJSP em discussão. *Observatório do Registro*. Disponível em: [www.cartorios.org] e [http://goo.gl/0WOR4Z]. Ainda recentemente, no julgamento da AC 3025524-04.2013.8.26.0224 (j. 07.10.2014, rel. Des. Elliot Akel) o Conselho Superior da Magistratura sufragou o mesmo entendimento. A ementa é a seguinte: “Registro de imóvel – Dúvida inversa – Recusa de abertura de matrícula e de registro de escritura pública – Exigência de prévia retificação do registro imobiliário – Transcrição que, embora descreva a área de maneira precária, possibilita a identificação do imóvel – Título que apresenta a mesma descrição do registro anterior – Observância do disposto nos arts. 196 e 228 da Lei 6.015/1973 – Inocorrência de violação ao princípio da especialidade objetiva – Recusa indevida – Dúvida improcedente – Recurso provido”.

14. Ofício 1.069/SLG – Dege 2.1, Processo CG 11.311/2005, subscrito pelo Dr. Álvaro Luiz Valery Mirra, f. do processo referido na nota 9.

Instados pelo Juiz Corregedor, os registradores, em resposta, informaram em suma o seguinte:

a) O manuseio, movimentação, manutenção e conservação dos livros é atividade de problemática, pois a utilização contínua provoca desgaste e rápida deterioração.

b) O processo de restauração causa danos irreparáveis às folhas dos livros, por endurecimento e quebra.

c) A prática sucessiva de averbações nas transcrições ou inscrições tem levado ao esgotamento do espaço disponível e à necessidade de aquisição de novos livros para reposição. Porém, as gráficas já não produzem tais livros, dificultando tal aquisição.

d) No caso de livros restaurados, as folhas, “apesar de parecerem perfeitas, não mais possuem a mesma resistência do papel novo e o manuseio reiterado pode pôr a perder todo o trabalho feito”.¹⁵

3. LIVROS ANTIGOS ESCRITURADOS MECANICAMENTE – BASE LEGAL

No decorrer do processo, o 3.º Registrador de São Paulo lembrou que o art. 3.º, § 2.º, da Lei 6.015/1973, prevê expressamente que os livros podem ser escriturados mecanicamente em folhas soltas. E averba:

“Assim, o traslado e a continuação da escritura em fichas nada mais seriam do que a permissão para utilização de livros em folhas soltas escriturados mecanicamente, daí a desnecessidade de anotações conjuntas nos livros antigos e nas fichas novas, uma vez que as fichas nada mais seriam do que a continuação da escrituração dos livros, agora em folhas soltas.”¹⁶

Ponderados todos os argumentos, o magistrado Marcelo Martins Berthe, na titularidade da 1.ª Vara de Registros Públicos, prolatou decisão em 02.05.2007, que se acha às f. e ss. dos referidos autos, do seguinte teor:

“Tenho que o sistema de reprodução das transcrições e inscrições por meio de escrituração em fichas, de sorte a evitar o manuseio constante de livros já muito deteriorados, que devem ser conservados, deve ser autorizado, por extensão ao registrador solicitante.

As remissões recíprocas não se farão necessárias porque não se entrevê falta de segurança para os assentamentos, caso seja adotado o procedimento proposto.

De outro lado, o papel apresentado para utilização é de ser aprovado.

Diante do exposto, defiro o requerido pelo Oficial do 3.º Registro de Imóveis da Capital, aprovando o papel e dispensando as remissões recíprocas no caso.”

15. Loc. cit., nota 9, f.

16. Idem.

A mesma 1.^a Vara de Registros Públicos, conforme observou o Dr. Josué Modesto Passos,¹⁷ já havia ensaiado o encerramento dos livros. Trata-se do Provimento 3/1983, de Narciso Orlandi Neto, cujo art. 2.^o previa:

“Art. 2.^o Com exceção das averbações relativas a imóveis loteados (compromissos e cessões) e das decorrentes de ordem judicial, todas as demais (art. 167, II, e 246 da Lei 6.015/1973) serão feitas na atual circunscrição do imóvel, providenciando o cartório, se for o caso, a abertura de matrícula, ainda que nenhum registro deva ser feito.”

Como veremos logo abaixo, o fundamento doutrinário da disposição do dito Provimento pode ser encontrado na obra de Afrânio de Carvalho.

Posteriormente, os autos foram requisitados pela E. Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo para apreciação de pedido formulado da Arpen-SP – Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. O Senhor Corregedor Geral acabou aprovando parecer acerca da conservação do acervo registral daquela especialidade reafirmando as conclusões anteriormente veiculadas e que em suma são:

a) Autorização para utilização de repositórios alternativos (plásticos), mediante anotações recíprocas nos casos de livros antigos e deteriorados.

b) No caso de hipóteses excepcionais que possam representar riscos concretos de deterioração dos livros o juiz-corregedor permanente deverá ser consultado (f. e ss.).

Os autos se acham em arquivo sem qualquer provocação.

4. ENCERRAMENTO DOS LIVROS ANTIGOS

O advento da Lei 6.015/1973, acarretou a mudança nos meios de suporte da informação registral, adotando-se o critério do fôlio real com a matrícula, em substituição aos antigos livros de registro.

Contudo, a mesma lei fixou um “rito de passagem”, projetando-se, para um tempo futuro, e sucessivamente, a matriculação dos imóveis que, até seu advento, eram transcritos nos pesados livros de transcrição e inscrição. De fato, seria impraticável – como ainda hoje é – proceder à imediata matriculação de todos os imóveis de cada cartório de registro de imóveis de todo o país.

Destaque-se que o art. 297 da LRP decretou expressamente o encerramento dos livros em uso nos seguintes termos:

“Art. 297. Os oficiais, na data de vigência desta Lei, *lavrarão termo de encerramento nos livros*, e dele remeterão cópia ao juiz a que estiverem subordinados.”

17. Em comunicação verbal com o autor.

Seu parágrafo único previu, ainda, que “sem prejuízo do cumprimento integral das disposições desta Lei, os livros antigos poderão ser aproveitados, até o seu esgotamento, mediante autorização judicial e adaptação aos novos modelos, iniciando-se nova numeração”.

Para completar o quadro que se desenhou com o advento da atual Lei de Registros Públicos mister reproduzir o art. 295 do mesmo Diploma Legal:

“Art. 295. O encerramento dos livros em uso, antes da vigência da presente Lei, não exclui a validade dos atos neles registrados, nem impede que, neles, se façam as averbações e anotações posteriores.

Parágrafo único. Se a averbação ou anotação dever ser feita no Livro n. 2 do Registro de Imóvel, pela presente Lei, e não houver espaço nos anteriores Livros de Transcrição das Transmissões, será aberta a matrícula do imóvel.”

É possível sumarizar o quadro normativo nos seguintes termos:

a) Todos os livros deveriam, sem exceção, ser encerrados, lavrando termo de encerramento e encaminhando cópia ao juiz competente (art. 297).

b) Em caráter *excepcional*, e mediante autorização judicial, os livros antigos poderiam ser aproveitados até seu esgotamento. Neste caso, tais livros antigos deveriam ser adaptados aos novos modelos, “iniciando-se nova numeração” (parágrafo único do art. 297).

c) Admitiram-se averbações ou anotações posteriores nos antigos livros. Não havendo espaço nos livros anteriores, deveria ser aberta a matrícula correspondente (art. 295). Esta matrícula, segundo pensamos, pode ser aberta na circunscrição anterior.

d) As averbações deveriam ser feitas à margem do registro anterior (transcrição, inscrição ou matrícula), *ainda que contemporaneamente o imóvel pertencesse à outra circunscrição imobiliária* (art. 169, I, da LRP).

e) Admitiu-se, também, o descerramento de matrícula como medida de economia interna.

Sobre este conjunto normativo, assim se manifestou, a seu tempo, a Registradora paulistana Maria Helena Leonel Gandolfo:

“A lei é bem clara. Ao ser apresentada ao Registro de Imóveis uma escritura, ou instrumento particular, objetivando imóvel que ainda não se acha matriculado é necessário que se abra sua matrícula para nela proceder-se ao registro pretendido.

Portanto, a matrícula deve ser obrigatoriamente aberta por ocasião do primeiro registro referente a imóvel que se encontre transcrito no antigo Livro 3 (da transcrição das transmissões).”

Mas a mesma Registradora lançaria a advertência de que não seria correto admitir-se *que somente nesses casos a matrícula pudesse ser aberta*. E continua:

“A própria lei determina que não havendo espaço nos livros anteriores pode ser aberta a matrícula. Quando houver fusão de dois imóveis, dando origem a um terreno cuja área é a soma dos dois primeiros é aberta uma nova matrícula. A fusão não é um registro a mais, apenas um pedido de fusão, e há outras ocasiões em que o registrador deveria abrir a matrícula para dinamizar o serviço do seu cartório.

O ideal seria que a partir do momento em que a lei entrou em vigor o cartório parasse e matriculasse todos os imóveis que estivessem transcritos, mas isso seria impossível, o cartório não teria condições de fazer isso. Por isso, o legislador foi sábio e não estipulou um prazo para que isso fosse feito, mas acho que o registrador deve procurar acelerar esse processo para que ao cabo de alguns anos quase todos os imóveis transcritos estejam matriculados.

Pode-se abrir matrícula, por exemplo, quando for solicitada alguma averbação. Não se trata de registro, existe a transcrição de um terreno e o interessado pede a averbação da construção, por exemplo. O ideal é abrir a matrícula do terreno com todos os dados, averbar a construção na matrícula e devolver ao interessado uma certidão do seu imóvel matriculado. Isso vai acelerar o processo.

Outra ocasião em que é possível abrir matrícula é quando for requerida a certidão de alguma transcrição. Nessa hipótese, abre-se cuidadosamente a matrícula com os dados constantes da transcrição; procede-se à busca nos indicadores real e pessoal, transportando, por averbação, os ônus eventualmente existentes e que gravem o imóvel. Finalmente, expede-se a certidão, não da transcrição como foi requerido pelo interessado, mas da matrícula que foi aberta.

Na medida em que o fluxo de serviço permitir, e com as mesmas cautelas já referidas, também se pode abrir a matrícula dos imóveis que se acham transcritos. Esse procedimento vai fazer com que em alguns anos o registrador tenha conseguido matricular a quase totalidade dos imóveis, com evidentes vantagens para a celeridade dos serviços, em benefício do próprio Cartório e dos usuários.”¹⁸

É da tradição do C. Conselho Superior da Magistratura e da E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo admitir a abertura de matrícula *ex officio*, pelo próprio registrador, tendo em vista a economia interna e o cumprimento da lei. Assim, por exemplo, o decidido na ApCiv 1.668-0/Suzano, j. 11.11.1982, rel. Des. Bruno Affonso de André, DJ 05.01.1983:

“Ao contrário do que entende o apelante, está assente o entendimento de que as matrículas podem ser abertas mesmo *ex officio*, pelo Oficial do Registro, no interesse do serviço, desde que não haja despesas para os proprietários dos imóveis que assim forem cadastrados. Se podem ser abertas de ofício, é lógico que também

18. GANDOLFO, Maria Helena Leonel. Matrícula – Uma abordagem prática. *Boletim do IRIB*. n. 302. jun. 2002.

o podem a simples requerimento do proprietário, sem que isto imponha qualquer registro ou outro ato registrário.”

No mesmo sentido, a decisão na ApCiv 8.424-0/3/Monte Alto, j. 28.03.1988, Des. rel. Milton Evaristo dos Santos, DJ 01.06.1988 e na ApCiv 9.617-0/1/Santa Cruz do Rio Pardo, j. 30.01.1989, rel. Des. Milton Evaristo dos Santos, DJ 09.03.1989. Nesta última decisão, o v. Conselho reitera o entendimento de que a abertura de matrícula constitui ato de ofício do registrador que pode, em caráter facultativo, “até mesmo de ofício pelo Oficial, no interesse do serviço”, proceder à abertura da matrícula.

5. O DÉBUT DA MATRÍCULA – ABERTURA POR OCASIÃO DO “PRIMEIRO REGISTRO”

Analisemos, agora, as disposições legais concernentes ao *début* da matrícula no fôlio real inaugurado com a atual Lei de Registros Públicos. Reza o art. 176:

“O Livro n. 2 – Registro Geral – Será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro n. 3. § 1.º A escrituração do Livro n. 2 obedecerá às seguintes normas: I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei.”

No mesmo diapasão o disposto no art. 228 da mesma Lei:

“Art. 228. A matrícula será efetuada por ocasião do primeiro registro a ser lançado na vigência desta Lei, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado.”

A expressão *primeiro registro*, referido em ambos dispositivos, há de ser entendida em seu sentido *lato* – registro abarcando tanto o ato de registro *em sentido estrito*, quanto averbações e anotações. Não tem sentido fiar-se na literalidade da lei para endereçar a prática de tais atos de averbação aos antigos livros, já que alguns deles representam notas características de *principalidade*, ocasionando importantes mutações jurídico-reais, como nos conhecidos casos de cisão, fusão e incorporação de sociedades (art. 234 da Lei 6.404, de 15.12.1976 e art. 1.113 c.c. art. 2.033 do CC/2002), de caução locatícia (art. 38, § 1.º, da Lei 8.245, de 18.10.1991), de averbação de penhora com os efeitos potencializados com a reforma do CPC (art. 659, § 4.º, do CPC) etc.¹⁹

19. As promessas de compra e venda de imóveis loteados ou objeto de incorporações imobiliárias eram objeto de *averbação* à margem das respectivas inscrições. A Lei 4.591/1964, foi alterada pela Lei 10.931/2009, reformando o seu art. 32, cujo § 2.º passou a ter a seguinte redação: “§ 2.º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretroatáveis e, *uma vez registrados*, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra”.

Tal circunstância não passou despercebida pelo atento Afrânio de Carvalho, que em sua conhecida obra deixou consignado o seguinte:

“O vocábulo registro foi empregado pela lei em sentido *lato* de primeiro assento, seja este de inscrição ou de averbação, como acontece em diversas passagens do seu texto, assinaladas no capítulo da terminologia do registro. Assim que surgir o primeiro título, decorrente de não importa qual evento, ensejará a matrícula, o que redundará no gradativo ingresso de todos os imóveis no fôlio real, fim visado pela lei. Como a lei considerou desnecessário pretender atingir esse fim de uma só vez, determinando a matrícula simultânea de todos os imóveis, por ser inviável para o cartório transportá-los coletivamente para o *registro geral*, contentou-se em aguardar prudentemente que se desse qualquer movimento em relação a cada um deles para então aproveitá-lo para o encaminhamento ao livro.”²⁰

Em outra passagem, registra: “se o que a lei quer é o enquadramento dos imóveis no novo regime, impõe-se admitir toda oportunidade para a realização desse fim”.²¹

Já quanto à outra questão – encerramento dos livros antigos – a lei foi peremptória: determinou-o atingindo até mesmo os que se achavam em uso. Toda e qualquer interpretação que se faça do conjunto normativo supra indicado há de levar em consideração tal comando legal.

O mesmo Afrânio de Carvalho nos dá uma chave interpretativa:

“Essas disposições [*aludia aos arts. 169, I e 295 da Lei*] dizem respeito a loteamentos e incorporações formalizados antes de sua vigência e têm caráter transitório, conforme se adverte no capítulo concernente aos direitos registráveis. Só a transitoriedade leva a tolerá-las, pois envolvem uma contradição nos termos, já que um livro não pode, ao mesmo tempo, estar encerrado e (...) aberto. Por contrariarem o fim manifesto da lei, as averbações residuais interpretam-se estritamente. Se o que a lei quer é o enquadramento dos imóveis no novo regime, impõe-se admitir toda oportunidade para a realização desse fim: *interpretatio illa sumenda quae magis convenit subjectae materiae*.”

De acordo com essa inferência, ao verificar-se qualquer ocorrência relativa ao imóvel, seja transmissiva, onerativa ou modificativa de direito, o título concernente a essa ocorrência determinará automaticamente a abertura da matrícula, sendo depois lançado ao pé desta, no lugar que lhe compita. Esse lugar será indicado pelo que constar do registro anterior, pois a manutenção da ordem cronológica dos assentos tem relevância jurídica no registro geral.”

20. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 434.

21. CARVALHO, Afrânio de. *A matrícula no Registro de Imóveis*. RDI 5/31. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1980.

6. AVERBAÇÕES E A RUPTURA DO TRATO SUCESSIVO

As averbações na origem sempre foram causadoras de complexos problemas. De fato, o descerramento de novas matrizes deve ocorrer no cartório da situação do imóvel, por ocasião do primeiro registro (art. 176, § 1.º, I, da LRP), feito com base em certidão expedida pelo Registro da circunscrição anterior (art. 229 da LRP).

Por outro lado, não há, na lei, qualquer prescrição que obrigue a *retrocomunicação*, ao Cartório de origem, dando notícia da abertura da matrícula na nova circunscrição.²² Não são desconhecidos os episódios de inauguração de dupla cadeia filiatória quando, por exemplo, se inove a descrição de um imóvel por ato de averbação à margem da transcrição de origem com o imóvel já matriculado na outra circunscrição. Não há, igualmente, previsão legal para requisitar certidão negativa de abertura de matrícula na circunscrição atual como requisito de segurança para a prática dos atos na origem.²³

Caso particularmente delicado é o das averbações de penhora, arresto, sequestro, que podem ser feitas na origem (art. 659, § 4.º, do CPC) com o imóvel já matriculado na outra... A “presunção absoluta de conhecimento por terceiros” – na dicção da lei processual – fica alvejada e o terceiro desarmado de um elemento fundamental da publicidade registral – o efeito de eficácia real da constrição judicial averbada.

Ademar Fioranelli toca no problema:

“Em casos concretos, em que os Cartórios de Registro de Imóveis são instalados, estes, reiteradamente, elaboram notas devolutivas determinando que todo e qualquer ato de averbação seja praticado na origem. Tal procedimento causa um grande transtorno aos usuários do serviço, que terão que solicitar uma certidão do Registro de Imóveis da atual circunscrição para comprovar a não abertura da matrícula e depois dirigir-se à anterior, solicitar as averbações exigidas (...)

22. A questão não é nova e mereceu ao menos uma disposição legal no Dec.-lei 3.164, de 31.03.1941, cujo art. 11 dispõe: “O oficial de Registro de Imóveis, a quem for pedida a certidão relativa a imóvel situado na zona de seu ofício, deverá requisitar, dos demais serventúrios a cujos ofícios já tenham pertencido o imóvel, as informações a ele referentes, fornecendo uma única certidão que abranja todo o período que for pedido. Neste caso, a importância da busca, recebida na íntegra pelo oficial que expedir a certidão, será rateada, entre ele e os demais, proporcionalmente ao lapso de tempo compreendido em cada ofício”. Sobre o tema discorreu largamente Philadelpho Azevedo no conhecido *Registro de Imóveis (valor da transcrição)*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. p. 91. Consulte item 19 *in fine*. Vide também: SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Averbação de abertura de matrícula em caso de desmembramento ou desdobramento da serventia. *Boletim Eletrônico do Irib*. n. 1541. 15.02.2005.

23. Nas NSCGJSP v. subitem 120.1, Cap. XX.

Adotar o procedimento de se exigir que todas as averbações sejam feitas na origem, de plano dobra o trabalho desenvolvido na atividade registral porque, ao invés de um, dois registradores terão que qualificar o título – um para averbação e o outro para o registro, desdobrando o prazo necessário, com a necessidade de quatro certidões: uma de origem sem averbação, uma do destino com a negativa de abertura de matrícula, outra de origem com a averbação e outra do destino com o registro consumado. O usuário teria que se deslocar várias vezes entre as duas circunscrições imobiliárias. Se tudo fosse feito no destino nada disso seria necessário.

Além do mais, não há dispositivo de lei tornando obrigatórias as averbações na origem, já que uma leitura atenta do art. 169 da Lei 6.015/1973, em confronto com o art. 176, § 1.º, I, da mesma Lei, nos leva a conclusão diversa. O dito art. 169 estabelece a regra geral, que é a realização dos atos no Cartório de situação do imóvel e, em ressalva, permite as averbações na origem. Esse dispositivo introduz uma exceção à competência territorial e, como tal, deve ser interpretado restritivamente. Em suma, trata-se de uma disposição permissiva e não uma expressa vedação legal. Vale ressaltar que o art. 176, § 1.º, I, determina que a matrícula deva ser aberta por ocasião do primeiro registro. Ora, se o usuário já possui o título hábil para o registro e requereu a realização do mesmo, não é razoável que se recuse e determine sejam as averbações levadas a efeito na circunscrição imobiliária de origem, o que seria a própria negação do princípio da eficiência.

Pela ótica da segurança jurídica – e conseqüente responsabilidade civil do registrador –, não há dúvida de que as averbações e o registro devam ser qualificados e executados por um único Oficial. Caso contrário, num caso de processo disciplinar por falha do serviço, o Poder Judiciário teria que verificar o grau de culpa de cada um dos registradores e decidir qual seria o responsável, o que vai de encontro com o princípio da economia processual.

Em outras ocasiões é o registrador do antigo Cartório Registral que se nega a praticar qualquer ato de averbação, sob a alegação de que a competência territorial não mais existe e, da mesma forma, causando transtornos aos usuários, quando deveria privilegiar o acesso dos títulos ao sistema do registro predial.”²⁴

7. PROSSEGUIMENTO DAS DISCUSSÕES NA CGJSP

O pedido foi autuado na Corregedoria Geral da Justiça (Processo CG 2013/144.745) e mereceu apreciação preliminar indeferindo o pedido formulado pelos registradores paulistas. Destacou-se, porém, a necessidade de se dar continui-

24. FIORANELLI, Ademar. A matrícula no Registro de Imóveis – Problemas e soluções. In: AMADEI, Vicente de Abreu et alii. *Direito notarial e registral avançado*. São Paulo: Ed.RT/Thomson, 2014. p. 303-304.

dade aos trabalhos para que, observadas as premissas fixadas no r. parecer oferecido no dito processo, os registradores integrantes do Grupo de Trabalho pudessem apresentar, caso assim reputassem oportuno, novo requerimento.

Quais foram essas premissas?

No entendimento esposado pela E. Corregedoria Geral, vez que o requerimento propõe adoção de medidas que destoam do atual entendimento do Órgão e do Conselho Superior da Magistratura, é necessário fixar as seguintes diretrizes, *verbis*:

“O C. Conselho Superior da Magistratura, nos autos das Apelações Cíveis 0003757-13.2012.8.26.0606 e 0000641-96.2012.8.26.0606, deixou assentado que as retificações de registro de imóveis formuladas com lastro no art. 213, II, da Lei de Registros Públicos, devem tramitar perante o registro de imóveis de origem mesmo quando o imóvel passa a pertencer a outra circunscrição.

Apenas para melhor elucidar, cito a ementa da Apelação Cível 0000641-96.2012.8.26.0606:

‘Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente – Negativa de registro – Exigência indevida de retificação administrativa da descrição do imóvel perante o Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição atual do imóvel – Descabimento – Aplicação do disposto no art. 169, I, da Lei de Registros Públicos – Recurso provido.’

Ambos os julgados apoiam-se no art. 169, I, da Lei 6.015/1973, cujo teor é:

‘Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo: (redação dada pela Lei 6.216, de 1975).

I – as averbações, que serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição.’

Assim, como a retificação é ato passível de averbação, o procedimento de retificação deve tramitar na Serventia de origem ainda quando o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição.

O Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria da Justiça Geral da Justiça, foi recentemente atualizado e seu texto, de iminente vigência, traz item que encampou a recente jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura:

‘138.27. Se o imóvel passar a pertencer a outra circunscrição na qual ainda não haja matrícula aberta, a retificação prevista no art. 213, II, da Lei 6.015/1973, tramitará no Registro de Imóveis de origem.’

Verifica-se, assim, que as propostas que objetivam o encerramento definitivo dos livros antigos de registro, com a vedação de todo e qualquer ato e a determinação de que todos os atos de registro em sentido *lato* (registro e averbações) sejam praticados no cartório que detenha a competência legal territorial na data da rogação contrariam, além da atual jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura e as Normas de Serviço desta Corregedoria Geral, o disposto no art. 169, I, da Lei 6.015/1973.

Não se desconhecem os jurídicos fundamentos trazidos pelos proponentes. Deles ousa-se discordar porque, além de todos os argumentos contidos nos julgados citados, o art. 169, I, em questão, não discrimina os tipos de atos de averbação que estariam sujeitos à inscrição na circunscrição de origem.

Assim, a afirmação de que referida norma abarca somente os casos de averbações de imóveis loteados (compromissos e cessões) e de ordens judiciais vai, respeitado o entendimento dos ilustres registradores, além do que disse a lei.”²⁵

Deu-se curso ao processo administrativo colhendo-se a manifestação do ilustríssimo Presidente da Arisp – Associação de Registradores Imobiliários de São Paulo, para quem a decisão sobre o encerramento dos livros, em caráter definitivo, deveria ficar ao alvitre do juiz corregedor respectivo, mediante provocação do próprio Oficial Registrador competente. Portanto, será perante o juízo correccional que o Oficial “justificará a continuidade ou não da escrituração de referidos livros”.²⁶

A proposta, salvo melhor juízo, não resolve o problema. Ou bem assumimos que a lei fixou uma regra geral, de aplicação plenária, embora transitória, ou bem admitimos de vez que a regra da averbação na origem há de coexistir *sine die* com o novo sistema de matrícula.

A mesma hesitação se encontra na atual redação das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo que no item 120 do Capítulo XX reza que as averbações serão efetuadas à margem da matrícula, transcrição ou inscrição a que se referirem “salvo se [o imóvel] passou a pertencer a outra comarca”.

Tanto num caso como noutro não encontramos tal *discrimen* na Lei de Registros Públicos.

Outra expressão passível de aperfeiçoamento encontramos no item 54, *a*, Capítulo XX das referidas NSCGJSP:

“54. Todo imóvel objeto de título a ser registrado deve estar matriculado no Livro 2 de Registro Geral. Caso o imóvel não tenha matrícula própria, esta será obrigatoriamente aberta por ocasião do primeiro registro ou, ainda:

a) quando se tratar de averbação que deva ser feita no antigo Livro de Transcrição das Transmissões e neste não houver espaço, à margem da qual será anotada a

25. Processo CG 144.745/2013/São Paulo, decisão 07.02.2014, Des. Elliot Akel. A ementa está assim redigida: Registro de Imóveis – Requerimento apresentado pelo Grupo de Trabalho para estudos relacionados ao desenvolvimento do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) com o objetivo de edição de provimento disciplinando o encerramento dos livros antigos dos Registros de Imóveis – Divergência com a atual jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura e com as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – Sugestão de prosseguimento dos trabalhos observadas as premissas fixadas no parecer.

26. Informação prestada por Flauzilino Araújo dos Santos por meio do Ofício 38/2014, datado de 08.05.2014, encartado às f. do processo citado na nota 24.

abertura da matrícula, desde que o imóvel esteja em área da competência registral da mesma serventia, ainda que precária a descrição do imóvel, desde que se refira ao imóvel em sua integralidade.”

Ali se prevê uma hipótese de exceção que se acha também na Lei (art. 295, parágrafo único, da LRP).

Entendo, como já deixei consignado supra, que será possível a abertura de matrícula *mesmo nos casos em que o imóvel tenha passado a outra circunscrição*.

Por fim, já que estamos na quadra da ultrapassagem dos parâmetros legais, criticável será, salvo melhor juízo, o disposto no subitem 120.1 do mesmo capítulo das Normas que prevê exceção que não se acha inscrita na própria lei: “As averbações de indisponibilidades, ordens judiciais e atos da Administração Pública serão feitas na comarca de origem, caso o imóvel ainda não esteja matriculado na nova unidade. Em tais casos, o Oficial deverá solicitar informação eletrônica quanto à existência de matrícula na nova serventia, que deverá ser atendida no prazo de duas horas”.

Concluindo, ou todas as averbações se farão na atual circunscrição ou aplicamos, sem limitação, timidez ou modulações, a regra estampada no art.169, I, *in fine*, da Lei de Registros Públicos.

Seja como for, o processo se encontra em andamento no aguardo de manifestação do GT criado pela Portaria CG 12/2013. Ainda é possível apresentar sugestões para aperfeiçoamento das Normas, como, aliás, propugnado e estimulado pelo Des. José Renato Nalini.

8. REGULAMENTAÇÃO DO TEMA PELA 1.^a VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO

No transcurso dos debates e discussões sobreveio o Provimento 1/2014,²⁷ baixado pela juíza titular da 1.^a Vara de Registros Públicos de São Paulo, Dra. Tânia Mara Ahualli.

O provimento parte de um pressuposto correto – ou seja, de “que a publicidade do registro imobiliário de regra deve ser efetivada por meio da matrícula aberta na circunscrição da situação do imóvel, e, como exceção, nas circunscrições anteriores”.

O articulado aponta para a necessidade de se trasladar à circunscrição atual os dados do registro anterior e, com isso, deslocar a sede registral do imóvel para a circunscrição legalmente competente.

Penso, simplesmente, que a retificação não deveria representar uma exceção à orientação sistemática indicada no provimento referido.

27. Provimento 1/2014, de 14.10.2014, DJe 16.10.2014, Dra. Tânia Mara Ahualli.

9. CONCLUSÕES

Da exposição, podemos tirar as seguintes conclusões:

a) O manuseio dos antigos livros põe em risco a sua higidez. A sua contínua utilização provoca desgaste e deterioração.

b) Os antigos livros de registro foram simplesmente encerrados, com lavratura de termo de encerramento pelo juiz competente.

c) A excepcionalidade da utilização dos antigos livros vem confirmada pelo parágrafo único do art. 297, que exige expressa autorização judicial para sua utilização “até o seu esgotamento”, “iniciando-se nova numeração”.

d) Ainda excepcionalmente, as averbações ou anotações posteriores seriam toleradas, mesmo nos casos em que o imóvel tivesse passado a pertencer à outra circunscrição. Neste caso, far-se-á a averbação nos antigos livros, ou será descerrada matrícula do imóvel para esse fim.

e) Compete ao Oficial do Registro de Imóveis a manutenção e conservação do acervo – livros de registro etc. – respondendo por sua ordem. Admite-se a digitalização do acervo para fins de segurança, nos termos do da Recomendação CNJ 9/2013.

Em vista dessas conclusões, acabamos por sugerir a edição de provimento pela E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo dispondo sobre:

a) Encerramento *definitivo* dos antigos livros de registro e com o encerramento *das inscrições*, com a vedação de prática de todo e qualquer ato à sua margem.

b) A digitalização de todos os livros, segundo os critérios técnicos previstos na Res. Conarq (abr. 2010) e no Provimento CG 42/2012 (item 280, I, Cap. XX das NSCGJSP). Geração de representantes digitais – matriz (arquivada em locais seguros) e derivadas de acesso, para uso contínuo.²⁸

c) Higienização, lacração e depósito em local seguro e certificado por autoridades competentes.

d) Determinação de que todos os atos de registro em sentido lato (registro e averbações) devam ser praticados no cartório que detenha a competência legal territorial.

ADENDO

“Provimento 1/2014 – Disciplina os requisitos para abertura de matrículas e dá outras providências.

A Juíza Titular da 1.^a Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo, Corregedora Permanente das Serventias de Registro de Imóveis da Capital, Tania Mara Ahualli, no exercício das atribuições que a lei lhe confere,

28. Em parte o pleito foi deferido. V. Provimento CG 22/2014 indicado na nota 4.

Considerando que a publicidade do registro imobiliário de regra deve ser efetivada por meio da matrícula aberta na circunscrição da situação do imóvel, e, como exceção, nas circunscrições anteriores;

Considerando que o art. 227 da Lei 6.015/1977, condiciona o registro do título a que matrícula obedeça ao disposto no art. 176, disso resulta não haver impedimento, no caso de existência de elementos suficientes para identificação do imóvel, que a matrícula seja aberta de imediato para, em momento posterior e antes do registro do título, serem inseridos os demais dados exigidos no art. 176;

Considerando que a expressão depósito prévio do art. 13 da Lei Estadual 11.331, de 26.12.2002, deve ser entendida como prévio ao registro na esteira do que consta dos itens 359 a 363, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, procedimento esse que, como medida de implemento à eficiência, poderá ser facultativamente adotado em relação aos títulos apresentados diretamente nas serventias.

Art. 1.º No caso de imóvel ainda objeto de transcrição ou matriculado na circunscrição imobiliária anterior, desde que a descrição seja suficientemente adequada para a sua identificação e afastado o risco de sobreposição, a matrícula poderá ser aberta com base nos elementos já existentes, ainda que faltantes alguns dos dados referidos no art. 176 da Lei 6.015/1973, que deverão ser inseridos em momento posterior.

§ 1.º Em relação à descrição do imóvel, os dados serão inseridos antes da alteração de sua configuração como nos casos de desdobro, divisão, unificação, parcelamento, incorporação ou instituição de condomínio.

§ 2.º Quanto aos elementos de identificação pessoal, os dados serão inseridos antes do registro do título de transmissão ou do cancelamento de ônus ou restrições.

§ 3.º A matrícula de imóvel remanescente também poderá ser aberta quando, dadas as regularidades geométricas das áreas envolvidas, as medidas perimetrais resultarem de simples cálculo aritmético.

Art. 2.º Quando a retificação de área for cumulada com a solicitação de abertura de matrícula, o procedimento de que trata o art. 213 da Lei 6.015/1973, poderá ser realizado na circunscrição da situação do imóvel.

Parágrafo único. O oficial encarregado do procedimento poderá remeter os autos às serventias anteriores para que essas informem sobre os imóveis confrontantes ainda não matriculados, cabendo à parte interessada providenciar as certidões respectivas.

Art. 3.º Fica facultado aos oficiais adotarem o procedimento previsto nos itens 359 a 363, do Capítulo XX, das Normas da Corregedoria Geral da Justiça, em relação aos títulos prenotados diretamente na serventia.

O presente Provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

Publique-se. Registre-se. Comunique-se a Corregedoria Geral da Justiça.

São Paulo, 14.10.2014 – Tania Mara Ahualli, Juíza de Direito.”

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Estilo resumido do ato registral imobiliário no Livro n. 2 – Registro geral – À luz da Lei 6.015/1973, de Peri Carlos Pael Lopes – *RDI* 35/40 (DTR\1995\30), e
- Livros e classificadores obrigatórios no registro de imóveis eletrônico. A correção virtual, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 69/232 (DTR\2010\680).

PARTILHAS *PER SALTUM*, CESSÕES DE DIREITOS E A CONTINUIDADE REGISTRAL

GABRIEL FERNANDO DO AMARAL

Especialista em Direito Notarial e Registral. Registrador de Imóveis em Guaratuba/Paraná.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: Este artigo tem como objeto a interpretação dos arts. 1.043 e 1.044 do CPC, em consonância com os princípios de direito registral imobiliário e enfoque na formalização das partilhas conforme o desenvolvimento cronológico das causas jurídicas de transmissão. A relevância do tema está relacionada, de uma parte, com a vedação reconhecida pela jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, quanto ao registro das partilhas por saltos, ou *per saltum*, e na norma inserida no Código de Normas da Corregedoria de Justiça do Estado do Paraná, segundo a qual as cessões de direitos de meação e hereditários devem ser objeto de registro, com vistas a atender às exigências do princípio da continuidade. A partir do exame das partilhas *per saltum*, pretende-se por em discussão a (i)registração das cessões de direitos hereditários, provocando uma revisão no princípio da disponibilidade e da continuidade registrais, esclarecendo que a legislação pátria, ao contrário da estrangeira, não prevê o registro em *tracto abreviado*.

PALAVRAS-CHAVE: Partilha – Cessão – Meação – Hereditário – Registro de Imóveis – Princípio da disponibilidade – Princípio da continuidade – Trato abreviado – Prática registral.

ABSTRACT: The present study's object is the interpretation to be given to the 1,043 and 1,044 article of the Brazilian Federal Law 5,869/1973, according to the principles that regulates Brazilian Land Registry and with focus on the title deed that expresses the inventory and legal partition of hereditary rights, which must obey the legal and chronological causes of transmission. Its relevance will be revealed by the negative response to the registry of the so called partition *per saltum*, as well as we face the correct interpretation of the rule contained in the code of the Judicial Administrative Department of the State of Paraná, through which transmissions of hereditary rights must be registered, in order to maintain the chain of title. Starting from the examination of the partition *per saltum*, this study intend to discuss the (im) possibility of acceptance, in the Land Registry, of the transmissions of hereditary rights, reviewing the principles of *nemo dat quod non habet* and the chain of title, as the Brazilian law does not accept the Spanish concept of *tracto abreviado*.

KEYWORDS: Partition – Cession – Hereditary rights – Land Registry – Principle of *nemo dat* – Chain of title – Spanish concept of *tracto abreviado* – Land Registry acts.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito de *saisine* – 3. O princípio da continuidade na doutrina nacional – 4. O princípio do *tracto sucesivo*: 4.1 A possibilidade do *tracto abreviado* no direito comparado – 5. O princípio da disponibilidade – 6. As partilhas *per saltum* – 7. Cessão e disposição de direitos e o Registro de Imóveis – 8. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Desde 1916, destaca-se, dentre as formas de aquisição da propriedade imóvel, aquela que se dá mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Diz-se, portanto, que o registro possui efeito constitutivo, de tal maneira que o direito real não existe, nem de forma inicial, enquanto o título aquisitivo não for registrado. Como bem sinalizou Ricardo Henry Marques Dip, “o *titulus* é mera potência que se atualiza pelo *modus acquirendi*”.¹

Apesar da regra, há outras formas de aquisição da propriedade, como o direito de *saisine*, disposto no art. 1.784 do CC/2002, *in verbis*: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Nesse caso, o direito real nasce a partir de um fato jurídico: a abertura da sucessão, o que se dá no momento do óbito do autor da herança. Todavia, com fundamento nos arts. 169, 195 e 237 da Lei 6.015, de 31.12.1973, o registro permanece obrigatório, como se extrai da doutrina, para fins de disponibilidade,² mas sua força será declaratória. Por isso se diz que o sistema registral brasileiro é de caráter misto.³

Essa inter-relação entre direito material e direito instrumental, representada, de um lado, pelo Código Civil e, de outro, pela Lei de Registros Públicos e pelo Código de Processo Civil, experimentou considerável avanço, recentemente, no que se refere ao adequado entendimento do registro para disponibilidade e a interpretação conjunta do direito de *saisine* e o princípio registral da continuidade, especificamente no âmbito dos inventários conjuntos regulados pelos arts. 1.043 e 1.044 do CPC. Segundo a hermenêutica aplicada, seja quanto aos dispositivos da Lei Processual, seja quanto à causalidade dos registros, por mais que os direitos sejam transmitidos *ipso iure*, para cada causa jurídica de transmissão, haverá necessidade de ser formalizado o respectivo título e, para efetivo cumprimento da continuidade, realizado o registro em encadeamento sucessivo, vedadas as partilhas chamadas *per saltum*, ou “por saltos”.

Em desenvolvimento desse raciocínio, à luz dos mesmos princípios, pretende-se examinar as cessões de direitos de meação e de direitos hereditários, com o objetivo de rever os motivos que levaram juristas de renome a defender sua irregistrabilidade. Por fim, ousando deles discordar, argumentar-se-á que, por decorrência do direito de *saisine* e de seus efeitos gerados em um sistema registral misto, as ces-

1. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no registro de imóveis. Disponível em: [<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/007-dip-qualificacao-registral.pdf>]. Acesso em: 30.01.2014.
2. SILVA, Ulysses da. A caminhada de um título da recepção ao ato final. Disponível em: [www.14ri.com.br/caminhada.htm]. Acesso em 29.01.2014.
3. SANTOS, Francisco José Rezende dos. Títulos admitidos a registro. Disponível em: [www.serjus.com.br/trabalho_01_fjrs.html]. Acesso em: 29.01.2014.

sões de direitos de meação ou de direitos hereditários devem ser objeto de registro próprio, vedado o registro de transmissão direta dos bens imóveis aos cessionários.

Destarte, com a adoção do método indutivo, este artigo será desenvolvido em sentido favorável à regulação das cessões de direitos hereditários e de meação. Trata-se de tema justificado por sua atualidade, com reflexos práticos sobre grande parcela dos inventários e partilhas, judiciais ou extrajudiciais, com repercussões também sobre o Registro Imobiliário.

2. DIREITO DE SAISINE

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” É o que dispõe o art. 1.784 do CC/2002 brasileiro, o qual corresponde à previsão legal, entre nós, do chamado direito de *saisine*.

Com origem na França, no período da idade média, o direito de *saisine* é resultado da máxima segundo a qual *le mort saisit le vif*, isto é, o morto é substituído pelo vivo.⁴ Segundo o Código Civil, é importante realçar a imediatez com que essa substituição ocorre, sem lapso temporal entre o evento morte e a transmissão. De fato, a transmissão da posição que o autor da herança possuía, nos direitos e obrigações que compunham seu patrimônio, dá-se de maneira instantânea à morte. Como afirma Arnaldo Wald, “dentro do sistema legal pátrio, a posse dos bens herdados transfere-se automaticamente, *ipso jure*, pelo simples fato da morte do *de cuius*, aos herdeiros, independentemente da abertura do inventário, que é mera formalidade, e da sentença homologatória da partilha, que tem caráter declaratório”.⁵

Não há formalidade, nem necessidade de título, em sentido formal, para que se opere esta transmissão; a lei determina, como efeito direto da morte, a substituição do autor da herança pelos seus herdeiros na posição de titular de direitos reais, assim como dos demais direitos e obrigações. Em que pese a fórmula ter sido criada com o objetivo de resguardar os direitos dos herdeiros ante a potência tributária dos senhores feudais, é razoável argumentar, hoje, que o direito de *saisine* impede a existência, por qualquer tempo que seja, de um patrimônio sem titularidade. Com efeito, não fosse a previsão do art. 1.784 do CC/2002, “haveria um interregno entre a morte e o registro da partilha, quando os bens seriam *res nullius*, implicando tal circunstância uma série de problemas jurídicos incontornáveis”.⁶

4. SILVA, Rodrigo Alves da. A fórmula “saisine” no direito sucessório. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/f%C3%B3rmula-saisine-no-direito-sucess%C3%B3rio]. Acesso em: 25.03.2014.

5. WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

6. NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

Retomando, pois, a formulação primeira do instituto, em consonância com o princípio da disponibilidade, com a morte do autor da herança, seus herdeiros e legatários passam, imediatamente, a ocupar a mesma posição substancial que aquele ocupava em relação à integralidade de seu patrimônio. A lei não cria um ente fictício para exercer a titularidade dos bens da herança, a partir do qual cada um dos herdeiros, sendo mais do que um, receberá seu quinhão.

A substituição não ocorre do autor da herança para o espólio, e deste, para os herdeiros, pois o grande motivo de existência do direito de saisine é a inexistência de intermediários. Como já decidiu o STJ, o espólio “nada mais é do que o conjunto de bens e direitos do falecido”.⁷ Em verdade, seja por presunção legal ou por expressa declaração de última vontade, cada herdeiro recebe, em nome próprio, a herança a que faz jus, na proporção legal ou voluntária.

Quanto ao objeto da transmissão ocorrida por aplicação do direito de *saisine*, são esclarecedoras as lições de Hironaka: “Pelo princípio da *saisine*, a lei considera que no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros (...) o objeto da transmissão continua sendo a herança, que como já se disse, é o patrimônio do defunto, compreendendo todos os direitos que não se extinguem com a morte, sendo dela integrantes bens móveis e imóveis, débitos e créditos (...) o herdeiro recebe, desde o momento da morte do autor da herança, o domínio e a posse dos bens, em condomínio com os demais; o legatário receberá o domínio desde logo e a posse quando da partilha, se beneficiado com coisa certa e receberá o domínio e a posse no momento da partilha, se beneficiado com coisa incerta”.⁸

Assim, considerados os direitos e obrigações singularmente, se o autor da herança era titular de propriedade, é a propriedade que se transmite; se promitente comprador, os direitos da promessa de compra e venda; se posse injusta, não receberão os herdeiros posse justa, mas a mesma posse injusta exercida pelo autor da herança. Não se transmite direito maior ou menor, melhor ou pior. Em outras palavras, se era proprietário de imóvel, essa mesma propriedade é transmitida aos herdeiros, com todos os seus elementos inerentes de usar, gozar, dispor e reavê-la, se for o caso.

Não se diga, portanto, que, para disponibilidade de direito de propriedade recebido em herança, é necessário o registro de partilha ou adjudicação, pois o direito recebido com a abertura da sucessão foi a propriedade, sem ter imposto, o legislador, cláusula alguma que excepcione quaisquer dos seus atributos. Sob esse

7. STJ, REsp 777.566/RS, j. 27.04.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina.

8. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro – Disposições gerais e sucessão legítima. Disponível em: [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692/538]. Acesso em: 25.03.2014.

ponto de vista, que será retomado adiante, o registro se torna, como de fato é, por excelência, um requisito formal que atende satisfatoriamente à necessidade de segurança jurídica do tráfico imobiliário, mantendo-se uma cadeia de transmissões sem solução de continuidade, mas não um requisito limitador do direito material.

O direito de *saisine* exige que o operador do direito fixe o olhar sobre a titularidade dos bens, ainda que, tradicionalmente, faça-se recurso frequente e inadequado à figura do espólio. Este, como já se disse, não é um “ente” qualquer, mas apenas o conjunto de direitos e obrigações que antes se manifestava sob a personalidade de uma pessoa e, com a morte, é transmitido a seus herdeiros.

O espólio, sem abrir mão do conceito já consignado, deve ser observado sob uma perspectiva exclusivamente patrimonial, cuja titularidade é declarada segundo o direito de *saisine*, pois a legislação não tem intenção de ressuscitar o morto para a prática de atos que, porventura, tenha deixado de realizar quando vivo. Da mesma sorte, não é função do inventariante a representação de mortos. A propósito, o direito privado não dá ao espólio a faculdade de disposição dos bens, mas a confere expressamente aos herdeiros, no art. 1.793, § 3.º, do CC/2002, motivo pelo qual o art. 992, I, CPC, deveria ser considerado revogado pela legislação mais recente.

Não se olvida que o art. 1.791 do CC/2002 regula a herança como sendo um *todo unitário e indivisível*, e a sujeita às normas relativas ao condomínio; assim dispondo, cuidou o legislador de casos nos quais há pluralidade de herdeiros. Obviamente, não há razoabilidade em transportar esse estado de *indivisibilidade* às situações em que haja apenas um herdeiro. Mesmo assim, não é apropriado o uso do termo “indivisível”, pois, como se sabe, a herança é, sim, divisível. A partilha nada mais é do que a extinção do condomínio formado pela herança, quando há pluralidade de herdeiros.

Mantém-se, pois, os mesmos efeitos e consequências lógicas do art. 1.580 do CC/1916, o qual conferia indivisibilidade ao direito de herança, à qual concorriam várias pessoas. Esse estado de indivisibilidade cessaria com a superveniência da partilha, como implemento de condição legal; por consequência, não existia indivisibilidade quando houvesse um só herdeiro e, nos casos de pluralidade de herdeiros, aquela permanecia se os bens simplesmente lhes fossem adjudicados, isto é, com a declaração formal dos quinhões de cada herdeiro nos bens singularmente considerados.

Observe-se, ainda, que o espólio não é direito real especial, no qual subsistiria um estado especial de indivisão e aplicação subsidiária das normas de condomínio. À luz de uma interpretação sistemática, observadas as formas de aquisição de direitos, o efeito imediato da morte é a transmissão *ope legis* da herança, sem alteração de estado ou substância, com a nota de, havendo dois ou mais herdeiros, ser regulada pelas normas condominiais, o que acontece sempre que um bem é adquirido por duas ou mais pessoas.

Tecidas essas considerações e caracterizado o direito de *saisine*, é de se concluir que, ocorrendo a substituição por presunção legal, quando existirem dois ou mais herdeiros, os bens são recebidos sob o regime condominial, que poderá, ou não, ser extinto pela partilha. No entanto, se houver disposição de última vontade com atribuição de bens específicos a herdeiros determinados, a substituição se dará diretamente, sem passar por regime condominial, do mesmo modo como quando não há pluralidade de herdeiros.⁹

A faculdade de disposição, em ambas as circunstâncias, será examinada posteriormente, buscando-se adequar direito material e o direito formal registrário, sendo necessário considerar, preliminarmente, alguns de seus princípios.

3. O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NA DOUTRINA NACIONAL

Independentemente do título de aquisição, um dos princípios de maior destaque no direito registral brasileiro é o princípio da continuidade, atualmente positivado nos arts. 195 e 237 da Lei 6.015/1973. Essa exigência, por sua vez, já era conhecida anteriormente, pois esteve presente na sistemática registral do Dec. 18.542, de 24.12.1928 e no Dec. 4.857, de 09.11.1939, mantendo-se redação e disciplina semelhantes ao longo do tempo.

O Decreto de 1928 dizia, no art. 206 que: “Si o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante o oficial exigirá a transcrição do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro”. O art. 234, de modo complementar, dispunha que: “Em qualquer caso não se poderá fazer transcrição ou inscrição sem prévio registro do título anterior, *salvo se este não estivesse obrigado a registro, segundo o direito então vigente de modo a assegurar a continuidade do registro de cada predio, entendendo-se por disponibilidade a faculdade de registrar alienações ou onerações dependentes assim, da transcrição anterior*” (grifo deste autor).

Essas mesmas ideias foram expressas, sem alterações, respectivamente, nos arts. 214 e 244 do Dec. 4.857/1939.

A Lei 6.015, de 31.12.1973, continuou a exigir obediência à continuidade dos registros, reservando, como os regulamentos anteriores, dois dispositivos para explicitá-lo dentro do sistema de fôlio real implantado. Assim, com redação que muito lembra os arts. 206 do Dec. 18.542 e 214 do Dec. 4.857/1939, diz o art. 195 da Lei 6.015/1973 que: “Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro”. O art. 237, por sua vez, reforça a exigência da continuidade do registro, mas rompe com a

9. OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. Disponível em: [\[www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/634/814\]](http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/634/814). Acesso em: 25.03.2014.

tradição da legislação pretérita, tanto pelo fato de estar inserido em um registro de fôlio real, como por rejeitar qualquer exceção, como se fazia nos arts. 234 do Dec. 18.542 e 244 do Dec. 4.857/1939.

Breve comparação dos dispositivos demonstra que a legislação anterior à Lei 6.015/1973, além de exigir a continuidade dos registros, trazia ressalva – cujo efeito era afastar do registro títulos de transmissão a ele não sujeitos, segundo a legislação vigente – e referência ao princípio da disponibilidade, *ambos não contidos na norma atual*. Restringe-se, pois, o art. 237 da Lei 6.015/1973, a preceituar: “Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro”.

Para a doutrina, sempre recorrendo às lições de Afrânio de Carvalho, o princípio da continuidade determina que os atos realizados no registro de imóveis estejam perfeitamente ligados, um ao outro, no que se refere à titularidade de direitos. Nas palavras do doutrinador: “O princípio de continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente”.¹⁰

A ligação do princípio da continuidade com o princípio da especialidade, como sustenta Afrânio de Carvalho, é evidente, pois somente poderá haver encadeamento subjetivo entre os registros quando as pessoas nele envolvidas estão absolutamente diferenciadas das demais. Em outras palavras, o título apresentado a registro deverá indicar, como transmitente, a pessoa que ostenta a posição registral de titular do direito, em identidade perfeita, atingindo a grafia do nome e demais dados de qualificação.

A jurisprudência é farta ao indicar que essa identidade é imprescindível: “Registro de Imóveis – Dúvida inversa – Ingresso de escritura de venda e compra – Imóvel transcrito em nome do titular de domínio, qualificado como se casado fosse – Inexistência de averbação, nas transcrições aquisitivas, do nome do respectivo cônjuge e do regime de bens – Inadmissibilidade – Ofensa ao princípio da continuidade – Recurso improvido – Decisão mantida”.¹¹

No mesmo sentido, com referência à necessidade de atualização de estado civil e registro do título anterior: “Registro de imóveis – Dúvida inversa – Formal de partilha que não faz menção a segundo casamento contraído por inventariado – Necessidade de retificação da qualificação do inventariado na matrícula e de registro de partilha do divórcio do casamento omitido antes de se proceder ao registro do

10. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Forense: Rio de Janeiro, 1998. p. 253.

11. CSMSP, AC 58.992-0/5, j. 09.12.1999, rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição.

formal de partilha – Princípio da continuidade e da especialidade subjetiva – Dúvida procedente”.¹²

Muitos outros julgados poderiam ser citados para demonstrar a aplicação do princípio da continuidade, dada sua grande importância na sistemática registral. Certamente, todas as averbações ou registros necessários até que se alcance a perfeita identidade entre o titular registral e o transmitente do título devem ser realizadas à vista de prova idônea e certa, com observância do art. 213, I, g e art. 246 da Lei 6.015/1973. Com efeito, se assim não se fizer, quebra-se um ou mais dos elos da corrente de sucessividade,¹³ *para a qual a atual Lei de Registros Públicos não estabelece ressalvas ou exceção.*

Outro aspecto, relacionado à prática registral, está em que os elos dessa corrente se manifestam na forma de atos a título singular, ou seja, a cada causa jurídica – título em sentido material – deve corresponder um ato específico de averbação ou registro, segundo o rol presente no art. 167 da Lei 6.015/1973. O princípio da continuidade não exige, somente, que as mutações jurídico-reais sejam escrituradas de forma concatenada, “sino también que cada una de ellas conste en un asiento próprio, dentro del folio abierto a la finca”.¹⁴

A boa técnica registral não deve multiplicar atos desnecessários, mas também não pode cumular em um só ato vários títulos que operem modificações no registro, sejam quanto à titularidade de direitos reais, seja quanto às circunstâncias que envolvam a especialidade do bem ou dos titulares registrais. Em outras palavras, nos casos em que “A” transmite a propriedade de imóvel a “B”, e este, posteriormente, transmite-a a “C”, a sistemática registrária impede a realização de um só registro para ambas as transmissões, da mesma forma como impede a utilização do registro da transmissão para, concomitantemente, alterar o estado civil dos transmitentes.

Por fim, vale notar que o princípio da continuidade, por obra de Filadelfo Azevedo,¹⁵ não é requisito necessário, nem consequência lógica do sistema de fôlio real adotado a partir da Lei 6.015/1973. Também, por ser princípio de *natureza formal*, independe das normas de direito material quanto à forma de aquisição de direitos reais; ou seja, o princípio da continuidade, necessariamente, não é consequência imediata do art. 1.245 do CC/2002. A propósito, basta recordar que o princípio já era requisito presente na anterior legislação registrária brasileira, enquanto

12. IVRPSP, Processo 0034962-89.2013.8.26.0100, j. 11.11.2013, rel. Dr. Josué Modesto Passos.

13. PONTES, Valmir. Princípios do direito registral imobiliário. Disponível em: [<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>]. Acesso em: 19.03.2014.

14. SANTISTEBAN, Sonia Martín. El principio de tracto sucesivo. In: VALENCOSO, Luz M. Martínez. *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria em el derecho europeo*. Navarra: Civitas, 2009. p. 556.

15. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 259.

se usavam inscrições e transcrições. Ademais, países que tipicamente tem registros prediais classificados como apenas publicitários, como a França e a Argentina, não fazem uso pleno do sistema de fólho real,¹⁶ a constituição do direito real não se dá pelo registro e, ainda assim, está vigente o princípio da continuidade.

4. O PRINCÍPIO DO *TRACTO SUCESIVO*

O princípio que, no Brasil, é conhecido como da continuidade, também é acolhido na doutrina estrangeira como *trato sucesivo* ou de *previa inscripción*. A Lei Hipotecaria espanhola, por exemplo, dispõe no art. 20 que: “Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos”.¹⁷ De modo semelhante, na Argentina, o art. 15 da Lei 17.801 estabelece que: “no se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encademamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones”.¹⁸

Como se pode observar, independentemente do direito material, a que não se nega importância, o princípio do *tracto sucesivo* está presente nos mais variados sistemas de publicidade registral, como uma exigência *formal* dirigida ao registrador na escrituração dos atos. Não se trata, contudo, de obrigação para comprovar o direito do transmitente, mas de verificar a existência prévia de registro a seu favor, de maneira que o registro seguinte esteja concatenado com a realidade registral anterior.

Para a doutrina espanhola, o princípio pode ser conceituado como “una técnica operativa del sistema de folio real, que trata de establecer un orden entre os asientos, como complemento del orden entre las fincas, mediante el encadenamiento sucesivo o simultáneo de los títulos inscribibles, sobre la base de la previa o simultánea inscripción del título del transferente em el momento de la inscripción del título del adquirente, aunque el acto dispositivo sea anterior, como presupuesto estructural para la producción de los efectos esenciales del sistema”.¹⁹

16. SOLANO, Antonio Manzano; FERNÁNDEZ, Maria Mar Manzano. *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: J. San José, 2008. p. 105.

17. ESPAÑA. Lei Hipotecaria. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453]. Acesso em: 20.03.2014.

18. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2008. p. 109.

19. SOLANO, Antonio Manzano; FERNÁNDEZ, Maria Mar Manzano. *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: J. San José, 2008. p. 245.

Solano e Fernández, portanto, enfatizam o caráter formal do princípio, como uma técnica que facilita o conhecimento da situação registral, publicando o direito de forma clara e inequívoca. O foco, portanto, está no *asiento*, no registro, que expressa o sujeito e o objeto do direito cuja mutação é solicitada com a apresentação de novo título.

O exame do conceito acima referido, embora ajude a compreender o princípio da continuidade como praticado no Brasil, deve ser examinado com algumas cautelas, principalmente quando se fala em “encadenamiento (...) simultáneo”, “simultánea inscripción” e “efectos esenciales del sistema”. Como se verá adiante, não há no Brasil permissivo ou ordenança para que se proceda, em geral ou em casos específicos, a registros simultâneos. Esse *encadenamiento simultáneo*, mencionado no conceito, tem relação direta com a admissibilidade, em apenas alguns casos, do *tracto abreviado* no direito espanhol e no argentino, de que cuidaremos no próximo tópico.

Quanto aos efeitos do princípio da continuidade, como estamos inseridos em um contexto de registro misto, é fácil pensar em termos de constituição do direito pelo registro, registros declaratórios ou atos meramente publicitários. Todavia, com amparo em Cornejo,²⁰ pode-se ir além, com exame dos efeitos em si mesmos, incluindo aqui as anotações provisórias do direito alienígena, admissível aos títulos interditados provisoriamente na qualificação registral, e os efeitos de oportunidade, inter-relacionando o registro e a faculdade de disposição sob a ótica dinâmica e estática.

Entre nós, muita ênfase é dada à forma de aquisição da propriedade pelo registro, segundo preceitua o art. 1.245 do CC/2002. Entretanto, a falta do registro não impede que o adquirente que ostente essa posição em título não registrado, disponha da propriedade – não de qualquer direito expectativo – como bem entender. Em verdade, independentemente do registro, longa cadeia de títulos pode se formar quanto à transmissão da “propriedade” de imóvel, o que é facilmente aferível no dia a dia da prática registral; todavia, propriedade verdadeira não há enquanto o *modus* não for concretizado.

Com efeito, discorda-se do ilustre Afrânio de Carvalho no que se refere à identidade estabelecida por ele entre a necessidade de continuidade dos registros com a forma de aquisição introduzida pelo Código Civil de 1916, nos arts. 532 e 533.²¹ Tais normas, cuja natureza é inquestionavelmente substancial, antes de exigir continuidade do registro, determinam a forma de aquisição e quebram a tradição anterior, quanto à malfadada isenção que alguns títulos tinham para não serem transcritos no registro. O princípio da continuidade, ou *tracto sucesivo*, é de natu-

20. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2008. p. 111.

21. CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 257.

reza formal e qualquer aspecto material que lhe possa ser dado, no Brasil, pode ser melhor esclarecido no conteúdo do princípio da disponibilidade, adiante exposto.

A fim de tornar ainda mais claro o aspecto formal do princípio do *tracto sucesivo*, com breve recurso, mas não necessário, ao art. 483 do CC/2002, que regula a venda de coisa futura, pode-se imaginar situação em que o título aquisitivo da propriedade seja lavrado em data posterior àquele que a transmitiu, sem haver problema algum sob o aspecto registral, desde que o aquisitivo seja registrado anteriormente ao transmissivo. Em ilustração, enquanto “A” é proprietário de imóvel (ocupa a posição de titular de direito no registro), “B” escritura a venda a “C”; somente após, “A” escritura a transmissão do imóvel a “B”. Os registros, antes de seguir ordem cronológica, obedecerão ao princípio da continuidade, devendo ser registrado, primeiramente, o último título lavrado no tempo, aquele que formaliza a transmissão do imóvel de “A” para “B” para, em sequência, mas em ato distinto, efetuar o registro do título transmissivo de “B” para “C”. Por isso se diz que: “La previa inscripción de la titularidad del transmitente no se exige al tiempo del otorgamiento sino al de la inscripción a favor del adquirente, de modo que aunque se adquiera de quien no es titular registral, se puede inscribir si en el momento de la inscripción el transmitente ha llegado a serlo. Y a la inversa, aunque se adquiera de titular registral, no se puede inscribir si en el momento de hacerlo quien aparece como titular en el Registro es una persona distinta”.²²

Esse requisito de ordem formal que rege boa parte dos sistemas de publicidade de direitos reais sobre imóveis, como visto, está relacionado à escrituração dos registros e não, propriamente, ao direito material que dispõe sobre a causa de aquisição. Não se descuida que possa haver exceções ao princípio como consequência de formas de aquisição, pois é natural a inter-relação de direito material e formal, o que acontece quando existe aquisição de direito real sem transmissão, v.g., a usucapião; nesse caso, inaugura-se uma nova unidade imobiliária a partir da qual futuros elos deverão estar ligados ao original sem saltos. Dessa regra, por consequência, advém o efeito que opera em benefício ao titular registral, pois lhe é dada a segurança de que não serão praticados registros sem o seu consentimento.

4.1 A possibilidade do *tracto abreviado* no direito comparado

Antes de qualquer consideração sobre o *tracto abreviado*, é preciso dizer que, em essência, ele não significa exceção ao princípio do *tracto sucesivo*. Via de regra, como já afirmado no tópico sobre o princípio da continuidade, uma de suas implicações é que cada mutação jurídico-real corresponda a um registro próprio,

22. SANTISTEBAN, Sonia Martín. El principio de *tracto sucesivo*. In: VALENCOSO, Luz M. Martínez. *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria em el derecho europeo*. Navarra: Civitas, 2009. p. 538.

na proporção de 1:1, cujo resultado é uma escrituração limpa, clara e segura. No direito espanhol, seguido pelo argentino, é sobre essa fórmula escritural que incide o *tracto abreviado*, pois nele se admite que um só ato englobe duas ou mais transmissões, na proporção de 1:“n”, em que “n” é o número de transmissões maior do que 1.

Em outras palavras, pode-se conceituar o *tracto abreviado* como uma modalidade de cumprimento do *tracto sucesivo* que, sem quebrar o encadeamento de títulos causais, liga o titular da posição registral anterior até o aquirente do último título da cadeia sucessiva, fazendo-o em um só ato que também conterà referência às transmissões intermediárias. Essa forma especial de escrituração excepciona a regra geral de haver um registro para cada transmissão, na qual ocorre coincidência perfeita entre o *tracto formal* e o *tracto material*; como medida de exceção, somente é admitida quando cumpridos os requisitos previstos em lei.²³

Em defesa de aplicação mais abrangente, na Argentina, Américo Atilio Cornejo conceitua o *tracto abreviado* como “una modalidad del tracto sucesivo por la que se permite concentrar en un asiento único dos o más transmisiones operadas desde el titular inscripto”.²⁴ Para o doutrinador argentino, seguido por seus conterrâneos, Luis Moisset de Espanés e Gabriel B. Ventura,²⁵ o *tracto abreviado*, previsto no art. 16 da Lei 17.801 como *inscripción vinculada*, está baseado em uma razão de ordem prática que é “evitar la confección de un asiento que va a desaparecer de inmediato por otro posterior”.²⁶ Nesse sentir, defendem que o rol descrito no dispositivo legal não deveria ser interpretado como taxativo, especialmente porque o registro imobiliário argentino é de natureza declarativa.

Em que pese a doutrina majoritária assim entenda o registro argentino, Felipe P. Villaro tece críticas pertinentes a essa visão. A uma, porque o art. 2.505 do CC/2002 argentino informa que registro tem o efeito de perfectibilizar a transmissão de direitos reais sobre imóveis, e o que não está perfeito não pode ser considerado plenamente constituído. De outra parte, não se pode dizer que o registro argentino declara direitos já constituídos, pois o *modus* de aquisição estatuído pelo seu Código Civil é a tradição, e não se exige, como requisito para o registro, a prova de que ela efetivamente tenha acontecido.²⁷

23. BERMUDEZ, Alexander Rioja. El principio de tracto sucesivo y la doble inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad. Disponível em: [<http://blog.pucp.edu.pe/item/131885/el-principio-de-tracto-sucesivo-y-la-doble-inmatriculación-de-fincas-en-el-registro-de-la-propiedad>]. Acesso em: 21.03.2014.

24. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2008. p. 121.

25. ESPANÉS, Luis Moisset de; VENTURA, Gabriel B. Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado. Disponível em: [www.unav.edu.ar/campus/micrositio/cndr_ponencias/cndr_t2_moissetdeespanes_ventura.pdf]. Acesso em: 20.03.2014.

26. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2008. p. 121.

27. VILLARO, Felipe P. *Derecho registral inmobiliario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 27-30.

Evidentemente, o fato de o registro ter efeito constitutivo, declaratório, ou outro qualquer, não pode ser argumento suficiente para se estender ou restringir o uso do *tracto abreviado*. A opção que a legislação estrangeira faz por ele, em determinadas circunstâncias, deve ser encarada sob o ponto de vista exclusivamente formal, pois o *tracto abreviado*, embora de forma distinta do normal *tracto sucesivo*, também dá publicidade e traz para o registro as transmissões intermediárias. Se fosse o caso de o registro possuir efeito constitutivo, não se sustentaria a tese da necessidade de um ato autônomo, pois a modalidade de *tracto abreviado* já torna públicas, à sua forma, as transmissões intermediárias.

Mantendo essa perspectiva, é relevante destacar que tanto a legislação espanhola quanto a argentina, ao disciplinar as hipóteses de aplicação do *tracto abreviado*, relacionam entre elas os títulos de transmissão de bens e direitos adquiridos por sucessão hereditária, seja para cumprimento de obrigações contraídas em vida pelo autor da herança, seja para adjudicação de um bem a um herdeiro específico ou quando os herdeiros cedem a terceiro os direitos sobre algum imóvel. É dizer: embora em *tracto abreviado*, a legislação estrangeira não desconhece que tais transmissões devem integrar a cadeia de transmissões de direitos reais sobre imóveis, com publicidade provida pelo registro.

Por fim, a escrituração dos atos no Registro de Imóveis brasileiro, disciplinado pela Lei 6.015/1973, não contém previsão de uso do tracto abreviado. Por conseguinte, não apenas deve ser evitado, como também vedado o agrupamento, em um só ato, de dois ou mais títulos transmissivos de direitos reais.

5. O PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE

O princípio da disponibilidade, de aplicação plena na prática registral imobiliária, manifesta o que alguns autores observam como o aspecto material do princípio da continuidade. Não se pode negar que ambos os princípios, realmente, estão relacionados, pois, já dizia o brocardo latino: *nemo dat quod non habet*, ou seja, a ninguém é lícito transmitir aquilo que não tem. Além dessa restrição própria à natureza das coisas, atualmente há outros fatores que impedem a disponibilidade de direitos, os quais também são objeto do criterioso exame de qualificação.

De modo geral, o art. 3.270 do CC argentino traz luz sobre o que, no Brasil, está definido como princípio da disponibilidade: “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”. Válido para o transmitente e para o adquirente, a transmissão de propriedade de bem imóvel penhorado, por exemplo, carregará consigo a penhora; de outra parte, sem adentrar em restrições urbanísticas, o proprietário de imóvel com 500m² pode transmitir somente 400m², se assim desejar, mas não poderá alienar 550m².

A aplicação desse princípio não se dá apenas em relação à natureza jurídica ou qualidade do direito colocado em tráfico. Considerada a propriedade como direito maior que pode haver sobre o bem imóvel, somente seu titular está apto a transmiti-la integralmente; poderá, pois, transmitir somente direitos reais menos abrangentes, como o usufruto, o direito de superfície, ou, ainda, prometer à venda a propriedade plena, mediante compromisso de compra e venda sem cláusula de arrependimento. Por outro lado, não é dado ao superficiário, ao usufrutuário e ao promitente comprador, alienar a plena propriedade. Nota-se, portanto, que uma das aplicações deste princípio está fundamentada na especialidade dos direitos transmissíveis.

Outro aspecto do princípio da disponibilidade é aquele relacionado com dois outros condicionantes: um deles diz respeito a características físicas do imóvel, quais sejam, a extensão aritmética e a localização geodésica do imóvel, o que a doutrina chama de disponibilidade quantitativa e da disponibilidade qualitativa; o segundo condicionante se refere a circunstâncias de direito que impedem a disponibilidade, dentre as quais estão os atos voluntários ou de autoridade, normalmente judiciária, que restringem o direito de dispor do bem.

Foi a partir da introdução do fôlio real que o registro de imóveis brasileiro passou a ter certa feição cadastral, incorporando a aspiração de refletir em si mesmo a realidade que, por enquanto, é apenas extrarregistral. As exigências que envolvem a descrição dos imóveis rurais e urbanos nos art. 176 e 225 da Lei 6.015/1973, bem como o georreferenciamento e os procedimentos descritos no art. 212 e 213 para a retificação de inexatidões de especialidade objetiva são prova suficiente do objetivo traçado pelo legislador. Apesar de tocar mais profundamente no princípio da especialidade, eminentemente formal, o princípio da disponibilidade faz uso desse arcabouço para fazer valer o preceito de norma material, como ilustra o julgado a seguir: “Registro de Imóveis – Dúvida – Escritura pública de dação em pagamento – Registro – Inadmissibilidade – Área destacada do imóvel objeto de precedentes desfalques – Remanescente sem definição geodésica – Afronta à regra da especialidade e ao princípio da disponibilidade qualitativa – Exigência de precedente retificação judicial – Recusa confirmada – Recurso não provido. (...) Da descrição no escrito público constam elementos de definição geodésica que não podem ser controlados em relação ao todo e aos inúmeros destaques, ainda que, em princípio, sem exceder à disponibilidade quantitativa. Mera operação de subtração permite apenas aferir o chamado controle da disponibilidade de área, dita quantitativa, e não daquela qualitativa. Do exame da matrícula 8.218 bem se vê que houve seis destaques. Com essas segregações, a partir do decidido na Apelação Cível n. 6.084, diante das descrições existentes, forçoso é reconhecer a total impossibilidade do controle geodésico. Aliás, se verifica que a última averbação de destaque data de mais de 10 anos (Av. 13/8.218, de 14 de março de 1985)”²⁸

28. CSMS/SP, AC 023847-0/3, j. 26.01.1996, rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga.

Para que possa haver controle de disponibilidade, é imprescindível que o registro seja escriturado com clareza, obedecendo aos requisitos de ordem formal como a continuidade, a especialidade, a unitariedade etc. A inobservância dos requisitos formais do registro traz incerteza e insegurança ao direito material, podendo reduzir ou tornar insignificante a presunção de veracidade registral. Deve, por conseguinte, ser emendada, a fim de o registro cumprir sua missão fundamental, que é publicitar certeza e segurança jurídicas.

Compreendido corretamente o princípio da disponibilidade, há argumento suficiente para discordar de juristas que, ao entender necessário o registro das transmissões *causa mortis*, no que estão corretos, justificam tal necessidade no princípio da disponibilidade.²⁹

Disponibilidade, antes de princípio registral, é elemento essencial do direito de propriedade, faculdade exclusiva do proprietário, que a tem a partir do momento disciplinado pela norma de direito material, seja seu *modus* a tradição, como no direito argentino,³⁰ o registro ou simples fato jurídico, como a morte ou a posse prolongada no tempo, ambos admissíveis no direito brasileiro. Em outras palavras, dizer que os herdeiros não podem dispor do direito de propriedade recebido com o evento-morte é, no mínimo, negar o direito de *saisine*, impor restrição não estabelecida em lei, e dizer o não dito, pois corresponde a admitir que a abertura da sucessão lhes transferiria qualquer coisa menor do que a propriedade.

A partir da inexistência de norma limitadora do princípio da continuidade, desta decorre a exigência do registro de toda e qualquer transmissão, a qualquer título, como exigência formal que reflete na escrituração registrária norma de natureza substantiva que traduzido na esfera do registro de imóveis como princípio da disponibilidade. Destarte, o registro das partilhas é obrigatório tanto porque assim preceitua o art. 169 da Lei 6.015/1973, quanto por exigência direta do princípio da continuidade, e não “para fins de disponibilidade”.

6. AS PARTILHAS *PER SALTUM*

Muito embora já se perceba uma tímida mudança de hábito, ainda é fato que instrumentalização de grande parte das transmissões *causa mortis* demora a acontecer. De um lado, aqueles que prudentemente desejam celeridade, tem a faculdade de optar pela escritura pública, desde que preenchidos os requisitos da Lei 11.441/2007; caso contrário, estarão sujeitos aos longos prazos da máquina judiciária-

29. CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 258; CARVALHO, Afrânio. Reflexos do inventário e partilha no registro. *RDI* 23/34. São Paulo: Ed. RT, 1989.

30. VILLARO, Felipe P. *Derecho registral inmobiliario* Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 25.

ria. De outro lado, ainda há muitos herdeiros que, com menos prudência, deixam os anos passarem sem proceder ao inventário e adjudicação ou partilha.

Em todos os casos, o lapso temporal entre a morte e a formalização da adjudicação ou partilha abre margem para a prática de atos, ou ocorrência de fatos, ambos com poder de influir sobre o patrimônio adquirido na sucessão primeira. Traduzindo em exemplo prático, suponha-se que “A” e “B” são casados pelo regime da comunhão universal de bens e tem três filhos comuns, dois deles casados pelo mesmo regime de bens e um solteiro. Os filhos casados deram a “A” e “B”, cada um deles, um neto, no total de dois netos. Como resultado trágico de acidente, a morte chegou para “A” em 02.04.2013; no mesmo acidente, um dos filhos casados foi seriamente ferido e morre em 25.04.2013. O outro filho casado, por desavenças e impossibilidade de continuar a vida em comum, divorcia-se em 06.08.2013 e, por fim, “B”, não suportando a vida solitária pela perda de “A” e um de seus filhos, morre em 02.12.2013.

Por mais trágica que possa parecer a história dessa família imaginária, não é raro que situações semelhantes tomem lugar na vida real e, por consequência, com um entendimento equivocado do direito de *saisine*, do direito de representação e dos arts. 1.043 e 1.044 do CPC, proceda-se ao inventário e partilha dos bens de “A”, realizando-se uma só partilha aos “herdeiros finais” desse longo caminho de sucessões. No registro imobiliário, ao desaviso de uma tradição sem fundamento legal, muitas vezes praticava-se um só ato que cumulava transmissões a títulos distintos sequer mencionados.

Essas são as chamadas partilhas por saltos, ou *per saltum*, que vem sendo corretamente rechaçadas pela jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura paulista, como se pode observar na seguinte ementa: “Registro de Imóveis. Escritura Pública de Inventário. Possibilidade do patrimônio de dois *de cujus*, marido e mulher, ser inventariado conjuntamente, na forma do art. 1.043 do CPC. Permitido, assim, um só instrumento público dispondo sobre as duas sucessões *causa mortis*. Necessidade, entretanto, de que contenha em seu bojo duas partilhas distintas, sucessivas e sequenciais, até mesmo por não se tratar de comoriência. Inadmissível uma só partilha, fundida e unificada, para os dois *de cujus*. Óbitos em épocas diferentes, cada qual regida por legislação diversa. Dúvida julgada procedente, para negar o registro. Recurso improvido, com observação consistente na retirada da condenação às custas”.³¹

Com amparo no que foi dito quanto ao princípio da continuidade e sua relação direta com as transmissões ocorridas, é evidente que cada uma delas deve ter registro próprio. A boa técnica de formalização do título, no mesmo passo, exige que cada uma das transmissões seja especificada, com a observação das hipóteses previstas nos arts. 1.043 e 1.044 do CPC.

31. CSMSP, AC 990.10.212.332-4, j. 20.11.2010, rel. Des. Munhoz Soares.

Em outras palavras, não se deve albergar, em um mesmo título, transmissões que excedam a previsão legal para processamento conjunto de inventários. Ocorrendo o óbito do cônjuge sobrevivente, ou de herdeiro, no curso do inventário, haverá tantos inventários e tantas partilhas quantos forem os óbitos, segundo sequência cronológica. Por isso, deve-se ter cautela com supostas situações de direito de representação previsto no art. 1.851 do CC/2002 – que se opera somente quando houver descendente pré-morto – e afastar outras causas de transmissão que devem ter escrituração própria, como eventuais divórcios de herdeiros que ocorram entre a abertura da sucessão e a lavratura do inventário e partilha.

7. CESSÃO E DISPOSIÇÃO DE DIREITOS E O REGISTRO DE IMÓVEIS

O Código Civil, inovando em relação à legislação pretérita, tratou de disciplinar brevemente a faculdade de os herdeiros cederem os direitos sucessórios ou disporem de bens assim recebidos. O art. 1.793, com seus três parágrafos, estabelece o requisito de forma para validade da cessão, que é a escritura pública e, supondo a pluralidade de herdeiros, reputa *ineficazes* tanto a cessão de quinhão como a disposição por um só herdeiro, de bem determinado da herança, como se dele fosse o único titular de direitos. Enquanto o § 2.º do art. 1.793 trata de cessão de quinhão, o § 3.º cuida da disposição do bem, mas em ambos os casos atinge apenas o plano da eficácia do ato – será existente e válido, mas *ineficaz*.

Quando inexistir pluralidade de herdeiros, ou se tratar de legado de bem determinado, não haverá condomínio e, por isso, perecem os motivos para indivisibilidade da herança, da mesma forma como a necessidade de autorização judicial para a disposição de bem ou cessão de direitos sobre bem da herança singularmente considerado.³² De mais a mais, a ineficácia imposta pelo legislador não foi formulada para ser perene, *ad perpetuam*. Embora não haja reconhecimento expresso pelo *Codex*, é de se concluir que, satisfeitos os requisitos que motivaram a ineficácia, notadamente o estado de indivisão, o negócio jurídico que já era válido, ganha plena eficácia. Com efeito, amparado pelo direito de *saisine*, os herdeiros têm poder de disposição sobre o direito sucessório recebido e sobre os bens singularmente considerados, com a ressalva de que o Código Civil impõe ineficácia temporária a algumas situações de disposição.

Não se recusa, pois, validade aos negócios jurídicos em que os herdeiros efetuam a cessão, onerosa ou gratuita, de seus direitos sobre bem imóvel singularmente considerado. Em verdade, apesar do *nomen juris*, a situação em nada difere da disposição do bem, pois ambos os negócios se dão entre vivos, transmitindo direitos já

32. OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. Disponível em: [www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/634/814]. Acesso em: 25.03.2014.

adquiridos, segundo o direito de *saisine*. Há, é certo, um direito à sucessão aberta, mas o seu reflexo sobre o patrimônio transmitido é a substituição de titularidade não apenas de direitos hereditários, mas de propriedade, quando houver propriedade, de superfície, quando houver superfície, e assim por diante.

Diga-se, também, que a cessão do direito à sucessão, com ou sem referência expressa a algum direito real sobre imóvel, não tem o efeito de retroagir ao tempo do óbito e provocar a substituição do morto pelo vivo na pessoa do cessionário, como se fosse transmissível o título de herdeiro. Como ensinou Cornejo: “El título de heredero es intransmisible por provenir del estado de familia; por lo tanto, lo transferible es cada uno de los derechos y cada una de las obligaciones de que es titular el cedente, y que integran el complejo unitario de relaciones jurídicas objeto de la cesión”.³³ A causa apta para transmitir um bem a não herdeiro, ou em proporção diferente dos quinhões legais, ou exclusivamente a determinado herdeiro, é única e exclusivamente a vontade manifestada pelo autor da herança por meio do testamento.

Sob a ótica do direito formal, o registrador de imóveis deverá trazer ao registro, com atenção ao princípio da continuidade, cada uma das transmissões, produzindo tantos registros quantas forem as transmissões, pois a Lei de Registros Públicos não prevê hipótese alguma de *tracto abbreviado*. Em outras palavras, a transmissão operada pela lei, cuja causa foi a morte, é a primeira a ser levada ao álbum imobiliário, em nome dos herdeiros, segundo o quinhão legal, inexistindo testamento. A partir desse registro, realizam-se os demais, seja para extinção do condomínio formado pelo óbito, atribuindo-se a integralidade do bem a um só herdeiro, seja para transmitir a propriedade ao cessionário ou adquirente do bem.

Assim, não se registra a cessão de direitos hereditários porque o art. 80, I, do CC/2002 os considera bens imóveis, para efeitos legais, mas por exigência do encadeamento fiel das transmissões, haja vista a cessão ter influência direta sobre os bens singularmente considerados. Contudo, anteriormente ao registro da cessão, importa registrar a transmissão ocorrida do autor da herança para seus herdeiros.

Impende, portanto, rever a doutrina que, desde muito, recusa entrada, no Registro de Imóveis, às cessões de direitos hereditários. Como sintetizou Ademar Fioraneli: “A impossibilidade do registro das aquisições do direito à sucessão aberta é reconhecida, também, pela maioria dos doutrinadores”,³⁴ dentre os quais o registrador cita Afrânio de Carvalho, Walter Ceneviva e Serpa Lopes. Não esquece, por outro lado, que a escritura de cessão de direitos hereditários poderá

33. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2008. p. 177.

34. FIORANELI, Ademar. Da compra e venda no registro imobiliário. *RDI* 39/108. São Paulo: Ed. RT, 1996.

ter acesso ao registro após o registro da partilha, desde que contenha todos os elementos necessários para ser interpretada como uma compra e venda, o que corrobora a tese de que a ineficácia dos §§ 2.º e 3.º do art. 1.793 do CC/2002 é temporária.

Não se admite, portanto, o registro da cessão de direitos hereditários, sem que se faça, previamente, o registro, mediante título hábil, da aquisição do bem pelos herdeiros cedentes. Por outro lado, a cessão deverá ocupar lugar no registro, evitando-se o uso inadequado de um *tracto abreviado* que a legislação pátria não contempla. Ademais, se o registro cujo título material foi a sucessão *causa mortis* tem efeito declaratório, o mesmo não é verdadeiro para transmissões *inter vivos*, entre as quais situam-se as cessões de direitos hereditários. A cumulação de títulos transmissivos em um só registro, além de agredir a sistemática da Lei 6.015/1973, milita contra a constituição do direito real do cessionário. Se tal fosse admissível, qual seria o efeito de um registro que cumula duas ou mais transmissões, havendo, dentre elas, transmissões *causa mortis* e *inter vivos*?

A propósito, o direito registral argentino, sem previsão expressa de efeito constitutivo à *inscripción*, determina que as cessões de direitos hereditários tenham lugar no registro, sempre que houver implicações sobre direitos reais imobiliários. A *inscripción*, cuja finalidade maior é a publicidade, é realizada simultaneamente com o registro da *declaratoria o testamento*, sendo um dos casos legalmente expressos de admissibilidade do *tracto abreviado*.³⁵

Voltando os olhos para o Brasil, a verdade é que, observando no espólio algo substancialmente diverso de um conjunto de bens, a doutrina e a jurisprudência recusaram acesso ao registro das cessões de direitos hereditários o que, a nosso ver, não está correto. Para um registro imobiliário sujeito ao princípio da continuidade, que não admite o uso do *tracto abreviado*, e que pretende dar efeito constitutivo às transmissões de direitos reais *inter vivos*, está claro que as cessões de direitos devem ter acesso ao registro, especialmente porque a Lei Civil não retira dos herdeiros o poder de dispor de seus direitos.

Espanes e Ventura, com propriedade, afirmam que “debe prevalecer la idea de que en cualquier supuesto en que las normas sustanciales confieran facultades dispositivas a los titulares de derechos, éstos tendrán también legitimación registral para realizarlos, caso contrario las normas registrales serían un obstáculo para su ejercicio y, como expresáramos, no es esa la función que deben cumplir en un sistema jurídico”.³⁶

35. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 2008. p. 176-192.

36. ESPANÉS, Luis Moisset de; VENTURA, Gabriel B. Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado. Disponível em: [www.unav.edu.ar/campus/micrositio/cndr_ponencias/cndr_t2_moissetdeespanes_ventura.pdf]. Acesso em: 20.03.2014.

Como já se disse, havendo poder de disposição, não deve o registro imobiliário esquivar-se por motivos instrumentais. Todavia essa não é a situação das cessões de direitos hereditários, pois as próprias normas de registro apontam para a necessidade de uma escrituração sem solução de continuidade, que exige a publicidade das cessões de direitos hereditários.

Desse sentir, rompendo com a tradição, é de vanguarda o entendimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná, manifesto no art. 515, § 2.º, do Código de Normas, que expressa a necessidade de registro próprio para as cessões de direitos hereditários. Diz a norma: “Se a partilha contemplar cessionário de direito hereditário ou adquirente de meação, o título dará ensejo a tantos registros quantos necessários para a fiel observância do princípio da continuidade registral, estando o registro ainda sujeito à apresentação de certidões negativas em relação aos cedentes e da prova da quitação dos tributos devidos pela transmissão *inter vivos* (gratuita ou onerosa), incluindo o Funrejus”.

Apesar de se desconhecer outras normas estaduais quanto ao assunto, exceto em casos de vedação expressa, espera-se que os argumentos apresentados sejam suficientes para romper costumes *contra legem* e provocar uma escrituração registral que obedeça ao requisito elementar de continuidade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Causa de muitas disputas e desentendimentos não apenas entre os herdeiros, mas também entre os profissionais do direito, as transmissões de bens imóveis relacionadas ao direito de *saisine* foram a causa de se propor, neste trabalho, a revisão de conceitos dos princípios da continuidade e da disponibilidade. Essa revisão, sem desprezar as lições já consolidadas, mas com intenção de agregar novas perspectivas à atividade registral, foi realizada juntamente com o exame das hipóteses de inventário conjunto, e das transmissões de direitos de meação e hereditários no curso do inventário.

A fim de cumprir o objetivo proposto, foram examinados os postulados clássicos da doutrina registral brasileira quanto aos princípios da continuidade e da disponibilidade, recorrendo-se também às noções de *tracto sucesivo* e *tracto abreviado* no direito estrangeiro. À luz dessas considerações, foi possível apresentar o direito de *saisine*, o espólio, os arts. 1.043 e 1.044 do CC/2002 e a vedação legal à cumulação de partilhas, as chamadas partilhas por saltos.

Para além do que foi reconhecido pela jurisprudência – afronta à lei processual e ao princípio registral da continuidade – argumentou-se que em tal prática existe, também, violação ao princípio da disponibilidade, e que o direito registral brasileiro desconhece hipóteses de *tracto abreviado*. Ademais, o mesmo entendimento deve ser transportado para as cessões de direitos de meação e hereditários, sem qualquer alteração de conceito quanto ao espólio.

Portanto, sem se deixar ofuscar pelo brilhantismo das lições do passado, conclui-se ser necessário rever a prática registral no que se refere não somente às partilhas *per saltum*. Uma leitura adequada do direito de *saisine* e do direito registral brasileiro, no qual não se admite o *tracto sucesivo*, revelou que a sistemática da lei, pelo princípio da continuidade e da disponibilidade, sujeita a registro as transmissões entre vivos de direitos relacionados ao espólio, sejam referentes à meação do cônjuge sobrevivente ou aos direitos hereditários recebidos pelos herdeiros.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A necessidade de lavratura de escritura pública na cessão de direitos hereditários, de Luciano Lopes Passarelli – *RDPriv* 41/313 (DTR\2010\61);
- Notas sobre o direito de *saisine* e a sucessão a causa de morte, de Venceslau Tavares Costa Filho – *RT* 942/105 (DTR\2014\1020), e
- Princípios do direito registral imobiliário, de Álvaro Melo Filho – *RDI* 17/25 (DTR\1986\235).

EXTINÇÃO DO CONTRATO: DISTRATO E CLÁUSULA RESOLUTIVA

RODRIGO PACHECO FERNANDES

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP.
Preposto (auxiliar) do 15.º Oficial de Registro de Imóveis da Cidade de São Paulo/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: A proposta deste artigo é analisar duas das formas de extinção contratual reguladas pelo Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002): (1) o distrato e (2) a cláusula resolutiva, particularmente aquela expressa no contrato.

Este estudo envolve definir tais termos jurídicos, seus limites e momento de aplicação, bem como seus efeitos em relação aos contratantes e terceiros. Ainda, são analisados os atos a serem praticados pelo Oficial de Registro de Imóveis, a forma e requisitos legais dos documentos, de acordo com a legislação brasileira (Lei 6.015/1973), para que sejam capazes de resultar em atos de registro.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato – Extinção contratual – Distrato – Cláusula resolutiva – Registro de Imóveis.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyse two of the contract extinction forms ruled in the Brazilian Civil Code (Law 10.406/2002): (1) the mutual rescission and (2) the resolutive clause, specially the one expressed in the contract.

This study involves defining these juridic terms, its limits and moment of application, as well as their effects between the contractors and third parties. Also are analysed the acts to be practiced by the Property Register, the form and legal requirements of the documents according to the Brazilian legislation (Law 6.015/1973) so they are capable of resulting on registration.

KEYWORDS: Contract – Contract extinction – Mutual rescission – Resolutive clause – Property registry.

SUMÁRIO: 1. Terminologia e conceito – 2. Distrato: 2.1 Forma; 2.2 Contratos passíveis de rescisão bilateral; 2.3 Efeitos do distrato; 2.4 Distrato e seu ingresso no Registro de Imóveis – 3. Cláusula resolutiva: 3.1 Cláusula resolutiva expressa: 3.1.1 Necessidade de pronunciamento judicial?; 3.2 Cláusula resolutiva expressa e sua aplicação prática no Registro de Imóveis: 3.2.1 Ato a ser praticado; 3.2.2 Disponibilidade do bem imóvel; 3.2.3 Adimplemento contratual; 3.2.4 Inadimplemento e cancelamento do registro – 4. Conclusão – 5. Bibliografia referenciada.

1. TERMINOLOGIA E CONCEITO

Antes de iniciada a abordagem concreta do tema, mister se faz explicitar a terminologia a ser aqui adotada. Além disso, importante esclarecer que não será objeto deste trabalho a ampla abordagem de todas as formas de extinção dos contratos, de modo que se dará enfoque ao “distrato” e à “resolução”.

Longe de ser um tema pacífico na doutrina nacional, diversos são os significados atribuídos aos institutos de “distrato” e “resolução”, frequentemente designados pela doutrina e pelo próprio Código Civil como “rescisão”,¹ ora referindo-se ao primeiro,² ora ao segundo.³

Explica Francisco Eduardo Loureiro:⁴

“(…) a ampla utilização do termo rescisão pelos operadores do direito, tanto advogados em negócios jurídicos, como juízes em sentenças, ganhou sentido muito mais amplo e sedimentado pelo costume: passou a ser gênero de extinção do contrato, do qual são espécies a resilição bilateral ou unilateral, com origem na vontade das partes, e a resolução, com origem no inadimplemento, ou na onerosidade excessiva. O próprio Código Civil, não resistindo a tal movimento, em diversas passagens alude a rescisão, ora com o sentido de resilição, ora com o sentido de resolução.”

Para Orlando Gomes, o distrato é espécie do gênero resilição, sendo que este segundo (resilição) é a “dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes”.⁵ Para este autor, distrato (ou resilição bilateral) é “o acordo de vontades para pôr termo a um contrato, *desfazimento*, de comum acordo, do laço que prendia os contraentes”⁶ (destaque no original).

Neste mesmo sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem distrato “é o negócio jurídico consistente no acordo entre as partes contratantes, com o objetivo de extinguirem o vínculo obrigacional estabelecido pelo contrato”.⁷

1. Ressalva semelhante é feita por Silvio de Salvo Venosa em *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos* (8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 483).
2. Uso do termo rescisão referindo-se a resilição: CC/2002 – “art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, *pela rescisão do contrato mediante aviso prévio*, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior” (destaque nosso).
3. Uso do termo rescisão significando resolução: CC/2002 – “art. 810. Se o rendeiro, ou censuário, deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor da renda acioná-lo, tanto para que lhe pague as *prestações atrasadas* como para que lhe dê garantias das futuras, *sob pena de rescisão do contrato*” (destaques nossos).
4. LOUREIRO, F. E. *Extinção dos contratos*. Publicado no sítio do TJSP, em 19.11.2010, p. 4. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?ID=669&f=4]. Acesso em: 17.03.2014.
5. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 221.
6. *Idem*, p. 222.
7. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. Comentários ao art. 472, p. 513.

Já o termo resolução refere-se à “extinção do contrato fundada no inadimplemento, ou em razão da onerosidade excessiva”.⁸⁻⁹

Álvaro Villaça Azevedo, com posicionamento diverso, assim entende:

“O contrato extingue-se: (...) (c) pela inexecução culposa, quando ocorre rescisão unilateral ou bilateral; (d) pela inexecução não culposa voluntária, no caso de rescisão unilateral e bilateral; ou, finalmente, (e) pela inexecução não culposa involuntária, quando se trata de resolução.”¹⁰

Neste trabalho será adotado o termo *resilição bilateral* (distrato) significando manifestação de vontade consensual das partes de um contrato no sentido de desfazer pacto anteriormente firmado. Quanto à *resolução*, será utilizada para referir-se à extinção do contrato resultante de inadimplência, seja esta culposa (*lato sensu*) ou não, bem como para os casos de onerosidade excessiva.

Tentaremos, a seguir, justificar a terminologia adotada com base no Código Civil. Para tanto, abordaremos individualmente cada instituto, refletindo acerca de questões teóricas e práticas referentes a cada um.

2. DISTRATO

Seguindo a ordem crescente de numeração do Código Civil, encontramos a figura do distrato no art. 472. Este dispositivo não traz o conceito de tal instituto, constando apenas que deverá ser operado pela “mesma forma exigida para o contrato” – aquele que se deseja distratar.

O artigo seguinte (473), ao se referir à resilição unilateral, operada mediante simples denúncia, revela, para esta, forma diversa do pacto a ser resilido. Tal ato reveste-se de caráter não contratual, pois resultante da vontade exclusiva de uma das partes, justamente por sua unilateralidade.

Assim, o intérprete é levado a crer que o distrato é uma resilição de caráter bilateral e, deste modo, fruto de acordo entre as partes: um verdadeiro contrato.

8. LOUREIRO, F. E. *Extinção dos contratos*. Publicado no sitio do TJSP, em 19.11.2010, p. 2. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?ID=669&f=4]. Acesso em: 17.03.2014.

9. Atribuindo o mesmo sentido ao termo resolução: (1) AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004; e (2) MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil – 5 – Direito das obrigações – 2. Parte*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

10. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos: disposições gerais, princípios e extinção*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 70.

Tal pacto não visa criar uma relação jurídica, mas sim, extinguir uma preexistente. “É o mútuo consenso para o desfazimento do vínculo”.¹¹

Segundo Pontes de Miranda,¹² é o *contrarius consensus*, já que há uniformidade na vontade das partes no sentido de desfazer o contrato. Diferencia-se do *mutuus dissensus*, ou seja, do dissenso, da falta de concordância.

2.1 Forma

Conforme apontado acima, o art. 472 do CC/2002 traz que o distrato deve ser realizado pela “mesma forma exigida para o contrato”. Semelhante redação constava já do Código Civil de 1916, em seu art. 1.093: “O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato (...)”.

Analizando este dispositivo vigente, logo percebe-se a palavra “exigida”. Por “forma exigida” entende-se aquela determinada pela lei como necessária para a validade de certos contratos, seja esta escrita, verbal, por escritura pública ou instrumento particular.

Tome-se, por exemplo, a doação que, salvo quando versar sobre bens móveis e de pequeno valor, deverá ser escrita, podendo revestir-se de forma pública ou particular (art. 541 do CC/2002). Outro exemplo é o contrato de constituição de renda, previsto nos arts. 803 e ss., o qual adotará, necessariamente, a forma de escritura pública. Ainda, exige-se a forma pública para a “constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País” (art. 108).

Deste modo, não havendo exigência legal acerca de forma a ser adotada em determinado negócio jurídico, poderá este ser pactuado pelo modo mais conveniente para as partes.

De solar clareza, portanto, que ao distrato, quanto à forma, aplica-se a mesma regra a qual submetido o contrato que se deseja resilir. Não havendo exigência legal, poderá ocorrer distrato verbal de contrato escrito, e vice-versa; ou ser resilido bilateralmente, por instrumento particular, um contrato formalizado por escritura pública.

Assim se posiciona Custodio de Piedade Ubaldino Miranda:

“Se determinada forma é da substância do contrato não faria sentido que o distrato, que se destina a alcançar a completa revogação dos seus efeitos, não fosse

11. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 483.

12. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2005. t. 38, p. 264.

efetuado pela mesma forma, isto é, pelas mesmas formalidades. Já não é assim nos contratos de forma livre: ainda que as partes tenham, por exemplo, lavrado uma escritura pública para firmar um contrato de locação, podem efetuar seu distrato por um instrumento particular.”¹³

Seguindo a mesma linha de pensamento, Caio Mário da Silva Pereira, para quem:

“A forma do distrato não deve necessariamente obedecer à que foi adotada no contrato, como ocorria na vigência do Código de 1916, mas sim a que a lei exige. Assim, se um contrato de compra e venda que tem por objeto bem móvel foi celebrado por instrumento público, pode ele se extinguir por distrato celebrado por instrumento particular.”¹⁴

2.2 *Contratos passíveis de resilição bilateral*

Todo contrato é passível de ser distratado. Para tanto, deve estar em fase de execução, não cumpridas por completo as obrigações nele assumidas. Isto porque seu objetivo é desvincular as partes do cumprimento de um pacto por elas firmado e que já não mais desejam dar continuidade ou executar.

Tal raciocínio pode ser formulado quando da análise da forma unilateral de resilição, a qual se opera por meio de denúncia. Esta forma de extinção contratual, caso “uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução (...) só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível (...)” (art. 473, parágrafo único, do CC/2002), o que indica a continuidade das prestações e induz o intérprete a entender ser esta uma característica do gênero resilição, o que resulta na impossibilidade de se distratar um contrato já cumprido por inteiro.

Embora existentes algumas diferenças pontuais, regra semelhante já existia no Direito Romano, conforme se extrai do ensinamento de José Carlos Moreira Alves:

“Para que, por meio do *contrarius consensus*, se extingam essas obrigações, é preciso:

a) que o *contrarius consensus* se verifique antes que uma das partes contratantes tenha cumprido, ainda que parcialmente, sua prestação; e

b) que o *contrarius consensus* vise à extinção de todas as obrigações decorrentes do contrato consensual em causa, e não à de apenas algumas delas”¹⁵ (destaques no original).

13. MIRANDA, Custodio de Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 413.

14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. III, p. 129.

15. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 451.

Mas no ordenamento jurídico atualmente vigente não só os pactos em que haja prestações continuadas podem ser objeto de distrato. O instituto de resilição bilateral aplica-se, também, aos contratos cujas obrigações sejam diferidas (ao menos uma dentre as pactuadas), ou seja, aquelas que devem ser cumpridas em momento futuro.

Não podem ser objeto de distrato, entretanto, os pactos já inteiramente cumpridos, em que todas as obrigações estipuladas foram extintas. Isto porque, assim como ocorre com os homens, não se pode ressuscitar um contrato “morto”.

Nas palavras de Orlando Gomes:

“Cumpridas as obrigações, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado. Dá-se, pois, a extinção. Poder-se-ia dizer, em expressiva comparação, que se finda por morte natural.”¹⁶

Deste modo, somente os contratos em que haja obrigações de trato sucessivo ou diferidas podem ser objeto de distrato.

Importa destacar que o simples fato de se denominar “distrato” um contrato que tenha como escopo hipotético desfazer outro contrato, cujas obrigações já foram completamente cumpridas, não faz deste contrato essencialmente distrato, de modo que será apenas um novo negócio jurídico. Não tem este contrato, apenas intitulado “distrato”, o condão de desvincular as partes de obrigações oriundas de um pacto já extinto por adimplemento destas.

Exemplo claro é o trazido por Pontes de Miranda:

“Se A vendeu a casa a B, foi feito o registro, e A recebeu o preço, não pode haver distrato do contrato de venda e compra, mas sim outro contrato, ainda que o preço seja o mesmo e se restitua despesas.”¹⁷

Ademar Fioranelli bem explica tal situação:¹⁸

“Ora, tendo a rescisão da compra e venda de um imóvel sido efetuada por *escritura pública*, em que as partes contratantes tenham sido legitimamente qualificadas, com a devolução do preço pago com a autorização da transmissão do domínio do imóvel, e efetuado o pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, não há razão por que não possa ser admitida a registro no Registro de Imóveis, para se exigir a mudança de denominação do título de ‘rescisão de compra e venda’ para ‘compra e venda’. Atente-se para que, ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem’ (art. 85 do CC/2002)”¹⁹ (destaques no original).

16. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 202.

17. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2005. t. 38, p. 262.

18. Observe-se que o termo “rescisão” é usado com sentido de distrato.

19. FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Safe, 2001. p. 506.

2.3 Efeitos do distrato

Ao tratar do tema “resilição bilateral”, a doutrina costuma afirmar que os efeitos deste pacto são *ex nunc*, ou seja, com efeitos para o futuro, não havendo eficácia retroativa deste pacto. Assim ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“O distrato produz efeitos normalmente *ex nunc*, isto é, a partir do momento em que se ajusta, não retroagindo para alcançar as consequências pretéritas, que são respeitadas”²⁰ (destaque no original).

Ocorre que não há regra expressa no Código Civil acerca dos efeitos advindos da resilição bilateral. Deste modo, ficam livres as partes para pactuar acerca desta matéria, modulando os efeitos da maneira que lhes for mais conveniente, seja para abranger o contrato desde seu nascimento, a partir de certo marco em data anterior, desde o momento do próprio distrato, ou até mesmo estabelecendo data futura a partir da qual cessarão os efeitos do pacto resilido.

Nessa linha de pensamento, Silvio de Salvo Venosa apontou que: “o distrato gera efeitos a partir de sua ultimação, a não ser que as partes reconheçam o contrário no ato”.²¹

Entretanto, o distrato não poderá surtir efeitos ou, em alguns casos, até mesmo ser realizado, quando terceiros de boa-fé houverem praticado atos sobre os bens que deveriam retornar ao patrimônio das partes distratantes.

Massimo C. Bianca, jurista italiano, explica que o distrato, previsto no art. 1.372 do Codice Civile italiano,²² não prejudica o direito de terceiros ou credores que tenham realizado atos de execução sobre os bens que retornariam ao patrimônio de cada uma das partes distratantes, uma vez que tais bens submetem-se ao regime de oponibilidade do contrato originário, quando ainda inexistente a resilição. *In verbis*:

“Lo scioglimento per mutuo dissenso non pregiudica i diritti dei terzi aventi causa e dei creditori che abbiano compiuto atti di esecuzione sui beni che per effetto dello scioglimento del contratto tornano nella sfera giuridica dell'altra parte.

20. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. III, p. 130.

21. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 484.

22. Codice Civile Italiano: “Art. 1372 Efficacia del contratto
Il contratto ha forza di legge tra le parti.
Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge (1671, 2227).
Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (1239, 1300 e seguente, 1411, 1678, 1737)” (disponível em: [www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html]. Acesso em: 01.04.2014).

Il mutuo dissenso è comunque assoggettato allo stesso regime di opponibilità del contratto originario.”

Este é, também, o pensamento de Custodio de Piedade Ubaldino Miranda, que assim expõe:

“Quer isso dizer que se, por exemplo, um imóvel vendido por A a B for, por sua vez, vendido por este a C, ou for objeto de penhora numa execução movida por C para satisfação de seu crédito contra A, não vale o distrato que, tal como o contrato, está sujeito ao mesmo regime de oponibilidade a terceiros.”²³

Frise-se, portanto, que a rescisão bilateral “importa na extinção do contrato e de suas consequências, tendo por limites as conveniências das partes e os direitos de terceiros”.²⁴

Por esta razão, não seria possível, por exemplo, realizar distrato de um contrato de compra e venda em que o adquirente já houvesse alienado a coisa a um terceiro, já que não haveria mais a disponibilidade do bem, o que tornaria impossível o objeto da rescisão.

De mesmo modo, embora possível a realização de pacto de distrato, este não valeria em face de terceiro que houvesse penhorado o bem que, antes em nome de seu devedor, retorna ao domínio da parte alienante do contrato a ser resido. Fique claro, entretanto, que essa ineficácia, com a consequente execução a recair sobre este bem, apenas poderia ser oposta caso o devedor não possuísse outros meios de saldar seu débito, haja vista a presunção de má-fé do adquirente de bem penhorado.²⁵

Ainda, não seria possível a atribuição de eficácia *ex tunc* em distrato de contrato cujo objeto seja usar onerosamente coisa alheia. Isto porque não poderia a parte que usou a coisa restituir o tempo pelo qual esta foi usada. É o caso do contrato de locação, por exemplo.

2.4 Distrato e seu ingresso no Registro de Imóveis

Conforme acima abordado, o distrato é modo de extinção contratual por meio do qual as partes convencionam desvincular-se de um determinado negócio jurí-

23. MIRANDA, Custodio de Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 413

24. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. III, p. 130.

25. Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

dico e seus efeitos. Para tanto, não pode o contrato a que se busca resilir ter sido cumprido por completo, sob pena de impossibilidade jurídica de sua aplicação.

Em sendo causa extintiva de um contrato, o ato a ser praticado pelo Registrador de Imóveis é a *averbação*, por cancelamento, do registro a que se refere o distrato. Esta é a interpretação extraída do art. 167, II, item 2²⁶ c/c o art. 246,²⁷ ambos da Lei 6.015/1973.

Para tanto, estatui o art. 250 da Lei de Registros Públicos²⁸ que poderá ser o cancelamento requerido por qualquer interessado, bastando a apresentação de *documento hábil*, qual seja o instrumento de distrato assinado por todas as partes que tenham figurado no título anterior, devendo ser utilizada a mesma forma contratual exigida pela lei para a formação do negócio resilido. Deste modo, em sendo necessária escritura pública para a validade do negócio a que se busca extinguir, para sua resilição esta regra será de observância obrigatória.

Ainda, em se tratando de negócio jurídico pelo qual se objetivava a transferência de propriedade, deverá o imóvel estar ainda na esfera patrimonial da parte distratante que o recebeu pelo registro do contrato a ser resilido.

Para Afranio de Carvalho o “distrato da compra e venda inscrita, com devolução do preço pago, importa em compra e venda regressiva, sujeitando-se aos mesmos requisitos da primeira, inclusive o pagamento do imposto de transmissão e a nova inscrição”.²⁹ De fato, conforme ensina Silvio de Salvo Venosa, “quando se trata de desfazimento de alienação imobiliária, o ato pode gerar nova transmissão de propriedade, com nova incidência tributária”.³⁰

Entretanto, tais afirmações devem ser analisadas com cautela. O distrato, por sua natureza jurídica, implica no desfazimento de um contrato ainda não extinto, em que não foram completamente cumpridas suas obrigações. Assim, visando as partes apenas desvincular-se de um negócio ainda em execução, retornando ao estado anterior, quebram a onerosidade do próprio pacto distratado.

26. Lei 6.015/1973: “art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. (...) II – a averbação:

2) por cancelamento, da extinção dos ônus e direitos reais; (...)”.

27. Lei 6.015/1973: “art. 246 – Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbados na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro. (...)”.

28. Lei 6.015/1973: “art. 250 – Far-se-á o cancelamento: (...)

III – A requerimento do interessado, instruído com documento hábil. (...)”.

29. CARVALHO, Afranio de. *Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei n. 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 6.216, de 1975, Lei n. 8.009, de 1990, e Lei n. 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 92.

30. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 484.

Isto porque após o distrato uma das partes jamais terá cumprido parte de sua obrigação originalmente pactuada, o que descaracterizaria a incidência do imposto de transmissão *inter vivos* – ITBI, inclusive, já que sua hipótese é completada pela onerosidade na transferência da propriedade imóvel.

A transmissão da coisa, pura e simplesmente, não basta para que incida tal imposto. O verbo da hipótese de incidência apenas tem aplicação se sua ocorrência for onerosa. Explica Eduardo Sabbag:

“Onerosidade: trata-se de atributo imanente ao campo de incidência do ITBI, porquanto há de haver um nexo de causalidade que una os contratantes, em recíproca e bilateral relação de empobrecimento e enriquecimento patrimonial”³¹ (destaque no original).

Assim, ingressando um distrato para qualificação perante o Oficial de Registro de Imóveis, não deverá este exigir recolhimento de ITBI para a prática do ato de cancelamento.

Diferente é o caso de um negócio jurídico ser apenas denominado “distrato”, mas referir-se notadamente a um contrato já extinto. Nesta situação, sim, estará o Registrador diante de nova compra e venda. A denominação do negócio atribuída pelas partes nada influi em sua natureza, de modo que seu ingresso e qualificação registral não será idêntico ao de um distrato propriamente dito.

Nesta hipótese, o ato a ser praticado será o de *registro* (“R”) e não o de *averbação*, devendo ser exigido o recolhimento de ITBI, inclusive.

3. CLÁUSULA RESOLUTIVA

Conforme conceituado acima (item 1 – *Terminologia e Conceito*, deste trabalho), o termo “resolução”, do modo atualmente empregado pelo Código Civil de 2002, refere-se aos casos de inadimplemento, seja este culposo ou não, e aos casos de resolução por onerosidade excessiva.

A cláusula resolutiva, presente nos arts. 474 e 475 do CC/2002, é aquela por meio da qual o contrato pode ser extinto em razão do inadimplemento. Consiste em faculdade da parte lesada, que pode desejar não resolver a avença, buscando executar o contrato judicialmente para obter exatamente a prestação pactuada ou equivalente. “Não há hierarquia entre as opções, cabendo a opção à parte lesada de acordo com os seus interesses.”³²

31. SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 1054.

32. GODOY, Claudio Luiz Bueno de; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JR., Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; ANTONINI, Mauro; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008. Comentários ao art. 475, p. 464.

O Prof. Álvaro Villaça Azevedo, ao tratar da resolução contratual, apresenta ser esta a “extinção do contrato, por inexecução de suas obrigações, mas independentemente da vontade dos contratantes, que, por não a manifestarem, estão isentos de culpa”.³³

Embora correta tal afirmação, parece que o alcance da expressão “resolução”, com o sentido atribuído pelo Código, vai além da inexecução independente de culpa, abrangendo, também, aquela ocorrida por culpa (*lato sensu*) de uma das partes.

Isto porque o Código faz menção tão somente ao inadimplemento das obrigações pactuadas, nada dispondo acerca de ser este culposo ou não. Há, ainda, previsão de indenização à parte lesada, a qual será devida, aí sim, apenas nos casos em que a inexecução resulte de culpa, seguindo as regras dispostas no “Livro I – Do Direito das Obrigações”.

Difere-se “resolução” de “resilição unilateral”, pois, embora ambas operem-se por notificação de uma das partes, a segunda se refere aos casos de simples desinteresse na continuidade de um contrato o qual poderia permanecer incólume e ser continuado perfeitamente, enquanto a resolução se dá com o inadimplemento, impedindo o prosseguimento do contrato. Além disso, a resilição pode condicionar-se ao transcurso de certo prazo compatível com os investimentos realizados pela parte denunciada (art. 473 do CC/2002) ou ao pagamento de multa (art. 4.º da Lei de Locações de Imóveis Urbanos – 8.245/1991; e art. 603 do CC/2002).

A doutrina afirma que para operar-se a resolução de um contrato não basta o simples inadimplemento consistente na mora (devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer). Para tanto, deve o inadimplemento ser absoluto, ou seja, recusar-se o devedor a prestar a obrigação ou tornar-se esta inútil ao credor.

É certo que existirão momentos em que a ocorrência da mora resultará, simultaneamente, em inadimplemento absoluto, devido à inutilidade da prestação. Esta é a interpretação que se extrai do parágrafo único do art. 395 do CC/2002:

“Art. 395 – Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

Ainda, prevê o Código a possibilidade de a cláusula resolutiva ser expressa ou tácita, sendo expressa, por óbvio, no caso de as partes inserirem previsão de resolução no corpo do contrato.

O Código Civil de 1916 trazia a possibilidade de ser requerida a resolução de um contrato face o seu inadimplemento, nos seguintes termos: “a parte lesada pelo

33. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 72.

inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos” (art. 1.092, parágrafo único). Esta hipótese seria o que hoje chamamos de cláusula resolutiva tácita.

Além disso, o Código Beviláqua trazia a figura do “Pacto Comissório”, espécie de cláusula resolutiva expressa, por meio da qual as partes, em contrato de compra e venda, estipulavam que seria desfeito o negócio em caso de inadimplemento. Previsto no art. 1.163 do CC/1916,³⁴ já se tratava de alternativa ao credor, o qual poderia, também, exigir o cumprimento da obrigação no prazo de 10 dias do vencimento desta, resultando seu silêncio no desfazimento de pleno direito do contrato.

Pela sistemática do Código atual, ausente previsão clausulada de resolução no próprio contrato, ainda assim existirá a possibilidade de ser a avença resolvida. Isto porque a cláusula resolutiva, em sua modalidade tácita, é inerente a todos os contratos, que são elaborados com o firme escopo de serem cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Entretanto, a modalidade tácita somente se opera mediante ação judicial,³⁵ cabendo à parte lesada demonstrar a inutilidade ou impossibilidade de se cumprir o contrato, devendo, desde o inadimplemento da parte contrária, “sentir-se e portar-se como desvinculado do pacto”,³⁶ sob pena de considerar-se condizente com a prática, ensejando novação.

3.1 Cláusula resolutiva expressa

Há quem, como Paulo Lôbo,³⁷ afirme que os efeitos da cláusula resolutiva, seja esta expressa ou tácita, são retroativos (*ex tunc*). Para este autor “a resolução é possível quando a irreversibilidade do tempo não impedir a desconstituição total do contrato, desde seu início”.³⁸

Já Custodio de Piedade Ubaldino Miranda entende que “nos contratos de execução imediata, ou diferida, mas instantânea, opera *ex tunc*, com efeito retroativo, mas nos de execução periódica, continuada ou de trato sucessivo, os efeitos da resolução são *ex nunc*, sem prejuízo do que já foi cumprido”.³⁹

34. Código Civil de 1916: “art. 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”.

35. CC/2002 – art. 474. “a cláusula resolutiva (...) tácita depende de interpelação judicial”.

36. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 488.

37. LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 199.

38. *Idem*, *ibidem*.

39. MIRANDA, Custodio de Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 424.

Ainda, há posicionamento no sentido de a eficácia ser *ex tunc*, quando expressa a cláusula, e *ex nunc* quando tácita. Nesse sentido, entendeu a 13.^a Câm. Civ. do TJMG, ao julgar o Processo 1.0696.06.028566-0/001:

“(…) a cláusula resolutória expressa tem apenas o condão de garantir ao credor/vendedor uma sentença de natureza declaratória, que produz efeitos retroativos ou *ex tunc*, enquanto que, nos casos em que não há cláusula resolutiva expressa, a sentença resolutória será (des)constitutiva, com efeitos *ex nunc*” (AgIn 1.0696.06.028566-0/001, 13.^a Câm. Civ., j. 18.10.2007, rel. Des. Adilson Lamouner, publicação da súmula em 09.11.2007).

Não existe, entretanto, imposição legal quanto à eficácia da cláusula resolutiva, tornando-se impossível afirmar ser *ex nunc* ou *ex tunc*. A modulação de efeitos, se estes não retroagirem ao início da relação contratual, será pautada, (a) quando tácita a cláusula, na existência e utilidade de parcelas já adimplidas e na possibilidade de os contratantes retornarem ao estágio inicial, antes de parcial adimplemento – caso este exista –, sendo que tais circunstâncias serão analisadas pelo Poder Judiciário); e (b) no caso de cláusula expressa, na convenção das partes constante do próprio contrato inadimplido, desde que possível juridicamente. Ausente convenção quanto aos efeitos, aplica-se o mesmo raciocínio utilizado em relação à cláusula tácita.

Assim como ocorre com o distrato, não seria possível a atribuição de eficácia *ex tunc* quando da resolução de contrato cujo objeto seja usar onerosamente coisa alheia. Isto porque não poderia a parte que usou a coisa restituir o tempo pelo qual esta foi usada.

Nesse sentido, assevera Arnaldo Rizzardo:

“Nos contratos com pagamento continuado, o atraso não importa sempre em se restituir as prestações, passando o efeito a revelar-se *ex nunc*, ou a partir da resolução, sem repercutir para o passado. Em vários contratos inicia o efeito a contar deste momento, como na locação, no arrendamento mercantil, no próprio arrendamento rural”⁴⁰ (destaque no original).

Ainda, mister se faz ressaltar o disposto no Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 53⁴¹ comina a nulidade de cláusula, em contrato de compra e venda

40. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 260.

41. Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990): “art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1.º (vetado);

§ 2.º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo;

§ 3.º Os contratos de que trata o *caput* deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional”.

ou alienação fiduciária, prevendo a *perda total* das parcelas já adimplidas em benefício de credor que opte por resolver o pacto, retomando a coisa alienada.

3.1 *Cláusula resolutiva expressa*

Conforme acima tratado, o Código Civil, em seu art. 475, prevê a possibilidade de existir, no próprio contrato, cláusula preestabelecendo situações em que o descumprimento da avença por uma das partes acarretará a resolução de pleno direito do pacto.

Alerta Aline de Miranda Valverde Terra:

“Exige-se, em primeiro lugar, que da cláusula resolutiva expressa conste a indicação de uma específica prestação, cujo incumprimento definitivo ensejará a resolução. Isso significa que não se admite referência genérica ao descumprimento de todas as obrigações que nascem do contrato, embora seja possível indicar todas as obrigações contratuais, uma por uma, na redação da cláusula.”⁴²⁻⁴³

Entretanto, parece mais razoável entender, assim como Paulo Lôbo, que “o contrato pode ter previsto que basta o inadimplemento parcial para sua resolução ou ter exigido a comprovação do inadimplemento total”.⁴⁴

Deste modo, não obstante as partes poderem atribuir a certas e determinadas obrigações tamanha importância que seu descumprimento possa ensejar a resolução do próprio contrato, também pode ser estipulado, por óbvio, que o descumprimento total resultará na extinção do pacto. Assim, bastaria referência genérica ao completo inadimplemento.

Ainda, em que pese não haver expressa menção, no Código Civil de 2002, ao denominado “pacto comissório”, outrora previsto no Código de 1916, tal fato não obsta sua aplicação, uma vez que lícita a utilização de cláusula resolutiva expressa (art. 474).

Silvio de Salvo Venosa aponta que “a figura jurídica que autoriza a resolução por descumprimento imputável a uma das partes é conhecida pela denominação de *pacto comissório* ou *cláusula resolutória*”⁴⁵ (destaques no original), mostrando que atualmente tais expressões são utilizadas como sinônimas.

Deste modo, independente da nomenclatura adotada, seja cláusula resolutiva expressa ou pacto comissório, os próprios contratantes poderão prever as hipóteses em que se considerará desfeito o contrato, convencionando seus efeitos, inclusive.

Nesse sentido, posicionou-se José Ribeiro:

42. TERRA, A.M.V. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica*, 2013. vol. 2, p. 4.

43. Mesma linha de raciocínio é apresentada por Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 488).

44. LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 199.

45. VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 662.

“A interpretação conjugada dos arts. 121, 122, 127, 128 e 474, do vigente Código Civil, nos dá a certeza de poderem vendedor e comprador, numa escritura de compra e venda de imóvel, estabelecer a condição resolutive expressa, pela qual o contrato ficará resolvido, de pleno direito, se, por exemplo, o comprador não efetuar o pagamento do preço na data aprezada, ou se deixar de pagar alguma das parcelas, caso o preço da compra tenha sido parcelado.”⁴⁶

Importante destacar que não se confunde a figura aqui tratada com a condição resolutive, já que nesta não há opção das partes. Uma vez ocorrido o fato condicionante, resolve-se a obrigação. Assim explica Anteo E. Ramella:

“En el pacto comisorio la resolución es facultativa de la parte cumplidora, al punto que puede desecharla y optar por demandar el cumplimiento; en cambio, en la condición resolutoria, no depende de la voluntad de ninguna de las partes, sino que opera ministerio de la ley, incluso al margen del conocimiento de los interesados.”⁴⁷

3.1.1 Necessidade de pronunciamento judicial?

O Código Civil ao tratar da cláusula resolutive expressa traz que esta “opera de pleno direito” (art. 474),⁴⁸ em oposição à tácita, a qual necessita de interpelação judicial.

Desta afirmação de “operar-se de pleno direito” surge grande confusão doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade, ou não, de se recorrer ao Poder Judiciário para que seja obtida a declaração de resolução de um contrato no qual conste cláusula resolutive expressa.

O posicionamento adotado pela 4.^a T. do STJ, em decisões ainda na vigência do Código Civil de 1916, é de que “a resolução do contrato por inadimplemento do devedor, no sistema brasileiro, depende de manifestação judicial (art. 1.092, parágrafo único, do CC/1916)”⁴⁹ (REsp 139.305/RS, 4.^a T., j. 18.12.1997, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 16.03.1998).⁵⁰

46. RIBEIRO, José. *Cancelamento do pacto comissório e o reconhecimento de firma*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=162]. Acesso em: 21.04.2014.

47. RAMELLA, Anteo E. *La resolución por incumplimiento: pacto comisorio y mora em los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1975. p. 17.

48. CC/2002 – art. 474: “a cláusula resolutive expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

49. Refere-se ao Código Civil de 1916.

50. Nesse mesmo sentido:

“Direito civil e processual civil. Compromisso de compra e venda. Ação de ‘rescisão’ contratual cumulada com reintegração na posse. Liminar. Descabimento. Cláusula resolutive expressa. Irrelevância. caso concreto. Necessidade de declaração judicial. Precedente. Recurso desacolhido.

A 4.^a Câm. de Direito Privado do TJSP, ao julgar ação versando sobre compromisso de compra e venda de imóvel loteado, entendeu que “a resolução depende de reconhecimento judicial (...)” (AgIn, Processo 0276275-94.2009.8.26.0000, 4.^a Câm. de Direito Privado, j. 21.01.2010, rel. Francisco Loureiro, DJ 08.02.2010). Mesma linha de pensamento foi esboçada em votação não unânime da 13.^a Câm. Civ. do TJMG, no Processo 1.0696.06.028566-0/001(1).⁵¹

Para Silvio Rodrigues, “como mister se faz recurso a juízo, mesmo no caso de pacto comissório, para se obter a declaração da rescisão (e nesse caso a sentença seria meramente declaratória), a utilidade desse ajuste é insignificante”.⁵²

Não parece ser este o entendimento mais razoável e condizente com a finalidade da norma jurídica. Em nenhuma parte do ordenamento jurídico brasileiro é encontrada ordem expressa indicando que se busque o Poder Judiciário, portanto não há que se falar em competência exclusiva deste para que sejam resolvidos os contratos. Não fica excluída, entretanto, a *facultativa* apreciação judicial.

O art. 474 é claro quando impõe que a *interpelação* judicial é regra apenas para o caso de cláusula resolutiva *tácita*, não havendo maiores formalidades quando esta seja *expressa*.

A palavra *interpelar*, segundo o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*,⁵³ significa “dirigir-se a (alguém) com alguma pergunta ou pedido de explicação, em tom confrontativo” ou “intimar a prestar declarações, a dar esclarecimentos, em tribu-

I – A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

II – A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a ‘rescisão’ (*rectius*, resolução) do contrato. Destarte, inadmissível a concessão de liminar reintegratória em ação de ‘rescisão’ de contrato de compra e venda de imóvel” (REsp 204.246/MG, 4.^a T., j. 10.12.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.02.2003, p. 236) (destaque nosso).

51. “Agravo de instrumento – Ação de reintegração de posse – Compromisso de compra e venda – Cláusula resolutiva expressa – Inadimplemento – Notificação extrajudicial – Liminar reintegratória – Impossibilidade – Necessidade de prévia declaração judicial da resolução contratual. Em atenção aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, mesmo diante de cláusula resolutiva expressa no contrato de compromisso de compra e venda, do inadimplemento e da notificação extrajudicial, não cabe liminar de reintegração de posse sem a prévia declaração judicial da resolução do contrato” (AgIn 1.0696.06.028566-0/001, 13.^a Câm. Civ., j. 18.10.2007, rel. Des. Adilson Lamounier, publicação da súmula em 09.11.2007) (destaque nosso).
52. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002), São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 3, p. 196.
53. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: [houaiss.uol.com.br]. Acesso em: 10.05.2014.

nais, cortes, parlamentos etc.”. Sentido semelhante é o constante do iDicionário Aulete,⁵⁴ para o qual significa “perguntar ou pedir explicação com veemência” ou “intimar a prestar esclarecimentos”.

Deste modo, em sendo *tácita* a cláusula, a lei determina que ao credor incumbe buscar esclarecimentos a respeito da inadimplência do contrato valendo-se unicamente de ação judicial, sendo-lhe facultado exigir a prestação ou resolução do pacto, individual ou alternativamente, sendo o inadimplemento, por consequência, objeto de análise por um juiz.

Por outro lado, em se tratando de cláusula *expressa*, bastaria a comunicação extrajudicial direcionada à parte inadimplente, informando a decisão do credor de resolver o negócio jurídico. Cabe frisar que esta é apenas uma faculdade da parte prejudicada, a qual pode optar por exigir o cumprimento das obrigações pactuadas, ou mesmo valer-se de ação judicial buscando a resolução.

Assevera Aline de Miranda Valverde Terra que:

“Se as partes, livre e legitimamente, inserem no contrato referida cláusula, e estabelecem o que reputam configurar incumprimento definitivo bem como a possibilidade de a resolução se operar extrajudicialmente, o fazem porque o princípio da autonomia privada assim o permite, e não há, ao menos abstratamente, violação de deveres impostos pela boa-fé objetiva, pelo que deve o Judiciário ser deferente às escolhas feitas pelas partes.”⁵⁵

Embora não exclua o raciocínio acima esboçado acerca da possibilidade de se resolver extrajudicialmente um negócio jurídico, existem casos em que a própria lei condiciona a operação da cláusula resolutiva expressa, não bastando a simples notificação do credor informando o desejo de extinguir o contrato.

Assim ocorre com os compromissos de compra e venda de imóveis loteados, urbanos⁵⁶ ou rurais.⁵⁷ Neste contrato, havendo incumprimento das parcelas devi-

54. *iDicionário Aulete*. Disponível em: [www.aulete.com.br]. Acesso em: 10.05.2014.

55. TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilística*, vol. 2, p. 15. 2013. Disponível em: [http://civilistica.com/clausula-resolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial]. Acesso em: 27.04.2014).

56. Lei 6.766/1979 – “art. 32. *Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor.*

§ 1.º Para os fins deste artigo o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo Oficial do Registro de Imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação.

§ 2.º Purgada a mora, convalida-se o contrato.

§ 3.º Com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, o vendedor requererá ao Oficial do Registro o cancelamento da averbação” (destaques nossos).

57. Dec.-lei 58/1937 – “art. 14. *Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor.*

das, existindo, ou não, cláusula resolutiva expressa, caberá ao credor solicitar que o Oficial de Registro de Imóveis intime o devedor, podendo o Oficial, para tal fim, valer-se dos serviços de um Registrador de Títulos e Documentos (art. 49 da Lei 6.766/1979), a quem incumbirá a tarefa de constituir o devedor em mora. Intimada, a parte inadimplente deverá cumprir sua obrigação no prazo de 30 (trinta) dias perante o Registrador Imobiliário.

Regra semelhante se aplica aos imóveis não loteados, objeto de compromisso de compra e venda, situação em que “a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze (15) dias de antecedência” (art. 1.º do Dec.-lei 745/1969).

Outra hipótese é a posição adotada na Súmula 369 do STJ, em cujo texto consta que “no contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora”.

Já nos negócios jurídicos versando sobre a aquisição de unidades em condomínios edilícios, encontramos a seguinte regra na Lei 4.591/1964:

“Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar (...)”

Em todos estes casos, embora o devedor já esteja em mora desde o momento em que não cumpriu suas obrigações na data estipulada, a intenção da lei parece ser a de criar a oportunidade de adimplir seus deveres contratuais, sob pena de, não o fazendo, deixar ao arbítrio do credor a escolha de resolver o contrato ou executá-lo judicialmente.

Realizada a intimação extrajudicial ou judicialmente, bastará que o devedor não cumpra suas obrigações no prazo indicado na comunicação imposta pela lei para que o credor, notificando-o de sua decisão, considere resolvido o pacto, não sendo necessário o pronunciamento do Poder Judiciário acerca da resolução contratual.

Nessa linha de raciocínio o Des. Fernando Botelho, do TJMG, em voto vencido, argumentou com mestria:

“(...) seria irrazoável pensar que, ao fazer, *a contrario sensu*, exigência da constituição em mora formal – extrajudicial ou mesmo judicial – tenha o legislador exigido, também, o acionamento da instância judicial para a rescisão.

§ 1.º Para este efeito será ele intimado a requerimento do compromitente, pelo Oficial do Registro a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação.

§ 2.º Purgada a mora, convalescerá o compromisso.

§ 3.º Com a certidão de não haver sido feito pagamento em cartório, os compromitentes requererão ao oficial do registro o cancelamento da averbação” (destaques nossos).

Uma exigência – a menor (a da mera constituição em mora para a rescisão contratual por força da *mora debitoris*) – afasta, exclui, por lógica, a outra, maior (a de instauração de medida judicial compulsória-contraditória, para a rescisão). Se exigida esta, dispensável aquela” (AgIn 1.0696.06.028566-0/001, 13.^a Câ. Civ., j. 18.10.2007, rel. Des. Adilson Lamounier, publicação da súmula em 09.11.2007).

Mister se faz ressaltar que as partes tem plena liberdade de pactuar a forma como se operará a cláusula resolutiva. Poderão fazer constar do contrato que esta só ocorrerá após manifestação judicial ou que a simples comunicação extrajudicial será apta para tanto. Entretanto, não havendo estipulação contratual, deverá ser seguida a lei, onde não existe qualquer previsão acerca da *necessária* manifestação judicial.

Anteo E. Ramella, ao discorrer sobre o Código Civil argentino,⁵⁸ cuja redação é, neste ponto, semelhante a do Código Civil brasileiro, assevera que a regra geral naquele ordenamento jurídico é a desnecessidade de se buscar a declaração do Poder Judiciário, bastando a notificação do devedor inadimplente, a ser realizada de modo que reste incontroversa sua ciência acerca da opção do credor. Consta de sua obra que:

“(…) si se ha convenido un pacto comisorio expreso y nada se ha expresado con respecto a la forma de llegar a la resolución, sería aplicable el recordado tercer párrafo y en consecuencia la parte cumplidora no necesitaría recurrir a la vía judicial, bastándole para llegar a la resolución con comunicar fehacientemente, a la que ha dejado de cumplir, su voluntad de resolver.”⁵⁹

Havendo discordância do devedor considerado inadimplente, deverá este manifestá-la ao credor, podendo valer-se dos meios legais para resguardar seus direitos, tais como a consignação em pagamento ou ação judicial.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, admitindo em seu livro a resolução extrajudicial somente em relação aos compromissos de compra e venda (“resolução por notificação”), assim se posiciona:

“Alegando o credor o incumprimento e tendo a seu favor a cláusula comissória ou a de resolução por notificação, com eficácia extrajudicial, é do devedor o ônus de vir a juízo afastar a ocorrência da resolução, especialmente se o credor praticar atos que

58. Código Civil de la República Argentina:

“Art. 1.204. (...) Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución.”

59. RAMELLA, Anteo E. La resolución por incumplimiento: pacto comisorio y mora em los derechos civil y comercial. Buenos Aires: Astrea, 1975. p. 185.

deem continuidade à sua decisão de resolver o negócio, como é o caso do cancelamento da averbação dos contratos de promessa de compra e venda de terrenos loteados.”⁶⁰

Tal entendimento deve ser estendido aos casos em que exista a cláusula resolutiva expressa, incumbindo à parte contrária buscar solução diversa, não sendo razoável impor ao credor, já prejudicado pelo inadimplemento, a desgastante obrigação de perseguir declaração judicial, cujo único objetivo seria confirmar o que já era de solar clareza.

Com base no acima exposto, conclui-se ser juridicamente possível a resolução extrajudicial dos negócios jurídicos em que presente cláusula resolutiva expressa, observadas, caso existentes, as exigências legais de “constituição em mora” do devedor.

Mister se faz ressaltar que não se desconhece o fato de, ausente acordo entre as partes, alguns aspectos relativos à extinção do contrato somente poderem ser obtidos pela via judicial. Assim ocorre com a reintegração de posse e a indenização por prejuízos causados pela inadimplência, por exemplo. Entretanto, tais fatores não afetam a resolução propriamente dita, de modo que poderão ser pleiteados em momento posterior à extinção do negócio jurídico, se assim desejar o prejudicado.

3.2 *Cláusula resolutiva expressa e sua aplicação prática no Registro de Imóveis*

3.2.1 *Ato a ser praticado*

Conforme acima tratado no item 3.1 *Cláusula resolutiva expressa*, a cláusula resolutiva não é condição resolutiva propriamente dita, justamente pelo fato de ser opcional sua aplicação quando ocorrido o inadimplemento, de modo que o negócio poderá ser extinto ou ter suas obrigações exigidas. Assim, parece ser o pacto comissório uma espécie de condição, com a particularidade de não operar-se automaticamente, pois dependente de manifestação do credor.

Destarte, nos termos do art. 167, I, item 29, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), deverá a cláusula resolutiva constar do próprio ato de registro (“R”) do contrato de compra e venda em que estiver prevista. Assim posiciona-se Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza:

“(…) se no título apresentado para registro existe um pacto adjeto, a condição deve constar do corpo do registro e não em ato separado (art. 167, I, 29), ficando inclusive o registrador obrigado, segundo decisões jurisprudenciais, a indenizar o vendedor se este ficar prejudicado pela falta dos termos da condição do contrato no registro da venda do imóvel.

Resta claro e pacífico, portanto, descaber a averbação da condição.”⁶¹

60. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 190.

61. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Série dir. reg. e notarial Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 349.

Os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul,⁶² Santa Catarina,⁶³ São Paulo,⁶⁴ Rio de Janeiro,⁶⁵ Acre,⁶⁶ Bahia,⁶⁷ Pernambuco,⁶⁸ Rondônia⁶⁹ e

62. Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul (atualizada até o Provimento 019/2012-CGJ – Dezembro/2012): “art. 421 – As condições negociais dos contratos de compra e venda, que instituem cláusula resolutiva, tal como acontece nos pagamentos a prazo, devem ser obrigatoriamente consignadas no próprio registro”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
63. Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina: “art. 690. A cláusula resolutiva deve ser mencionada de forma destacada no corpo do registro. § 1.º Se o oficial entender conveniente a averbação avulsa da cláusula resolutiva, deverá fazê-la sem ônus para a parte. § 2.º O cumprimento da cláusula será averbado a requerimento do interessado”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
64. Normas de Serviço: Cartórios Extrajudiciais (Tomo II), da Corregedoria Geral da Justiça do TJSP (atualizadas até 28.04.2014). Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/NormasExtrajudicial.aspx?f=2]. Acesso em: 29.04.2014.
65. Consolidação Normativa: Parte Extrajudicial do Estado do Rio de Janeiro (atualizada em 23.01.2013) – “Art. 556. As condições negociais dos contratos de compra e venda, que instituem cláusula resolutiva, tal como acontece nos pagamentos a prazo, devem ser obrigatoriamente consignadas no próprio registro”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
66. Código de Normas: Serviços Notariais e de Registro do TJAC (atualizado em 20.01.2013 – Provimento 02/2013): “art. 311 – As condições negociais dos contratos de compra e venda, que instituem cláusula resolutiva, tal como acontece nos pagamentos a prazo, devem ser obrigatoriamente consignadas no próprio registro”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
67. Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registros do Estado da Bahia: “art. 1145. As condições negociais pactuadas em escritura de compra e venda, com cláusula resolutiva expressa, como ocorre nos pagamentos a prazo, devem ser, obrigatoriamente, consignadas no próprio registro da compra e venda, sem necessidade de averbação em ato separado”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
68. Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco: “art. 1.064. As condições negociais pactuadas em escritura de compra e venda, com cláusula resolutiva expressa, como ocorre nos pagamentos a prazo, devem ser, obrigatoriamente, consignadas no próprio registro da compra e venda, sem necessidade de averbação em ato separado”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
69. Diretrizes Extrajudiciais da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Rondônia (compilada até dezembro/2012): “116. O pacto comissório não deve ser objeto de averbação, pois é da essência da compra e venda condicional, prevista, como ato registrável, no art. 167, I, n. 29, da Lei 6.015, de 31.12.1973. O seu posterior cumprimento, todavia, poderá,

Sergipe,⁷⁰ em seus respectivos Códigos de Normas Extrajudiciais, orientam os Oficiais de Registro de Imóveis para que estes façam constar o pacto comissório no teor do registro de transferência de propriedade, sendo esta interpretação condizente com a lei. Importante notar que o Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina prevê a possibilidade de o Registrador Imobiliário, a seu critério, averbar a cláusula resolutiva, desde que isto não implique ônus para a parte interessada no registro do contrato (art. 690).

3.2.2 Disponibilidade do bem imóvel

Há entendimento pela inalienabilidade de imóvel cuja aquisição tenha se dado por instrumento em que conste cláusula resolutiva. Para essa linha, a transferência do imóvel fica condicionada ao cancelamento da cláusula no Registro de Imóveis. Esse é entendimento adotado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo:

“Registro de Imóveis – Negado o cancelamento de pacto comissório sem prova de quitação – Inviável presumi-la – Condição resolutiva que, enquanto pendente, impede o registro de nova escritura de venda e compra dado seu caráter definitivo – Irrelevância de ter sido admitido o registro de compromisso de venda e compra – Natureza de contrato preliminar – Prescrição – Inviabilidade de apreciação em procedimento administrativo – Recurso não provido” (Processo CGJSP 2008/00073961, TJSP, j. 03.09.2009, rel. Luiz Elias Tâmbara, DJ 03.11.2009) (destaque nosso).⁷¹

Consta do corpo da decisão acima ementada:

“Inamissível, portanto, a argumentação de que se a escritura de venda e compra em tela for registrada em cumprimento do compromisso de venda e compra já inscrito e os herdeiros do proprietário anterior (...) vierem a reclamar em juízo o cumprimento do pacto comissório não satisfeito, tal circunstância levaria ao ‘simples’ cancelamento de todas as inscrições resultantes do ato resolutivo, visto que

a requerimento do interessado, ser averbado”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.

70. Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Sergipe: “art. 650. O pacto comissório não deve ser objeto de averbação, pois é da essência da compra e venda condicional, prevista, como ato registrável, no art. 167, I, n. 29, da Lei 6.015, de 31.12.1973. O seu posterior cumprimento, todavia, poderá, a requerimento do interessado, ser averbado”. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.

71. Nesse mesmo sentido o Processo CGJSP 40.933/2010, TJSP, j. 03.08.2010, rel. Hamid Charaf Bdine Júnior.

enquanto não consolidada a propriedade do imóvel em mãos do adquirente, não poderá, como visto, ter ingresso no algum real título de transmissão definitiva de domínio por ele outorgado a terceiros” (Processo CGJSP 2008/00073961, TJSP, j. 03.09.2009, rel. Luiz Elias Tâmbara, DJ 03.11.2009, p. 4).

Entretanto, o Código Civil não veda a alienação de imóveis cuja aquisição tenha se operado com pacto comissório. Não pode o direito de propriedade, cuja essência consiste também na faculdade de seu titular dispor de seu bem, ter sua disponibilidade limitada sem comando legal expresso nesse sentido.

Conforme visto acima, a cláusula resolutiva expressa é espécie de condição resolutiva, mas cuja aplicação é optativa. Cabe ao credor escolher entre resolver o negócio ou exigir seu fiel cumprimento.

Deste modo, perfeitamente aplicável o disposto no Código Civil de 2002 acerca da propriedade resolúvel:

“Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.”

Sendo assim, enquanto não quitado o contrato em que estipulado o pacto comissório, poderá ser transferida a propriedade da coisa para terceiros, cientes estes de que eventual inadimplemento daquele contrato poderá ensejar o desfazimento de suas aquisições.

Alerta Arnaldo Rizzardo:

“Entrementes, para que tal ocorra, isto é, a resolução dos direitos reais concedidos ou transferidos durante a pendência do contrato, impende que seu adquirente tenha tido conhecimento da cláusula resolutiva, ou que, pelo menos, constasse cláusula prevendo a condição de resolução.”⁷²

Com a publicidade registral gerada no ato de registro do contrato de compra e venda condicional, em que constante a cláusula resolutiva expressa, presume-se conhecido pelas partes o caráter resolúvel das alienações ocorridas posteriormente.

Assim ensina Ademar Fioranelli, para quem a cláusula resolutiva deve estar perfeitamente descrita na matrícula “para que terceiros que desejam adquirir o imóvel, ou inscrever direitos que incidam sobre ele, tenham pleno conhecimento de que a propriedade é resolúvel”.⁷³

Importante destacar, também, as palavras de Maria do Carmo Rezende Campos Couto:

72. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 261.

73. FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Safe, 2001. p. 490.

“De qualquer forma, havendo cláusula resolutiva em uma compra e venda registrada, somente deve ser aceita nova alienação para registro se o adquirente expressamente declarar seu conhecimento sobre a existência dessa cláusula. Esse procedimento coaduna com a segurança jurídica que os registros públicos devem gerar.”⁷⁴

3.2.3 *Adimplemento contratual*

Ocorrendo o fiel cumprimento do negócio jurídico em que existente pacto comissório, por óbvio que a aplicação deste fica obstada, tornando incondicionado o direito de propriedade da parte adquirente do imóvel, a qual não mais se afligirá com a possibilidade de o imóvel adquirido retornar compulsoriamente para as mãos de seu antigo proprietário, antes credor na relação jurídica de transmissão imobiliária.

A principal consequência disto é a não atribuição de caráter resolúvel às aquisições posteriores do bem, ou melhor dizendo, a transferência da plena propriedade sem vinculação condicional ao título aquisitivo anterior.

Ainda que se entenda não ser possível a alienação do imóvel enquanto não adimplidas todas as obrigações do contrato, quando existente cláusula resolutiva expressa,⁷⁵ com o cumprimento obrigacional resta desimpedida a transmissão da propriedade.

De todo modo, a melhor técnica registral sugere que seja dada publicidade ao adimplemento contratual tornando-se mais fácil sua aferição por terceiros interessados, gerando certeza da insubordinação de futuras alienações ao pacto comissório anteriormente eficaz. Para tanto, poderá ser averbada a quitação das obrigações do negócio jurídico, nos termos do art. 246 da Lei de Registros Públicos.

3.2.4 *Inadimplemento e cancelamento do registro*

Conforme acima abordado, o não cumprimento das obrigações contratuais pode resultar em duas situações: execução ou resolução. Cabe ao credor a escolha entre uma ou outra alternativa.

74. COUTO, Maria do Carmo Rezende Campos. Coleção Cadernos Irib: n. 1 – Compra e venda. In: SANTOS, Francisco José Rezende dos; COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos; SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib*. 2. ed. 2012. Disponível em: [www.irib.org.br/html/boletim/cadernos.php?cad=4]. Acesso em: 01.04.2014, p. 25.

75. Entendimento adotado pela Corregedoria-Geral de Justiça do TJSP no Processo CGJSP 40.933/2010, TJSP, j. 03.08.2010, rel. Hamid Charaf Bdine Júnior; e no Processo CGJSP 2008/00073961, TJSP, j. 03.09.2009, rel. Luiz Elias Tâmbara, DJ 03.11.2009.

Havendo título registrado na matrícula de um imóvel, constando cláusula resolutiva expressa, e optando o credor por resolver o contrato retomando a propriedade imóvel, se fará imperioso o cancelamento do registro atualmente eficaz, reestabelecendo aquele exatamente anterior.

Uma vez que a resolução implicará na extinção do negócio, desfazendo a transferência neste acordada, o ato a ser praticado pelo Registrador de Imóveis é a *averbação*, por cancelamento, do registro do contrato a ser resolvido, nos termos do art. 167, II, item 2⁷⁶ c/c o art. 246⁷⁷ ambos da Lei 6.015/1973.

Assim como no distrato, com a resolução do contrato não há onerosidade, não se enquadrando tal ato na hipótese de incidência de imposto sobre a transmissão *inter vivos* – ITBI. Além disso, o Código Tributário Nacional considera perfeito e acabado o negócio jurídico, “sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio” (art. 117, II), de modo que o implemento da condição já está englobado no fato gerador da transmissão do imóvel.

A primeira hipótese de cancelamento é o requerimento “unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião” (art. 250, II, da Lei de Registros Públicos).

Não havendo requerimento de todas as partes envolvidas no registro, o caminho a ser trilhado é outro.

A doutrina inclina-se no sentido de que a resolução contratual, mesmo diante de cláusula resolutiva expressa, necessita de declaração judicial. Assim entendem Nicolau Balbino Filho⁷⁸ e Ademar Fioranelli.⁷⁹

Partindo deste pressuposto, o cancelamento de registro pretendido somente poderia ocorrer com base no art. 250, I, da Lei de Registros Públicos, ou seja, “em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado”.

Entretanto, com base no raciocínio esboçado neste trabalho, é possível concluir pela possibilidade jurídica de a cláusula resolutiva expressa operar-se independentemente de declaração judicial, bastando a notificação do devedor inadimplente acerca da decisão do credor por resolver o negócio. Frise que a lei pode exigir, além

76. Lei 6.015/1973: “Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. (...) II – a averbação:

2) por cancelamento, da extinção dos ônus e direitos reais; (...)”.

77. Lei 6.015/1973: “Art. 246 – Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbados na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro (...)”.

78. BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 492.

79. FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Safe, 2001. p. 490.

da notificação, a prévia “constituição em mora”. É o que ocorre em relação aos compromissos de compra e venda de imóveis, por exemplo.

Ulysses da Silva expõe pensamento condizente com este entendimento ao dizer:

“(…) tratando-se especificamente de pacto comissório, no qual a cláusula é expressa, a resolução deveria ocorrer pela forma convencionada entre as partes, subentendida aí a notificação extrajudicial do adquirente que der causa à inadimplência contratual, como já acontece nos loteamentos e na alienação fiduciária.”⁸⁰

Embora tenha adotado este posicionamento, o mesmo autor afirma na página seguinte 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”.

Afirmado a necessidade de pronunciamento judicial e, portanto, tomando por descabida a resolução ocorrida apenas em âmbito extrajudicial, manifestou-se Miguel Maria de Serpa Lopes:

“Entende Lisipo Garcia, e com o que estamos de pleno acordo, que, nada obstante a força da condição resolutiva expressa, para o cancelamento da transcrição, no caso de não pagamento do preço, não basta a simples alegação da parte interessada, mas é indispensável à intervenção judicial, pois a alegação do vendedor pode não ser verdadeira, ou estar ele reclamando o preço, o que impede a resolução, e ao Oficial do Registro falta autoridade para ordenar as diligências.”⁸¹

De fato, a alegação do vendedor poderá não ser verdadeira, mas tal fato não afasta a possibilidade de o inadimplemento ser constatado com base em critérios objetivos.

Pois bem. Analisando o art. 250 da Lei 6.015/1973, observa-se que o cancelamento poderá ser realizado, também, “a requerimento do interessado, instruído com documento hábil” (inc. III). O problema maior, neste caso, consiste em identificar qual é a espécie de documento capaz de objetivamente atestar o inadimplemento contratual, possibilitando a aplicação do pacto comissório.

Solução interessante é apresentada por Eduardo Ribeiro Pacheco de Souza:⁸² o protesto do contrato.

80. SILVA, Ulysses da. *Direito imobiliário: o Registro de Imóveis e suas atribuições: a nova caminhada*. Porto Alegre: Safe, 2008. p. 52.

81. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos: em comentário ao Decreto n. 4.857, de novembro de 1939 – V.4: Registro de Imóveis (inscrição, transcrição e cancelamento) e registro da propriedade literária, científica e artística*. 6. ed. rev. e ampl. por Prof. José Serpa de Santa Maria, de acordo com a Lei 6.015 de 31.12.1973 e Lei 8.935 de 18.11.1994. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 410.

82. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Série dir. reg. e notarial Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 350.

Trata-se o *protesto* de “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (art. 1.º da Lei 9.492/1997). Havendo solicitação, o Tabelião, profissional do direito que atua com imparcialidade e fé pública, intimará o devedor para que efetue o pagamento do título (no caso o contrato de compra e venda) perante o Tabelionato, sob pena de considerar-se inadimplente e ser lavrado protestado.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza explica:

“Releva notar que a utilização do serviço público de protesto, sob responsabilidade de profissional do direito que atua com imparcialidade, proporciona ao devedor não só a oportunidade de pagar o débito, bem como de apresentar razões do não pagamento ou de buscar judicialmente a sustação do protesto (impedindo, na hipótese tratada, o cancelamento da compra e venda condicional). Portanto, há oportunidade de manifestação do devedor.”⁸³

De solar clareza, portanto, a aptidão do instrumento de protesto para ensejar a averbação da resolução do negócio jurídico, a requerimento do credor, independentemente de manifestação judicial a respeito.

Destaque, ainda, que procedimento semelhante já ocorre em relação aos contratos de alienação fiduciária regidos pela Lei 9.514/1997, onde o inadimplemento, comprovado pela notificação realizada pelo Oficial de Registro de Imóveis, pode resultar na perda da propriedade (consolidação) em favor do credor fiduciário, seguida de venda em público leilão. Tal procedimento corre inteiramente em âmbito extrajudicial.

Importante frisar que em sendo a resolução do contrato apenas uma faculdade do credor (o qual poderia optar pela execução), para ser possível a aplicação da hipótese aqui ventilada, torna-se necessário apresentar, além de requerimento acompanhado do instrumento de protesto, a prova de notificação clara e incontestada acerca da decisão do credor, de modo que seja dada ao devedor ciência desta. Para tanto, o Oficial de Registro de Títulos e Documentos é de grande valia, exercendo sua competência legal para notificar as partes, garantindo autenticidade e segurança jurídica em relação a tal ato.⁸⁴

83. Idem, p. 352-353.

84. Lei 6.015/1973: “Art. 160. O oficial será obrigado, quando o apresentante o requerer, a notificar do registro ou da averbação os demais interessados que figurarem no título, documento, o papel apresentado, e a quaisquer terceiros que lhes sejam indicados, podendo requisitar dos oficiais de registro em outros Municípios, as notificações necessárias. Por esse processo, também, poderão ser feitos avisos, denúncias e notificações, quando não for exigida a intervenção judicial.

§ 1.º Os certificados de notificação ou da entrega de registros serão lavrados nas colunas das anotações, no livro competente, à margem dos respectivos registros.

§ 2.º O serviço das notificações e demais diligências poderá ser realizado por escreventes designados pelo oficial e autorizados pelo Juiz competente” (destaques nossos).

Seria esta uma solução célere e eficaz, pautada na segurança jurídica e fé pública gerada pela ação conjunta dos profissionais delegados, os Notários e Registradores.

4. CONCLUSÃO

Ficou demonstrado neste trabalho o significado e alcance, com base no Código Civil, dos termos *distrato* e *resolução*.

O primeiro consiste em negócio jurídico por meio do qual as partes envolvidas em um contrato anterior, ainda não extinto por seu cumprimento, desejam desvincular-se deste. Deve ser elaborado sob a mesma forma exigida pela lei para o contrato a ser resilido, seja esta verbal, escrita, particular ou escritura pública. Além disso, poderão as partes convencionar seus limites e eficácia, desde que juridicamente possível em face do caso concreto.

Restou claro, ainda, não implicar o *distrato*, quando puro e simples, em nova transmissão onerosa da propriedade imóvel, de modo que não há incidência de ITBI nesta operação. Assim, no âmbito do Registro de Imóveis será a resilição bilateral objeto de ato de averbação (“Av”), por cancelamento, não devendo o Registrador exigir recolhimento do imposto sobre transmissão *inter vivos*.

Por outro lado, notando o Oficial que o negócio jurídico apresentado apenas denomina-se *distrato*, mas refere-se a um contrato já extinto, deverá exigir recolhimento de ITBI, bem como praticar ato de registro (“R”), com base no art. 112 do CC/2002, uma vez que neste caso estará configurada verdadeira compra e venda.

Quanto à resolução contratual, observou-se que esta ocorre em face do inadimplemento de uma das partes, seja este culposo (*lato sensu*) ou não.

A existência de cláusula resolutiva expressa em contratos de transmissão de bens imóveis deverá constar do próprio ato de registro da alienação. Assim fica garantida a publicidade do pacto comissório, presumindo-se a ciência, por eventuais adquirentes, do caráter resolúvel da propriedade.

Havendo cláusula resolutiva expressa, concluiu-se que, embora a doutrina e jurisprudência manifestem-se contrárias, é juridicamente possível e extremamente lógico que a resolução contratual não necessite de declaração judicial, imposição esta que não encontra respaldo legal e implica em ônus excessivo ao credor já prejudicado pelo inadimplemento.

Tratando-se de negócio imobiliário é possível a apresentação, por parte do credor, perante o Oficial de Registro de Imóveis, de requerimento visando o cancelamento de registro de transmissão de propriedade, desde que acompanhado do instrumento protestado e de prova inequívoca de notificação do devedor acerca de sua decisão de resolver o negócio.

5. BIBLIOGRAFIA REFERENCIADA

Livros

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: 3 – Il contratto*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000.
- CARVALHO, Afranio de. *Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei n. 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 6.216, de 1975, Lei n. 8.009, de 1990, e Lei n. 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FIORANELLI, Ademair. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Safe, 2001.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JR., Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; ANTONINI, Mauro; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- JORGE JR., Alberto Gosson. Resolução do contrato por inadimplemento do devedor. *Revista do Advogado*. ano XXXII. n. 116 – Contratos. jul-2012.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos: em comentário ao Decreto n. 4.857, de novembro de 1939 – V.4: Registro de Imóveis (inscrição, transcrição e cancelamento) e registro da propriedade literária, científica e artística*. 6. ed. rev. e ampl. por Prof. José Serpa de Santa Maria, de acordo com a Lei n. 6.015, de 31.12.1973 e Lei n. 8.935, de 18.11.1994. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- MIRANDA, Custódio de Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2005. t. 3.
- _____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2005. t. 38.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil – 5 – Direito das obrigações – 2. Parte*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed., São Paulo: Ed. RT, 2007.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. III.
- RAMELLA, Anteo E. *La resolución por incumplimiento: pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1975.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002), São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 3.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva.
- SILVA, Ulysses da. *Direito imobiliário: o Registro de Imóveis e suas atribuições: a nova caminhada*. Porto Alegre: Safe, 2008.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Direito civil: contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. vol. 3.
- _____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Publicações em sítios eletrônicos

- COUTO, Maria do Carmo Rezende Campos. *Coleção cadernos Irib: n. 1 – Compra e venda*. SANTOS, Francisco José Rezende dos; CAMPOS COUTO, Maria do Carmo de Rezende; SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB. 2. ed. 2012. Disponível em: [www.irib.org.br/html/boletim/cadernos.php?cad=4]. Acesso em: 01.04.2014.
- LOUREIRO, F. E. *Extinção dos contratos*. Publicado no sítio do TJSP em 19.11.2010. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?ID=669&f=4]. Acesso em: 17.03.2014.
- RIBEIRO, José. *Cancelamento do pacto comissório e o reconhecimento de firma*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=162]. Acesso em: 21.04.2014.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa e resolução extrajudicial*. *Civilistica*, 2013. vol. 2. Disponível em: [<http://civilistica.com/clausula-resolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial>]. Acesso em: 27.04.2014.

Códigos e normas

- Código Civil de la República Argentina*. Disponível em: [www.codigocivilonline.com.ar]. Acesso em: 28.04.2014.
- Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em 10.05.2014).
- Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.

- Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registros do Estado da Bahia*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
- Código de Normas: Serviços Notariais e de Registro do TJAC (atualizado em 20.01.2013 – Provimento 02/2013)*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014).
- Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Sergipe*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
- Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul (atualizada até o Provimento 019/2012-CGJ – dezembro/2012)*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
- Consolidação Normativa: Parte Extrajudicial do Estado do Rio de Janeiro (atualizada em 23.01.2013)*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
- Diretrizes Extrajudiciais da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Rondônia (compilada até dezembro/2012)*. Disponível em: [www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-categoria.php?area=biblio&btca=8]. Acesso em: 10.05.2014.
- Il Codice Civile Italiano*. Disponível em: [www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html]. Acesso em: 01.04.2014.
- Normas de Serviço: Cartórios Extrajudiciais (Tomo II), da Corregedoria Geral da Justiça do TJSP (atualizadas até 28.04.2014)*. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/NormasExtrajudicial.aspx?f=2]. Acesso em: 29.04.2014

Outros sites visitados

- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: [www.houaiss.uol.com.br]. Acesso em: 10.05.2014.
- iDicionário Aulete*. Disponível em: [www.aulete.com.br]. Acesso em: 10.05.2014.
- Kollemata Jurisprudência*. JACOMINO, Sérgio (org.). Disponível em: [www.kollemata.com.br]. Acesso em: 01.04.2014.
- STJ. Disponível em: [www.stj.jus.br].
- TJMG. Disponível em: [www.tjmg.jus.br].
- TJSP. Disponível em: [www.tjsp.jus.br].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A locação de imóveis e o sistema registrário, de Kioitsi Chicuta – *RDI* 37/27 (DTR\1996\59);
- Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 63/82 (DTR\2007\908);
- O novo Código Civil e o registro de imóveis – A registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa, de Ricardo Guimarães Kollet – *RDI* 55/105 (DTR\2003\359); e
- Rescisão de compromisso de compra e venda – Inadimplência do promissário comprador – Efeitos, de Sílvio Rodrigues – *RDI* 5/16 (DTR\1980\95).

O DIREITO DE RETROCESSÃO COMO GARANTIA DO PARTICULAR NAS DESAPROPRIAÇÕES URBANÍSTICAS – EXPERIÊNCIAS PORTUGUESA E BRASILEIRA

JÉVERSON LUÍS BOTTEGA

Especialista em Direito Imobiliário pelo Uniritter. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC-MG. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Unisul. Especialista em Direito Constitucional pela Uni-Anhanguera. Mestrando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor da disciplina de Registros Públicos nos Cursos de Especialização do Uniritter, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS, da Escola Superior Verbo Jurídico e do Instituto de Desenvolvimento Cultural. Associado e Membro da Comissão do Pensamento Registral do IRIB. Oficial do Serviço de Registro de Imóveis do Município de São Lourenço do Sul/RS.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho é o resultado de pesquisa sobre o instituto da desapropriação urbanística e o direito de retrocessão dos bens expropriados. O ponto central do estudo consiste em identificar as situações em que o expropriado poderá fazer uso do direito de retrocessão, bem como verificar o procedimento de efetivação do referido direito. O estudo do tema foi desenvolvido em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação urbanística – Expropriação urbanística – Direito de retrocessão – Bens expropriados – Direito de reversão.

ABSTRACT: The present study is the result of research on the urban expropriation and the right of retrocession of the expropriated property. The main point of the paper is to identify situations in which the proprietary may make use of the right of retrocession, as well as verify the procedure to effect the right. The study of the theme was conducted in comparative law perspective – Portugal and Brazil.

KEYWORDS: Urban expropriation – Right of retrocession – Expropriated property – Right of reversion.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Noções introdutórias sobre o instituto da expropriação urbanística no direito português: 2.1 A identificação do instituto da expropriação como modalidade de execução dos planos urbanísticos; 2.2 Conceito de expropriação urbanística; 2.3 Os pressupostos de legitimidade da expropriação urbanística – 3. O direito de reversão dos bens expropriados regulamentado pelo Código Português das Expropriações: 3.1 Conceito, fundamento e natureza jurídica; 3.2 Os pressupostos e as condições de exercício; 3.3 O procedimento – 4. A desapropriação urbanística e o direito de retrocessão no ordenamento jurídico brasileiro: 4.1 A figura jurídica da desapropriação urbanística; 4.2 Os pressupostos de legitimidade da desapropriação urbanística; 4.3 O registro do título de desapropriação urbanística; 4.4 O direito de retrocessão dos bens expropriados – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As alterações que os institutos jurídicos sofreram ao longo do tempo estão diretamente relacionadas com a evolução dos princípios que regem a sociedade. Analisando os fatos sociais que ocorreram a partir do final do século XVIII constata-se que o direito de propriedade imóvel, que é a base dos institutos jurídicos objetos deste estudo, sofreu alterações substanciais.

Com a vitória da classe burguesa¹ na Revolução Francesa (1789) a disseminação dos ideais liberais provocou profundas alterações na sociedade. No que se refere à propriedade privada, passou-se a consagrar a ideia, originária do Direito Romano, de que a propriedade consiste em um dos polos do binômio: *sem liberdade não há propriedade privada e sem propriedade privada não há liberdade*.²

Além de figurar como representante principal dos ideais de liberdade que deflagraram a revolução,³ a propriedade privada, como meio de circulação de riqueza, foi elevada ao *status* de categoria chave de todo o processo econômico, contribuindo, assim, para o surgimento do capitalismo. Nesse contexto, o direito de propriedade foi, durante anos, tratado como um direito absoluto.⁴

Como o direito é reflexo dos princípios que imperam na sociedade,⁵ a doutrina clássica consubstanciava o direito de propriedade em três caracteres: era absoluto (uma vez que o seu titular poderia, a qualquer momento, dispor do direito), era exclusivo (porque dizia respeito ao proprietário e a ninguém mais) e era perpétuo (porque não era possível perdê-lo com o não uso ou com a morte do proprietário, sendo transmitido aos seus herdeiros).⁶

1. Essa classe social foi assim denominada, pois era composta pelos moradores dos antigos burgos medievais. Roppo, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.
2. Quadros, Fausto de. O direito de reversão. Revista Direito e Justiça, vol. 5, p. 103. Lisboa, 1991.
3. Alguns historiadores destacam que o termo “liberdade”, usado para exaltar os ideais da revolução francesa, substituiu o termo “propriedade” que teria sido o primeiro a ser pensado. Roppo, Enzo. Op. cit., p. 42.
4. Segundo Enzo Roppo, o direito de gozar e dispor da coisa de forma absoluta, incompatível com a utilização feudal da propriedade, foi o símbolo do surgimento da economia capitalista. Roppo, Enzo. Op. cit., p. 44.
5. Como criação do homem, a regulamentação jurídica dos fatos sociais tem por escopo organizar a vida em sociedade. Por via de consequência, a norma jurídica é criada quando a sociedade, com base nos princípios que a regem, pretende regradar um fato social por ela considerado relevante. Reale, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
6. Silva, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

A ideia de propriedade como direito absoluto passou a ser repensada quando o Estado Liberal deu lugar ao Estado Social (a partir de meados do século XX, após a grande crise de 1929 e a segunda guerra mundial). Se antes a propriedade, como propulsora do capital, atendia a interesses individuais, sendo considerada nesse cenário, um direito absoluto, com a mudança para o Estado Social a propriedade, a partir da ponderação com outros direitos, valores e princípios jurídicos igualmente relevantes, passou a atender, também, a interesses coletivos.⁷

Nesse contexto, a propriedade passou a ter função social e a limitação/restrrição aos direitos individuais passou a ser admitida em situações previstas na lei. Essa mudança de concepção possibilitou que, gradativamente, o Estado criasse regras de controle e uso do solo e, também, executasse a infraestrutura das cidades, passando a ter papel ativo e dinâmico sobre a propriedade imóvel.⁸

A limitação do direito de propriedade pela função social está prevista, tanto no ordenamento jurídico português, quanto no brasileiro. Em Portugal, o art. 334, do Código Civil estabelece que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. No mesmo sentido, o art. 1.305, da mesma lei civil, prevê que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”.

No Brasil, por sua vez, o art. 5.º, XXIII, da CF/1988, ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social” a identifica como um direito fundamental individual⁹ limitado pela função social. Seguindo o preceito constitucional, o art. 1.228, § 1.º, do CC/2002, prevê 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”.

Dentre os mecanismos que se prestam a concretizar o preceito que impõe a obrigatoriedade de que a propriedade cumpra a sua função social destacam-se os instru-

7. Maffini, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

8. Correia, Fernando Alves. *Manual de direito urbanístico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. vol. I.

9. No direito português, segundo Fausto de Quadros, embora a Constituição não reconheça expressamente o direito à propriedade privada como um direito fundamental, a prática democrática criada a sombra da constituição, devida em grande parte à ação criativa e muito sensata do Tribunal Constitucional, foi reconhecendo ao direito de propriedade a natureza de direito fundamental de natureza pessoal e análogo aos direitos liberdades e garantias, mas, contudo, limitado pela sua função social. Quadros, Fausto de. *Op. cit.*, p. 103.

mentos de intervenção estatal na propriedade privada.¹⁰ Assim, no campo do ordenamento do território e do urbanismo, o direito de propriedade pode ser limitado por instrumentos públicos de atuação urbanística, que são divididos pela doutrina¹¹ em:

a) restrições urbanísticas – que limitam o caráter absoluto da propriedade. São as limitações impostas às faculdades de fruição, de modificação e de alienação da propriedade, no interesse da ordenação do território. Importante destacar que o grau da restrição está limitado de modo a não inutilizar a propriedade;

b) servidões urbanísticas – que limitam o caráter exclusivo da propriedade. Estabelecem sobre o imóvel serviente o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio dito dominante, de sorte que o proprietário não é o único a exercer direito sobre a coisa;

c) expropriações¹² – que limitam o caráter perpétuo da propriedade, cortando-o coativamente. A expropriação é, assim, o instrumento mais agressivo de intervenção do Estado na propriedade privada.

Se, de um lado, a expropriação é vista como a forma mais contundente de intervenção estatal na propriedade privada,¹³ de outro, é considerada um dos principais instrumentos jurídicos de execução dos planos de ordenamento do território, que têm por objetivo melhorar a qualidade de vida das pessoas a partir do desenvolvimento sócioeconômico equilibrado das regiões, gestão responsável dos recursos naturais, proteção do ambiente e utilização racional do território.¹⁴ Importante des-

10. José dos Santos Carvalho Filho destaca que existem duas modalidades de intervenção estatal na propriedade: (a) intervenção supressiva; (b) intervenção restritiva. A intervenção restritiva é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-lo do seu dono, ao passo que a intervenção supressiva é aquela em que o Estado, valendo-se da supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiros, em virtude de interesse público específico. Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 45.

11. Silva, José Afonso da. Op. cit.

12. Segundo Rafael Maffini (Maffini, Rafael. Op. cit., p. 208.), parte da doutrina brasileira faz distinção entre os termos desapropriação e expropriação. O termo desapropriação seria utilizado quando a perda da propriedade decorre de interesse ou utilidade pública (construção de uma escola, abertura de uma rua) ou interesse social (parcelamento do solo para alocar população de baixa renda), casos em que existe direito à indenização. Já o termo expropriação seria utilizado quando a perda da propriedade tem caráter confiscatório e não gera direito a indenização (caso de glebas de terras em que há o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, previsto no art. 243, da CF/1988). Adverte-se, contudo, que, no presente trabalho, os termos desapropriação e expropriação serão usados como sinônimos, conforme tem sido defendido em estudos mais recentes.

13. Carvalho Filho, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 96.

14. Correia, Fernando Alves. Op. cit.

tacar, ainda, que, como ato de império do Estado, a expropriação limita o caráter perpétuo da propriedade independentemente do consentimento do proprietário que, nesse caso, é considerado irrelevante.¹⁵

Contudo, para que o processo de expropriação urbanística seja legítimo, alguns pressupostos devem ser atendidos. Além disso, a lei põe a salvo certas garantias para que o particular/proprietário só venha a ter os seus bens tomados pelo Estado nos casos em que o interesse público predominar sobre o particular.

Segundo a doutrina,¹⁶ além da possibilidade de postular a nulidade do ato administrativo da declaração de utilidade pública com fundamento em ilegalidade, a lei prevê ao proprietário garantias específicas no processo de expropriação, quais sejam: a caducidade do ato de declaração de utilidade pública (que tem lugar antes do início do processo de expropriação); a indenização (que deve ser paga para que o processo de expropriação seja concluído); e a retrocessão (em Portugal, reversão) dos bens expropriados (que tem lugar após a conclusão do processo de expropriação).

No direito brasileiro, embora inexista legislação específica sobre a desapropriação urbanística, o diploma legal geral das desapropriações por utilidade pública (Dec.-lei 3.365/1941) possui previsão para os casos de caducidade do ato de declaração de utilidade pública (art. 10) e para o pagamento da indenização (art. 26). Contudo, o direito de retrocessão dos bens expropriados, ainda que seja aceito pela doutrina brasileira,¹⁷ carece de regulamentação legal específica e atual.

Nessa conjuntura, adotando o método investigativo, com análise bibliográfica das doutrinas e legislações, portuguesa e brasileira, o presente estudo buscará, num primeiro momento, após verificar as principais características do instituto da expropriação urbanística, conceituar e identificar os pressupostos e os procedimentos do direito de reversão dos bens expropriados previsto na legislação portuguesa.

Posteriormente, o tema será estudado frente ao direito brasileiro com o objetivo de comparar os sistemas e identificar como a experiência portuguesa na expropriação urbanística, especialmente quanto ao direito de reversão, pode auxiliar no aprimoramento das leis brasileiras sobre a matéria.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O INSTITUTO DA EXPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA NO DIREITO PORTUGUÊS

Antes de iniciar a análise do direito de reversão dos bens expropriados, objeto central deste estudo, entende-se necessário estabelecer algumas noções sobre o insti-

15. Maffini, Rafael. Op. cit., p. 207.

16. Oliveira, Fernanda Paula. Direito do urbanismo. 2. ed. Coimbra: Cefa, 2003. p. 108.

17. Maffini, Rafael. Op. cit.; Silva, José Afonso da. Op. cit.; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013; Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

tuto da expropriação urbanística. Essa tarefa preliminar se justifica, pois, como será visto, os fundamentos do direito de reversão derivam dos pressupostos que legitimam o instituto da expropriação, sendo coerente, por isso, que, antes do estudo daquele direito, algumas páginas introdutórias sejam dedicadas ao estudo deste instituto.

2.1 A identificação do instituto da expropriação como modalidade de execução dos planos urbanísticos

O direito do ordenamento do território – cujas normas visam melhorar a qualidade de vida das pessoas a partir do desenvolvimento sócioeconômico equilibrado das regiões, gestão responsável dos recursos naturais, proteção do ambiente e utilização racional do território – assim como o direito do urbanismo – voltado à definição e controle da execução das normas respeitantes à ocupação e transformação do solo – possuem como instrumentos fundamentais de gestão os chamados planos urbanísticos.¹⁸

Os planos urbanísticos possuem dois componentes: um de regulamentação e outro de execução. Assim, além de serem instrumentos de definição e disciplina do processo urbanístico, através dos quais se conforma progressivamente o direito de propriedade do solo, os planos possuem, também, um caráter executivo destinado às ações ou operações urbanísticas previstas nos próprios planos.¹⁹ A execução é assim parte essencial do próprio conceito de plano.

Pode-se dizer, portanto, que os planos urbanísticos têm vocação intrínseca de execução, ou seja, são criados para ordenar os solos (sendo esse o seu componente estático), mas, também, fixam medidas que corporizam a sua intrínseca vocação de cumprimento ou de execução (sendo esse o seu componente dinâmico).²⁰ Executar o que foi planejado é, assim, tão ou mais importante que o próprio ato de planejar.

O componente dinâmico dos planos está presente nos planos gerais municipais de ordenamento urbano (denominados pela doutrina de “planos com eficácia plurissubjetiva”),²¹ pois estabelecem não só como pode fazer a cidade, mas também

18. Correia, Fernando Alves. Op. cit.

19. Idem. Manual de direito urbanístico. Coimbra: Almedina, 2010. vol. II, p. 15.

20. Idem, p. 17.

21. Segundo Fernando Alves Correia, os planos com eficácia plurissubjetiva, especificadamente os planos especiais e os municipais de ordenamento do território, vinculam direta e imediatamente os particulares. Isso porque, contém prescrições que influenciam decisivamente o conteúdo do direito de propriedade do solo, o mesmo não se sucedendo com os planos que produzem efeitos jurídicos e imediatos apenas perante as entidades públicas. Os planos que não vinculam direta e imediatamente os particulares, por sua vez, são denominados pela doutrina como planos sem eficácia plurissubjetiva. Tais planos, não apenas no aspecto formal, também no seu conteúdo, gozam das características de generalidade,

como deverá ser essa necessariamente no horizonte temporal que contemplam.²² Segundo a doutrina,²³ são modalidades clássicas de execução dos planos municipais (refletem os princípios da execução dos planos, arts. 16.º, 17.º e 18.º da LBOTU,²⁴ e o art. 118.º, do RJIGT):²⁵

a) execução por iniciativa e responsabilidade da administração (normalmente associada à expropriação por utilidade pública);

b) execução por iniciativa e responsabilidade dos particulares, mediante o controle da administração pública (normalmente associada ao loteamento urbano e licenciamento municipal de obras de edificação);

c) execução através da colaboração entre a Administração Pública e os proprietários do solo (levada a termo através dos contratos urbanísticos).

Verifica-se, desde logo, que há participação do poder público, com maior ou menor intensidade, em todas as modalidades de execução dos planos. Assim, pode-se afirmar que, mesmo nos casos em que é admitida a participação dos particulares, a execução dos planos caracteriza-se por ser uma tarefa essencialmente pública.²⁶

A execução dos planos é, contudo, um sistema complexo.²⁷ Fora os casos de execução assistemática (aquela realizada sem a utilização dos sistemas típicos de execução, tendo como objeto parcelas do solo desligadas de uma urbanização programada) e dos planos de pormenor com efeitos registrais (cujo detalhamento do plano é bastante para gerar as individualizações dos imóveis nas conservatórias prediais) os trabalhos iniciam-se pela escolha da unidade de execução.

As unidades de execução são as áreas de solo devidamente delimitadas, nas quais hão de necessariamente desenvolver-se todas as operações jurídicas e materiais em que se consubstancia a execução do plano.²⁸

abstração e de pretensão de durabilidade, próprias das normas jurídicas. Estabelecem as grandes opções quanto à organização do território e contém diretrizes de caráter genérico. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 123

22. Idem, p. 18.

23. Idem, p. 19.

24. Lei de bases da política de ordenamento do território e do urbanismo (Lei portuguesa 48/1998) que, neste estudo, será denominada, abreviadamente de LBOTU.

25. Regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (Dec.-lei português 316/2007) que, neste estudo, será denominado, abreviadamente de RJIGT.

26. Importante destacar que o sistema de execução dos planos só será coeso e efetivo se as modalidades de execução forem realizadas não de forma isolada, mas sim de forma coordenada e conjunta. O caso concreto e o teor dos planos irão indicar a modalidade de execução. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 20 e 24.

27. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 53.

28. Idem, p. 63.

A delimitação das unidades de execução é de suma importância, pois obriga à realização na área respectiva de operações urbanísticas integradas e de conjunto sobre vários prédios, impedindo a realização de operações urbanísticas isoladas e pontuais, isto é, circunscritas às áreas das propriedades singulares, e desligadas de uma visão global e coerente da ocupação, uso e transformação do espaço.

Uma vez definidas as unidades de execução, é necessário identificar os sistemas típicos de execução dos planos municipais, que, seguindo a experiência espanhola,²⁹ são definidos pela legislação portuguesa em três espécies:³⁰

a) sistema de compensação – cuja disciplina jurídica consta do art. 122.º, do RJIGT, é aquele em que os particulares detêm um maior protagonismo no procedimento de execução dos planos. A iniciativa pela execução dos planos é dos particulares;³¹

b) sistema de cooperação – conforme o art. 123.º, do RJIGT, no sistema de cooperação a iniciativa de execução do plano pertence ao município, com a cooperação dos particulares interessados, atuando coordenadamente, de acordo com a programação estabelecida pela câmara municipal e nos termos do adequado instrumento contratual;³²

c) sistema de imposição administrativa – nos termos do art. 124.º, n. 1, do RJIGT, no sistema de imposição administrativa a iniciativa de execução do plano pertence ao município, que atua diretamente ou mediante a concessão de urbanização a um ente privado.³³

A tarefa de execução dos planos que contar com a participação de entes privados será levada a termo através de contratos celebrados entre a administração e os particulares, sejam eles proprietários do solo, promotores ou urbanizadores, entre dois ou mais entes públicos ou mesmo entre dois ou mais sujeitos jurídicos privados.³⁴

Dentre as formas de contratação urbanística no âmbito de execução dos planos municipais fazem parte, inclusive, os acordos e contratos celebrados no contexto das expropriações³⁵ – momento em que o particular, a partir da declaração de utilidade pública, celebra com o poder público o competente contrato, a fim de agilizar o processo de transmissão da propriedade.

29. Na Ley Del Suelo y Ordenación Urbana, de 09.06.1992, foram previstos três sistemas de execução: o sistema de compensação, o sistema de cooperação e o sistema de expropriação.

30. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 66.

31. Idem, p. 70.

32. Idem, p. 72.

33. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 74.

34. Idem, p. 33.

35. Idem, p. 43.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a expropriação, seja aquela realizada a partir da formalização de contratos com particulares, seja a que é levada a termo independentemente de acordo com o proprietário, é considerada modalidade de execução dos planos de ordenamento do território.

É importante esclarecer, contudo, que a expropriação, como modalidade de execução dos planos de ordenamento do território, será utilizada – na condição de ato de império do poder público, ou seja, independentemente de acordo com o proprietário – apenas como última alternativa. Para tanto, o legislador português exige que a administração, antes da declaração de utilidade pública, diligencie a aquisição do bem pela via do direito privado, ficando ressalvados os casos excepcionais e de urgência (art. 11.º, do Código das Expropriações).

Da mesma forma, antes de judicializar a discussão a respeito do pagamento da indenização, a administração deve buscar obter com os interessados a chamada expropriação amigável, com o pagamento da indenização convencionada e a celebração da competente escritura pública.³⁶

2.2 *Conceito de expropriação urbanística*

A cláusula constitucional geral sobre o instituto da expropriação está prevista no art. 62.º, n. 2, da norma fundamental portuguesa, ao estabelecer que as expropriações por utilidade pública “só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

A expropriação por utilidade pública prevista no texto constitucional é também chamada pela doutrina portuguesa de expropriação em sentido clássico. Segundo Fernando Alves Correia,³⁷ a expropriação em sentido clássico ou expropriação clássica diferencia-se da expropriação de sacrifício, também chamada de expropriação substancial ou lavrada, nos seguintes termos:

“A expropriação em sentido clássico traduz-se num ato de privação ou subtração de um direito de conteúdo patrimonial e na sua transferência para um sujeito diferente, para a realização de um fim público. A expropriação sacrifício, por sua vez, caracteriza-se por uma destruição ou uma afetação essencial de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição, à qual falta, porém, o momento translativo do direito, bem como a relação tripolar: entidade expropriante, expropriado e beneficiário da expropriação. A expropriação de sacrifício envolve atos do poder público cujo escopo não é o da aquisição de um bem para a realização de um interesse público, mas que aniquilam o conteúdo mínimo, essencial ou intangível do direito de propriedade e, portanto, deve ser indemnizado.”

36. Idem, p. 44.

37. Idem, p. 131.

A constituição da república portuguesa prevê, ainda, a possibilidade de utilização da expropriação por utilidade pública como instrumento de execução dos planos. Nesse sentido, o art. 65.º, n. 4, da Constituição da República Portuguesa, assim estabelece:

“Art. 65.º – Habitação e urbanismo: (...); 4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística.”

Assim, a espécie de expropriação por utilidade pública (em sentido clássico) que tem por objetivo a execução dos planos é designada pela doutrina³⁸ como expropriação urbanística, conforme previsto no art. 128.º, n. 1, do RJIGT. Vale dizer, ainda, que além da forma genérica prevista no artigo 128.º, n. 1, outros preceitos do próprio RJIGT, nomeadamente os arts. 128.º, n. 2, 129.º, n. 2, e 130.º, criaram espécies de expropriação que tem por objetivo a realização dos planos urbanísticos.³⁹

Ainda com relação à caracterização da expropriação urbanística, importante dizer que a doutrina a classifica como modalidade de aquisição originária da propriedade. Mesmo nos casos de expropriação amigável – em que é celebrada a competente escritura pública, com participação do expropriado e que tem por finalidade formalizar o título de transferência do bem – parece certa a posição que sustenta tratar-se de um direito que se constitui de forma originária, pois o direito do expropriante, uma vez constituído, em nada padece dos vícios de que podia enfermar o direito anterior,⁴⁰ mesmo no caso das chamadas obrigações *propter rem*.

Uma vez definido o conceito e sabendo que a expropriação urbanística é aplicada enquanto instrumento jurídico de execução dos planos com eficácia plurisubjetiva é fácil concluir que o objeto dessa espécie de expropriação são apenas bens imóveis e os direitos a eles inerentes, conforme previsto no art. 1.º, do Código das Expropriações (Lei 56/2008).⁴¹

Destaca-se, por fim, que três são os sujeitos da relação jurídica expropriativa: o expropriante (pessoa jurídica de direito público a quem é imputado a ato de declaração de utilidade pública), o expropriado (titular do direito inerente ao imóvel

38. *Idem*, p. 124.

39. Evitando desviar o foco deste estudo, as espécies de expropriação acessórias ao plano não serão analisadas de forma pormenorizada, até porque, no que tange aos pressupostos e condições de exercício do direito de reversão, entende-se que o resultado deverá ser o mesmo em todas as espécies do gênero.

40. Justo, Antônio dos Santos. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 237.

41. Correia, Fernando Alves. *Manual de direito urbanístico... cit.*, vol. II, p. 167.

objeto da expropriação) e o beneficiário da expropriação (ente público beneficiado pela expropriação, sobre o qual recai a obrigação de indenizar).⁴²

2.3 Os pressupostos de legitimidade da expropriação urbanística

Conhecendo o conceito de expropriação urbanística e sabendo que essa espécie de expropriação por utilidade pública é modalidade de execução dos planos urbanísticos, cumpre analisar, antes de voltar os olhos ao direito de reversão dos bens expropriado, os pressupostos que legitimam a utilização do referido instituto jurídico pelo poder público.

Nesse sentido, Fernando Alves Correia, ao tratar do art. 62.º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, entende que a expropriação por utilidade pública só pode ser efetuada se atender a quatro pressupostos que lhe conferem legitimidade: o princípio da legalidade, o princípio da utilidade pública, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da “proibição do excesso” e a indenização.

Segundo o autor, o princípio da legalidade garante aos administrados e, principalmente, ao expropriado que o procedimento expropriatório será utilizado em benefício do cidadão e com a finalidade de proteger os direitos à igualdade e à segurança jurídica, determinando o respeito e a submissão às normas gerais de procedimento legalmente preestabelecidas, cuja observância impede expropriações discriminatórias ou arbitrárias.⁴³

Por sua vez, o princípio da utilidade pública, pressuposto básico das expropriações urbanísticas, garante que só é legítimo expropriar um bem para um fim de utilidade pública, interesse público, interesse comum ou de interesse ou utilidade geral, que, no caso da expropriação acessória ao plano, deve coincidir com algum ou alguns dos fins ou objetivos do plano a executar.⁴⁴ Sobre o conceito de utilidade pública, afirma Fernando Alves Correia:⁴⁵

“O conceito de utilidade pública como *causa expropriandi* – que não nos é fornecido pela Constituição, nem pelo CE – é um conceito elástico, de natureza abstrata e indeterminada, que permite o abarcamento de múltiplas situações. É, por isso, um conceito “evolutivo e transitório”, dependente das condições políticas, económicas e sociais, não sendo, conseqüentemente, possível uma determinação do seu conteúdo válida para todos os tempos e todos os países.”

A referida elasticidade do princípio da utilidade pública permite, por exemplo, que em determinados casos a expropriação reverta diretamente em favor dos pri-

42. Idem, p. 168.

43. Idem, 2010, p. 187.

44. Idem, p. 189.

45. Idem, p. 192.

vados e, nem por isso, deixe de ter o referido fim público. No caso de expropriações destinadas à implantação de um determinado empreendimento comercial ou industrial previsto nos planos entende-se que, mesmo que após realizada a urbanização os bens criados retornem ao domínio de alguns privados, a urbanização favoreceu indiretamente aos administrados de forma geral.

Há de se ter cuidado, entretanto, para que a referida elasticidade do princípio da utilidade pública não seja usada sem critérios de modo a dar origem a expropriações com finalidade pública duvidosa.

Outro princípio referido por Fernando Alves Correia como pressuposto de legitimidade das expropriações acessórias ao plano é o da proporcionalidade. Segundo o referido autor, esse princípio, em sentido amplo, desdobra-se em outros três: o princípio da adequação (que exige que a expropriação seja um meio idôneo para a prossecução do fim de utilidade pública legitimador do ato ablativo); o princípio da necessidade (que estabelece que a desapropriação só tenha lugar depois de esgotadas as possibilidades de aquisição do bem ou direito a expropriar pela via do direito privado, salvo nos casos de expropriação urgentíssima prevista em lei); e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (que impõe que a autoridade expropriante proceda a um balanço dos custos-benefícios da expropriação).

O equilíbrio entre as vantagens e desvantagens é considerado como um requisito de validade do ato de declaração de utilidade pública, podendo gerar, inclusive, a nulidade do ato se a expropriação representar mais custos do que benefícios.

Por fim, ainda quanto aos pressupostos de legitimidade da expropriação urbanística, cabe analisar, de forma rápida e objetiva, a indenização, que, além de ser a principal garantia do expropriado, é, também, requisito de validade do ato expropriatório.

Como tarefa essencialmente pública, a execução dos planos possui estreita relação com a perequação dos benefícios e encargos que deles emergem para os proprietários do solo.⁴⁶ Os benefícios e encargos oriundos da execução dos planos devem ser igualmente distribuídos entre os administrados e é em razão disso que se justifica a indenização pelas expropriações.⁴⁷

Com relação à indenização, a preocupação maior deve ser em estabelecer um valor justo ao bem expropriado, expurgando a chamada “plus-valia” e toda a forma de especulação.

A indenização deve corresponder, portanto, ao valor de mercado do bem expropriado, possibilitando a compensação integral do sacrifício infligido ao proprietário. Contudo, importante destacar que a indenização não visa compensar o benefí-

46. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 27.

47. Quadros, Fausto de. Op. cit., p. 108.

cio alcançado pelo expropriante, mas ressarcir o prejuízo causado ao expropriado, que se mede pelo valor real e corrente dos bens expropriados e não pelas despesas que eventualmente haja de suportar para obter a substituição da coisa expropriada por outra equivalente.⁴⁸

Assim, com relação à fixação da indenização, deve-se observar, conforme indicado por Enríquez de Salamanca, os seguintes critérios:⁴⁹ (a) que a qualificação urbanística do solo condiciona o seu aproveitamento e, por tanto, o seu valor econômico; (b) que as mais-valias procedam somente das obras urbanificadoras;

(c) que a atribuição destas mais-valias unicamente será cabível quando o proprietário haja custeado, como deve, a urbanificação.

A indenização é, portanto, uma garantia constitucional similar a garantia constitucional ao direito de propriedade privada previsto na Constituição. Se, em determinados casos previstos em lei, a Constituição não garante ao particular a manutenção da propriedade, o direito a justa indenização em dinheiro é garantido pela carta política ao expropriado como forma de compensação pelo “prejuízo” causado com a perda da propriedade.

3. O DIREITO DE REVERSÃO DOS BENS EXPROPRIADOS REGULAMENTADO PELO CÓDIGO PORTUGUÊS DAS EXPROPRIAÇÕES

Ter abordado, ainda que de forma resumida, as principais características do instituto da expropriação urbanística se mostrará fundamental para a compreensão do direito de reversão dos bens expropriados no ordenamento jurídico português. Isso porque, como será visto no decorrer deste capítulo, o direito de reversão está diretamente relacionado com o descumprimento por parte do Poder Público do pressuposto básico da expropriação urbanística.

3.1 *Conceito, fundamento e natureza jurídica*

O direito de reversão surgiu no século XIX após a implantação dos regimes constitucionais, tendo aparecido em Portugal, pela primeira vez, na Lei 23, de julho de 1950.⁵⁰ Atualmente, o direito de reversão é regulado pela Lei 56/2008, de 4 de setembro, que criou o Código das Expropriações – CE.⁵¹

48. Justo, Antônio dos Santos. Op. cit., p. 236.

49. Apud Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 420.

50. Ferreira, João Pedro de Melo. Código das expropriações anotado. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 92.

51. Importante destacar que, tendo em vista que a figura jurídica da expropriação interfere diretamente no direito de propriedade privada, o constituinte português indicou, no art.

O referido código relaciona o direito de reversão como uma das garantias dos particulares nas expropriações. Conforme estabelece o Código das Expropriações, as garantias são: a caducidade do ato de declaração de utilidade pública (art. 13.º, n. 3, 4, 5 e 6); a indenização (arts. 23.º a 32.º); e o direito de reversão dos bens expropriados (art. 5.º).

A fim de estabelecer um *conceito* para o direito de reversão, Fernando Alves Correia⁵² afirma que a reversão dos bens expropriados “é o direito reconhecido pelo ordenando jurídico ao anterior titular do bem ou direito objeto de expropriação de o reaver ou de obter a sua devolução, desde que observados certos pressupostos”.

No mesmo sentido, Pedro Elias da Costa⁵³ afirma que o direito de reversão “traduz-se na possibilidade que o expropriado tem de reaver a propriedade do prédio expropriado, quando lhe tenha sido dada outra utilidade, ou destino que não o previsto na declaração de utilidade pública, ou, ainda, se tiver cessado a aplicação a esse fim”.

Assim, presente os pressupostos definidos em lei, surgirá ao expropriado o direito de requerer a reversão do bem ou direito objeto da expropriação ou, ainda, excepcionalmente, ser indenizado em razão da impossibilidade de exercício do legítimo direito de obter a sua devolução.

Com relação ao *fundamento* da reversão, pode-se afirmar que o surgimento do direito está diretamente relacionado com o descumprimento por parte do Poder Público do pressuposto básico do procedimento expropriatório. Isso porque, só existirá direito à reversão, sendo permitido ao expropriado exigir a volta ao estado anterior, se ao bem não for dada a destinação pública que justificou a expropriação ou no caso de ter cessado a aplicação ao fim público dentro do prazo previsto no Código das Expropriações.⁵⁴

Como visto no capítulo anterior, o interesse público é o pressuposto básico da expropriação. Sendo assim, caso ao bem expropriado não seja dada a utilidade pública que justificou a expropriação, o proteção ao direito à propriedade privada, previsto no art. 62.º, n. 1, da Carta Política, fundamentará o direito de reversão.⁵⁵

165, da Carta Política, a reserva de competência legislativa da Assembleia da República para definir o regime geral da requisição e expropriação por utilidade pública. Assim, a Assembleia da República, atendendo ao indicativo constitucional, editou o Código das Expropriações.

52. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 323.

53. Costa, Pedro Elias da. Guia das expropriações por utilidade pública. Coimbra: Almedina, 2003. p. 238.

54. Art. 5.º, n. 4, a, da Lei 56/2008.

55. Oliveira, Fernanda Paula. Op. cit., p. 110.

Ora, se o caráter perpétuo da propriedade privada, garantido pela constituição (62.º, n. 1), pode ser revogado nos casos de utilidade pública (62.º, n. 2), nada mais coerente que, uma vez cessada a utilidade pública que justificou a expropriação, o bem retorne ao antigo titular como forma de proteção/garantia da propriedade privada. Nesse sentido, o direito de reversão consiste, também, no respeito ao princípio da proporcionalidade (estudado no capítulo anterior) uma vez que, cessado o interesse público, a expropriação deixa de ser adequada.⁵⁶

Nesse sentido, afirma José Osvaldo Gomes⁵⁷ que o direito de reversão constitui uma consequência direta dos princípios da justiça e da proporcionalidade em que se assenta o próprio Estado de Direito Democrático, que seria afetado se o Estado, a partir da cessação do interesse público que justificou a expropriação, deixasse de restituir o bem que foi tirado do particular a partir dos Poderes Soberanos do Estado em benefício de um concreto interesse público que deixou de existir.

No acórdão 827/1996 o Tribunal Constitucional Português teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria quando julgou inconstitucional, por violação ao disposto no art. 62.º, da Constituição, a norma do Código das Expropriações de 1976 que determinava que não havia direito a reversão quando a entidade expropriante fosse de direito público.

No que tange a *natureza jurídica* do direito de reversão, já foi possível encontrar na doutrina portuguesa⁵⁸ pelo menos três teses: (a) a reversão constitui uma condição resolutiva tácita da expropriação; (b) a reversão constitui um direito de preferência na reaquisição do bem expropriado; (c) a reversão é um direito legal de compra.

Atualmente, entretanto, a doutrina portuguesa majoritária⁵⁹ define a natureza jurídica do direito a reversão como uma condição resolutiva de direito público, que, devido ao desaparecimento da *causa expropriandi* decorrente do não cumprimento da finalidade da expropriação, faz cessar os efeitos desta, impondo a repristinação das coisas ao *status quo ante*, restituindo ao antigo proprietário o valor que tinha recebido na indenização e recuperando a propriedade do bem.

Segundo E. García de Enterría e T. Tamón Fernández,⁶⁰ sendo condição resolutiva, os efeitos da reversão são *ex nunc*, não afetando, portanto, a validade originária com que a expropriação foi realizada, mas gerando, apenas, a resolução da expropriação e a consequente cessação dos seus efeitos.

56. Costa, Pedro Elias da. Op. cit., p. 239.

57. Gomes, José Osvaldo. Das expropriações por utilidade pública. Lisboa: Texto Ed., 1997. p. 398.

58. Idem, p. 397.

59. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 340.

60. Apud Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 325.

Entende-se possível defender, também, que a não utilização do bem para o fim público que serviu de pressuposto de legitimidade à expropriação ou a cessação da referida utilidade pública geram a nulidade da expropriação e o efeito da reversão, nesse caso, seria *ex tunc*. Ora, se a utilização do bem para fim público legitima a expropriação, pode-se afirmar que a sua ausência ataca o plano de validade do ato expropriatório. E, se é a validade da expropriação que está em jogo com a não utilização do bem para fim público, então se estaria diante de uma causa de nulidade da expropriação.

Além do argumento apresentado, a segunda teoria parece estar em consonância com a classificação da expropriação como forma originária de aquisição da propriedade.

Nas aquisições originárias de propriedade o vínculo com o proprietário anterior é rompido no momento da adjudicação do bem pelo Poder Público, tanto que os eventuais ônus incidentes sobre o imóvel não acompanham o bem após a sua transmissão ao domínio público. Assim, a partir da decretação de nulidade da expropriação (aquisição originária) e a restituição do valor recebido a título de indenização, seria criada a ficção, em decorrência do efeito *ex tunc* da reversão, de que o bem jamais saiu do patrimônio do expropriado, justificando o fato de todos os ônus que incidiam sobre o bem voltarem a gravá-lo.

Pelo exposto, entende-se que, além da segunda teoria estar ajustada à classificação da expropriação como forma originária de aquisição da propriedade, a tese da nulidade opera a repristinação do bem expropriado ao *status quo ante* de forma mais precisa sob o ponto de vista científico.

3.2 *Os pressupostos e as condições de exercício*

O regime jurídico do direito de reversão está previsto no art. 5.º, do Código das Expropriações. Assim, a fim de identificar os pressupostos e condições de exercício do direito de reversão, propõe-se, agora, a análise do referido dispositivo legal.

O número 1, do art. 5.º, estabelece dois *pressupostos* para o direito de reversão:⁶¹

1.º) os bens expropriados não serem aplicados ao fim que determinou a expropriação no prazo de dois anos após a data de adjudicação.

No direito português a não aplicação dos bens ao fim pode ser justificada, tanto pela inatividade absoluta da entidade expropriante, quanto pela aplicação do bem expropriado a um fim diferente do indicado no ato de declaração de utilidade pública.

61. Os pressupostos da reversão dos bens expropriados apresentam bastante semelhança nos principais países europeus, nomeadamente, França (art. L. 12-6 do Code de l'Expropriation), Espanha (art. 54 da Ley de Expropiación Forzosa) e Itália (art. 46., do Texto Unico sobre Expropriação). Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 330.

2.º) ter cessado as finalidades da expropriação.

Nesse caso, o bem foi utilizado para o fim público que deu causa a expropriação, mas, por algum motivo a utilização pública cessou.

Os demais números do art. 5.º estabelecem as *condições de exercício* do direito a partir do surgimento de um dos pressupostos. Das condições de exercício previstas no art. 5.º, destacam-se:

a) para gerar direito a reversão os pressupostos acima ventilados devem ocorrer dentro do prazo de 20 anos (número 4, “a”, do art. 5.º). Do disposto nesse artigo extrai-se, portanto, que, passados 20 anos, o poder público poderá dar ao bem expropriado a utilidade pública que bem lhe aprouver ou ainda alienar o bem a terceiros, sem que o expropriado tenha direito de reversão ou preferência na compra do bem.

b) o prazo para o exercício do direito de reversão, ocorridas as hipóteses dentro de vinte anos, é de três anos, a contar da ocorrência do fato que a originou (número 5, do art. 5.º). Uma vez decorrido o prazo, o direito de reversão caduca, restando ao expropriado, até ao final do prazo de vinte anos, o direito de preferência na primeira alienação dos bens expropriados.

c) além da hipótese de caducidade acima referida, nos termos do disposto no número 4, do art. 5.º, o direito de reversão cessa nos seguintes casos: (1) quando tenham decorrido 20 anos sobre a data da adjudicação; (2) quando seja dado aos bens expropriados outro destino, mediante nova declaração de utilidade pública (inclusive por nova entidade expropriante e nova finalidade pública); (3) quando haja renúncia do expropriado (que, por se tratar de renúncia de direito sobre imóvel, está sujeita as regras do art. 80.º, do Código do Notariado);⁶² (4) quando a declaração de utilidade pública seja renovada, com fundamento em prejuízo grave para o interesse público, dentro do prazo de um ano, a contar da verificação do decurso do prazo de dois anos, sem que os bens expropriados tenham sido aplicados ao fim que determinou a expropriação ou, se, entretanto, tiverem cessado as finalidades da expropriação (nessa hipótese, a renovação implica uma total identidade da renovada declaração de utilidade pública com a anterior).

d) os números 2, 3 e 9, do art. 5.º, estabelecem, por sua vez, que, nos casos que forem realizadas obras contínuas, o seu início em qualquer local do traçado faz cessar o direito de reversão sobre todos os bens expropriados, desde que os trabalhos não sejam suspensos ou interrompidos por prazo superior a dois anos, contando-se o prazo de três anos para o expropriado requerer a reversão, sob pena de caducidade, ao final daquele.

62. Ferreira, João Pedro de Melo. Op. cit., p. 92.

Com relação aos pressupostos e condições de exercício do direito de reversão, Fernando Alves Correia⁶³ destaca duas questões que merecem ser analisadas.

A *primeira* é saber se a celebração de contrato de compra e venda entre o expropriado e o expropriante, após a declaração de utilidade pública, impede o direito de reversão.

A questão já foi objeto de análise do Supremo Tribunal Administrativo, sendo que no Acórdão do Pleno da 1.^a Secção do STA de 05.03.2002 (processo n. 35.532) foi decidido que “não há direito de reversão se não tiver chegado a haver declaração de utilidade pública da expropriação, nem se, tendo havido, o prédio tiver posteriormente sido objecto de contrato de compra e venda”. Pelo exposto, mesmo existindo declaração de utilidade pública da expropriação, essa não bastaria para fazer extinguir o direito quanto à propriedade em causa na esfera jurídica do expropriado e operar o seu renascimento na do expropriante. Assim, entendeu o Tribunal que se foi celebrado contrato entre as partes antes da celebração dos tramites procedimentais da expropriação a mesma não chegou a ser ultimada.

Sobre a decisão, entende-se que se a posição do egrégio Tribunal tivesse sido consolidada pelas reiteradas decisões no mesmo sentido o instituto do contrato (negócio regido pelo direito privado), tão útil e célere na efetivação das expropriações, poderia cair em desuso, uma vez que o proprietário do bem sobre o qual recaiu a declaração de utilidade pública, ao celebrar o negócio com o poder público, perderia a possibilidade de, a partir do surgimento de um dos pressupostos acima mencionados, fazer uso do direito de reversão.

Felizmente, no Acórdão do Pleno da 1.^a Secção de 02.06.2004 (processo n. 30.256), o Supremo Tribunal Administrativo voltou a apreciar a questão e a decisão, desta feita, foi diferente. O sumário do acórdão foi assim redigido: “I – A declaração de utilidade pública é não só pressuposto necessário da expropriação como condiciona todo o processo expropriativo. II – O contrato de compra e venda celebrado após declaração de utilidade pública, seja ele acto de execução ou negócio substitutivo, inserido, pois, no processo expropriativo, não descaracteriza a expropriação, a menos que as partes declararem nele ou se inferir do mesmo, que desistiram dela. III – Consequentemente, o referido contrato de compra e venda não obstaculiza o direito de reversão”.

Ao decidirem de forma contrária do que haviam decidido no Acórdão anteriormente analisado, os juízes entenderam que, embora, formalmente, os argumentos da decisão anterior sejam irrefutáveis, se fosse mantida a jurisprudência os critérios de justiça material não seriam alcançados. Isso porque, uma vez declarada a utilidade pública, o bem jamais poderia ser usado, senão com o propósito de servir ao

63. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 333.

fim público a que foi destinado e, nesse sentido, ao proprietário não restaria outra alternativa senão se conformar e efetivar a transferência do bem ao poder público da forma menos onerosa e mais célere possível.

Daí que, se prevalecesse o entendimento de que esse proprietário, incapaz de defender o seu direito de propriedade e livre disposição do bem, não tem direito a reversão, se estaria cometendo uma grande injustiça.

Quanto ao encaminhamento prático da discussão, entende-se possível destacar que, tendo sido declarada a utilidade pública e as partes tendo chegado a um acordo quanto ao valor a ser pago pelo bem, não há razão para a celebração de contrato de compra e venda, uma vez que a formalização desse negócio jurídico poderá ser encaminhada através de escritura pública de desapropriação amigável que, em comparação com o contrato de compra e venda, possui os mesmos benefícios relativos à celeridade e a discussão sobre o direito de reversão deixa de existir.

Por fim, ainda com relação à primeira questão levantada por Fernando Alves Correia, entende-se que outra hipótese merece ser discutida. A questão que se coloca é a seguinte: se o poder público adquirir um bem pela via do direito privado, sem prévia declaração de utilidade pública, poderá o alienante do bem fazer uso do direito de reversão se, ao bem vendido, não for dada destinação pública nos prazos estipulados pelo Código das Expropriações?

A indagação surge em razão da obrigatoriedade de a entidade interessada, antes de requerer declarar de utilidade pública, diligenciar no sentido de adquirir os bens por via do direito privado, prevista no art. 11.º, n. 1, do Código das Expropriações.

Ora, se o próprio Poder Público, antes de efetuar a expropriação do bem necessário para atender a uma utilidade pública devidamente reconhecida, deve diligenciar no sentido de tentar adquirir o bem pela via do direito privado, não parece razoável que o proprietário que colaborou com o sistema seja penalizado com impossibilidade de reversão no caso de não destinação do bem ao fim público para o qual foi adquirido. Isso porque, como afirma João Pedro de Melo Ferreira,⁶⁴ “esta aquisição se faz sob o cutelo da expropriação, o proprietário vende porque senão é expropriado”.

Nesse sentido é o entendimento de Fernanda Paula Oliveira⁶⁵ ao afirmar:

“Na nossa perspectiva, embora a reversão esteja pensada para as hipóteses em que tenha havido declaração de utilidade pública e adjudicação do bem expropriado, e não obstante defendermos que a aquisição do bem pela via do direito privado não faz ainda parte do procedimento expropriativo propriamente dito, o direito de

64. Ferreira, João Pedro de Melo. Op. cit., p. 97.

65. Oliveira, Fernanda Paula. Op. cit., p. 111. No mesmo sentido, Ferreira, João Pedro de Melo. Op. cit., p. 97.

reversão deve também poder ser exercido naquelas situações em que o particular, nos termos do art. 11.º, tenha cedido o bem pela via do direito privado. E isso compreende-se na medida em que, como defendemos mais acima, a tentativa de aquisição do bem pela via do direito privado não é uma qualquer tentativa de aquisição privada do bem, mas uma tentativa de aquisição que antecede necessariamente um procedimento expropriativo, pelo que o particular sabe que não chegando nessa fase a acordo com o potencial beneficiário da expropriação, este lançará mão do processo expropriativo.”

Duas dificuldades surgem desse entendimento. A primeira dificuldade será a de o particular, postulante ao direito de reversão, provar que, se não tivesse vendido, o bem seria expropriado.

Essa primeira situação parece ser facilmente contornada se a entidade pública interessada no bem tiver procedido conforme o disposto no art. 11.º, n. 2, do Código das Expropriações, ou seja, notificando o expropriado e os demais interessados sobre a proposta de aquisição por via de direito privado, que terá como referência o valor constante do relatório do perito. Uma vez realizado esse procedimento, a prova de que o bem, se não for vendido, será expropriado, parece estar no próprio instrumento de notificação.

A segunda dificuldade que se apresenta está relacionada à utilização do bem pelo Poder Público, ou seja, mesmo adquirindo o bem pela via do direito privado, a sua utilização estaria vinculada a uma finalidade pública específica, o que engesaria o uso do bem pela entidade expropriante.

O contorno dessa situação parece possível se for admitido, especificamente para casos como esse, flexibilizar o princípio da utilidade pública (que, como foi visto no primeiro capítulo, possui como uma de suas características a elasticidade) a fim de impedir o direito de reversão se o bem tiver sido destinado a “qualquer finalidade pública”, mesmo que concretamente seja diferente do fim que justificou a aquisição.

Exemplificando a situação ventilada, quando o Poder Público adquirisse o bem pela via do direito privado só existiria direito de reversão se, dentro do prazo de dois anos, não desse ao bem algum fim de interesse público. Da mesma forma, se o bem for destinado a uma finalidade pública e, dentro do prazo de vinte anos, essa finalidade for interrompida sem que, dentro do prazo de dois anos, lhe seja destinada nova finalidade pública, o ex-proprietário fará *jus*, novamente, ao direito de reversão.

Entende-se que a discussão proposta é válida no campo acadêmico. Contudo, pensando no encaminhamento prático da situação, tendo em vista que a efetivação da transferência do bem para domínio público ocorrerá sem prévia declaração de utilidade pública e será formalizada pelas regras do direito privado, seria mais cauteloso o proprietário, a fim de futuramente exercer o direito de reaver o bem caso

não lhe seja destinado o fim público que justificou a aquisição, vincular os efeitos da transmissão à utilização do bem para o determinado fim público, em certo prazo e por certo tempo, através de uma condição resolutiva expressa no contrato.⁶⁶

A *segunda* questão proposta por Fernando Alves Correia busca identificar se a transferência dos bens para terceiro, antes do decurso do prazo de 20 anos sobre a data da adjudicação, constitui um fato impeditivo do exercício do direito de reversão.

A resposta para essa questão, como o próprio autor indica, está atualmente regulada no Código das Expropriações. Os arts. 76.º-A, n. 1 a 4, 78.º, n. 1, e 79.º, n. 2, são no sentido de que a transferência do bem expropriado para um terceiro não obstaculiza, por si mesma, o exercício do direito de reversão. Assim, pode-se dizer que o direito de reversão, dentro dos prazos legais previstos para o seu exercício, tem eficácia real, podendo, portanto, ser oposto a terceiros adquirentes do bem.

Nesse contexto, existindo acordo de reversão entre a entidade expropriante ou quem ulteriormente haja adquirido o domínio do prédio ou, não havendo acordo, sendo a reversão autorizada mediante ação judicial, o beneficiário da reversão, efetuado o pagamento do valor referente à indenização da reversão, terá direito de reaver o bem.

Importante destacar, ainda, que, a partir do disposto no Código das Expropriações, sequer é possível ao terceiro alegar boa-fé na aquisição do bem a fim de tentar fazer com que o seu direito prevaleça sobre o direito de reversão. Dessa forma, ao terceiro, que deverá ser chamado a se manifestar no procedimento de reversão, caberá, ao que parece, postular indenização pelos danos que prove ter sofrido em decorrência do desfazimento da aquisição do bem junto ao Poder Público.⁶⁷

Por fim, entende-se importante destacar que se existirem casos de impossibilidade absoluta de reversão, situações que, por exemplo, resultariam em prejuízo ao interesse público, ao expropriado caberá o direito de indenização, como forma de compensação pelos danos causados em razão do não exercício do legítimo direito de reaver o bem.⁶⁸

Verifica-se, assim, que o ordenamento jurídico português, embora, como regra, entenda a reversão como o direito de reaver o bem expropriado, admite, em casos excepcionais, que o referido direito seja revertido em indenização.⁶⁹

66. Gomes, José Osvaldo. Op. cit., p. 399.

67. Ferreira, João Pedro de Melo. Op. cit., p. 99.

68. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II.

69. O exercício do direito de reversão em forma de indenização também foi a solução apontada pelo art. 45, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, para os casos em que os bens cedidos pelos loteadores ao Poder Público não sejam afetados para os fins que hajam sido cedidos.

3.3 O procedimento

Regido pelos arts. 74.º a 79.º, do Código das Expropriações, o procedimento de reversão dos bens expropriados é realizado, em regra, pela autoridade administrativa, mas, em certos casos, pode exigir a intervenção de órgão jurisdicional.⁷⁰

O procedimento, segundo os dispositivos legais acima citados, deve seguir os seguintes passos:

1.º) a parte interessada na reversão do bem expropriado deve remeter requerimento à entidade que houver declarado a utilidade pública da expropriação ou que haja sucedido na respectiva competência solicitando a reversão.

Se, contudo, o direito de reversão só puder ser utilmente exercido em conjunto com outro ou outros interessados o requerente da reversão pode solicitar a notificação judicial destes para, no prazo de 60 dias a contar da notificação, requererem a reversão dos respectivos bens, nos termos do n. 1, do art. 74.º, do Código das Expropriações, sob cominação de, não o fazendo algum ou alguns deles, a reversão dos mesmos se operar a favor dos que a requeiram.

2.º) no prazo de 10 dias, a contar da recepção do pedido de reversão, a entidade competente para decidir ordena a notificação da entidade beneficiária da expropriação e dos titulares de direitos reais sobre o prédio a reverter, que terão 15 dias para se manifestar sob pena, em não havendo resposta, serem considerados verdadeiros os fatos alegados pelo requerente.

3.º) a entidade expropriante, dentro do prazo para a sua resposta (90 dias), remete o processo de expropriação à entidade competente para decidir o pedido de reversão ou indica o tribunal em que o mesmo se encontra pendente ou arquivado.

4.º) no prazo de 90 dias, contados a partir da apresentação do requerimento de reversão, é prolatada a decisão administrativa, da qual o requerente, a entidade expropriante e os interessados são notificados, sendo, ainda, publicada no diário da república.

5.º) se a decisão for favorável, a entidade expropriante (ou quem haja adquirido o domínio do prédio) e o interessado na reversão poderão, no prazo de 90 dias a contar da autorização da reversão, acordar quanto aos termos, condições e montante indenizatório da reversão, que será pago diretamente a entidade expropriante ou a quem tem adquirido os direitos sobre o bem expropriado.

O acordo de reversão, que segue, com as devidas adaptações, o regime previsto para a formalização do auto de expropriação (arts. 36.º e 37.º, do CE) e as formalidades previstas no art. 44.º, n. 1, b, do Código do Registro Predial, constitui título hábil para todos os fins.

70. Costa, Pedro Elias da. Op. cit., p. 244.

Quanto à definição dos métodos de liquidação do montante a ser restituído em razão da reversão do bem expropriado, a doutrina,⁷¹ reconhecendo a falta de clareza do Código das Expropriações, oscila entre o entendimento da mesma como uma restituição atualizada da indenização recebida pelo expropriante e um valor atualizado correspondendo a uma nova transferência do bem. O entendimento majoritário é, contudo, no sentido de que a indenização pela reversão deve ter como base o valor pago a título de indenização quando da expropriação.

Segundo a doutrina espanhola, essa regra comporta, pelo menos, três exceções:⁷² (a) a existência de alterações na qualificação jurídica do bem expropriado (mudança de classificação urbanística, por exemplo); (b) a realização de benfeitorias aproveitáveis no bem expropriado; (c) a depreciação que o bem haja sofrido. Atualmente, contudo, o Código das Expropriações português não contempla tais exceções, o que as impede de serem opostas coercitivamente pela parte interessada.

6.º) se, todavia, a decisão administrativa não for favorável ou a entidade que declarou a utilidade pública do bem expropriado nada disser sobre o pedido dentro do prazo de 90 a contar da data do recebimento do requerimento, poderá o interessado na reversão judicializar a questão ao Tribunal Administrativo da situação do prédio dentro do prazo de um ano.

7.º) da mesma forma, caso as partes não cheguem a um acordo quanto ao montante da indenização, o interessado na reversão poderá solicitar ao Tribunal Administrativo de círculo da situação do prédio, no prazo de 120 dias a contar da data da notificação da autorização, o pedido de adjudicação.

8.º) conforme o disposto no art. 77, n. 1, do Código das Expropriações, o pedido de adjudicação judicial da propriedade deve ser instruído com os seguintes documentos:

“1 – Notificação da autorização da reversão;

2 – Certidão, passada pela conservatória do registro predial, da descrição do prédio, das inscrições em vigor, incluindo as dos encargos que sobre ele se encontram registrados e dos existentes à data da adjudicação do prédio à entidade expropriante ou de que o mesmo se encontra omissos;

3 – Certidão da inscrição matricial e do valor patrimonial do prédio ou de que o mesmo se encontra omissos;

4 – Indicação da indenização satisfeita e da respectiva forma de pagamento;

5 – Quando for o caso, estimativa, fundamentada em relatório elaborado por perito da lista oficial à sua escolha, do valor das benfeitorias e deteriorações a que se refere o artigo seguinte.”

71. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico... cit., vol. II, p. 341.

72. Art. 55 da Ley de Expropiación Forzosa, com as alterações introduzidas pela Lei 38/1999, de 05 de novembro.

9.º) apresentado o pedido, a entidade expropriante ou quem haja adquirido o bem expropriado é citado, podendo deduzir oposição no prazo de 20 dias.

10.º) se houver acordo, ao juiz caberá homologá-lo. Contudo, inexistindo acordo, o montante da indenização será fixado pelo juiz, precedendo as diligências instrutórias que tiver por necessárias, dentre as quais tem obrigatoriamente lugar a avaliação nos termos previstos para o recurso em processo de expropriação, salvo no que respeita à segunda avaliação, que é sempre possível.

11.º) transitada em julgado a decisão, será efetuado o depósito e a propriedade será restituída ao expropriado com os ônus e encargos que sobre ela recaiam à data da declaração de utilidade pública e que não hajam caducado. O depósito é levantado pela entidade expropriante ou que haja adquirido os direitos sobre o imóvel e a adjudicação é comunicada pelo tribunal a conservatória competente para que seja lavrado o registro oficioso.

Por todo o exposto, é possível concluir que a positivação do direito à reversão dos bens expropriados, tanto no que toca ao seu regime jurídico, quanto ao procedimento de efetivação do referido direito, contribui para a segurança do sistema e outorga credibilidade e moralidade⁷³ ao processo expropriatório.

4. A DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA E O DIREITO DE RETROCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde o Dec.-lei 58, de 10.12.1937, primeiro diploma legal brasileiro a tratar especificamente sobre o parcelamento do solo, o direito do ordenamento e do urbanismo no Brasil tem evoluído. Atualmente, o diploma legal de maior relevância sobre a matéria é, sem dúvida, a Lei 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade), que regulamentou os arts. 182 e 183, da CF/1988.⁷⁴

73. Oliveira, Fernanda Paula. Op. cit., p. 109.

74. A respeito da importância do Estatuto da Cidade para o Direito Urbanístico brasileiro, Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin, afirmam que “a aprovação do Estatuto da Cidade inegavelmente consolidou a ordem constitucional no Brasil quanto ao controle dos processos de desenvolvimento urbano. Sua efetiva materialização em políticas vai, sobretudo, depender da reforma das ordens jurídico-urbanísticas locais, isto é, do quadro regulatório e institucional que for criado por cada município para o controle do uso e desenvolvimento do solo, particularmente através da aprovação de planos diretores adequados e dos processos locais de gestão urbana. O papel dos municípios é crucial para reverter o padrão excludente de desenvolvimento urbano no Brasil. Mas, a escala da questão urbana no Brasil é tamanha, e tamanha é a necessidade de enfrentá-la devido a todas as suas implicações jurídicas, sociais ambientais, financeiras, etc., que não se pode mais falar apenas em políticas municipais, precisamos de ampla articulação intergovernamental, especialmente pelo envolvimento dos Estados-Membros, que até agora, na sua maioria, não formularam uma política urbana e habitacional clara (inclusive no que diz respeito as terras devolutas e outras terras estaduais),

Contudo, embora o Estatuto da Cidade tenha tido o mérito de criar no ordenamento jurídico brasileiro alguns institutos de direito urbanístico já consagrados nas legislações mais avançadas,⁷⁵ com relação à expropriação acessória aos planos e ao direito de reversão (no Brasil, retrocessão)⁷⁶ dos bens expropriados, falhou ao não lhes ter previsto disciplina própria.

Assim, o terceiro capítulo deste trabalho será destinado ao estudo do instituto da desapropriação urbanística e do direito de retrocessão dos bens expropriados no ordenamento jurídico brasileiro a fim de identificar como a experiência portuguesa poderá auxiliar no aprimoramento das leis brasileiras sobre a matéria.

4.1 *A figura jurídica da desapropriação urbanística*

Segundo Rafael Maffini,⁷⁷ a desapropriação “é uma forma originária de aquisição de propriedade, consistente em um processo administrativo onde se opera a transferência compulsória de bem alheio ao patrimônio público, mediante indenização justa, prévia e em dinheiro ou através de entrega de títulos da dívida pública, ou ainda, em caso excepcional, não indenizável”.

A partir desse conceito amplo, o citado autor identifica na doutrina administrativa tradicional três espécies de desapropriação. As desapropriações ordinárias (ou comuns), as desapropriações extraordinárias (ou sancionatórias) e as desapropriações confiscatórias.

As desapropriações ordinárias caracterizam-se por não ter caráter punitivo, ser precedidas de indenização justa e em dinheiro e poderem ser levadas a termo por qualquer ente federativo no âmbito de suas competências. As desapropriações ordinárias são classificadas como: de utilidade ou necessidade pública (regime jurídico previsto no Dec.-lei 3.365/1941); e interesse social (regime jurídico previsto na Lei 4.132/1962).⁷⁸

e da União, gerando um contexto de políticas nacionais. Precisamos de políticas públicas, e não meramente políticas estatais, envolvendo o setor comunitário, o setor voluntário, a academia, e o setor privado. Há um lugar para todos, e necessidade de todos.” Fernandes, Edésio; Alfonsin, Betânia. Coletânea de legislação urbanística – Normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

75. O art. 4.º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), prevê, dentre outros instrumentos jurídicos de política urbana, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o direito de preempção do poder público na aquisição dos bens privados, a transferência do direito de construir, a legitimação de posse, o estudo prévio de impacto ambiental e de vizinhança.

76. Terminologia usada, também, no direito francês e no direito italiano. Correia, Fernando Alves. Manual de direito urbanístico...cit., vol. II, p. 330.

77. Maffini, Rafael. Op. cit., p. 207.

78. A possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, está prevista no art. 5.º, XXIV, da CF/1988, bem como no art. 1.228, § 3.º, do CC/2002.

As desapropriações extraordinárias, por sua vez, possuem nítido caráter punitivo, são indenizadas através de títulos da dívida pública e têm lugar quando o proprietário não cumpre a função social da propriedade. Essas espécies de desapropriações serão utilizadas nos casos de interesse social para fins de reforma agrária (arts. 184 a 186 da CF/1988, regulamentados pela LC 76/1993 e pela Lei 8.629/1993); e de interesse social para fins de reforma urbana (art. 182, § 4.º, III, da CF/1988, regulamentado pelo art. 8.º, da Lei 10.257/2001).

Por fim, a chamada desapropriação confiscatória tem acentuado caráter punitivo em face de conduta criminoso, não é indenizável e só pode ser promovida pela União (art. 243, da CF/1988).

Pelo exposto, verifica-se que, no direito brasileiro, as desapropriações tradicionais (ordinária e extraordinária), sem caráter confiscatório, são concebidas como instrumentos pelos quais o poder público determina a transferência da propriedade particular (ou pública de entidades menores) para o seu patrimônio ou de seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou através de pagamento em títulos da dívida pública.

Segundo José Afonso da Silva,⁷⁹ a desapropriação urbanística, por sua vez, distancia-se desse conceito geral para caracterizar-se como “instrumento de realização da política do solo urbano em função da execução do planejamento urbanístico”.

Nesse sentido, afirma o citado autor⁸⁰ que:

“A desapropriação tradicional é de caráter casuístico e individualizado, no sentido de que atinge bens isolados para transferi-los, em cada caso, definitivamente, para o poder expropriante ou seus delegados. A desapropriação urbanística, ao contrário, é compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos, retirando os imóveis, aí abrangidos, do domínio privado, para afetá-los ao patrimônio público, para depois serem devolvidos ao setor privado, uma vez urbanificados ou reurbanizados, em cumprimento ao dever de reprivatização. Mas não se trata de realizar simplesmente o ciclo aquisição-urbanificação-alienação, pois se cuidará de ampliá-lo e de superá-lo, mediante novas edificações, ou novas instalações urbanísticas e, não raro, novos usos.”

A desapropriação urbanística fundamenta-se, portanto, na transferência do bem privado para o domínio público a fim de atender ao interesse público de utilização positiva do bem, viabilizando o desenvolvimento urbano das cidades, conforme prefixado pelas normas dos planos urbanísticos.⁸¹ Assim, caso os proprietários dos

79. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 415.

80. Idem, p. 416.

81. Carvalho Filho, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade... cit., p. 97.

imóveis localizados em áreas objeto de planejamento urbanístico específico não possam ou não tenham interesse em executar o que foi planejando (se existir o interesse, a desapropriação urbanística perde o sentido),⁸² cabe a administração pública avocar a competência, desapropriando os imóveis e executando os planos.

A possibilidade de utilização do instituto da desapropriação como instrumento jurídico de política urbana está prevista no art. 182, § 3.º e § 4.º, III, da CF/1988, que assim estabelece:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1.º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3.º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4.º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar o dispositivo constitucional acima referido, tratou, no art. 8.º, da espécie de desapropriação dita extraordinária (de interesse social para fins de reforma urbana), deixando o já vigente Dec.-lei 3.365, de 21.06.1941, bem como a Lei 4.132, de 10.09.1962, seguir regrado as chamadas expropriações ordinárias (de utilidade ou necessidade pública e de interesse social). Sobre a falta de regulamentação específica da desapropriação urbanística, José Afonso da Silva pondera:⁸³

“É pena que esse Estatuto não tenha previsto o regime jurídico da desapropriação urbanística, a fim de ajustar o instituto à realidade urbana, como instrumento extremamente eficaz para realizar a ordenação dos espaços habitáveis no sentido de promoção da qualidade de vida da população. Ainda que a Lei da Desapropriação (Dec.-lei 3.365/1941) seja um diploma de inegável valor – e, talvez, para as desapropriações tradicionais, pouco precise ser alterada, se é que precisa –, certo é que

82. *Idem*, p. 99.

83. Silva, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 414.

a desapropriação urbanística requer disciplinamento mais compatível com as suas funções, seus objetivos e suas finalidades, baseando-se na *utilidade urbanística*, que é uma forma entre a utilidade pública e o interesse social” (destaque do original).

Importante salientar, contudo, que, conforme foi dito na introdução deste capítulo, o Estatuto da Cidade criou, no direito brasileiro, importantes institutos de direito urbanístico. No que diz respeito à figura da desapropriação, não se pode deixar de destacar a possibilidade (poder e não dever)⁸⁴ de o Poder Público realizá-la, no caso de inexecução, por parte do proprietário, do parcelamento, edificação e utilização compulsórios do solo, conforme previsto no art. 5.º do Estatuto.

Os Municípios, por leis específicas, poderão impor, para áreas previstas no plano diretor, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios do solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação das referidas obrigações.

Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos, dispõe o art. 7.º, do Estatuto, que o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração de alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. E, conforme dispõe o art. 8.º, decorridos cinco anos de cobrança de IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município procederá à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.⁸⁵

Sobre a desapropriação prevista no Estatuto da Cidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que:

“Esta modalidade de desapropriação somente é aplicável nos Municípios que tenham *plano diretor aprovado por lei*; além disso, exige-se *lei específica determinando o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios*; cumpridos esses requisitos, tem de haver *notificação* ao proprietário averbada no registro de imóveis; desatendida a notificação nos prazos legais, o proprietário fica sujeito ao *IPTU progressivo no tempo* pelo prazo máximo de cinco anos; só após esse prazo é que o Município poderá efetuar a *desapropriação com pagamento em títulos*. Sem considerar os prazos para a aprovação do plano diretor e da lei específica, os demais prazos previstos no Estatuto da Cidade estão a indicar que o decreto de desapropriação não poderá ser expedido antes do transcurso de aproximadamente oito anos. Vale dizer que o atendimento de todas as exigências constitucionais e legais passará por três mandatos de Prefeitos, no mínimo, o que torna o instituto difícil de ser aplicado, ainda que juridicamente possível” (destaque do original).

84. Harada, Kiyoshi. Direito urbanístico: Estatuto da Cidade/plano diretor estratégico. São Paulo: NDJ, 2004. p. 57.

85. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 168.

Se, entretanto, mesmo diante das dificuldades elencadas pela autora, for realizada a desapropriação (que, por falta de regulamentação própria, seguirá o mesmo procedimento previsto no Dec.-lei 3.365/1941),⁸⁶ o Município deverá proceder ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contados a partir da sua incorporação ao patrimônio público.⁸⁷

Em que pese o Estatuto da Cidade não tenha regulamentado o regime jurídico e o procedimento da desapropriação urbanística, os institutos acima citados merecem destaque, pois possibilitam ao Poder Público Municipal executar as regras de ocupação do solo previstas no plano diretor, quando, pela inércia dos proprietários, a sua realização restar prejudicada, firmando-se, assim, como inegáveis instrumentos de política urbana.⁸⁸

Por fim, cabe destacar que o sentido de utilidade pública na desapropriação urbanística está tão ligado à execução dos planos que o poder público brasileiro, assim como o português (conforme foi visto), é autorizado, após a execução das obras de urbanização, a vender o produto aos terceiros interessados, operando a reprivatização do produto dos bens expropriados.

Ora, se da execução do plano pela administração, além das áreas de destinação pública, resultar lotes destinados a edificação, entende-se correto que tais lotes, se não possuírem necessidade ou interesse público, retornem ao setor privado mediante compensação financeira a administração por ter realizado as obras de urbanização.

A venda pelo Poder Público dos lotes criados a partir da urbanização de áreas desapropriadas, de longa data, é objeto de normatização no direito brasileiro. O art. 8.º, do Dec. 4.956/1903 (autorizado pela Lei 1.021/1903), diploma legal revogado que regulamentava o processo sobre as desapropriações, previa que:

“Aprovados os planos e plantas das obras por decreto do Presidente da República, ou do Prefeito (art. 5.º), entender-se-hão desapropriados em favor da União, ou do Districto Federal, ou respectivos concessionários, todos os predios e terrenos nelles comprehendidos, total ou parcialmente, que necesarios forem para a sua execução (Dec. 353 de 1845, art. 9.º; Dec. 1664 de 1855, art. 2.º)” (sic).

O art. 13 do mesmo diploma legal, por sua vez, disciplinava que:

“Si a desapropriação tiver por fim a abertura de novas ruas, aos proprietarios, que acceitarem a indemnisação por accordo, será facultada a aquisição dos terre-

86. Idem, p. 168.

87. Nos termos do disposto no art. 52, II, do Estatuto da Cidade, o prefeito que deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/1992.

88. Carvalho Filho, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade... cit., p. 99.

nos disponíveis nas novas vias de comunicação pelo preço mínimo que fixar o Governo, independente de concorrência (Dec. 1.021 de 1903, art. 2.º § 5.º)” (*sic*).

Sobre a venda pelo Poder Público dos lotes criados a partir da urbanização da área desapropriada, Helly Lopes Meirelles⁸⁹ afirmava que:

“Nessas desapropriações compreende-se a faculdade de venda das áreas e edificações excedentes e sem utilidade para a administração, após a realização dos melhoramentos urbanísticos na área expropriada. A venda dos excedentes a particulares, em tal hipótese, não descaracteriza a utilidade pública que motivou a desapropriação, porque essa utilidade pública se consubstancia exatamente na urbanização ou reurbanização programada e realizada.”

O posicionamento acima foi confirmado pelo STF no RE 82.300, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, j. 12.04.1976, em acórdão assim ementado:

“Desapropriação – Reurbanização – Execução de plano de reurbanização – Constitucionalidade das Leis paulistas 7.859, de 08.03.1973, art. 5.º, e 7.670, de 24.11.1971, art. 5.º, parágrafo único – Recurso extraordinário não conhecido.”

Seguindo o entendimento acima exposto, a atual lei brasileira de parcelamento do solo urbano, além de prever a reprivatização dos bens expropriados, concede direito de preferência na aquisição desses bens aos antigos proprietários. O art. 44, da Lei 6.766/1979, assim estabelece:

“O Município, o Distrito Federal e o Estado poderão expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução e incorporação, ressalvada a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades.”

No caso de o Poder Público realizar a venda das novas unidades criadas a partir do bem adquirido via desapropriação urbanística, não há que se falar em direito de retrocessão, uma vez que aí não há transgressão alguma da finalidade pública em vista da qual foi realizada.⁹⁰ Diferente é a situação do bem expropriado para fins urbanísticos quando o Poder Público deixa de realizar a urbanização que fundamentou a desapropriação do imóvel.

4.2 *Os pressupostos de legitimidade da desapropriação urbanística*

Além da necessidade de respeito aos princípios que regem a administração pública,⁹¹ pode-se afirmar, de início, que o pressuposto básico da desapropriação urbanística no direito brasileiro é a utilidade pública e não do interesse social. Isso

89. Apud Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 422.

90. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 891.

91. Nos termos do disposto no art. 37, da CF/1988, a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

porque, a sua fundamentação principal está precisamente em servir de instrumento à ordenação dos espaços habitáveis e não solucionar problemas sociais das classes mais pobres que, por via de consequência, poderão, eventualmente, também ser atendidos, mas não como função principal da desapropriação urbanística.

O diploma legal brasileiro que regula as desapropriações por utilidade pública é o Dec.-lei 3.365/1941. Dentre os casos considerados pelo referido Decreto-lei como de utilidade pública, os que podem ser relacionados com o objeto das desapropriações urbanísticas são os consubstanciados no art. 5.º, alíneas *e*, *i*, *j* e *k*, que assim estabelece:

“Consideram-se casos de utilidade pública: (...); *e*) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; (...); *i*) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; *j*) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; *k*) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; (...).”

Embora, como foi dito, o pressuposto básico da desapropriação urbanística seja a utilidade pública e não o interesse social, a falta de regulamentação específica dessa espécie de desapropriação possibilita encontrar na lei de desapropriação por interesse social outros casos de desapropriação urbanística. Esses casos estão previsto art. 2.º, incs. IV a VIII, da Lei 4.132/1962, que assim estabelece:

“Considera-se de interesse social: (...); IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; V – a construção de casa populares; VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; VII – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais. VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.”

José Afonso da Silva⁹² ainda indica como pressuposto das desapropriações urbanísticas “a aprovação de um plano urbanístico geral, particularizado, parcial, especial ou setorial, ou projeto de urbanificação, quer para transformar áreas urbani-

92. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 417.

zadas e já edificadas, renovando-as, dando-lhes nova destinação; quer preparando terrenos rústicos para convertê-los em solo urbano destinado à edificação para diversos usos previstos nas leis de zoneamento”.

O pressuposto apontado pelo autor visa atender aos princípios da legalidade e da proporcionalidade – que garantem aos administrados, inclusive ao expropriado, que a desapropriação urbanística só será levada a termo se for para atender a um plano urbanístico idôneo, previamente aprovado por lei e necessário para o desenvolvimento urbano da região onde se localiza o imóvel desapropriado.

Por fim, com o objetivo de atender ao princípio da justa distribuição de benefícios e de ônus que regem as atividades da administração pública de modo geral, tem-se que a desapropriação urbanística só poderá ser levada a termo quando não for possível utilizar outro meio menos gravoso (como, por exemplo, a aquisição através de contratos regidos pelo direito privado) para atingir o objetivo pretendido⁹³ e mediante o pagamento de indenização.

Nos termos do disposto no art. 182, § 3.º, da CF/1988, a indenização deve ser prévia, justa e paga em dinheiro. O valor que o expropriado receber deve ser bastante para adquirir no mercado coisa equivalente a desapropriada, nada mais e nada menos.

Os mesmos cuidados tomados quando do pagamento da indenização devem ser observados quando da alienação dos imóveis resultantes da urbanização. Os terceiros que vierem a adquirir os imóveis não podem ser beneficiados as custas do expropriado.⁹⁴ Para Martin Gamero,⁹⁵ talvez um meio de satisfazer o princípio da justa distribuição de benefícios e de ônus seja garantir ao expropriado o direito de preferência na aquisição dos lotes criados a partir da urbanização, o que, como já foi dito, está previsto no art. 44, da Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

Pelo exposto, verifica-se que os pressupostos de legitimidade da expropriação urbanística no direito brasileiro são semelhantes aos previsto no ordenamento jurídico português. No que diz respeito ao procedimento da desapropriação urbanística, verifica-se que, por carecer de regulamento próprio, serão fixados com base na lei que a fundamentar, ou seja, Dec.-lei 3.365/1941 ou Lei 4.132/1962,⁹⁶ o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,⁹⁷ importa em seguir, pelo menos, duas fases: (a) fase declaratória – consubstanciada na declaração de utilidade pública;

93. *Idem*, p. 425.

94. Silva, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 425.

95. *Apud*, Silva, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 425.

96. Almeida, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. In: Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almenida (coords.). 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 99.

97. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 864.

(b) fase executória – correspondente às providências concretas para efetivar a manifestação de vontade consubstanciada na declaração de utilidade pública.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,⁹⁸ “a segunda fase pode ser extrajudicial ou judicial: (a) extrajudicial, quando o poder expropriante e o expropriado acordam com relação ao preço e pode, por isso, concretizar-se a aquisição compulsória mediante acordo no que respeita à indenização, operando-se, então, sem intervenção do Poder Judiciário; (b) a desapropriação judicial tem lugar quando o expropriante ingressa em juízo com a propositura da ação expropriatória. Neste caso, a manifestação judicial poderá ser ainda de dois tipos: (1) homologatória, quando o proprietário do bem aceita, em juízo, a oferta feita pelo expropriante; aí o juiz apenas homologa o acordo judicial; (2) contenciosa, quando o proprietário e o expropriante não acordam em relação ao preço, que terá que ser fixado pelo juiz, após arbitramento.”

4.3 O registro do título de desapropriação urbanística

Para ingressar no fôlio real, o título de desapropriação urbanística deverá ser apresentado ao serviço de registro de imóveis da circunscrição do bem expropriado.⁹⁹ O Dec.-lei 3.365/1941 prevê dois atos de registro a serem praticados.

O primeiro ato, conforme dispõe o art. 15, § 4.º, do citado Dec.-lei, é o registro do mandado de imissão provisória na posse. Dito ato de registro também está previsto no art. 167, I, 36, da Lei dos Registros Públicos.

Importante destacar que, conforme estabelece o *caput* do art. 15, do Dec.-lei 3.365/1941, o registro da imissão provisória na posse só será efetuado nos casos em que o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada pelo juízo. Portanto, trata-se de ato de registro que, dependendo do caso concreto, não será lavrado.

O segundo ato a ser praticado, conforme dispõe o art. 29, do Dec.-lei 3.365/1941, é o registro do título de desapropriação propriamente dito. Importante destacar que, em que pese, na grande maioria dos casos, as desapropriações serem registradas à vista de mandados judiciais, o art. 167, I, 34, da Lei dos Registros Públicos, prevê que as sentenças que fixam o valor da indenização são títulos hábeis para o registro das desapropriações, configurando-se, assim, como clara exceção ao art. 221, IV,¹⁰⁰ do mesmo diploma legal.

98. *Idem*, p. 864.

99. Paiva, João Pedro Lamana; Burtet, Tiago Machado. Estatuto da Cidade – Repercussão no direito registral e notarial. Cadernos do IRIB – Prática Registral. São Paulo: Ed. Sérgio Jacomino. Gestão 2002/2004. p. 8.

100. “Art. 221. Somente são admitidos registro: (...); IV – cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo; (...).”

As desapropriações urbanísticas também podem ser levadas a registro através de escritura pública de desapropriação amigável.¹⁰¹ Para que a escritura possa ser lavrada, as partes celebrantes (expropriante e expropriado) precisam ter chegado a um acordo quanto ao valor da indenização.

Como qualquer documento apresentado para registro, o título de desapropriação, tanto judicial, quanto extrajudicial, deve ser objeto de qualificação registral, momento em que o registrador verificará se o título apresentado atende às formalidades intrínsecas e extrínsecas que a lei vigente exige, tudo a luz dos princípios que norteiam a atividade registral imobiliária.¹⁰² No que diz respeito à qualificação registral do título de desapropriação urbanística, destacam-se os princípios da territorialidade,¹⁰³ tipicidade,¹⁰⁴ especialidade objetiva,¹⁰⁵ especialidade subjetiva,¹⁰⁶ especialidade do fato jurídico inscritível,¹⁰⁷ disponibilidade¹⁰⁸ e legalidade.¹⁰⁹

Sendo a qualificação registral positiva, o título poderá gerar, dependendo do caso concreto, os seguintes atos de registro:

a) a averbação do decreto expropriatório (art. 246, da Lei 6.015/1973);

b) o registro do mandado judicial de imissão provisória do ente expropriante na posse do imóvel (art. 15, § 4.º, do Dec.-lei 3.365/1941);

101. Balbino Filho, Nicolau. Registro de imóveis – Doutrina, prática e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 523.

102. O art. 315, da Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul – Provimento 32/06, elenca alguns dos principais princípios que norteiam o serviço, a função e a atividade registral imobiliária.

103. Princípio da territorialidade – a circunscrever o exercício das funções delegadas do Ofício Imobiliário a área territorial definida em lei. Lei dos Registros Públicos, art. 169. Lei n. 8.935/94, art. 12.

104. Princípio da tipicidade – a afirmar serem registráveis apenas títulos previstos em lei. Lei dos Registros Públicos, arts. 167 e 172.

105. Princípio da Especialidade objetiva – a exigir a plena e perfeita identificação do imóvel nos documentos apresentados para registro. Lei dos Registros Públicos, arts. 176, § 1.º, II, 3; e 222.

106. Princípio da especialidade subjetiva – a exigir a perfeita identificação e qualificação das pessoas nomeadas nos títulos levados a registro. Lei dos Registros Públicos, art. 176, § 1.º, II, 4.

107. Princípio da especialidade do fato jurídico inscritível – a exprimir a natureza, extensão, condições e valores do fato jurídico. Lei dos Registros Públicos, art. 176, § 1.º, III, 5.

108. Princípio da disponibilidade – a precisar que ninguém pode transferir mais direitos do que os constituídos pelo Registro Imobiliário, a compreender as disponibilidades física (área disponível do imóvel) e jurídica (a vincular o ato de disposição à situação jurídica do imóvel e da pessoa). Lei dos Registros Públicos, art. 195.

109. Princípio da legalidade – a impor o prévio exame da legalidade, validade e eficácia dos títulos, a fim de obstar o registro de títulos inválidos, ineficazes ou imperfeitos. Lei dos Registros Públicos, art. 198.

c) o registro do título judicial ou da escritura pública de desapropriação amigável (art. 29, do Dec.-lei 3.365/1941);

d) a abertura de nova matrícula para o imóvel expropriado, tanto para as desapropriações totais, quanto para as parciais.

Quanto à natureza jurídica, a desapropriação é classificada pela doutrina como forma originária de aquisição da propriedade.¹¹⁰ O enquadramento da desapropriação como espécie de aquisição originária gera, pelo menos, três efeitos que merecem ser destacados.

O primeiro está relacionado à técnica de registro da desapropriação. Tratando-se de aquisição originária da propriedade, após o registro do título, a melhor técnica registral indica a abertura de matrícula nova para o imóvel expropriado.

O segundo efeito a ser destacado está relacionado aos ônus eventualmente incidentes sobre o imóvel expropriado. Por ser o caso de aquisição originária da propriedade, os ônus existentes sobre o imóvel não serão transportados para a nova matrícula, restando aos credores habilitarem-se no valor pago ao anterior proprietário a título de indenização.

O terceiro efeito decorrente do enquadramento da desapropriação como forma originária de aquisição da propriedade é a não incidência do princípio da continuidade¹¹¹ no registro do título de desapropriação. Conforme destaca Nicolau Balbino Filho, a lavratura do registro da desapropriação não depende do título de domínio anterior.¹¹²

Por fim, cabe destacar que o efeito do registro do título da desapropriação urbanística é declaratório, pois a transmissão da propriedade se opera mesmo sem o registro.¹¹³ Com relação aos efeitos do registro da desapropriação, Miguel Maria de Serpa Lopes¹¹⁴ refere que:

“a) é uma transcrição diferente da prevista no Código Civil, desprovida de efeitos translativos, servindo, porém, em primeiro lugar, como elemento indicativo do término da propriedade individual;

b) é uma transcrição destinada a dar ciência do término de todos os direitos reais limitativos da propriedade incompatíveis com a desapropriação, salvo os expressamente ressalvados no respectivo ato desapropriativo;

110. Serpa Lopes, Miguel Maria de. Tratado de registros públicos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 173.

111. Princípio da continuidade ou trato sucessivo – a impedir o lançamento de qualquer ato de registro sem a existência de registro anterior que lhe dê suporte formal e a obrigar as referências originárias, derivadas e sucessivas. Lei dos Registros Públicos, arts. 195, 222 e 23.

112. Balbino Filho, Nicolau. Op. cit., p. 520.

113. Diniz, Maria Helena. Sistemas de Registros de Imóveis. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 306.

114. Serpa Lopes, Miguel Maria de. Op. cit., p. 174.

c) denuncia o vencimento da hipoteca por efeito da desapropriação para determinar o vencimento antecipado da dívida, por efeito do depósito da parte do preço necessária para o pagamento integral do credor (CC, 762, n. V, § 2.º), se a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia, e esta não abranger outros; subsistindo, no caso concreto, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados;

d) de vez que a transcrição encerra a vida do direito real da pessoa, uma vez realizada, já não mais é possível efetuar-se qualquer outra transcrição ou inscrição baseada na relação jurídica extinta, ainda que se trate de um título anterior à transcrição da desapropriação;

e) sendo uma publicidade relativa a um ato de aquisição originária, e aquisição determinada pelo interesse coletivo, recaindo na coisa diretamente e ficando ao proprietário apenas o direito sobre o *quantum* da indenização, é claro que se não pode exigir o requisito da transcrição do título anterior, porque a desapropriação não somente pode ser realizada com o proprietário aparente, como ainda a questão do domínio a lei deferiu para o depósito e seu respectivo levantamento;

f) essa situação, porém, não dispensa o requisito da individuação da coisa desapropriada, para que, por meio dela, possa a transcrição, com toda a segurança, operar todos os seus efeitos extintivos” (*sic*).

4.4 O direito de retrocessão dos bens expropriados

Tal como ocorre no caso da expropriação urbanística, não há no ordenamento jurídico brasileiro regime legal específico para o direito de retrocessão. Por tal motivo, o direito de retrocessão pode ser definido, tanto como o direito do expropriado de ser indenizado pelo expropriante, quanto como o direito do ex-proprietário de reaver a coisa do atual proprietário, quando, em ambos os casos, não for alcançado o destino da desapropriação.

A omissão do legislador deu origem a discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do direito de retrocessão. Quanto à *natureza jurídica* do referido direito, reconhece-se três correntes distintas.

Para a primeira corrente, liderada por Hely Lopes Meirelles,¹¹⁵ retrocessão é a obrigação que se impõe ao expropriante de *indenizar* o expropriado, quando não for dado ao bem o destino declarado no ato expropriatório, sem que lhe assista, portanto, o direito de reaver o bem (possibilidade admitida no direito português apenas quando a reversão do bem expropriado resultar em prejuízo ao interesse público).

115. Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

O fundamento jurídico dessa corrente doutrinária está baseado em dois argumentos:

1.º) os diplomas legais que, atualmente, regulam a desapropriação, Dec.-lei 3.365/1941 e Lei 4.132/1962, ao contrário do disposto na legislação anterior, Lei 1.021/1903, não mais preveem a figura da retrocessão;

2.º) a regra prevista no art. 35, do Dec.-lei 3.365/1941, que assim estabelece:

“Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”

Assim, para essa corrente, o expropriado não tem direito de reaver o bem objeto da desapropriação, considerando o direito de retrocessão, portanto, um direito pessoal consistente em pretensão indenizatória.

Conforme visto no segundo capítulo deste estudo, em situação semelhante, o Tribunal Constitucional português, no Acórdão 827/1996, decidiu que, por violação ao direito à propriedade privada (art. 62.º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa), a norma do Código das Expropriações de 1976, que determinava que não haveria direito a reversão quando a entidade expropriante fosse de direito público, era inconstitucional.

No Brasil, até o momento, o STF não foi provocado a se pronunciar sobre a recepção do art. 35, do Dec.-lei 3.365/1941, pela atual Constituição. Contudo, entende-se que a proteção à propriedade privada (prevista no art. 5.º, XXII,¹¹⁶ da CF/1988), usada como fundamento na decisão do Tribunal português, também pode servir de motivação para que a Suprema Corte brasileira declare a revogação do art. 35, do Dec.-lei 3.365/1941, frente ao novo texto constitucional.

A segunda corrente, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello,¹¹⁷ entende que o direito à retrocessão corresponde a um *direito real* de reaver o bem expropriado.

O posicionamento jurídico defendido pela segunda corrente possui dois fundamentos:

1.º) a garantia pelo Estado do direito à propriedade privada, prevista no art. 5.º, XXII, da CF/1988, que, a teor do disposto no art. 5.º, XXIV,¹¹⁸ da Carta Política, só deve ceder à demissão compulsória para a realização de uma finalidade pública

116. Art. 5.º, XXII – “é garantido o direito de propriedade”.

117. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit.

118. Art. 5.º, XXIV – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

que, não sendo aplicada ao bem expropriado, faz desaparecer o suporte jurídico que consubstanciava o sacrifício do direito de quem a perdeu.

Para os defensores desta corrente, diante dos citados dispositivos constitucionais, deve ser reconhecida a supremacia da constituição frente ao disposto no art. 35, do Dec.-lei 3.365/1941, que, como visto, limita o direito de retrocessão a obrigação de indenizar;

2.º) a origem legislativa do direito de preferência da aquisição dos bens expropriados, previsto, atualmente, no art. 519, do CC/2002, que assim estabelece:

“Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.”

Pela leitura do dispositivo acima transcrito verifica-se que o que legislador prevê é o direito de preferência na aquisição do bem desapropriado que não foi utilizado para fim público. Ora, para haver direito de preferência é necessário que o Poder Público queira vender o bem, o que não condiz com a ideia do direito de retrocessão.

Contudo, a fim de superar esse entrave, a segunda corrente busca fundamentar a sua posição nos textos legais que deram origem ao art. 519, do CC/2002. E, nesse contexto, analisam, primeiramente, o disposto no art. 1.150, do CC/1916, que impõe “A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, o caso não tenha o destino para que se desapropriou”.

O texto desse artigo, além de estabelecer um direito de preferência do antigo proprietário, impõe ao ente expropriante o dever de oferecer o bem ao expropriado. A partir do disposto no art. 1.150 da lei civil revogada, o direito de reversão dos bens expropriados passa a ser mais facilmente defendido.

A origem legislativa do direito de preempção previsto pelo Código Civil de 1.916 é, por sua vez, o art. 2.º, § 4.º, da Lei 1.021, de 26.08.1.903, que criou algumas normas de aplicação obrigatória às obras de competência da União e do Distrito Federal. O referido dispositivo legal assim estabelece:

“Si, por qualquer motivo, não forem levadas a efeito as obras para as quaes foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietario reaver o seu immovel, restituindo a importancia recebida, indemnizando as bemfeitorias que porventura tenham sido feitas, e augmentando o valor do predio” (sic).

Assim, com base nos dispositivos legais acima referidos e no preceito constitucional que garante a propriedade privada, a segunda corrente defende a existência da retrocessão no ordenamento jurídico brasileiro como o direito do expropriado em reaver o bem objeto da desapropriação.

Por fim, é possível identificar na doutrina uma terceira corrente, defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹¹⁹ que entende que o direito de retrocessão tem *natureza mista* (pessoal e real), cabendo ao expropriado optar entre a ação de reversão ou de perdas e danos.

Diante da inexistência de diploma legal que defina, sem deixar dúvidas, a natureza do direito de retrocessão, a terceira corrente, que possibilita ao expropriado optar entre reaver o bem e ser indenizado por perdas e danos, parece ser a mais coerente, pois permite ao antigo proprietário, como forma de reparação da revogação do seu direito de propriedade, escolher o tipo de ressarcimento que lhe pareça mais justo.

A divergência quanto à natureza jurídica do instituto da retrocessão também está presente nos tribunais brasileiros. O STF no RE 39.081 decidiu no sentido de que a retrocessão seria um direito pessoal consistente em pretensão indenizatória. Todavia, em pronunciamentos mais recentes, nomeadamente no RE 64.559 e no RE 104.591, a Suprema Corte brasileira entendeu tratar-se de um direito real.¹²⁰

Cumprir destacar, ainda, que todas as correntes doutrinárias acima referidas defendem a existência do direito de retrocessão, seja como direito real, seja como direito pessoal, *se a entidade expropriante deixar de proceder ao adequado aproveitamento do imóvel em prazo razoável ou legal* (como no caso do art. 8.º, § 4.º, do Estatuto da Cidade, que estabelece o prazo de cinco anos para que o Poder Público promova o adequado aproveitamento do bem expropriado)¹²¹ *ou realizar a chamada “tredestinação” (desvio de finalidade) do bem.*¹²²

É importante esclarecer, contudo, que o desvio de finalidade, neste caso, contrariando a regra geral dos institutos de direito administrativo (art. 2.º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei 4.717/1965), deverá ser analisado apenas na perspectiva abstrata, ou seja, se houve ou não o atendimento ao interesse público. Por conseguinte, mesmo que concretamente o bem não tenha sido utilizado para o fim que justificou a expropriação, se a ele foi dado uma finalidade pública, o direito de retrocessão (ao contrário do que prevê o direito português) não existirá.¹²³

No direito brasileiro, portanto, não se pode falar em direito de retrocessão quando o expropriante dá ao imóvel uma destinação pública diferente daquela especi-

119. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 195

120. Maffini, Rafael. Op. cit., p. 213.

121. Almeida, Fernando Dias Menezes de. Op. cit., p. 114.

122. Maffini, Rafael. Op. cit., p. 212.

123. Idem, p. 212.

ficado originalmente no ato expropriatório.¹²⁴ Nesse sentido destacam-se o REsp 968.414 e o AgRg nos EREsp 73.907 do STJ.¹²⁵

Outro ponto importante a respeito do direito de retrocessão, que pende de regulamentação legal específica, diz respeito à *definição do momento em que surge a obrigação do expropriante de restituir o bem expropriado ao ex-proprietário ou indenizá-lo*.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,¹²⁶ a obrigação do expropriante nasce no momento em que este desiste de aplicar o bem expropriado a uma finalidade pública, sendo que a determinação exata deste momento deverá ser verificada caso a caso. Ainda segundo o autor, “servirão como demonstração da desistência a venda, cessão ou qualquer ato dispositivo do bem praticado pelo expropriante em favor de terceiro. Poderá indicá-la, também, a anulação do plano de obras em que se calcou o Poder Público para realizar a desapropriação, ou outros fatos congêneres.”

O diploma legal que serve de fundamento à desapropriação também poderá auxiliar na definição do termo inicial da contagem do prazo. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se o fundamento da expropriação urbanística estiver baseado na Lei 4.132/1962 (que regula a desapropriação por interesse social), o art. 3.º estabelece um prazo de caducidade, a contar do decreto expropriatório, não só para que se promova a desapropriação, mas também para que se adotem as “providências de aproveitamento do bem expropriado”. De modo que, ultrapassado os dois anos, começa a correr o prazo prescricional para a retrocessão. A autora destaca, ainda, que, no caso da expropriação realizada a luz do disposto no art. 8.º, do Estatuto da Cidade, o prazo de prescrição do direito de retrocessão só começa a correr após o decurso do prazo de cinco anos concedido ao Município para que proceda ao adequado aproveitamento do imóvel expropriado.¹²⁷

Definir o momento em que surge a citada obrigação é fundamental para a contagem do prazo de prescrição do direito de retrocessão. A propósito, a falta de regulamentação legal específica sobre o prazo prescricional, nos moldes da realizada no código português das expropriações, faz surgir na doutrina diferentes entendimentos.

124. No Brasil, essa situação é denominada pela doutrina de “tredestinação lícita”. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, ocorre a chamada tredestinação lícita quando, persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início, e, a denominada tredestinação ilícita, quando o Poder Público transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização. Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo... cit., p. 727.

125. Maffini, Rafael. Op. cit., p. 212.

126. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 886.

127. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 197.

Hely Lopes Meirelles,¹²⁸ aplicando por analogia o disposto no art. 10, do Dec.-lei 3.365/1941 (que define o prazo para a propositura da ação de efetivação da desapropriação por utilidade ou necessidade pública), entende que o prazo seria de 5 anos. De outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹³⁰ defendem que, sendo a retrocessão um direito pessoal ou real, a prescrição para a propositura da ação será de 10 anos, conforme previsto no art. 205 do CC/2002.¹³¹

Por fim, outras duas situações carentes de regulamentação legal são discutidas pela doutrina. A primeira, diz respeito à possibilidade, ou não, de *transmissibilidade do direito de retrocessão* e, a segunda, refere-se à existência, ou não, do *direito de retrocessão no caso de o bem expropriado perder a finalidade pública que deu azo à desapropriação*.

Quanto à primeira situação, a discussão existe, pois, como foi visto, o direito de retrocessão, no Código Civil brasileiro (art. 519), é previsto como direito de preferência que, nos termos do disposto no art. 520, da mesma lei civil, “não se pode ceder nem passar aos herdeiros”.

Para defender a possibilidade de transmissão do direito de retrocessão, Celso Antônio Bandeira de Mello, mais uma vez usa a proteção constitucional do direito de propriedade. Segundo o autor, o superior interesse da ordem jurídica parece ser o de proteger o mais amplamente possível quem teve o seu direito de propriedade extinto, quando ausentes os motivos que justificaram a desapropriação. Nesse sentido foi o entendimento do STF nos Ag. 26.619 e RE 64.559.¹³²

Sobre a segunda situação, o entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que, uma vez aplicada a finalidade pública ao bem expropriado, o fato dela não se perpetuar não gera ao antigo proprietário o direito de retrocessão. Seguindo essa linha de raciocínio, argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello:¹³³

“É que o pressuposto do instituto da retrocessão (seja concebida como mero direito de preferência, seja como direito real) só tem lugar quando o bem foi desapropriado inutilmente. Seu sentido, em inteligência razoável, só pode ser o de infirmar uma inútil perda compulsória da propriedade; o de reconstruir uma situação criada por uma desapropriação frustrada em sua finalidade própria. Em suma: o propósito

128. Meirelles, Hely Lopes. Op. cit.

129. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit.

130. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 196.

131. Sobre o tema, o STF, em pronunciamento recente (RE 104.591), entendeu que o prazo de prescrição seria de 10 anos.

132. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 889.

133. Idem, p. 890.

aí abrigado não pode ser outro senão o de reverter ou ensejar que revertam situações nas quais a sucessão dos fatos vem a revelar que liminarmente faleciam ou, então, que não prosperaram as razões justificadoras da desapropriação. Se existiam e se prosperaram não há por que infirmar ou ensejar que se infirme propriedade que o Poder Público validamente constituiu e pela qual pagou devidamente a justa indenização ao expropriado. Logo, se ela foi útil, se cumpriu a finalidade que lhe era reconhecida como legítima, não há por que desfazer-lhe os efeitos; a saber: os de integrar definitivamente o bem no patrimônio do adquirente. (...). Por maior que seja o compreensível respeito ao direito de propriedade individual, nada justificaria exponenciar-lhe o alcance ao ponto de lhe atribuir a forma de – como autêntica Fênix – manter permanentemente viva a possibilidade de se reconstituir e renascer.”

Em que pese os argumentos do autor sejam dotados de fundamentação jurídica lógica e coerente, existem situações em que a desafetação do bem expropriado ao fim público que justificou a desapropriação é realizada num curto espaço de tempo, o que recomendaria a retrocessão. Buscando evitar discussões sobre o que poderia ser considerado como prazo razoável de afetação a não ensejar o direito à retrocessão, o Código Português das Expropriações prevê, no número 4, “a”, do art. 5.º, que os pressupostos de existência do direito de reversão (não aplicação do bem ao fim público no prazo de dois anos ou ter cessado as finalidades da expropriação) devem ocorrer dentro do prazo de 20 anos. Após esse prazo, restará ao antigo proprietário o direito de preferência na aquisição do bem, caso o ente expropriante queira vendê-lo.

Por todo o exposto, verifica-se que a falta de regulamentação específica e atual sobre o direito de retrocessão, como garantia dos particulares nas expropriações urbanísticas, enseja diversas discussões. A regulamentação do instituto da retrocessão, nos moldes realizados pela lei portuguesa, além de por fim às questões acima levantadas, outorgando credibilidade e moralidade ao processo expropriatório, poderia indicar o procedimento e os prazos de retomada do bem pelo antigo proprietário que, a partir de um regramento técnico e objetivo, convinha fosse realizado na esfera administrativa, com recurso ao Poder Judiciário apenas nos casos de litígio.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível concluir que:

1) A desapropriação urbanística é modalidade de execução dos planos de ordenamento do território e, como forma de revogação do direito de propriedade, só deve ser utilizada como última *ratio* e mediante o pagamento de justa indenização.

2) São pressupostos de legitimidade da desapropriação urbanística: o princípio da legalidade, o princípio da utilidade pública, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da “proibição do excesso” e a indenização.

3) Se o bem expropriado não for destinado ao fim que fundamentou a expropriação pelo Poder Público nascerá ao ex-proprietário o direito de retrocessão (com exceção dos casos de tredestinação lícita prevista no direito brasileiro).

4) A retrocessão dos bens expropriados é, portanto, o direito reconhecido pelo ordenamento jurídico ao anterior titular do bem ou direito objeto de expropriação de o reaver do atual proprietário ou ser indenizado pelo expropriante (possibilidade admitida no direito português apenas quando a reversão do bem expropriado resultar em prejuízo ao interesse público), quando ao bem não for dada (ou tiver cessada) a utilidade pública que justificou a expropriação.

5) Nessa conjuntura, segundo a doutrina portuguesa majoritária, o direito de reversão tem natureza jurídica de condição resolutiva de direito público, que, devido ao desaparecimento da *causa expropriandi* decorrente do não cumprimento da finalidade da expropriação, faz cessar os efeitos desta, impondo a repristinação das coisas ao *status quo ante*, restituindo o antigo proprietário o valor que tinha recebido na indenização e recuperando a propriedade do bem.

6) No direito português, os pressupostos e as condições de exercício do direito de reversão estão previstos no art. 5.º, do Código das Expropriações. Por sua vez, o procedimento de reversão dos bens expropriados é regrado pelos arts. 74.º a 79.º, do mesmo diploma legal.

7) No ordenamento jurídico brasileiro, a falta de regulamentação específica e atual do direito de retrocessão, como garantia dos particulares nas desapropriações urbanísticas, enseja diversas dúvidas, tanto sobre a sua natureza jurídica (direito pessoal, real ou misto), quanto sobre o prazo para ajuizamento da ação de retrocessão (cinco ou dez anos).

8) Considerando o exposto, a regulamentação do direito de retrocessão, nos moldes realizados pela lei portuguesa, além de por fim às questões acima levantadas, outorgando credibilidade e moralidade ao processo expropriatório, poderia indicar o procedimento e os prazos de retomada do bem pelo antigo proprietário que, a partir de um regramento técnico e objetivo, convinha fosse realizado na esfera administrativa, com recurso ao Poder Judiciário apenas nos casos de litígio.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. In: Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almenida (coords.). 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis – doutrina, prática e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito urbanístico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. vol. I.
- _____. *Manual de direito urbanístico*. Coimbra: Almedina, 2010. vol. II.
- COSTA, Pedro Elias da. *Guia das expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Coletânea de legislação urbanística – Normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERREIRA, João Pedro de Melo. *Código das expropriações anotado*. Coimbra: Coimbra Ed. 2007.
- GOMES, José Osvaldo. *Das expropriações por utilidade pública*. 1. ed. Lisboa: Texto ed., 1997.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: estatuto da cidade / plano diretor estratégico*. São Paulo: Ed. NDJ, 2004.
- JUSTO, Antônio dos Santos. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.
- MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Direito do urbanismo*. 2. ed. Coimbra: CEFA, 2003.
- PAIVA, João Pedro Lamana; BURTET, Tiago Machado. *Estatuto da Cidade – Repercussão no direito registral e notarial*. Cadernos do IRIB – Prática Registral. São Paulo: Editor Sérgio Jacomino. Gestão 2002/2004.
- QUADROS, Fausto de. O direito de reversão. *Revista Direito e Justiça*. vol. 5. Lisboa, 1991.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROPPO, ENZO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado de registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Constituição de 1988 e a função social da propriedade, de Gilberto Bercovici – *RDPriv* 7/69, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 6/1013 (DTR\2001\674);
- A desapropriação nas constituições brasileiras, de Helena Perez Moreira – *RDCI* 14/174 (DTR\1996\5200);
- As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português, de Madalena Teixeira – *RDI* 71/49, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/271 (DTR\2011\5250);
- Desapropriação para fins de reforma urbana, de Edilson Pereira Nobre Júnior – *RT* 799/52, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/821 (DTR\2002\240);
- O processo de execução contra as entidades públicas e contra as entidades privadas sugestões para reforma da lei de desapropriação, de Celso Medeiros – *RePro* 6/133 (DTR\1977\68); e
- Registro de imóveis. Cancelamento de registro de parcelamento do solo com amparo no art. 23, II, da Lei 6.766/1979. Inadmissibilidade. Hipótese em que não se verificou prévio registro no fólio real, pressuposto lógico do cancelamento pretendido; parte dos imóveis, ademais, objeto de desapropriação pela municipalidade. Impossibilidade de retorno ao domínio dos expropriados pela via do cancelamento administrativo dos registros, ainda que concorde o ente expropriante. Arts. 35 do Dec.-lei 3.365/1941, 519 do CC e 250, II, da Lei 6.015/1973. Recurso não provido, de Álvaro Luiz Valery Mirra – *RDI* 60/337 (DTR\2011\4191).

O REGISTRO DE DIREITOS DIANTE DA CRISE IMOBILIÁRIA GLOBAL

FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA

Professor Titular de Direito Privado da Universidade de Brasília – UnB. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O autor analisa a situação do registro de direitos diante da crise imobiliária global (bolha imobiliária), que teve como um dos principais fatores a ausência de segurança jurídica, além da falta de regulamentação mínima e ausência do controle estatal para os negócios imobiliários. Defende a reanálise dos sistemas jurídicos destinados ao reconhecimento do direito de propriedade, a existência de um organismo estatal eficiente que contenha as informações completas dos direitos reais, possibilitando ao Estado atuação coercitiva dos direitos e conclui pela necessidade de um novo modelo de registro imobiliário

PALAVRAS-CHAVE: Direito de propriedade – Crise imobiliária global – Registro imobiliário – Segurança jurídica – regulamentação estatal.

ABSTRACT: The author analyses the real state entitlement towards the global subprime mortgage crisis (real state bubble), that had the absence of legal certainty, lack of minimum regulation principles and governmental supervision over the real state market among its main factors. Stands up for the reevaluation of the legal systems used for the real state property recognition, the existence of a governmental agency responsible to hold all the information about real state's rights, providing governmental enforcement, thereby concluding for the need of a new real state registry model.

KEYWORDS: Real state – Subprime mortgage crisis – Real state bubble – Legal certainty – Governmental enforcement.

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória – 2. O sistema organizacional para a segurança dos direitos de propriedade – 3. Referências.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A crise imobiliária que se iniciou em 2008 nos Estados Unidos a partir do fenômeno que se passou a conhecer como *bolha imobiliária*, e que se alastrou por todo o mundo, sobretudo na Europa, tem como um dos principais fatores a falta de segurança jurídica indispensável para esse tipo de negócios, tendo em vista o alto volume financeiro que os mesmos realizam.

A crise norte-americana é um exemplo emblemático dos efeitos nefastos de um sistema de direitos de propriedade sem uma regulamentação mínima e fora do controle do Estado. Se desde logo as *regras de propriedade* fossem estabelecidas, conhe-

cidas por todos, impostas e cobradas (*enforcement*) pelo Estado, provavelmente o cenário teria sido outro.

Nos Estados Unidos, desde o início dos anos 2000, os preços das moradias – casas e apartamentos – subiram de maneira assustadora até o momento em que o mercado decidiu que estes não eram mais um superinvestimento, forçando seus proprietários a abandoná-las ou serem levados a uma venda, denominada de *foreclosures*.¹ Culminando com o que *Posner* denomina de emergência econômica, fundada na seguinte sequência de eventos: os baixos juros imobiliários, a bolha imobiliária, o colapso da bolha, o colapso do sistema bancário, os esforços de ressuscitação, a diminuição do emprego, os sinais de deflação e um ambicioso programa de recuperação.

Uma de suas principais características foi a liberdade de mercado se fundar em um verdadeiro defeito de análise de crédito, sem um cunho regulatório específico, que deveria ter sido verificado *ex ante*, ou seja, sofrer uma perfeita conformação antes que algo mais desastroso ocorresse. Mas a falta dessa avaliação, ou mesmo a sua avaliação defeituosa, causou o desastre econômico, pois, a inexistência de uma regulamentação estatal mais segura – *ex ante* –, não foi realizada.

Uma das formas mais visíveis da crise foi a ignorância dos devedores, pois naquele mercado o *custo de informação* é elevado e esse mesmo mercado não provê informações suficientes para que os consumidores possam tomar a decisão mais correta, e esta somente poderia ser conseguida mediante uma *informação completa*.

Tal ignorância pode ser perfeitamente traduzida na exata definição de *Ralws* quando assume que as partes estão situadas por detrás de um “véu da ignorância” (*veil of ignorance*), e não sabem como as várias alternativas podem afetar seu caso

-
1. Por *foreclosure* deve ser entendido o *foreclosure by power of sale* que é: *Power of sale foreclosure derives its name from the fact that in some jurisdictions the mortgage may include a provision granting the mortgagee the power to sell the mortgaged property without court supervision. Where this type of foreclosure is available, lenders commonly employ a security device known as deed of trust instead of a mortgage. The deed of trust provides that a trustee will conduct the foreclosure sale outside the judicial system* (BRUCE, 1991, p. 7). Assim, desde que o instrumento de constituição da garantia hipotecária permita, é possível a venda do bem em procedimento extrajudicial, quer perante a autoridade – normalmente o xerife do condado – quer pelo próprio credor ou ainda por terceiro (BRUCE; ELY JR., 1994, p. 512). É método utilizado em aproximadamente metade dos Estados americanos como uma alternativa para a venda judicial do bem, na medida em que o procedimento é rápido e possui custo inexpressivo. O método criado pelo *foreclosure sale* não está imune a severas críticas. Singer (2005, p. 567), apesar de demonstrar sua preferência a esse modelo em relação aos demais, aponta que normalmente é o credor a única pessoa a comparecer ao leilão, ofertando valor baixo para, depois, revender a propriedade pelo seu valor de mercado. E, ainda, ter contra o devedor original o *deficiency judgment*. Conseguindo, desta forma, perceber valor superior à dívida que compunha seu crédito.

particular e são obrigadas a avaliar os princípios somente com base em considerações gerais.

Disto resulta a existência de uma *externality* (no mais puro conceito econômico), quando o custo externo é aquele imposto por uma pessoa a outra ou outras, com quem não possui atual ou potencialmente uma relação contratual. Em um sentido mais técnico a externalidade se diz aparecer nas situações em que uma posição econômica de um indivíduo é afetada pela atuação de outros indivíduos com respeito a consume ou produção. Assim os benefícios ou os malefícios são transmitidos para o preço do sistema, também chamado de externalidades pecuniárias.

Os efeitos externos podem beneficiar ou prejudicar os indivíduos, e em um sentido de *direito de propriedade* aqueles devem desfrutar de um menor preço ou sofrer os efeitos danosos que tais efeitos possam produzir. Tudo isso depende da correta especificação proprietária e dos denominados *custos de transação* inerentes aos direitos de propriedade, que em uma economia de mercado só pode ser atingida mediante a transferência de importantes direitos. Dessa maneira as condições de internalização de efeitos externos deve sempre ser pautada por: (a) claras e suficientes informações dos direitos de propriedade; (b) a liberdade de *troca* (em um sentido econômico). E sem essa última característica não se pode imaginar a possibilidade de internalização de custos e benefícios externos.

Por tudo isso, de sua parte, *Singer* tenta traduzir juridicamente uma *externality* como qualquer efeito – positivo ou negativo – que possui significado moral e que o direito deve prestar atenção. E, portanto, para ele a análise mais correta é aquela que confere a economistas, julgadores e legisladores a não existência de todas as preferências na determinação de custos e benefícios nas alternativas das leis.

Independentemente do conceito mais apropriado de efeitos externos – econômico ou jurídico –, certo é que tais efeitos têm a capacidade direta de influir no custo de um direito de propriedade, tendo em vista o maior ou menor grau de segurança jurídica que um sistema adota. E, na atualidade e para o futuro, esta segurança jurídica deve atender a correta equação existente entre *segurança* e *liquidez* desses direitos, afastando os inevitáveis custos desse verdadeiro *trade off* indispensável para uma contratação impessoal que deve ser pautada em regras de direito comum.

Passados os primeiros anos da crise, a sociedade globalizada volta seu olhar para a correção das imperfeições do mercado, de modo a corrigi-las e dotar todo o sistema imobiliário de uma maior segurança, principalmente redefinindo os mecanismos indispensáveis para uma maior segurança jurídica, fazendo com que o acesso da sociedade a esses bens escassos possa voltar a ser o mais amplo possível e, por consequência, a economia iniciar seu retorno a níveis desejáveis e mais confiáveis.

Um dos importantes mecanismos para que se possa atingir tal situação desejada é a (re)análise dos sistemas jurídicos destinados ao reconhecimento e *enforcement* dos direitos de propriedade, que desde há muito tempo podem ser divididos em

duas grandes categorias: (a) *o registro de direitos*; (b) *o registro de títulos*, conhecido em alguns países como *recording title*.

Nos Estados Unidos não existe um sistema de registro de direitos ou mesmo de títulos único, definido pelo Governo Federal. O denominado *recording system* é realizado por cada um dos Estados, dentro de seu território, sistematizando-o por *condados*. Por tal sistema, que não é único, e de acesso livre à população, em realidade o que existe é uma enorme livreria de documentos de inter-relação de documentos que incluem os instrumentos (contratos etc.) que foram utilizados para a formalização da transação imobiliária anterior e que, voluntariamente, foram publicizados pelo interessado, passando a integrar a livreria. Dessa forma, para uma investigação destinada ao conhecimento de uma “cadeia dominial” se torna indispensável a ida do interessado ou “pesquisador” ao *public office* de cada condado para visitar a livreria, mediante a utilização de um “índice” de catalogação usualmente realizado por pessoas (e não por imóveis) na tentativa de identificar e ler os documentos que se encontraram depositados e que são relacionados com a propriedade que se pretende transacionar. Daí, o interessado, fundado em seus conhecimentos legais e de direito de propriedade, deve decidir e descobrir quem é o verdadeiro proprietário e se existem direitos (*encumbrances*) que afetem a propriedade, tais como hipotecas, servidões, contratos de *leasing*, dentre outros. O sistema é frugal (modesto ou simples), conforme apontam *Stoebuck* e *Whitman*, sem que haja nenhuma responsabilidade do Estado, eis que seus funcionários somente recebem, copiam, indexam e devolvem o documento ao seu titular. Sendo tal sistema, para os autores “unfortunately, the recording is seriously deficient with respect of the reliability of information it yields to searchers”. Se trata de um sistema *custoso* em termos de tempo e de dinheiro, quando na grande maioria das vezes a pesquisa deve remontar à propriedade da Coroa Inglesa, fazendo com que os dados de pesquisa remontem somente a 30 ou 40 anos, aumentando a incerteza. Por tais deficiências alguns Estados americanos, concretamente nove Estados (atualmente utilizado no Havaí, no Condado de Cook [Chicago], Henepin [Minneapolis], Ramsey [St. Paul], e algumas áreas de Ohio e Massachusetts), a ilha de Guam na Micronésia e Porto Rico, tenham adotado o sistema *torrens* de *title registration*. Contudo o sistema *torrens* “adaptado” utilizado nesses locais é facultativo, permitindo sua coexistência com o sistema de títulos e mesmo o seguro de títulos. A não adoção do sistema *torrens* em larga escala se deve a dois fatores: seu alto custo e a dificuldade de estabelecimento de um marco inicial da propriedade imobiliária. Todas essas deficiências fizeram com que outros sistemas, de cunho eminentemente privados – muitas vezes organizados pelas entidades financeiras – proliferassem. Podendo ser destacados: *search methods*; *chain-of-titles*; *marketable title acts*. E, principalmente, os *title plants* privados e os *titles insurances*. A diversidade de sistemas nos Estados Unidos e sua pouca confiabilidade foram fatores determinantes para o surgimento da bolha imobiliária em 2008.

Em uma primeira análise, por demais superficial, pode-se dizer que ambos os sistemas possuem vicissitudes e defeitos. Porém, é na maior ou menor intervenção do Estado na *proteção informativa* para o reconhecimento das titularidades e a extensão dos direitos de propriedade que se deve apoiar o sistema jurídico de verificação da propriedade.

Contudo, o estudo do problema deve partir da constatação do modelo proprietário tal como delineado desde o século XIX e desenvolvido no século passado, quando a mesma passou a ser visualizada como um direito dotado de modelações, plasticidade e de compressão. Estrutura necessária para o atendimento das novas necessidades sociais. Em sua evolução deixa de ser considerada uma relação entre uma pessoa e uma coisa para ser conformada como uma relação de pessoa a pessoa, vinculada a determinado objeto.

Dentro de seu novo formato, é indispensável a atuação do Estado para assegurar as relações proprietárias. O novo modelo proprietário pode ser conseguido mediante a inter-relação da *teoria institucional* e a *democratic model of property rights*, a partir do estudo dos direitos de propriedade como instituição, bem como o papel da mesma na comunidade e na sociedade como meio de desenvolvimento do ser humano.

A propriedade constitucionalizada é funcionalizada, sendo reconhecido um limite de interesse de seu titular, que não pode lesionar os interesses da comunidade ou coletividade. No marco do direito civil, a propriedade deixa de ser concebida como um feixe de direitos, para ser reconhecida a partir da alocação desse recurso escasso, eis que a mesma lei que protege a propriedade deve ser a mesma que possibilita outros se tornarem proprietários. Para tanto, o Estado deve buscar o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, bem como de proprietários e não proprietários. Assim, devem ser estabelecidos marcos regulatórios, dentro dos quais possam se desenvolver as regras de propriedade, definindo e delimitando o alcance dos privilégios dos indivíduos sobre seus bens. O desenvolvimento de regras de propriedade tem a finalidade de permitir a funcionalização da propriedade, bem como atuar nos custos de transação e de informação das mesmas.

A propriedade possui duas características que, quando colocadas em conjunto, a configuram como uma verdadeira propriedade.

A primeira delas permite a identificação das pessoas que possuem os controles dos recursos, possibilitando aos demais saber quem são as pessoas com quem devem tratar para influir no uso das propriedades. A segunda característica articula poderosos incentivos para que se consiga colocar esses recursos para os seus usos mais valiosos. E, tudo isso se consegue atribuindo a seu proprietário suficientes faculdades de exclusão, tanto no que se refere ao aproveitamento material do bem, como no tocante à disposição de seu direito.

Por tais ideias, é de fácil reconhecimento que a propriedade atual necessita de um sistema de regras destinadas à regulamentação do acesso e ao controle desses

recursos materiais. Com o acesso, surge o problema da alocação desses recursos, respondendo a um binômio: para onde e para quem tais recursos devem ser dirigidos. Portanto, devem ser conhecidos e reconhecidos os direitos e deveres relativos a esses recursos escassos, de que os seres humanos necessitam para sobreviver. Porém, muito mais que isso, a conduta deve ser efetuada mediante as regras impostas pelo Estado e envolve uma regra geral de comportamento, não sendo, com isto, dirigida a determinada pessoa ou a determinados grupos.

A propriedade privada possui uma definição e caracterização estabelecida a partir de sua inserção no mundo negocial, valendo dizer, no mundo econômico. Nesta esfera, descobrimos que a mesma é um produto escasso. E, muito mais que isso, é um produto escasso indispensável à sobrevivência humana, ao ponto que a mesma, sempre que possível, deve ser compartilhada com uma pluralidade de indivíduos.

O Estado é a única instituição capaz de regulamentar o mercado mediante regras de coercibilidade e a realização de concentração de dados inerentes a propriedade, impondo limites aos custos de transação e reduzindo as incertezas informativas. E dessa forma possibilitando a transposições das propriedades que se encontram em um mercado informal para um mercado formal.

Disto resulta que a propriedade, dentro de relações entre pessoas, depende de uma regulamentação mínima do Estado para que possa ser socialmente justa. O liberalismo exacerbado é contrário às *regras de propriedade* e pode resultar até mesmo em prejuízo ao seu titular, tal como ocorreu na crise imobiliária americana de 2008.

Em um mundo de informações completas, as instituições não são necessárias. Contudo, essa assertiva não é verdadeira, uma vez que as informações, ao contrário, são sempre incompletas, e as instituições possuem como uma de suas finalidades reduzir a falta de informação ou completar uma informação deficiente, atuando em benefício da sociedade.

As instituições existem para que se possa ter um desenvolvimento econômico e social. Assim, como afirma Méndez, a partir de uma perspectiva ampla, é possível se sustentar que a função geral de uma instituição consiste em favorecer o progresso da sociedade, entendido este como o desenvolvimento de uma cooperação crescente, profunda e complexa entre os indivíduos dentro de grupos cada vez mais amplos e impessoais. A eficiência de tais organizações é dependente, diretamente, dos marcos institucionais e da estrutura dos direitos de propriedade capazes de canalizar os esforços individuais na busca do estabelecimento de atividades que suponham a aproximação da taxa privada de benefícios com a taxa social de benefícios.

Os direitos de propriedade, conforme já assinalado anteriormente, são uma *instituição*. Torna-se necessário definir qual o papel desta conceituação para o correto conhecimento dos direitos de propriedade nos dias atuais. Para tanto, *Grief*, ao vislumbrar que uma *instituição* se compõe de um sistema de fatores sociais destinados

a uma regulamentação comportamental. Sendo certo, ainda, que os elementos que a integram são previamente estabelecidos por condições previamente definidas. Portanto, a instituição é formada por regras, normas, formas de comportamento, destinadas a regulamentar determinada situação social. Indo mais além, em matéria de direitos de propriedade, tal *instituição* define ou delimita o alcance dos privilégios garantidos aos indivíduos sobre determinado bem, como é o caso de um imóvel.

Portanto, a teoria institucional se fundamenta em uma dupla base: (a) a teoria do comportamento humano; (b) a teoria dos custos de transação. Com a união dessas duas teorias é possível se estabelecer a importância da *instituição* dos direitos de propriedade em sociedade. Ou seja, qual é o papel que os direitos de propriedade devem desempenhar e contribuir para o bem-estar social ou mesmo de uma comunidade.

A concretização desse papel institucional dos direitos de propriedade tem por fundamento os altos esforços despendidos nas transações imobiliárias. O papel a ser desempenhado pelos custos de transação importa na aferição de todos os atributos que serão objeto do negócio jurídico, bem como os custos para a proteção dos direitos de propriedade e os destinados aos mecanismos de coercibilidade (*enforcement*), cuja tarefa é atribuída ao Estado. E toda essa atividade é fonte de instituições, sejam elas sociais, políticas ou econômicas.

A principal função de uma instituição em sociedade é a redução de incertezas mediante o estabelecimento de uma estrutura estável para a interação humana. Apesar de estável, não se quer dizer que tal estrutura seja eficiente, porém certamente se busca sempre a eficiência. Para atingir seus objetivos, uma instituição se move entre códigos de conduta, normas de comportamento, legislação, contratações individuais, todas as atividades que estão à disposição dos indivíduos e que, de alguma forma, permitem certa escolha.

O custo de proteção e de vinculação obrigatória do Estado (*enforcement*) mediante sua atuação nos direitos de propriedade é, por óbvio, mais alto que as regras individuais criadas pelos cidadãos com a mesma finalidade. Porém, tal custo não é arcado por um único indivíduo, mas sim, repartido entre toda a sociedade. E, por certo, toda a sociedade pode livremente dispor dessa proteção, sem que com isto deva realizar alguma retribuição. Equivale a dizer que, para a proteção dos direitos reais realizada pelo Estado, não há um custo de transação, deixando de ser adicionado ou agregado qualquer valor na realização do negócio jurídico. Competindo ao Estado a proteção não somente das partes contratantes, mas também de possíveis interferências que terceiros possam realizar, seja na fase contratual, seja ao destinatário do negócio, após o surgimento do direito de propriedade.

A *instituição* dos direitos de propriedade é determinada mediante um processo político, envolvendo vários grupos que neles intervêm, principalmente o Estado.

Esse processo impõe a definição dos mecanismos obrigatórios de cumprimento desses direitos, bem como as diferentes formas de alocação dos mesmos. Para tanto, importa a redução de problemas coletivos, mediante as definições ou redefinições das estruturas dos direitos de propriedade, agregando um maior ganho social dessas transformações balanceadas, também, com um ganho individual. Os direitos de propriedade normalmente estão integrados na estrutura da sociedade, e a criação de novos direitos demanda um novo arranjo institucional para definir e especificar a maneira como esses direitos possam passar a cooperar com a sociedade. Dessa forma, para *Libecap*, a distribuição dos direitos de propriedade, além de realizar uma redução de custo de transação, é capaz de promover o crescimento econômico e a distribuição de riquezas.

Assim, a definição conceitual de *Waldron*, no nosso entender, é aquela que mais se aproxima da realidade proprietária na atualidade, revelando um grande número de atributos em relação à mesma:

“The concept of property is the concept of a system of rules governing access and control of material resources. Something is to be regarded as a material resource if it is a material object capable of satisfying some human need or want. In all times and places with which we are familiar, material resources are scarce relative to human demands that are made on them. (Some, of course, are scarcer than others). Scarcity, as philosophers from Hume to Rawls have pointed out, is a presupposition of all sensible talk about property.”

Por tais ideias, é de fácil reconhecimento que a propriedade atual necessita de um sistema de regras destinadas à regulamentação do acesso e ao controle desses recursos materiais. Com o acesso, surge o problema da alocação desses recursos, respondendo a um binômio: para onde e para quem tais recursos devem ser dirigidos. Portanto, devem ser conhecidos e reconhecidos os direitos e deveres relativos a esses recursos escassos, de que os seres humanos necessitam para sobreviver. Porém, muito mais que isso, a conduta deve ser efetuada mediante as regras impostas pelo Estado e envolve uma regra geral de comportamento, não sendo, com isto, dirigida a determinada pessoa ou a determinados grupos. Dessa forma, o mesmo *Waldron* entende que o interesse na propriedade se exterioriza pelo interesse na estrutura social e política da sociedade.

De outra parte, os recursos materiais, antes referidos, são os mais diversos, abrangendo não só minerais, florestas, água, terra, objetos manufaturados, mas também a propriedade imaterial, como a propriedade intelectual, as invenções. Da mesma forma, identificamos as legislações urbanísticas, o sistema de defesa do consumidor e códigos de edificações, proteção ao patrimônio histórico e artístico. Tudo compoem a gama de recursos e feixe de alocações que deve o Estado realizar.

Por último, surge a problemática dos recursos escassos. Em se tratando de direitos de propriedade, todos os recursos são escassos, podendo existir uns que

são mais escassos que outros. Dessa maneira, a atuação do Estado na preservação desses recursos escassos é preponderante para a noção dos direitos de propriedade. Para tanto, o poder de controlar e de impor obrigações aos titulares desses direitos é uma tarefa que só o Estado tem capacidade de cumprir. Segundo *Posner*, a proteção legal dos direitos de propriedade possui uma importante função econômica: a de criar incentivos para o uso eficiente dos recursos. E tal criação legal é a condição necessária e suficiente para essa utilização, conseguindo, dessa forma, que tais recursos possam ser transferíveis. A existência de um sistema de direitos de propriedade permite a transferência e a troca desses recursos de uma pessoa menos produtiva para outra mais produtiva. Inclusive podendo se valer de transferências voluntárias desses direitos.

Portanto, o Estado desempenha um importante papel para assegurar a criação, existência e a coercibilidade (*enforcement*) dos direitos de propriedade. Em primeiro lugar, a atuação do Estado é mais barata – ou menos custosa – que a defesa pessoal e isolada de cada um dos indivíduos, estabelecendo o primado da atuação do Governo frente às iniciativas privadas ou individuais. Mesmo que um pequeno grupo se organize para a defesa dos direitos de propriedade em uma escala reduzida, é difícil se imaginar a coercibilidade de uma regra sem a intervenção do estatal. Disto resulta que o Governo, ao regular o mercado dos direitos de propriedade mediante a edição de leis e a coercibilidade da normativa, consegue estabilizar as relações proprietárias, permitindo o avanço sobre o aproveitamento dos recursos e o consenso acerca das apropriações efetuadas.

Diante de tais observações, *Méndez* estabelece que a origem da propriedade privada, em suas diversas formas, seria um fenômeno originalmente governamental, ou bem mais, um fenômeno de origem social e de posterior sanção governamental. Posteriormente, a instituição proprietária foi-se configurando lentamente com o passar dos tempos, mediante um processo em que o Estado tentou clarificá-lo e regulá-lo. Portanto, os direitos de propriedade seriam convenções sociais respaldadas pelo próprio Estado.

Na atualidade, a teoria institucional é fundada na percepção das atitudes humanas e na teoria dos custos de transação. Dessa forma, as instituições, tal como é a instituição dos direitos de propriedade, existem e devem desempenhar um papel para o funcionamento da sociedade. Portanto, a redução dos custos de transação atua na medição do valor atribuído ao bem que se pretende intercambiar, ou seja, o custo de proteção dos direitos e de coercibilidade desses direitos pelo Estado. Ademais, a medição dos custos e os meios de coerção dos direitos são fontes das instituições econômicas e sociais. E, como aponta *Demsetz*: “property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization”. Por certo, as transações são custosas, e o reconhecimento de tais custos resulta, também, no reconhecimento de um mercado verdadeiro e realista, onde aqueles que nele intervêm devem ser capazes de tomar decisões.

A primeira vez que se falou em custo de transação foi em 1937, quando *Coase*, no *The problem of social cost*, assumiu que na hipótese sob verificação, o custo de transação era zero, surgindo o que se denominou *Coase Theorem*, que apesar de impulsionar os estudos dessa área foi paulatinamente sendo contestado, pelo simples motivo de que os custos de transação nunca podem ser zero. Ao contrário, são sempre positivos. O mercado não é uma situação ideal, porque não é sempre perfeito, revelando, por conseguinte, assimetrias entre as partes contratantes.

Segundo *North* e *Thomas*, a transferência de bens de um titular para outro requer a provisão de informações acerca das oportunidades relativas ao negócio, o que eles denominam de *custo de pesquisa* (*search cost*), no qual se inserem os termos da negociação conhecidos como *custo de negociação* (*negotiation cost*), além dos custos de coerção (*enforcement cost*). Sendo o conjunto de todos esses custos denominados de *custo de transação* (*transaction cost*). Nessas categorias, os custos de pesquisa normalmente são fixos, como é o caso do conhecimento das informações do mercado. Os custos de negociação têm a capacidade de flutuar de acordo com a escala da negociação. Caso a negociação seja em grande escala, isto é, envolvendo diversas pessoas com trocas de objetos semelhantes, esse custo será muito mais baixo do que uma negociação de troca singular. De sua parte, os custos de coercibilidade são fixos, porquanto advêm de uma atividade estatal, onde tal custo já se encontra inserido nas atividades habituais e necessárias do Estado.

Em sua composição, os custos de transação são possuidores de uma gama de recursos, tais como aqueles destinados à criação, manutenção, uso e troca. Ao transpormos tais recursos para os direitos de propriedade, poderemos verificar a existência do valor do bem objeto do negócio jurídico, o custo na realização do negócio – impostos, taxas, profissionais que intervêm no mesmo – e o custo de coercibilidade (*enforcement*). Nesse momento, *Furubotn* e *Richter* agregam o custo de informação, que sem dúvida alguma é uma derivação do custo de pesquisa, idealizado por *North*. No custo de informação encontramos as principais *assimetrias* entre as partes que contratam direitos de propriedade. Há sempre uma parte melhor informada e outra pior informada. E a busca de informações, na tentativa de se buscar a simetria, é sempre custosa.

Numa análise detida podemos verificar que em uma aquisição de direito de propriedade temos dois momentos distintos, como apontado por *North*. O momento da aquisição, no qual se localiza o custo de aquisição propriamente dito – valor do bem –, a intervenção de determinadas pessoas – advogados, corretores, contadores; e a verificação da correta transação, para se evitar uma incerteza futura. Um segundo momento existe por meio da atuação do Estado, que impõe o caráter de coercibilidade nas relações jurídicas, mediante a aplicação do ordenamento jurídico, de códigos de conduta ou de sanções sociais.

De uma forma ou outra, é visível que os direitos de propriedade, dentro de seu papel *institucional*, deve ser visto, em primeiro lugar como um meio, a mais, desti-

nado ao correto funcionamento da sociedade. Para tanto, deve contar com uma infinidade de mecanismos, de forma a atingir o maior número de cidadãos. Com isto se quer dizer que os direitos de propriedade, uma vez corretamente estruturados e voltados para as aplicações institucionais, pode ser levado a um maior número de pessoas. Tal atuação, conforme já exposto, deve ser realizada tanto no mercado formal quanto no informal. No mercado formal, a atuação nos custos de transação, no sentido de reduzi-los, implica, necessariamente, em um aumento no preço das propriedades que serão adquiridas, bem como a redução dos custos de informação contribuem para uma segurança jurídica maior. Já para o mercado informal, o custo de transação é um importante mecanismo que se destina a transpor a propriedade da informalidade para a formalidade, pois a redução desses custos desempenha importante papel para que tal transposição passe a ser atrativa para o titular do direito, que passará a ser real. Em todos os casos, a atuação do Estado é preponderante quando estabelece os meios de proteção e de obrigatoriedade dos direitos de propriedade. Atividade que só pode ser desenvolvida pelo próprio Estado.

De outra parte, há de ser observado que todas as transações que envolvem direitos de propriedade são positivas, isto é, custosas. Dessa maneira, os direitos, na maioria das vezes, são imperfeitos, não explicados de forma ideal e coercíveis. Assim, os custos de transação, que se pretende sejam os menores possíveis, estarão sujeitos a uma flutuação, tendo em vista essas imperfeições. Dessa forma, quanto maior for a incerteza, menor será o preço do bem. Para diminuir o que se denomina *assimetria*, quando existe diferença informativa entre as partes contratantes, devem existir determinados órgãos do Estado, que possuem a característica de assegurar o negócio jurídico e de dotar o mercado de informações corretas, evitando o surgimento de assimetrias informativas, que podem, até mesmo, impedir a realização de tais negócios.

O correto papel do Estado é a garantia de negócios jurídicos seguros, mediante custos de transação os mais baixos possíveis, evitando a existência de assimetrias informativas. Para tanto, o mercado deve ser dotado de um organismo estatal eficiente, que contenha as informações completas dos direitos reais e que possibilite ao Estado sua atuação coercitiva (*enforcement*) dos direitos. Atuando nesse sentido, o mercado será mais competitivo e os ganhos sociais também serão aumentados, possibilitando o desenvolvimento da sociedade como um todo.

2. O SISTEMA ORGANIZACIONAL PARA A SEGURANÇA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE

O sistema organizacional para os direitos de propriedade é um dos alicerces para a segurança jurídica proprietária e é capaz de responder afirmativamente a eventuais contestações de terceiros que pretendam discutir a titularidade dos mesmos. A segurança jurídica desejada tem por finalidade permitir que entre os bens imóveis

seja possível uma utilização mais especializada e, portanto, mais produtiva. Contudo, essa especialização só é possível na medida que as pessoas possam intercambiar seus direitos, permitindo que haja um aumento significativo de seu valor.

Com a especialização, esclarece *Arruñada*, os direitos de propriedade podem ser efetivos, dotados de eficácia, e serem coercitivos, principalmente por serem os bens imóveis imobilizados, duradouros e relativamente pouco deterioráveis. Esse baixo custo existente na trajetória de um imóvel permite que os direitos de propriedade sejam úteis para a contratação de uma gama de direitos, sejam esses reais ou pessoais. Dessa maneira, os direitos reais têm importante significado para uma especialização produtiva e o desenvolvimento econômico.

O caráter custoso do intercâmbio de direitos da propriedade fez surgir uma série de mecanismos destinados a reduzir os custos de transação, bem como conseguir, ao mesmo tempo, a segurança jurídica. A função primordial dessas instituições é a proteção dos direitos de propriedade e a redução de assimetrias informativas entre as partes que realizam um negócio jurídico. Nesses negócios é perfeitamente identificável uma série de atributos, tais como seu aspecto físico e legal, de maneira que se possa estabelecer corretamente o valor de intercâmbio entre o imóvel e uma soma em dinheiro. Assim, para a medição desses atributos existe um custo, denominado de custo de informação, que se destina a revelá-los. Mediante as informações, observa-se a existência ou não de incertezas na contratação do negócio jurídico. Essa incerteza demonstra a existência de imperfeições na propriedade, que se refletirá diretamente no valor do negócio jurídico. Quanto maior for a incerteza, menor será o valor da transação. E, inversamente, quanto maior for a certeza, maior será o preço da transação.

Para *North*, a existência de incertezas impõe descontos maiores no valor do negócio jurídico, na medida em que a estrutura institucional permita que terceiros possam influir no valor dos atributos que são uma função de utilidade para o adquirente. Funcionando, conforme dito acima, como um fator de diminuição do valor do direito de propriedade e, ainda, retirando do mesmo um uso mais especializado, tendo como consequência direta um aumento nas taxas de juros e dificuldades no ingresso do bem no mercado.

Para a diminuição dessas assimetrias é indispensável o surgimento de instituições que coloquem à disposição dos eventuais interessados na realização de um negócio jurídico uma informação jurídica e economicamente relevante para que o mesmo possa se concretizar. Somente assim as partes intervenientes possuirão, de maneira igualitária, uma informação correta e completa a respeito do direito real que será objeto da transação imobiliária. Da mesma maneira, esse caráter informativo completo impede que uma parte seja menos informada que a outra, existindo uma *assimetria informativa*. A *assimetria informativa* ocorre quando em um negócio jurídico pode ser identificada uma parte mais informada e outra que é menos informada. Neste caso, é possível que a parte mais informada tire proveito de sua

situação em relação a outra parte, inclusive agindo de má fé. Sendo essa hipótese, para Méndez, um caso de *assimetria informativa residual*.

Uma possível neutralização das assimetrias é feita mediante uma instituição organizativa que possa demonstrar a situação jurídica dos direitos de propriedade, possibilitando que os riscos possam ser efetivamente calculados, principalmente por parte do adquirente do imóvel, fazendo com que o mercado possa ser eficiente e que haja segurança jurídica. Tais instituições devem ser dotadas de mecanismos que permitam uma rápida transmissão de informações, a um baixo custo, empregando as mais modernas tecnologias. A realização dessas condições impõe uma modificação no mercado e na estrutura das instituições organizativas existentes, pois, tal como descreve North, na atualidade existe uma mistura de instituições que visam realizar tais atividades, sem uma unificação ou centralização, estabelecendo barreiras de entrada, restrições monopolísticas, impedindo a existência do baixo custo das informações.

Em nosso caso, assim como na Espanha, possuímos a instituição organizativa dos registros imobiliários. Contudo, nos dois países se faz necessária uma profunda alteração nos modelos, para que seja possível o atendimento das modernas necessidades do tráfego jurídico negocial, de acordo com o que acima se expôs. Nas palavras de Méndez:

“[P]ara que la simetría informativa funcional produzca los efectos deseados se requiere que la información producida por el registro sea veraz y, si no lo fuere, se reputé legalmente como tal, de modo que el potencial adquirente pueda tener seguridad en el carácter irrevocable, en relación a el, de la información ofrecida por el Registro en relación a los extremos que le son propios.

Ello solamente es posible si el procedimiento registral garantiza que la información producida por el Registro es veraz en la práctica totalidad de los casos y que, cuando no lo es, se debe a que el *verus dominus* ha preferido no asumir los costes de la conservación de su derecho –esto es, los derivados del procedimiento registral– que deban ser inferiores a los de cualquier solución alternativa, para que la institución registral quede justificada. Y ésta es precisamente, la razón de ser del Registro de la Propiedad.”

As simetrias informativas funcionais existem quando ambas as partes possuem as mesmas informações, impedindo que uma parte seja mais bem informada que outra. Dessa maneira, é possível que não existam desconfiças quando da contratação com estranhos e possibilita o desenvolvimento dos mercados. De outra parte, como se infere da passagem acima, um registro imobiliário deve ter por finalidade a proteção e a segurança dos direitos de propriedade. Permitindo, então, que se possa dar a conhecer quem é o verdadeiro dono de uma propriedade e quais são as restrições que pesam sobre ela, quer sejam de caráter real ou obrigacional.

Sob outra perspectiva, De Soto esclarece que com o registro formal da propriedade é possível o estabelecimento daquilo que é economicamente significativo sobre

um imóvel. A captura e a sistematização informativa são um elemento indispensável para que se possa valorar o bem e exercer sobre o mesmo um controle. Portanto, é extremamente difícil se movimentar um mercado quando os direitos de propriedade não se encontram fixados em um sistema formal, por meio dos registros imobiliários. As informações contidas nos registros tem a finalidade de alertar qualquer pessoa qual é a situação de determinada propriedade, inclusive possibilitando que um negócio jurídico possa ser realizado ou não.

Por fim, o registro imobiliário cumpre um importante papel na diminuição dos custos de manutenção. Em realidade, nestes não há custo de manutenção do direito de propriedade. O direito real inscrito, como antes apontado, identifica quem é o verdadeiro proprietário, e também, protege-o contra eventuais intentos de terceiros em possíveis reivindicações. Neste ponto, há sensível diferença entre os países que adotam o sistema de registro de direitos comparados com os que se utilizam de um registro de títulos ou de contratos. Enquanto nos primeiros há evidente segurança jurídica do direito inscrito, nos segundos existe uma insegurança. Para diminuir os riscos de uma possível reivindicação, nesses países – e é bem característico no *common law* –, há uma forte cultura securitária. Para a segurança jurídica dos direitos de propriedade, seus titulares se valem de seguros contra qualquer deficiência dominial. E o seguro é custoso, inclusive porque o seu prêmio deve ser pago a cada intervalo de tempo, usualmente a cada ano.

A inovação depende do reconhecimento da natureza real dos direitos de propriedade, aliada aos custos de informação a respeito dos mesmos, e por consequência, destinados à sua manutenção e proteção. Dessa forma, consegue-se a centralização informativa que usualmente se encontraria espalhada e que geraria um aumento de custo de informação, assim como as partes envolvidas deveriam se converter em especialistas do sistema.

Para atingir esses objetivos, faz-se necessária a intervenção do Estado, mesmo porque existem sérias dúvidas se os particulares, por seus próprios meios, têm condições de realizar a conformação das formas de propriedade, o que geraria muito mais confusão, em vez de aclarar as situações de direitos reais de propriedade.

A especialização dos recursos produtivos, tal como os direitos de propriedade, tem a capacidade de aumentar a produtividade, sendo, portanto, o motor da economia, tal como já advertiram os modernos constitucionalistas europeus. Contudo, essa especialização só se torna atrativa para o mercado na medida em que possa haver intercâmbio entre recursos e produtos entre si e com os consumidores. Esse intercâmbio, como visto, por certo é custoso, e o alto custo do mesmo possui a característica de frear a especialização, atingindo o próprio desenvolvimento.

Para o correto funcionamento do mercado é indispensável que se reduzam os custos de intercâmbio, que pode ser conseguido mediante a aplicação de diversos mecanismos. De imediato, importa considerar que tais reduções traduzem a correta

atuação do Estado no mercado, sem que com isto haja uma intervenção ou atuação intervencionista. Para tanto, em primeiro lugar podemos vislumbrar as instituições jurídicas destinadas a tornar possível a existência e a contratação de direitos de propriedade sobre os imóveis. E a função dessas instituições e organizações é a proteção dos direitos de propriedade e a redução de assimetrias informativas entre aqueles que realizam determinado negócio jurídico.

O reconhecimento do papel institucional dos direitos de propriedade, principalmente a imobiliária, tem como função principal a proteção desses direitos e a redução das assimetrias informativas que podem surgir quando da contratação sobre bens imóveis. Para tanto, ao lado da instituição devem existir organizações destinadas a prover os mais diversos tipos de serviços profissionais, administrativos e judiciais que, além de assegurar os direitos, tornam possíveis os negócios jurídicos. Segundo *Arruñada* a diferenciação das *regras de propriedade* e dos direitos obrigacionais apontam para as seguintes diferenças: (a) existe a maior efetividade dos direitos reais – *ius in rem* –, comparado com os direitos pessoais ou obrigacionais – *ius in personam* –; (b) os direitos de propriedade gozam de uma situação hierárquica de prioridade, que atende ao momento de sua publicidade, consubstanciado no princípio *prior in tempore, potior in iure*, que afasta a conceituação dos direitos dos contratos em que a hierarquia se estabelece a partir da data de elaboração do mesmo; (c) as *regras de propriedade* permitem que os direitos em litígio, dentro do mais puro espírito da boa-fé, possam ser outorgados ou confirmados ao adquirente que assim atua, mesmo em prejuízo do verdadeiro dono da propriedade. Situação que é bastante visível e de fácil reconhecimento nos sistemas jurídicos com registro de direitos.

De sua parte, *Méndez* ensina que a existência de assimetrias informativas presentes no mercado são a principal dificuldade para se coordenar os interesses das partes e, por conseguinte, para contratar. Para tal caso, o registro imobiliário, entendido esse como um registro de direitos, é capaz de resolver certas incertezas, pelo menos em seus elementos essenciais: quem é o verdadeiro titular registral – dono –; quem tem o poder de disposição sobre o imóvel; quais são os demais direitos que existem sobre o bem, podendo ter preferência frente ao direito do potencial adquirente. Isto porque o registro é a única instituição que pode dotar o mercado desse tipo de informação, porque é ele que a cria para os efeitos do próprio mercado.

Portanto, é conclusivo que os direitos de propriedade, para que possam cumprir seu papel institucional, devam, a partir da atividade do Estado, possuir um único local de concentração de suas informações, e consequentemente, consegue-se a verdade real a respeito da titularidade imobiliária, bem como as vicissitudes inerentes ao imóvel. E, por conseguinte, a redução nos custos de transação e de informação, indispensáveis para o correto funcionamento do mercado.

O novo modelo dos direitos de propriedade que merece ser desenhado passa, necessariamente, pela redefinição dos critérios de aquisição desses direitos, aban-

donando, ou pelo menos aperfeiçoando algumas instituições, como é o caso dos registros imobiliários existentes na atualidade, principalmente quanto à sua valoração jurídica e aos seus efeitos. Com isso não se pensa em uma crítica completa ao modelo existente, mesmo porque, de certa forma, o mesmo é capaz de desempenhar as tarefas a ele conferidas. Ademais, é imperiosa uma análise da conformação das características e finalidades que o registro revela, normalmente mal compreendidas ao longo do último século.

Ao realizar uma pequena história evolutiva do registro imobiliário a partir da edição da Lei dos Registros Públicos em 1973, *Dip* estabelece que após o tempo da descoberta da nova Lei veio o *tempo da crise*. Porém, não se deve entender como crise a necessidade de alteração ou mudança essencial de paradigma da atividade registrária. Muito mais que isso, é necessário um *salto essencial* que não se configura como uma simples modificação ou a busca de uma nova roupagem para o registro imobiliário ou, ainda, uma atualização da atividade. Ao contrário, é importante a afirmação da atividade registrária como instituição, de forma a atender às necessidades do cotidiano da comunidade e da sociedade.

O fortalecimento da atividade registrária, conseguido mediante a *publicidade* e a *destinação* do registro, deve ser um instrumento capaz de ser útil para o mercado e para as pessoas que dele necessitam para intercambiar riquezas e assegurar a certeza dos direitos de propriedade, fazendo com que as transações imobiliárias possam ser menos custosas e que gozem de um grau de segurança que potencialmente possa ser quase máximo. Dessa forma, impõe-se o abandono de um normativismo implícito, tal como as academias costumam descrevê-lo, onde as tarefas descritivas de tipos pré-concebidos partem de uma realidade estritamente prática, chegando até mesmo a uma situação de homogeneização das tarefas inerentes aos registros imobiliários.

A adaptação do modelo existente, mediante uma atualização coerente para o desempenho dessas atividades, principalmente às novas atribuições que a ele são reservadas – tais como as apontadas no presente estudo –, revela que o estabelecimento de sua finalidade está diretamente ligado à sua natureza. E esta deve ser concebida como uma unidade conceitual que agrupa as múltiplas relações jurídicas, permitindo que seja possível, mediante a consulta a um único local, saber com maior precisão qual é a verdadeira e real situação de um determinado bem imóvel. Dessa maneira, mediante uma concentração unitária formal se evita uma multiplicidade informativa, de todo indesejável, que aumenta os seus custos, bem como os custos de transação.

De outra parte, a unicidade física e a concentração informativa são dois elementos que desempenham importante papel para a segurança jurídica imobiliária, mesmo porque no registro imobiliário é possível a difusão da situação jurídica de determinado imóvel, mediante os corretos meios de comunicação, tal como a publicidade – embora sempre com caráter restritivo –, alcançando a desejável redução das assimetrias e permitindo a sensível redução dos custos de informação.

De início, importa recordar que *Bevilaqua*, ao idealizar a sistemática registrária e de aquisição dos direitos de propriedade no Código Civil de 1916, buscou romper com o sistema até então vigente de um simples registro publicitário e de oneração, para se aproximar de um sistema mais rígido, como o alemão, onde a presunção dos direitos registrados é absoluta. Contudo, ao dotar os registros de uma presunção relativa, abriram-se as portas para uma enorme possibilidade de interpretações e de mitigações dos direitos registrados, como podemos notar ao longo dos anos. E que, por certo, esta não era a intenção do codificador.

Primeiramente, consideremos que em nosso sistema são registrados direitos e não simplesmente títulos. As transformações jurídico-reais se perfazem com o registro, e por isso, a primordial finalidade do sistema registral é o registro de direitos. Enquanto que nos sistemas de registro de títulos, a atividade registrária se cinge na referência ao contrato que foi levado ao registro imobiliário. Como consequência lógica disso, no primeiro, fica à margem do mesmo situações outras, de caráter contratual ou obrigacional, que não têm abrigo no registro. Essa sensível diferença entre registro de direitos e de títulos ou contratos revela uma faceta da sua importância para que a propriedade possa cumprir seu papel como *instituição*.

Em segundo lugar, sendo o nosso sistema de registro de direitos, impõe-se a conclusão da imperatividade de acesso ao registro de todas as situações jurídicas referidas a um determinado imóvel, conseguida mediante a concentração unitária. Dessa forma, não pode existir situação jurídico-real fora dos assentamentos do registro. Entretanto, não é assim que ocorre na prática cotidiana. Existem situações que o próprio Estado as conforma e lhes confere uma roupagem jurídica apesar da falta do registro, tais como a constituição de constrições processuais – penhora, arresto, sequestro, indisponibilidade de bens –. Situação que chegou ao extremo do STJ editar as Súmulas 76, 84, 239 e 308, prestigiando, mesmo que por motivos outros, a existência de direitos de propriedade ainda que não inscritos no registro imobiliário. Ainda, de igual maneira, os particulares sempre construíram situações jurídicas que denominam de reais à margem dos registros, como são os casos das promessas de compra e venda por instrumentos particulares não enquadradas nas exceções legais, e a transferência imobiliária por simples procurações.

Isto sem falar nas situações marginais, em que determinada parcela da população, por certo hipossuficiente, não pode ter suas propriedades inseridas no sistema imobiliário formal. Situação que está a merecer, cotidianamente, esforços do Estado para diminuir tais iniquidades, sendo certo ainda, que toda uma nova modelação do sistema de registro dos direitos de propriedade tem a capacidade de se tornar um dos principais atores de redução dessas diferenças. E isto pode ser conseguido com o auxílio da redução dos custos de transação bem como de informação, caminhando de assimetrias para simetrias, de conotação eminentemente social.

Novamente em uma análise histórica podemos constatar que a preocupação com os mecanismos estatais de aquisição da propriedade imobiliária sempre foi

recorrente. Desta forma, *Lafayette* já ensinava que a transcrição do título constituía para o adquirente uma fonte segura de esclarecimentos sobre os principais pontos da propriedade: (a) se o domínio se encontrava transcrito em favor do proprietário aparente; (b) se o domínio é pleno ou se sofreu algum desmembramento com a constituição de outro direito real; (c) *se o registro responde a todas essas questões de fato. Se o adquirente, pois, se deixa iludir e envolver pela fraude, atribua-o a si que não à insuficiência da lei.* Sendo certo, ainda, que a estrutura organizacional do instituto da transcrição se funda não somente como um princípio de segurança para o adquirente, mas também é um fundamento cardeal para todo o regime imobiliário. E conclui o autor que a grande maioria dos atos translativos de direitos de propriedade necessitam ser transcritos, e que aqueles que se transmitem sem esse requisito, fazem-no por serem dotados de uma notoriedade tal que impede *as maquinações de má-fé.*

Todas essas situações levam a uma assimetria informativa do conteúdo dos registros, gerando, por consequência, um aumento nos custos de informação e de transação, em sentido oposto ao que se pretende quando se busca no registro imobiliário uma concentração informativa e fidedigna da situação do imóvel.

Para atingir tais objetivos, impõe-se o estudo das características atuais dos registros, tendo em consideração principalmente a negação de sua publicidade formal, mesmo porque essa não é a finalidade registral. A finalidade registral são os próprios direitos, ou na feliz afirmação de *Méndez a inscrição não publica o direito. A inscrição é o direito.*

Para esse autor, a inscrição é o direito porque o direito à segurança jurídica do tráfego negocial consiste em facilitar as transações imobiliárias e ao mesmo tempo em fortalecer a posição do proprietário, para deste modo tutelar a posição do credor e assim poder habilitar os imóveis como ativos econômicos. Para tanto, os registros devem ter determinadas propriedades normativas, pelas quais o titular inscrito é o titular do direito e, por via de consequência, existindo divergência entre um suposto titular do direito e o titular inscrito, prevalece este último. Isto porque a eficiência jurídico-real do registro consiste em reforçar a posição do titular registral, quando este adquiriu o direito de outro titular registral anterior, cujo direito foi adquirido em conformidade com a normativa em vigor. Desta forma, o novo titular registral possui um direito inatacável, exceto quanto às causas que possam afetar o negócio jurídico no qual a aquisição se fundou.

A principal finalidade da concentração de todo o histórico de um determinado imóvel e suas titularidades é a redução de assimetrias informativas, e por consequência, dos custos de informação e transação. Essa tarefa só pode ser conseguida, como dito, mediante a existência de um único repositório informativo, completo e condizente com o atendimento das realidades extrarregistrárias com os livros de registro. O sistema informativo deve ser formado por um número de dados quase perfeito, de maneira a gerar a segurança jurídica indispensável para as transações

imobiliárias. Essa atividade tem como marco inicial o reconhecimento das assimetrias informativas que existem no mercado, levando as partes que desejem contratar a consultar um sem número de locais, mediante a intervenção de uma pessoa juridicamente qualificada e capaz de concluir qual é a verdadeira situação de determinado bem. É evidente que a existência de tais assimetrias, bem como o auxílio de uma terceira pessoa com destreza jurídica encarecem, de sobremaneira, os custos de informação. De igual modo, não existindo a concentração informativa, as partes que desejem realizar determinado negócio jurídico devem buscar as informações a respeito da propriedade e sua titularidade em diversos locais, aumentando o custo de transação em virtude desse custo informativo alto.

A essa situação vale acrescentar, como já visto, que nas transações podemos identificar duas partes que possuem níveis informativos em distintos graus: uma parte melhor informada, normalmente o vendedor e uma parte pior informada, que usualmente é o comprador. A parte menos informada deve ter a possibilidade de recorrer a determinado local, indicado pelo Estado, onde poderá receber todas as informações relevantes acerca da propriedade que pretende adquirir.

Dessa forma, a transmissão dos direitos de propriedade e mesmo a criação de novos direitos, usualmente levam à assimetria informativa entre as partes, que só podem ser dissipadas com o concurso de elevados custos de busca e informação. Disso resulta que geralmente os transmitentes poderão saber mais que os adquirentes sobre a existência de direitos afetados. Caso os adquirentes percebam uma desvantagem informativa, muitas vezes as negociações não se concluem. Situação que Méndez reputa como uma *assimetria informativa residual*. Portanto, os modernos sistemas jurídicos introduzem mecanismos que partem de uma atuação do próprio contrato – negando-lhes a categoria de reais –, para impor a necessidade da constituição do direito real mediante um outro ato, usualmente de registro. Conseguindo, dessa forma, o correspondente ajuste de preço e a redução dos riscos residuais que ainda possam existir.

A necessária e indispensável proteção aos terceiros que contratam direitos de propriedade levou os Estados a criar uma forma organizativa fundada no monopólio territorial. Como bem ensina *Arruñada* esse caráter organizativo não pode gerar um aumento ou incremento nos custos de transação, que deve ter uma regulamentação competente do Estado, permitindo a correta retribuição do funcionamento da organização, bem como o estabelecimento da segurança jurídica. A segurança jurídica, de igual maneira, só pode ser concebida mediante baixo custo, fator que diferencia esta das *regras de responsabilidade – liability rules* –, que impõem ao titular do direito de propriedade um elevado *custo de manutenção* de seu direito. Portanto, as *regras de propriedade* e a garantia da manutenção da mesma a baixo custo são a chave da organização e importante elemento da *instituição* dos direitos de propriedade.

A redução de incertezas informativas tem a capacidade de se refletir, diretamente, no preço das transações imobiliárias. Existindo um local em que se possa

verificar corretamente a situação jurídica, menor será o grau de incerteza. Quanto maior for o grau de incerteza, menor será o valor da transação, pois o vendedor terá que aplicar um desconto no preço no negócio jurídico em função desse evento. Ao contrário, quanto maior for a certeza, maior também poderá ser o preço. Portanto, a capacidade informativa tem a finalidade direta de redução dos custos de transação. Sendo estas, por conseguinte, dois elementos indissociáveis e dependentes da atuação do Estado para sua realização.

As assimetrias de informação podem ser reduzidas com o estabelecimento de instituições que contenham as informações à disposição dos terceiros, principalmente os compradores em um negócio jurídico, permitindo uma maior confiança na contratação. Informações jurídicas e de conteúdo econômico que devem ser fiáveis em um grau mais alto, de maneira a influir diretamente no valor da transação em função da utilidade que se possa conseguir com o bem.

O registro imobiliário deve buscar a neutralização dos efeitos que podem ser decorrentes de assimetrias informativas, levando a que as partes passem a estar em uma situação de igualdade, ou seja, que exista um ponto simétrico, de forma a dar uma maior garantia de informação ao comprador e que, ao mesmo tempo, impeça que o vendedor possa dispor de mais informações do que já tem. Em tal situação, como estabelece Méndez, há a *imposição de simetria informativa funcional*, porque diante de tal situação ambas as partes de um negócio jurídico possuem a mesma informação, fator decisivo para dissipar eventuais desconfiâncias nas contratações com estranhos. Dessa maneira, há a possibilidade de ampliação do mercado, que não se restringe a contratar com pessoas conhecidas e com amigos, para aportar uma contratação impessoal.

Essa segurança é conseguida na medida em que o Estado subministre o mercado de uma instituição que permita a existência de uma maior segurança jurídica. Tal segurança jurídica deve ser verdadeira e não artificial, valendo ser dito que o registro imobiliário necessita de uma transformação estrutural, destinada ao atendimento dessas necessidades que encerram uma nova realidade.

Segundo *North e Thomas*, é função do Estado, mediante um acordo institucional, a venda de proteção e de administração de justiça. Para tanto, é indispensável sobre o monopólio, sobre a definição e a aplicação dos direitos de propriedade, bem como dos recursos e a concessão dos direitos para a transferência desses ativos. Dessa forma, os registros são serviços básicos que o Estado deve prover para que se tenha uma economia de mercado e que a mesma funcione adequadamente.

De outro ângulo, a propriedade privada possui uma definição e caracterização estabelecida a partir de sua inserção no mundo negocial, valendo dizer, no mundo econômico. Nesta esfera, descobrimos que a mesma é um produto escasso. E, muito mais que isso, é um produto escasso indispensável à sobrevivência humana, ao ponto que a mesma, sempre que possível, deve ser compartilhada com uma pluralidade de indivíduos. Por isso Méndez acertadamente estabelece:

“La necesidad de la propiedad privada se halla ligada, por tanto, con la escasez de recursos necesarios para la subsistencia, con la existencia de una pluralidad de individuos y con el carácter escaso –y, por tanto, costoso e incompleto– de la información sobre los atributos económicamente relevantes sobre los bienes.

En este contexto, la propiedad privada permite un uso más eficiente de los recursos: permite que se exploten más recursos durante más tiempo y que puedan hacerlo un mayor número de personas (...).

(...) la escasez de los recursos necesarios para la supervivencia constituye, en última instancia, la justificación de la propiedad privada. Mediante ella se asegura la conservación de los mismos, así como su más eficiente aprovechamiento en beneficio del mayor número, en tanta mayor medida cuanto mejor definidos se hallen tales derechos, menos costosa sea su protección y más fácil su transferencia.”

Desta forma, e seguindo os ensinamentos de *Demsetz*, a propriedade possui duas características que, quando colocadas em conjunto, a configuram como uma verdadeira propriedade.

A primeira delas permite a identificação das pessoas que possuem os controles dos recursos, possibilitando aos demais saber quem são as pessoas com quem devem tratar para influir no uso das propriedades. A segunda característica articula poderosos incentivos para que se consiga colocar esses recursos para os seus usos mais valiosos. E, tudo isso se consegue atribuindo a seu proprietário suficientes facultades de exclusão, tanto no que se refere ao aproveitamento material do bem, como no tocante à disposição de seu direito.

Isto se deve, sobretudo, por ser o registro um *ato de soberania* do Estado, conforme descreve *Méndez*:

“(...) es importante resaltar que la inscripción en un Registro de derechos es un acto de soberanía –Hoheitsakt lo denomina la doctrina alemana–, –y ello, con independencia de que el sistema legal configure o no la inscripción como requisito integrante del proceso adquisitivo inter partes–, lo que es decisivo para entender la naturaleza del sistema de constitución, transmisión, modificación y extinción de *property rights* inmobiliarios en el ámbito del derecho de la seguridad del tráfico jurídico instrumentado en el ámbito inmobiliario mediante el Registro de derechos (...).

Ordinariamente, para que se produzcan tales efectos, los diferentes sistemas transmisivos dotados de registros de derechos exigen que el negocio adquisitivo sea un acto de tráfico, a título oneroso y de buena fe, aunque no siempre ha sido así (...).

Ello es así, porque la inscripción es, en un registro de derechos, un acto de soberanía, un acto mediante el cual el Estado reconoce –y, por tanto, atribuye– la titularidad de un determinado derecho real inmobiliario a una determinada persona, previo el correspondiente procedimiento, necesariamente sumario y, a la vez,

dotado de determinadas garantías insoslayables, para satisfacer las necesidades de seguridad y de liquidez de los derechos reclamadas por el mercado.”

A nova realidade registrária, e, por conseguinte, dos próprios registros imobiliários, é dependente do aperfeiçoamento institucional, na medida em que os mesmos passem a refletir a verdade real e não a verdade aparente a que estamos acostumados desde o século passado. Para tanto, tal modificação em sua estrutura deve ser de tal ordem que todas as mutações jurídico-reais relativas a um determinado imóvel sejam inseridas nos assentos registrais e, mediante *regras de propriedade* haja a vedação da existência, com conseqüente valor jurídico, de situações outras que não tenham sido acessadas no registro.

De igual forma, no futuro o Estado não pode prestigiar o surgimento de novas situações de direitos de propriedade que também não passem a compor o universo dos registros imobiliários. Evitando, dessa forma, o surgimento de novas e indesejáveis assimetrias informativas. O desejável, e que deve ser perseguido, é a concentração informativa no mais elevado grau ou parâmetro, de maneira que os negócios jurídicos possam ter um menor custo, bem como o custo informativo ser também o menor possível.

A situação ideal é que um negócio jurídico seja sempre realizado tendo como suporte uma informação registral, e dado seu alto grau de confiança, faça com que o mesmo seja inatacável, ressalvadas as causas de ineficácia relativas à própria aquisição. Assim, o registro de um direito fundado na própria sistemática informativa pretende facilitar as transações imobiliárias e ao mesmo tempo fortalecer a posição do credor, convertendo os imóveis em verdadeiros ativos econômicos.

A realidade transformadora deve passar, também, pela superação da finalidade registral unicamente como função publicitária formal. Essa função é eminentemente acessória e consequencial, levando em consideração, conforme já foi dito, que a verdadeira finalidade dessa instituição é atuar, diretamente, nos custos de transação, mediante seu caráter informativo e de redução de assimetrias jurídicas. A publicidade, principalmente a formal, é consequência lógica e derivativa de todo o sistema. Mas não é a razão do sistema em si próprio. Até porque a publicidade deve ser vista com certas e determinadas restrições, quando não se pode prestigiar a difusão indiscriminada das informações. Em realidade, o correto é se pensar em uma publicidade restrita, vinculada aos princípios de legitimidade e finalidade.

A legitimidade, ou o legítimo interesse, do terceiro pode e deve ser verificada no momento em que este solicita a informação. Este deve, primeiramente, demonstrar qual é o seu interesse. Interesse que deve ser legítimo e destinado à realização de um negócio jurídico, quer imobiliário ou obrigacional, ou ainda uma atuação protegida pelo direito. Com isto, não se quer dizer que todo terceiro que pretenda uma informação individualizada deva demonstrar seu legítimo interesse. Se busca é a vedação da difusão informativa em massa, seja em relação a um titular de direito de

propriedade, seja em relação a um grupo ou conjunto de imóveis. Tais informações quando solicitadas, muitas das vezes, possuem finalidades obscuras ou contrárias ao direito.

Com isto não se está defendendo a extinção da publicidade formal dos registros. Mais que isto, busca-se colocar o problema publicitário dentro de seu próprio marco, pelo qual essa forma de publicidade é consequencial e de segundo grau. Haja vista que é a publicidade o próprio ato de registro de determinado negócio jurídico.

Por tudo, podemos concluir que um novo modelo de registro imobiliário se faz necessário, sem que se tenha com isto, simplesmente, a função publicitária, mas sim, mediante o estabelecimento de situações jurídico-imobiliárias inatacáveis, cujo acesso ao conhecimento das mesmas deva ser regulado. Portanto, é o meio pelo qual o Estado deve dotar o mercado de um instrumento de alcance da *simetria informativa funcional*, e desse modo possa facilitar as transações imobiliárias e a consequente conversão dos imóveis em ativos econômicos.

3. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Economic foundations of property law*. Boston/Toronto: Little/Brown and Company, 1975.
- _____. *Private property and the Constitution*. New Haven/London: Yale University Press, 1977.
- ANDERSON, Terry; MCCHESENEY, Fred. *Property rights. Cooperation, conflict and law*. Princetown: Princetown University Press, 2003.
- ARRUÑADA, Benito. *Sistemas de titulación de la propiedad (un análisis de su realidad organizativa)*. Lima: Palestra, 2004.
- _____. Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento. In: *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 56. p. 139. São Paulo: Ed. RT, jan. 2004.
- _____. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: CR-PME/Fundación Beneficentia e Peritia Iuris, 2004.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal/STJ, 2003. vol. I.
- BRUCE, Jon. *Real state finance (in a nutshell)*. St. Paul (Minn): West, 1991.
- _____; ELY JR., John. *Case and material son modern property law*. 3. ed. St. Paul (Minn): West, 1994.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. vol. 85. p. 1089-1128. 1972.
- COASE, Ronald. H. *The firm, the market and the law*. Chicago/London: Chicago University Press, 1990.
- DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.
- DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *American Economic Review*. vol. 57. n. 2. p. 347. 1967.

- DIP, Ricardo. *Registros públicos*. Campinas: Millenium, 2003.
- DUKEMENIER, Jesse; KRIER, James E. *Property*. 5. ed. New York: Aspen, 2002.
- EPSTEIN, Richard. A. *Takings (private property and the power of eminent domain)*. Cambridge (Ma)/London: Harvard University Press, 1985.
- _____. (org.). *Economics of property law*. Northampton (Ma): Edward Elgar, 2007.
- FURUBOTN, Erick; RICHTER, Rudolf. *Institutions & economic theory. The contribution of the new institutional economics*. 2. ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.
- GREIF, Avner. *Institutions and the path to the modern economy. (Lessons from medieval trade)*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- HANSMANN, Henry; KAAKMANN, Reinier. Property, contract and verification. The *numerus clausus* problem and the divisibility of rights. *Harvard John Olin Center of Law, Economics and Business*. Discussion Paper n. 388/2002, p. 1.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*. n. 162. p. 1243. 1968.
- HELLER, Michel. The tragedy of the anticommons. *Harvard Law Review*. n. 111. p. 621. 1998.
- LIBECAP, Garry D. *Contracting for property rights*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- MATTEI, Ugo. *I diritti reali, la proprietà. Trattato di Diritto Civile*, diretto da Rodolfo Sacco. Torino: Utet, 2001. vol. 1.
- _____. *Basic principles of property law (a comparative legal and economic introduction)*. Westport (Ct)/London: Greenwood, 2000.
- MÉNDEZ GONZÁLES, Fernando. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Cizur Menor: Thomson/Civitas, 2011.
- _____. Estado, propiedad, mercado. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*. n. 708. p. 1497. 2008.
- _____. *De la publicidad contractual a la titulación registral (el largo proceso hacia el registro de la propiedad)*. Cizur Menor: Thomson/Civitas, 2008.
- MERRILL, Thomas; SMITH, Henry. Optimal standardization in the law of property: the *numerus clausus* principle. *Yale Law Journal*. vol. 110. p. 1. 2000.
- _____. What happened to property in law and economics? *Yale Law Journal*. vol. 111. p. 357. 2001.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- _____. *Understanding the process of economic change*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2005.
- _____; THOMAS, Robert. P. *The rise of the western world (a new economic history)*. New York: Cambridge University Press, 1973.
- POSNER, Richard A. *A failure of capitalism*. Cambridge (Ma)/London: Harvard University Press, 2009.

- _____; PARSI, Francesco. *Economic foundations of private law*. Cheltenham (UK)/Northampton (Ma): Edward Elgar, 2002.
- RAWLS, John. *A theory of justice. Revised edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SINGER, Joseph W. How property norms construct the externalities of ownership. In: ALEXANDER, Gregory; PEÑALVER, Eduardo (orgs.). *Property and community*. New York: Oxford University Press, 2010.
- _____. Democratic estates: property law in a free and democratic society. *Cornell Law Review*. vol. 94. n. 4. p. 1009. may 2009.
- _____. *Property law – Rules, policies, and practices*. 4. ed. New York: Aspen, 2005.
- _____. *Introduction to property*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2005.
- _____. *Entitlement – The paradoxes of property*. New Heaven/London: Yale University, 2000.
- STOEBUCK, William; WHITMAN, Dale A. *The law of property*. 3. ed. St. Paul (Mn): 2000.
- WALDRON, Jeremy. *The right to private property*. New York: Clarendon Press/Oxford, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crise e regulação dos mercados financeiros. a autorregulação regulada: uma possível resposta?, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto – *RDB* 47/13 (DTR\2010\19), e
- O Registro de Imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário, de Bianca Sant'Anna Della Giustina – *RDI* 69/206 (DTR\2010\681).

A IMPORTÂNCIA DA INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

JÚLIA CLÁUDIA RODRIGUES DA CUNHA MOTA

Mestre pela Fadis. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Estácio de Sá-RJ. Doutoranda em Direito Civil pela PUC-SP. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas de Capivari/SP.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: No presente artigo, pretende-se demonstrar a importância do instrumento de instituição de condomínio que é pouco abordado, pois se encontra vinculado a outros temas igualmente importantes, tais como: a incorporação e a convenção de condomínio, resgatando conceitos básicos e relembrando as possibilidades de uso. A instituição é utilizada na constituição do condomínio especial e, quando empregada corretamente, pode prevenir vários litígios que desaguam no Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Instituição – Condomínio – Documentos – Escritura.

ABSTRACT: In this article, is intended to demonstrate the importance of deed to create condominium, which is not well approached, due to the fact that is linked to other equally important subjects, such as: the incorporation and convention of condominium, rescuing basic concepts and remembering its possibilities of use. The deed is used in the formation of special condominium and, when is correctly used, can obviate some disputes that end up in the Judiciary.

KEYWORDS: Creation – Condominium – Documents – Deed.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A função social da propriedade: 2.1 A Constituição Federal – 3. Instituição de condomínio: 3.1 Breves comentários; 3.2 Elementos fundamentais; 3.3 Documentos necessários – 4. Instituição de condomínio x loteamento fechado: 4.1 Da possibilidade de registro; 4.2 A divergência doutrinária e jurisprudencial – 5. O avanço da legislação: 5.1 Mudanças necessárias – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização tem contribuído para a segregação espacial, a progressiva separação e exclusão das pessoas, com a ruptura de comunicação entre as elites extraterritoriais mais globais e o restante da população, cada vez mais “localizada” ou marginalizada.¹

1. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 9.

Apesar dessa segregação, juridicamente, a comunhão dos bens em sociedade tem sido muito frequente, compartilhando-se os espaços com pessoas completamente estranhas e diferentes. A vida nos condomínios, seja nos edifícios, seja nas casas localizadas em denominados loteamentos fechados, já faz parte da rotina das pessoas.

Ser condômino de um imóvel tornou-se tão natural quanto andar de carro. As casas isoladas têm dado lugar aos grandes empreendimentos imobiliários, ficando difícil localizar nas metrópoles pessoas que ainda não façam parte dessa grande “família”, em casas ou escritórios.

A Carta Magna adotou a moderna concepção de direito de propriedade, ao prever, em seu art. 5.º, XXIII, que a propriedade deve atender à função social, consagrando-o como direito fundamental, mas deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto.²

A ideia fundamental é proteger a coletividade, demonstrando que o interesse público está acima dos interesses individuais de cada cidadão, quando este lhe for prejudicial.

Para fazer valer essa proteção, várias leis foram criadas, dentre as quais o Estatuto das Cidades (Lei 10.257, de 10.07.2001). Contudo, um importante instituto já se faz presente em nossa legislação há vários anos e é pouco utilizado no mundo jurídico ou tem a sua real finalidade desvirtuada – a instituição de condomínio.

Muito se tem falado sobre condomínio, convenção de condomínio ou incorporação, mas muito pouco é abordado sobre a instituição de condomínio.

A instituição de condomínio é um instrumento que permite legalmente a regularização de edifícios de apartamentos ou de casas em vilas ou assobradadas.

A ideia de condomínio, combinando propriedade comum e propriedade exclusiva, surgiu no Brasil a partir do Dec. 5.481, de 25.06.1928, que foi alterado pelo Dec.-lei 5.234, de 08.02.1943, que, por sua vez, foi substituído pela Lei 285, de 05.06.1948, sendo certo que todos esses foram revogados pela Lei 4.591, de 16.12.1964, que por sua vez foi derogada pela Lei 10.406, de 10.01.2002 (novo Código Civil).³

Como a Lei 4.591/1964 tratava fundamentalmente sobre incorporações imobiliárias, a instituição de condomínio acabou sendo pouco difundida e discutida.

2. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 173.

3. CHICUTA, Kioitsi. Condomínio de casas térreas ou assobradadas. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (coords.). *Condomínio edilício. Aspectos relevantes. Aplicação do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 128.

A instituição de condomínio tem importância fundamental nos dias atuais, à medida que crescem os chamados “loteamentos fechados”, aumenta também a rentabilidade de casas situadas nas antigas vilas, corriqueiras nas décadas de 50 e 60, e hoje já reformadas.

A saída para pessoas menos abastadas adquirir algo semelhante a um lote em condomínio fechado tem levado à compra de casas localizadas em vilas, fazendo com que a importância da instituição de condomínio cresça a cada dia, já que dela se utilizam para regularizar esses imóveis situados em vilas, anunciando-se até mesmo como um condomínio fechado que não o é, em razão da sua suposta similitude, um lote grande, onde várias casas são construídas e que dão acesso a uma única entrada principal para a rua.

Portanto, torna-se indispensável nos dias atuais saber de que forma a instituição deve ser realizada e registrada nos Cartórios de Registro de Imóveis, discutindo e estabelecendo os documentos necessários a sua realização e a sua diferenciação dos verdadeiros condomínios fechados.

Em decorrência da realidade anteriormente exposta, a questão primordial a ser respondida no artigo científico aqui proposto é de que forma é constituído ou instituído o condomínio?

Inquirição de grande complexidade sugere, para ser desvendada, diversos outros questionamentos, tais como:

- a) Quando deve ser instituído um condomínio?
- b) Pode-se instituir um condomínio para se constituir um “loteamento fechado”?
- c) Quais os efeitos da instituição de condomínio?
- d) Quais os documentos necessários para a instituição de condomínio?
- e) Deve ser essencial a forma pública para a instituição de condomínio?
- f) Qual a importância da instituição de condomínio para fazer valer a função social da propriedade?
- g) É necessária a apresentação de planta devidamente assinada por profissional habilitado para a realização da instituição de condomínio?
- h) Pode-se registrar uma convenção de condomínio sem ter havido o registro da instituição de condomínio?
- i) Qual a importância financeira da instituição de condomínio?

Pretende-se analisar o problema sob o enfoque das implicações e possibilidades jurídicas previstas na legislação vigente, fornecendo subsídios às futuras decisões judiciais e/ou provimentos administrativos sobre a matéria, pois garantir a correta utilização da instituição de condomínio é garantir o respeito aos direitos fundamentais.

Verificar e rechaçar os fundamentos jurídicos utilizados por aqueles que defendem a não obrigatoriedade da instituição de condomínio, quando há registro de incorporação.

Introduzir elementos que permitam apontar os documentos essenciais ao registro da instituição de condomínio.

Verificar a importância desse instituto em comunidades de baixa renda, demonstrando que o seu uso na legalização dos imóveis, implica viabilidade e valorização econômica da área, em defesa da função social da propriedade e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para alcançar os objetivos gerais deste trabalho, serão perquiridos:

a) a legislação pertinente ao tema, mostrando que as lacunas deixadas pela lei acarretaram o uso incorreto da instituição de condomínio, permitindo a criação de legislação “paralela” que burla a lei dos loteamentos;

b) a doutrina, no sentido de verificar o posicionamento dos diversos cientistas do direito, com relação às lacunas deixadas na legislação, trazendo as coincidências e/ou as divergências de opiniões, que enriquecem o saber jurídico;

c) a jurisprudência, no intuito de identificar os diversos argumentos utilizados pelos magistrados, ao exercerem o mister de aplicar a lei ao caso em concreto;

d) as resoluções e as diretrizes traçadas pelas Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados, buscando normatizar e regulamentar as lacunas deixadas pela legislação;

e) o direito comparado, para ressaltar diferenças e similitudes entre indivíduos e fenômenos jurídicos submetidos a comparações, no afã de expor soluções jurídicas inspiradas em outras culturas.

Justifica-se a pesquisa pelo seu valor teórico, social e jurídico, imprescindíveis ao conteúdo de um trabalho científico na seara do direito.

Teoricamente, justifica-se a pesquisa, pela necessidade de fornecimento de informações a respeito da instituição de condomínio na regularização dos imóveis, para dar cumprimento à função social da propriedade e para defender o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que imóvel regularizado é riqueza que circula e é direito do cidadão à moradia, a um endereço.

Entretanto, a instituição de condomínio não pode servir àqueles que pretendem utilizá-la como forma de burlar a lei.

A problemática vivenciada é relativamente recente e tem fundamentos jurídicos para ambos os lados, mas é pouco enfrentada, talvez em razão do poder financeiro das grandes construtoras e incorporadoras que, a cada dia, lançam mais e mais empreendimentos, tendo como principal atrativo a segurança dos condomínios.

A relevância social da pesquisa repousa na ideia de que a instituição de condomínio não apenas constitui um condomínio especial, mas também impõe regras de convivência entre os condôminos. Não se está falando da convenção de condomí-

nio, mas da instituição que já prevê em seu texto as áreas destinadas ao uso comum e aquelas destinadas ao uso privativo dos condôminos, impedindo, num primeiro momento, discussões sobre a correta utilização das áreas.

Com essa primeira regulamentação, muitas confusões entre vizinhos poderiam ser resolvidas, mas, visto que grande parte da população ignora a importância desse instituto, essas brigas acabam nos bancos dos Tribunais de Justiça.

No âmbito jurídico é proeminente, porque, se houvesse uma clara regulamentação do tema, o instituto seria mais difundido e o seu registro deixaria de ser apenas uma citação do texto da lei.

Com o desconhecimento da matéria e a regulamentação conflitante pelas Corregedorias, a instituição de condomínio tornou-se um ponto de interrogação que ninguém ousa responder, criando um mistério ao redor do tema, cuja desmistificação torna-se essencial para um melhor e correto uso desse instituto.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1 *A Constituição Federal*

A moradia somente foi considerada um direito social com a promulgação da EC 64, de 04.02.2010. Antes disso, o direito à moradia não era previsto na Constituição de 1988.

Diante da lacuna quanto ao direito à moradia, quando surgia um problema mais grave, até antes da promulgação da Emenda Constitucional, o juiz que considerasse injusta a desocupação de propriedade alheia precisava fundamentar a sua decisão em favor do ocupante com base no art. 1.º, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, e também no art. 5.º da LINDB (Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942), segundo o qual, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.⁴

O direito à propriedade privada, até a promulgação da Carta Magna, era considerado um direito quase que pleno, com raras exceções, por exemplo, a desapropriação. Mas, a partir dela, a propriedade passou a sofrer limitação social em detrimento do indivíduo, proprietário do bem.

No entanto, isto não quer dizer que os direitos de propriedade vêm perdendo importância, sobretudo com as indicações constitucionais tendentes à sua garantia ou uma viciada noção sobre o que é sua função social.⁵

4. ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1996. p. 76.

5. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

O incentivo para a circulação de riquezas e bens é um dos fins da função social da propriedade, pois de nada adianta ser pleno proprietário de um bem e nele não construir ou fazê-lo gerar riquezas, guardando-o apenas para especulação imobiliária. A Carta Magna visa a evitar atitudes como essa, por isso adotou a limitação da função social da propriedade.

3. INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO

3.1 Breves comentários

Antes de se falar em instituição de condomínio e de condomínio especial, é necessário saber o que é o condomínio.

Caracteriza-se o condomínio quando o domínio tem mais de um titular, sem que nenhum assuma o senhorio da coisa por inteiro, pois cada um só se arroga uma parte ideal dela, não definida *in natura*, presente apenas na representação mental. O condomínio pode ser classificado em duas espécies: (a) condomínio puro, de coisa divisível ou indivisível; e (b) condomínio misto ou especial.⁶

O condomínio misto tem como principal característica a perpetuidade, enquanto o condomínio puro é marcado pela sua temporariedade, pois tem vocação de extinguir-se.⁷

É possível a existência de uma copropriedade (condomínio comum ou puro) em um condomínio edilício (especial).

O condomínio especial nasce mediante a instituição de condomínio, que é ato autônomo, de natureza contratual, cujo efeito é a individualização e discriminação das unidades, tornando-as emancipadas do solo e das demais unidades entre si, de tal forma que cada unidade passa a ter tratamento independente no mundo jurídico. Mantêm-se, entretanto, as unidades com o solo e as demais áreas não destacadas do solo, denominadas de comuns, em uma ligação ideal, as quais respondem, na proporção dessa idealidade, pelas obrigações comuns, com a adição daquelas que lhes são privativas.⁸

A ideia de um único bem pertencer a mais de um proprietário, distinguindo-se as partes que lhes são próprias não é nova.

6. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei n. 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 6.216, de 1975, Lei n. 8.009, de 1990, e Lei n. 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 47.

7. Idem.

8. COSTA, Valestan Milhomem da. Algumas facetas do condomínio edilício e da incorporação na atividade notarial e no registro de imóveis. In: SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.). *Ideal: direito notarial e registral*. São Paulo: Quinta, 2010. p. 151.

Talvez o mais antigo registro conhecido de um condomínio seja o de Gênesis 11:1-5, referente à construção da Torre de Babel na planície de Sinear, pois os seus construtores pretendiam nela habitar, logo, não há dúvida de que todos eles se consideravam proprietários comuns daquela edificação inusitada.⁹

O direito da época de Justiniano e, sobretudo, o pretoriano possibilitou o desdobrar do sistema de casas divididas em andares pertencentes a diversos donos.¹⁰

A França foi o primeiro país que experimentou em larga escala a existência dos condomínios e regulou o funcionamento do sistema dos edifícios de andares ou apartamentos autônomos.¹¹

Em países como a Alemanha, Áustria e Suíça, as legislações sobre as propriedades de apartamentos isolados mostravam-se hostis, permitindo a existência apenas daquelas antecedentes à legislação atual, porém proibindo novas constituições.¹²

A proibição de constituição de novos condomínios especiais em edificações na Europa foi fruto da influência do direito alemão, que em 1900 proibiu expressamente a criação de novas propriedades horizontais.¹³

Para alguns autores e doutrinadores da época, os condomínios especiais em edificações eram um *ninho de processos*, verdadeira *mater rixarum*.¹⁴

O condomínio especial encontrava-se regulado, até o advento do Código Civil de 2002, pela Lei 4.591/1964. Após o advento do novo Código Civil, que regulou também a matéria, surgiram dúvidas se a referida lei federal foi ou não revogada.

Há, de fato, certos aspectos que foram regulamentados por completo pelo novo Código Civil, entretanto em outros aspectos não houve regulação, como os casos do art. 8.º da Lei 4.591/1964.¹⁵ Assim, pode-se concluir que houve somente derrogação da Lei 4.591/1964, sendo necessário sempre observar não só o Código Civil de 2002, mas também a Lei 4.591/1964 quando se tratar de condomínio especial.

A instituição de condomínio, de acordo com o art. 1.332 do CC/2002, constituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com registro no Registro de Imóveis

9. Idem, p. 150.

10. MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1961. p. 137.

11. Idem, p. 139.

12. ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse – Propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 425.

13. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

14. Idem, p. 65.

15. SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Condomínio horizontal de lotes. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 136.

competente. Segundo a mesma legislação, a instituição conterà: a individualização de cada unidade, sua identificação (numérica ou alfabética) e discriminação, a fração ideal correspondente a cada uma e a finalidade das unidades.

O título constitutivo da propriedade horizontal no direito português é classificado como uma declaração unilateral, por meio da qual o proprietário do edifício exprime a vontade de sujeitar o imóvel ao regime da propriedade horizontal, extinguindo o seu direito de propriedade normal e constituindo um direito real novo: a propriedade horizontal.¹⁶

Então, pergunta-se: qual a natureza jurídica da instituição de condomínio no direito brasileiro? Se a constituição da propriedade especial for tida pelo direito brasileiro como uma modificação do direito real, tal qual o direito português, questiona-se, mais uma vez: por que a instituição de condomínio pode ser realizada mediante instrumento particular, se o art. 108 do CC/2002 determina que 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 vezes o maior salário mínimo vigente no País?

O instrumento particular sempre foi aceito sem maiores questionamentos anteriormente, pois, além de a Lei 4.591/1964 nada dispor sobre a obrigatoriedade do instrumento público no caso das instituições de condomínio, o art. 134 do CC/1916 dispunha que o instrumento público era da substância do ato nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, diferentemente do que consta agora no art. 108 do CC/2002.

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho defende que a migração do regime da propriedade exclusiva ou em condomínio ordinário para o regime da propriedade horizontal deve ser realizada por meio de escritura pública de instituição de condomínio, e não por mero instrumento particular.¹⁷ Entretanto, esse entendimento não se sustenta na doutrina e na jurisprudência, em razão de não constar expressamente a sua obrigatoriedade no art. 1.332 do CC/2002, que basicamente copiou o revogado art. 7.º da Lei 4.591/1964.

De fato, pela importância guardada por tal instituto, a instituição de condomínio não deveria ser realizada por simples instrumento particular, sem passar pela verificação e análise de um tabelião, profissional do direito, pois requer elementos nem sempre disponíveis e inteligíveis por um leigo, como a fração ideal correspondente, mas a lei não previu a obrigatoriedade do instrumento público.

16. JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 330.

17. SARMIENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Instituição de Condomínio. Necessidade de Instrumento Público*. Disponível em: [www.irib.org.br/beta/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=160]. Acesso em: 03.11.2010.

3.2 *Elementos fundamentais*

Os elementos fundamentais que deverão constar da instituição de condomínio são: (a) a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; (b) a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; e (c) o fim a que as unidades se destinam.

A individualização da unidade será fornecida pela municipalidade, quando da aprovação da construção. Surge aí a primeira problemática: poderia ser registrada uma instituição de condomínio caso não constem todas as unidades devidamente averbadas (construídas)?

Não, para a instituição de condomínio, é necessário que as unidades correspondentes estejam devidamente averbadas na matrícula, conforme determina o item 226 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo.¹⁸

A finalidade da instituição de condomínio é a individualização de unidades, tornando-as independentes, mesmo que compartilhem determinados espaços (áreas comuns). Então, não parece razoável a instituição de condomínio, sem que todas as unidades que irão compor o condomínio especial estejam construídas e averbadas.

Vale ressaltar, entretanto, que o Conselho Superior da Magistratura já autorizou a instituição de condomínio onde nem todas as unidades encontravam-se construídas – algumas estavam em “estado embrionário” –, mas tal decisão foi pioneira no Estado de São Paulo e serviu de base para os estudos que levaram à inserção nas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de dispositivos que regulamentaram o procedimento administrativo para a “regularização de condomínios”, de aplicação restrita a situações de fato caracterizadas pelo registro de ao menos uma venda de fração ideal realizada até 08.06.2001.¹⁹

Atualmente, a previsão dos documentos necessários à regularização de condomínio de frações ideais encontra-se nas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, a partir do item 293 do Capítulo XX.

Diante de tal decisão e previsão normativa, pode-se verificar a importância desse pioneirismo e a grandiosidade de casos onde houve burla à legislação existente. A justiça, de uma maneira geral, não pode, apesar da falta de norma federal regula-

18. “Antes de averbada a construção e registrada a instituição do condomínio, será irregular a abertura de matrículas para o registro de atos relativos a futuras unidades autônomas”. Normas de serviço dos cartórios extrajudiciais. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoII.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

19. BRASIL. TJSP (Corregedoria Geral da Justiça), Processo CG 2009/27463 (São Roque), Juiz Auxiliar da Corregedoria: José Marcelo Tossi Silva, São Paulo, 01.06.2009.

mentadora, ficar inerte aos problemas enfrentados pelos adquirentes dos imóveis que, na sua maioria, desconheciam a ilegalidade existente.

Assim: “O condomínio de fato pode ser regularizado diretamente pelos proprietários, quer quando todas as acessões já tenham sido edificadas, quer quando elas constem apenas de projeto aprovado pela Prefeitura Municipal”.²⁰

Contudo, se “o adquirente do terreno constrói uma casa com áreas diferentes das do projeto-piloto, ele desequilibra o cálculo das frações ideais correspondente a cada unidade autônoma nas áreas, coisas e dependências comuns do condomínio, cálculo esse que”,²¹ representa uma proporção entre a área construída da unidade e a área global edificada, daí a importância de se observar o projeto aprovado no momento da construção.

Caso haja esse desrespeito ao projeto no momento da construção, a solução será dispendiosa e de difícil consecução, mesmo que seja consensual e extrajudicial, visto que “pressupõe unanimidade dos titulares de direitos sobre os imóveis para os devidos acertos de frações ideais”.²²

Quanto à discriminação das unidades de propriedade exclusiva, estremadas umas das outras e das partes comuns, também há controvérsias a esse respeito.

O art. 1.331 do CC/2002 preceitua que pode haver partes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum dos condôminos, estabelecendo no § 2.º algumas partes que sempre serão de uso comum, tais como: o solo, a estrutura do prédio, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação etc.

A leitura deste artigo pode levar à conclusão equivocada de que é possível a instituição de condomínio sem que haja área de uso comum entre as unidades, mas isso não é verdade.

Marlou Santos Lima Pilatti defende que, para existir o condomínio de casas, é necessária a existência de áreas de uso comum de todas as unidades, não podendo ser assim considerada a meação de paredes e telhados.²³

Na legislação portuguesa, a propriedade horizontal engloba duas espécies de objetos: (a) as frações de um edifício, que devem constituir unidades independentes,

20. CHICUTA, Kioitsi. Condomínio de casas térreas ou assobradadas. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (coords.). *Condomínio edilício. Aspectos relevantes. Aplicação do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 150.

21. SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Condomínio horizontal de lotes. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.138.

22. Idem.

23. PILATTI, Marlou Santos Lima. *Manual prático de incorporação imobiliária*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 114.

distintas e isoladas entre si, com saída própria para a parte comum ou para a via pública; e (b) as partes comuns do edifício, que pertencem, em compropriedade, a cada condômino, distinguindo o Código duas espécies: (b.1) as necessariamente comuns (solo, alicerces, colunas, pilares, paredes mestras etc.), e (b.2) as presumidamente comuns (pátios, jardins, garagens, dependências do porteiro etc.).²⁴

A doutrina brasileira,²⁵ comparando-a com a legislação portuguesa existente, não entende desta forma, não sendo possível a instituição de condomínio onde existam somente áreas necessariamente comuns, ou seja, aquelas previstas no art. 1.331, § 2.º, do CC/2002.

Em áreas mais pobres, as famílias costumam construir duas ou mais casas, uma ao lado da outra ou uma de frente para cada rua de acesso, mas não conseguem desmembrar o terreno na Prefeitura Municipal, pois a área do terreno é insuficiente para o desmembramento – por exemplo: a testada do imóvel ficará com menos de 10,00m, sendo esta necessária para a aprovação do desmembramento. Supondo que o proprietário consiga legalizar as construções na municipalidade, ele não poderá instituir condomínio para essas casas em razão da ausência de área comum, como foi anteriormente exposto.

As áreas de uso comum devem ter o seu uso e destinação disciplinados pela convenção condominial e pelo regulamento interno.²⁶

O segundo elemento indispensável da instituição de condomínio é a fração ideal das unidades.

Até a edição da Lei 10.931, de 02.08.2004, o critério adotado para o cálculo da fração ideal era o do valor da unidade, aliás, o mesmo que era adotado pelo art. 9.º do Dec. 5.481, de 25.06.1928, a primeira lei a disciplinar o condomínio edilício.²⁷

O Decreto legislativo 5.481/1928 teve origem em consequência da impossibilidade de aplicação do art. 52 do CC/1916 (coisas divisíveis) à nova forma que já

24. JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 322-323.

25. “Ora, o condomínio por unidades autônomas em edifícios se forma, necessariamente, pela junção dessas duas propriedades, a exclusiva e a comum, e necessariamente, pela junção dessas duas propriedades, a exclusiva e a comum, e necessariamente há, em todo condomínio dessa natureza, partes que são de propriedade comum e partes que são de propriedade exclusiva; sem a junção dessas duas modalidades de propriedade jamais poderia existir edifício composto por unidades autônomas dispostas em dois ou mais pavimentos.” COSTA, Valestan Milhomem da. Algumas facetas do condomínio edilício e da incorporação na atividade notarial e no registro de imóveis. In: SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.). *Ideal: direito notarial e registral*. São Paulo: Quinta, 2010. p. 152.

26. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. refor. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

27. *Idem*, p. 32.

surgia nos espíritos mais penetrantes, pois este proibia a venda de porção certa, definida, dividida do edifício, permitindo apenas a venda de parte ideal da coisa, por exemplo, a venda de uma terça parte do edifício todo.²⁸

Destarte, poder-se-iam ter unidades exatamente iguais, com a mesma área privativa, mas com frações ideais distintas, pois se situavam em andares diversos, ou umas faziam frente para a rua e outras eram de fundos, variando a valoração delas.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, passou-se a adotar outro critério para o cálculo da fração ideal, o da área. Muito mais simples que o cálculo por valor, no cálculo pela área, considera-se o terreno em si mesmo, o qual é distribuído entre as unidades em razão de sua área, sem levar em consideração o valor de cada unidade (art. 1.331, § 3.º).

Compulsando registros de instituições antigas, é comum nos depararmos com edifícios cuja fração ideal tem como denominador a quantidade total de apartamentos, de tal modo que, se fosse registrado um edifício com 30 unidades, cada apartamento teria a fração ideal de 1/30 avos do terreno todo, mesmo que as unidades tivessem áreas privativas diferentes.

Não raro, também se encontram, nos registros de imóveis, casas assobradadas que têm fração ideal de 1/2 para cada uma, mesmo que não compartilhem na mesma proporção o terreno onde foram edificadas.

É bom ressaltar que essas discrepâncias verificadas nas instituições de condomínio registradas há anos devem-se ao fato de terem sido feitas por instrumento particular, onde o registrador imobiliário acatava a declaração do proprietário do imóvel.

O terceiro elemento essencial, talvez o mais pacífico e singelo de todos, é a indicação do fim a que as unidades se destinam.

Aqui o legislador se preocupou em esclarecer à parte se o imóvel se presta ou não à atividade comercial. Em décadas passadas, muitos imóveis tinham finalidade mista, ou seja, residencial e comercial, desta forma a parte interessada na compra de imóvel submetido ao condomínio especial sabia e continua sabendo antecipadamente para qual finalidade está liberado o seu uso.

3.3 Documentos necessários

O Código Civil e a Lei 4.591/1964 não estabelecem quais os documentos necessários para o registro da instituição de condomínio.

28. BRANDÃO, Alonso Caldas. *Condomínio de apartamentos, vilas e escritórios (doutrina, legislação e jurisprudência) e loteamento e venda de terrenos a prestações (legislação e jurisprudência)*. 2. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Ed., 1955. p. 33.

Como se demonstrou, a instituição deve discriminar as partes de uso exclusivo, as de uso comum e também as frações ideais correspondentes às unidades. Logo, de que maneira proceder ao registro se nenhum documento comprobatório de tais informações for apresentado?

As Normas de Serviço do Estado de São Paulo dispõem quanto à documentação a ser exigida pelo Oficial do Registro de Imóveis, constando em seu capítulo XX, item 224, que a instituição de condomínio será registrada mediante apresentação do respectivo “instrumento público ou particular, que caracterize e identifique as unidades autônomas, ainda que implique atribuição de unidades aos condôminos, acompanhado do projeto aprovado e do ‘habite-se’”.²⁹

As Normas de Serviço de São Paulo exigem ainda, por ocasião do registro da instituição de condomínio, a prova de aprovação pelo Grapohab, mas, desde que o condomínio especial se enquadre em quaisquer dos requisitos do Decreto Estadual 52.053/2007 – art. 5.º, IV (Capítulo XX, item 224.3, das Normas de Serviço do Estado de São Paulo).

A Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro estabeleceu em seu art. 672,³⁰ que serão apresentados os seguintes documentos, quando a instituição de condomínio não for precedida de incorporação registrada:

“I – o memorial descritivo com as especificações da obra e individualização das unidades autônomas;

II – a carta de habitação, fornecida pela Prefeitura Municipal;

III – a CND do INSS;

IV – o projeto arquitetônico aprovado pelo Município;

V – o quadro de custos das unidades autônomas e a planilha de áreas e frações ideais, subscrita pelo engenheiro responsável pelo cálculo, e

VI – a ART, relativa à execução da obra.”

Esclarece ainda o mesmo diploma legal, em seu parágrafo segundo, que: “O quadro de custos e a planilha de áreas podem ser substituídos pela assinatura do profissional nos requerimentos, desde que neles constem esses dados”.³¹

O “habite-se”, o projeto arquitetônico aprovado e a CND do INSS só serão exigidos se a averbação de construção das unidades se der concomitantemente ao registro da instituição de condomínio.

29. Normas de serviço dos cartórios extrajudiciais. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomolI.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

30. Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/cncgj-extrajudicial.pdf?V6>]. Acesso em: 12.03.2014.

31. Idem.

Atualmente, com essa relação de documentos, os registros das instituições de condomínio aproximam-se bem mais da realidade física dos imóveis, isto porque é necessário apresentar uma planilha de áreas e frações ideais firmada por um profissional habilitado, que é a pessoa responsável por tais cálculos, já que este deverá expedir a ART (Anotação de Responsabilidade Técnica), cabendo ao Oficial de Registro de Imóveis somente o registro da instituição.

4. INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO X LOTEAMENTO FECHADO

4.1 *Da possibilidade de registro*

Apesar da redescoberta desse instituto, a utilização da instituição de condomínio não pode ser aplicada como forma de burlar a legislação, sobretudo a lei dos loteamentos (Lei 6.766/1979).

A alta valorização imobiliária dos denominados loteamentos fechados fez surgir vários questionamentos sobre a legalidade de tal instituto e sobre a possibilidade de se instituir um condomínio horizontal de lotes, onde se pudesse aplicar não a Lei 6.766/1979, mas sim a Lei 4.591/1964.

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho argumenta que o fechamento dos loteamentos não é reconhecido pela legislação federal, representando um contrasenso defendê-los, já que os loteamentos são, na sua essência, abertos.³²

Os loteamentos fechados estariam permitidos pelo direito à segurança previsto no art. 6.º da CF. Contudo, o fechamento de ruas colidiria com direitos fundamentais igualmente estabelecidos na Carta Magna e, por meio da ponderação, constatar-se-ia que o direito de poucos (condôminos) não poderia prevalecer sobre o direito de muitos (o restante da população).³³

O município deve contar com previsão legislativa expressa que preveja a admissibilidade de loteamentos fechados, para que sejam acatados pelo registrador imobiliário.³⁴

Os municípios, em regra, não permitem o fechamento de ruas que se interligam, permitem sim o fechamento de ruas internas que serão criadas por ocasião da implantação do loteamento fechado.

As regulamentações estaduais têm grande preocupação com o tema. As Normas de Serviço do Estado de São Paulo, por exemplo, para coibir qualquer abuso, dispõem, em seu Capítulo XX, item 171, que:

32. SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Loteamento fechado ou condomínio de fato*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 100.

33. *Idem*, p. 71.

34. BRASIL. TJSP (Corregedoria-Geral da Justiça), Processo CG 2006/933, Parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria: José Marcelo Tossi Silva, São Paulo, 01.06.2007.

“É vedado o registro de alienação voluntária de frações ideais com localização, numeração e metragem certas, ou a formação de condomínio voluntário, que implique fraude ou qualquer outra hipótese de descumprimento da legislação de parcelamento do solo urbano, de condomínios edifícios e do Estatuto da Terra. A vedação não se aplica à hipótese de sucessão *causa mortis*.”³⁵

Apesar de algumas opiniões divergentes, como a anteriormente exposta, o registro de loteamentos fechados é admitido e será utilizada a Lei 6.766/1979 para realizá-lo. Não se deve confundir loteamento fechado com o condomínio horizontal, este regulado pelo art. 8.º da Lei 4.591/1964, podendo-se citar, para uma melhor diferenciação dos institutos, algumas características dos loteamentos fechados:

- a) A venda é de lotes, ou seja, não há casas ou edificações erguidas sobre eles;
- b) O empreendimento é aprovado de acordo com a Lei 6.766/1979, passando as vias de circulação e os equipamentos de lazer para o domínio público, da municipalidade;
- c) Fechamento do perímetro da gleba que foi loteada, com entrada controlada em portão de acesso;
- d) Concessão ou permissão de uso das áreas públicas internas aos condôminos.³⁶

Além de não se confundirem os dois institutos acima, é importante lembrar que é possível ainda o registro de condomínio horizontal de lotes, observando-se a Lei 4.591/1964, em que: “o próprio lote constitui a unidade autônoma com área privativa e fração ideal de participação, calculada em função da área do terreno, nas coisas comuns condominiais, constituídas estas, normalmente, de portões, muros, guaritas de segurança, vias de acesso e circulação, saneamento e iluminação, áreas de lazer, todas elas de uso privativo dos condôminos, posto que, não se tratando de loteamento, esses equipamentos não passam aos domínio e uso públicos, mas permanecem na fruição privativa dos condôminos”.³⁷

Nesses casos de condomínios horizontais de lotes, os cálculos e as frações ideais para o registro da incorporação do empreendimento serão feitos com base na área dos lotes, permanecendo inalteráveis, mesmo que haja alteração nas áreas edificadas.³⁸

35. Normas de serviço dos cartórios extrajudiciais. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomolI.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

36. TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre loteamentos fechados. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 71.

37. SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Condomínio horizontal de lotes. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 141.

38. Idem.

E para que não paire nenhuma dúvida quanto à possibilidade de registro desses condomínios de lotes, as Normas de Serviço do Estado de São Paulo dispõem, no item 222.2 do Capítulo XX, que: “Nas incorporações de condomínio de lotes, a que se refere o art. 3.º do Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, a execução das obras de infraestrutura equipara-se à construção da edificação, para fins de instituição e especificação do condomínio”.

4.2 A divergência doutrinária e jurisprudencial

Alguns doutrinadores³⁹ defendem que, feita a incorporação, não será necessária a instituição de condomínio, entretanto os Tribunais Superiores não compartilham desse entendimento.⁴⁰

-
39. “Nesse caso, o memorial de incorporação, devidamente registrado, produz, dentre outros efeitos, a instituição de condomínio, pois implica, necessariamente, na individualização das unidades para a venda a terceiros, e a individualização das unidades nada mais é do que instituição de condomínio.” COSTA, Valestan Milhomem da. Algumas facetas do condomínio edilício e da incorporação na atividade notarial e no registro de imóveis. In: SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.). *Ideal: direito notarial e registral*. São Paulo: Quinta, 2010. p. 157.
40. “BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.296.743/MS (2010/0063097-6). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Agravante: Charles Insfran Pinto e outros. Agravado: Encon Engenharia Comércio e Construções Ltda. Interessado: Paulo Gonçalves da Silva. Brasília, 27 de setembro de 2010. Decisão: Trata-se de agravo de instrumento interposto por Charles Insfran Pinto e outros contra decisão que inadmitiu recurso especial com base no fundamento de que o exame das razões do recurso implica debater, em sede de especial, matéria de fato e reapreciar provas. Aplicação da Súmula n. 7 do STJ. Alega a parte agravante, em síntese, que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, razão pela qual requer o seu processamento. É o relatório. Decido. O recurso especial foi interposto contra acórdão assim ementado: ‘Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos – Reconvenção – Rescisão contratual por culpa dos compradores – Multa contratual – Fruição – Reintegração de posse – Indenização por benfeitorias – Recurso provido. 1. Uma vez efetivado o reclamado registro da incorporação junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, desaparece qualquer razão para que se desconstitua o contrato sob tal fundamentação, não podendo ser atribuída culpa à empresa apelante. Ademais, tendo esta deixado de cumprir a obrigação, deveria o apelado tê-la notificado, ingressado com consignação em pagamento e/ou pleiteado em juízo a rescisão do contrato, sendo que continuar residindo no imóvel e posteriormente alegar exceção de contrato não cumprido se apresenta desarrazoado. 2. Admite-se a cumulação da pena convencional com a indenização pela fruição do bem, estipulada no caso vertente em 1% (um por cento) ao mês do preço atualizado do imóvel, vez que possuem finalidades distintas, sendo a primeira penalidade pelo descumprimento contratual e a segunda reparação de perdas e danos pelo período de ocupação. 3. Por fim, convém mencionar que rescindido o contrato, devem as partes retornar ao status quo ante, desta feita os imóveis devem ser reintegrados na posse da apelante e as benfeitorias realizadas pelos apelados devidamente indenizadas, consoante decidido na sentença, até mesmo ante a falta de recurso quanto a estas questões’ (f.).

Elvino Silva Filho discorre que a incorporação é a fase que antecede à constituição de condomínio, antes de ser submetido ao regime da propriedade horizontal, denominado de estado de *prehorizontalidad*.⁴¹

As Normas de Serviço do Estado de São Paulo deixam claro que o registro da incorporação não significa a dispensa do registro da instituição de condomínio (item 224.1 do Capítulo XX) e vai mais além ao estabelecer que, quando do registro da instituição, deve ser exigida, também, a convenção de condomínio, sendo que esta última será objeto de registro no Livro n. 3 do Registro de Imóveis, enquanto a instituição é objeto de registro no Livro n. 2 (item 224.2 do Capítulo XX).

5. O AVANÇO DA LEGISLAÇÃO

5.1 *Mudanças necessárias*

O Brasil foi um dos pioneiros na legislação do condomínio especial por meio do Dec. 5.481, de 15.06.1928, pois a Argentina o fez pela Lei de 1948, o Chile em 1937, o Uruguai em 1946, a Venezuela em 1957, a Itália em 1934 e 1935 e a Espanha em 1939.⁴²

Busca demonstrar a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes artigos: a) 1.092 do Código Civil de 1916; e b) 475 e 476 do Código Civil de 2002. Passo, pois, à análise das proposições mencionadas. O voto condutor do acórdão recorrido consignou o seguinte: 'No entanto, a meu ver, a culpa pela rescisão contratual não pode ser atribuída à empresa apelante. Note-se que os imóveis foram tempestivamente entregues aos apelados. Ademais, a apelante durante o processo cumpriu a obrigação de registrar a incorporação, a instituição e a especificação do condomínio, obtendo o "habite-se" expedido pela Prefeitura Municipal (f.). Diante disso, entendo que tendo a apelante deixado de cumprir a obrigação de registrar a incorporação do condomínio no prazo razoável, deveriam os apelados tê-la notificado, ingressado com consignação em pagamento e/ou pleiteado em juízo a rescisão do contrato. Porém, continuar residindo no imóvel e posteriormente alegar exceção de contrato não cumprido, a meu juízo, enseja, no mínimo, má-fé, pois a falta do registro do condomínio de nenhum modo atinge a utilidade do contrato de promessa de compra e venda firmada. Por essa razão, desarrazoada a alegação de exceção de contrato não cumprido' (f.). Conforme se depreende do trecho acima transcrito, para chegar a entendimento diverso acerca da qualificação da situação apresentada nos autos, torna-se imprescindível reexaminar os elementos de prova dos autos, bem como o contrato firmado entre as partes, o que é vedado em sede de recurso especial, conforme as Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se." Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=institui%E7%E3o++e+condom%EDnio++e+registro&b=DTXT]. Acesso em: 03.11.2010.

41. SILVA FILHO, Elvino. *As vagas de garagem nos edifícios de apartamentos (propriedade horizontal)*. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 40.

42. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 66.

Caio Mário da Silva Pereira já atestava que o jurista do Século XX não encontrou uma exposição dogmática da matéria nem experiência legislativa de que se pudesse valer, daí ter tateado em busca de uma solução, ter hesitado na conceituação jurídica e não estar preparado para enunciar a doutrina da propriedade horizontal em esquema de pacificidade teórica.⁴³

Os anos se passaram e novas legislações surgiram, por isso é essencial que se estabeleçam normas e regras claras para o registro da instituição de condomínio. Hoje, ocorre que cada Estado a regulamenta ou não, de uma maneira diferente.

O fato de o Poder Legislativo “fechar os olhos” para a regulamentação desta questão – jaz desde 2007 o PL 20, que constituirá a “Lei de Responsabilidade Territorial Urbana”, que prevê a figura do “condomínio urbanístico” –, só atrapalha o Poder Judiciário, que acaba sendo o desaguadouro de todas as pendências condominiais que poderiam ter sido previstas e regulamentadas no Registro de Imóveis.

Atualmente, a desjudicialização é a palavra de ordem, mas, para que tais questões simples possam ser resolvidas e, sobretudo, prevenidas na esfera extrajudicial, é necessária uma mobilização para a regulamentação da questão como um todo, e não de forma fracionada, como tem ocorrido.

A questão é de suma importância e o tempo urge, para que haja solução/regulamentação definitiva.

6. CONCLUSÃO

A instituição é um tema de grande abrangência, que traz à tona outros assuntos de grande interesse jurídico (convenção de condomínio, loteamento, incorporação etc.) que o presente trabalho não tem como abarcar, o qual expõe apenas noções essenciais da importância jurídica desse instituto, que, apesar das várias lacunas legais, pode ser um instrumento de pacificação social e não deixa de fazer cumprir a função social da propriedade.

A instituição pode ser feita de várias formas (pública ou particular) e utilizada de várias maneiras (em casas térreas ou assobradadas, em edifícios de dois ou mais pavimentos, em condomínio horizontal de lotes), mas é certo que a sua aplicação gera segurança jurídica ao negócio realizado, impedindo aborrecimentos e gastos futuros, e gera ainda valorização imobiliária, uma vez que a procura por empreendimentos abrangidos por este instituto é cada vez maior.

A sociedade passa por profundas mudanças de comportamento, e nem sempre o legislador consegue acompanhá-las, mas a necessidade de uma melhor regulamentação do tema já passou da hora, e esse atraso só faz com que ocorram divergências

43. *Idem*, p. 65.

entre os doutrinadores e, por sua vez, entre os registradores imobiliários, o que acarreta insegurança no seio da sociedade.

As Corregedorias-Gerais da Justiça tentam suprir tais lacunas com a regulamentação da matéria e dos “novos” institutos surgidos, mas a regulamentação federal é imprescindível.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BRANDÃO, Alonso Caldas. *Condomínio de apartamentos, vilas e escritórios (doutrina, legislação e jurisprudência) e loteamento e venda de terrenos a prestações (legislação e jurisprudência)*. 2. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Ed., 1955.
- BRASIL. TJSP (Corregedoria-Geral da Justiça) – Processo CG 2006/933 – Parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria: José Marcelo Tossi Silva – São Paulo, 01.06.2007.
- _____. TJSP (Corregedoria-Geral da Justiça) – Processo CG 2009/27463 (São Roque) – Juiz Auxiliar da Corregedoria: José Marcelo Tossi Silva – São Paulo, 01.06.2009.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei n. 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 6.216, de 1975, Lei n. 8.009, de 1990, e Lei n. 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *Condomínio edilício. Aspectos relevantes. Aplicação do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.
- Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/cncgj-extrajudicial.pdf?V6>]. Acesso em: 12.03.2014.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse – Propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.
- JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. refor. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1961.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Normas de serviço dos cartórios extrajudiciais. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoII.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PILATTI, Marlou Santos Lima. *Manual prático de incorporação imobiliária*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Instituição de condomínio. Necessidade de instrumento público. Disponível em: [www.irib.org.br/beta/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=160]. Acesso em: 03.11.2010.

_____. *Loteamento fechado ou condomínio de fato*. Curitiba: Juruá, 2009.

Silva Filho, Elvino. *As vagas de garagem nos edifícios de apartamentos (propriedade horizontal)*. São Paulo: Ed. RT, 1977.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.). *Ideal: direito notarial e registral*. São Paulo: Quinta, 2010.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; Timm, Luciano Benetti; Paiva, João Pedro Lamana (coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A instituição de condomínio em edifício (uma análise do art. 7.º da Lei 4.591/1964), de Frederico Henrique Viegas de Lima – *RDI* 35/72 (DTR\1995\31);
- Condomínio e o novo Código Civil, de Paulo Eduardo Fucci – *RT* 809/91 (DTR\2003\164), e
- Possibilidade de modificação na destinação das unidades autônomas e seus reflexos no memorial de incorporação e instituição do condomínio, de Frederico Henrique Viegas de Lima – *RDI* 66/141 (DTR\2009\90).

CADASTRO AMBIENTAL RURAL X AVERBAÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

EDSON RICARDO SALEME

Doutor em Direito do Estado pela USP (1998). Professor do Curso *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos; da Graduação na Universidade Paulista e UniSantos; da Especialização na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, na Inoreg, Ibest e Notável e na Área Notarial e Registral, lecionando matérias relacionadas ao Direito Ambiental e Urbanístico. Advogado.

EDGAR LUIZ DE ARAÚJO

Especializado em Direito Processual Civil e Ambiental pela PUC-SP e Direito Imobiliário pelo Mackenzie-SP. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Santos. Professor universitário. Membro da Comissão de Ética e Disciplina da 116.ª Subseção da OAB. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Ambiental

RESUMO: Este artigo objetiva revelar o entendimento jurisprudencial acerca da averbação imobiliária no registro. Ela segue obrigatória ou não? Também se fará referência ao Sistema de Cadastro Ambiental Rural – CAR e suas novas funções no Sinima (Sistema de Informações do Meio Ambiente). Também se relevará a questão do benefício da dupla publicidade que traz melhores informações e a concentração delas no registro imobiliário.

PALAVRAS-CHAVE: Cadastro Ambiental Rural – Averbação imobiliária – Código Florestal de 2012.

ABSTRACT: This paper intends to discuss the jurisprudential understanding of the necessity or not of the record, at real state registry, of the area reserved, by law, as "legal reserve", which finality is to protect the environment against devastation. It is mandatory or not, considering the record at the Rural Environmental Registry System – CAR and their new roles in Sinima (System Information of the environment). Also will reveal the issue of dual benefit of advertising that brings the best information and the concentration of them in the real estate registry.

KEYWORDS: Environmental Registry System – Real state record – Florestal Code of 2012.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Reserva Legal – 3. Conveniência do Cadastro Ambiental Rural – 4. Discussões acerca de sua exigibilidade – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil não negligenciou o tema “meio ambiente”. Criou capítulo específico para dele tratar, considerando-o como bem de uso comum, imprescindível para a existência das presentes e futuras gerações.

Nos termos do art. 225 da CF impõe-se não somente aos particulares, mas também ao Poder Público, o dever de manter o ambiente ecologicamente equilibrado, por meio de institutos próprios indicados nos dispositivos constitucionais posteriores ao referido artigo.

O inc. III, especificamente do art. 225, determina que é dever do Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos.

A locução “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”, está não somente referida na Constituição Federal como também no Código Florestal atual – Lei 12.651/2012.¹

O mencionado Código Florestal fornece algumas definições que aqui serão consideradas e que inovaram o sistema jurídico vigente com vistas a melhor proteger o ambiente que vivemos, sobretudo por meio do monitoramento de intervenções antrópicas indesejáveis, a exemplo do desmatamento, entre outras tantas.

O Código Florestal inovou também com a introdução do Cadastro Ambiental Rural – CAR, como novo meio de controle sobre as propriedades e posses rurais, mormente como forma de observância às imposições legais e constituição definitiva das reservas legais, reconstituição das áreas de preservação permanente – APP entre o cumprimento de outras obrigações legais como o georreferenciamento.

2. RESERVA LEGAL

O Código Florestal anterior, Lei 4.771/1965, dispunha que a reserva legal obrigatoriamente deveria ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, *verbis*:

“Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em Área de Preservação Permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo: (redação dada pela MedProv 2.166-67, de 2001) (...)

§ 8.º A Área de Reserva Legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código (incluído pela MedProv 2.166-67, de 2001).”

1. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis 6.938, de 31.08.1981, 9.393, de 19.12.1996, e 11.428, de 22.12.2006; revoga as Leis 4.771, de 15.09.1965, e 7.754, de 14.04.1989, e a MedProv 2.166-67, de 24.08.2001; e dá outras providências.

Considerando, certamente, que todos os imóveis, rurais ou urbanos, devem possuir matrícula, seja qual for o valor que possuam, nos termos do que dispõe o Código Civil e a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), o art. 236 da Lei de Registros Públicos,² também dispõe que para qualquer anotação imprescindível é seu registro.

A matrícula é o primeiro ato do registrador que passa a caracterizar o imóvel, colhendo sua localização, sua metragem, suas confrontações, entre outros elementos caracterizadores.³

Os atos que seguem a matrícula são os de registro e as averbações. Os primeiros relacionam-se com os atos geradores de domínio (propriedade), bem como os que impõem ônus ou direitos reais de fruição de garantia ou de aquisição, limitando-se à propriedade imobiliária. Já os segundos possuem finalidades diversas, podem se relacionar com a oneração do domínio, mudança de estado civil, regime de bens, além de outros atos não tratados exaustivamente pela Lei de Registros Públicos.

Pode-se dizer que a principal característica da matrícula com seus registros e averbações é dar *ampla publicidade* ao ato além de emprestar-lhes autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Essa publicidade é vital para levar ao conhecimento de qualquer interessado os atos relacionados a determinado bem imóvel que afetem a disposição de seu proprietário ou mesmo o onerem com alguma característica pública, como as servidões, perempções etc. É imperiosa quando se trata de bens imóveis; quando se vende, compra, onera. A todos é franqueado o direito de conhecer a “vida pregressa” daquele imóvel e todas as informações intrínsecas e extrínsecas que o compõem.

Os serviços registrais, especialmente aqueles dedicados ao registro de imóveis, até o advento da Lei 12.651/2012, cumpriam com rigor este princípio, qual seja, o de dar *publicidade* às averbações concernentes as áreas ambientalmente protegidas e assim consideradas pelas especificações oriundas dos órgãos ambientais com vistas à compor a Reserva Legal nas propriedades ou posses rurais. A Lei 4.771/1965 impunha ao proprietário rural o dever de requerer averbação na margem da matrícula do imóvel a Área de Reserva Legal. A ausência da averbação implicava em irregularidade passível de ações próprias com o fito de regularização.

A ordem mandamental insculpida no art. 225 da CF determina que é dever do Poder Público, bem como o de toda coletividade defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Essa defesa compreende no reconhecimento de

2. “Art. 236. Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado (incluído pela Lei 6.216, de 1975).”

3. “Art. 3.º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro (Lei 8.935/1994).”

espaços territoriais com o intuito de preservação ambiental, tais como às Áreas de Reserva Legal. A defesa do meio ambiente estará sob risco sem a reserva e o atendimento dos ditames legais para sua preservação, no sentido de se compor a mata nativa, pois até mesmo a pequena propriedade rural não foi poupada dessa obrigação. O “novo” Código Florestal inovou; em princípio, “aparentemente”, teria criado um sistema capaz de se averbar a Reserva Legal sem intervenção do registro de imóveis.

Para isso também criou o CAR (Cadastro Ambiental Rural), cuja inscrição implica no estabelecimento e na regularização da reserva legal e de outros espaços territorialmente protegidos. O Sinima – Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente é o órgão formado pelo inc. VII do art. 9.º da Lei 6.938/1981, para compartilhar informações e dados entre os diversos órgãos do Sisnama relativas a todas as áreas destinadas à proteção ambiental.

Essa dúvida com relação a necessidade ou não de averbação da Reserva Legal surgiu a partir da edição da Lei 12.651/2012, pois em seu art. 18, § 4.º, o registro passou a ser facultativo, já que dispôs que o registro da Reserva Legal no CAR desobrigaria a averbação no registro de imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação da Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato. O art. 29 da mesma Lei estabeleceu que a criação do CAR, cuja finalidade, entre outras, é integrar informações ambientais das propriedades rurais entre os órgãos do Sisnama, base essencial do Sinima. Esclarece ainda que a inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual, então pendente de regulamento.

3. CONVENIÊNCIA DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL

O CAR, nas palavras de Trennepohl representa um avanço considerável na legislação brasileira, embora não seja inovação já que estava previsto no Dec. 7.029/2009, como instrumento do Programa governamental “Mais Ambiente”. Esse avanço se caracteriza pelo compromisso feito pelos posseiros ou proprietários de recuperar as APPs eventualmente danificadas e averbar a reserva legal ainda não estabelecida. Por meio desse compromisso também se estabeleceu a suspensão de multas administrativas aplicadas por desmatamento sem autorização.⁴

A iniciativa pela criação de programas para implantação do CAR, registro eletrônico obrigatório, iniciou-se em estados da Federação com elevado índice de desmatamento: Pará e Mato Grosso. Considerando ser um instrumento em defesa do ambiente natural. Relativamente a esse novo procedimento seguiu-se um período de

4. TRENNEPOHL, Curt. Cadastro Ambiental Rural – CAR. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, José Afonso Leme (orgs.). *Comentários ao novo Código Florestal*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 307-316.

dúvidas e incertezas concernentes a obrigatoriedade da averbação da Reserva Legal nos Cartórios de Registros de Imóveis, que acabaram sendo dirimidas pelo CNJ.

O fato apreciado pelo Judiciário foi alvo da Ação 1.0112.13.004020-0/001, que tramitou perante a 6.^a Câm. Civ. do TJMG, onde foi analisada a questão da obrigatoriedade da averbação, o Acórdão⁵ bem balizou a questão e vale a sua transcrição em vista de seu conteúdo auto explanatório:

“Conheço do recurso, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

A pretensão formulada pelo sindicato apelante não pode prosperar.

O Conselho Nacional de Justiça, nos autos do Procedimento de Controle Administrativo n. 0002118-22.2013.2.00.0000, deferiu a liminar para sustar os efeitos da Orientação n. 59.512/2012 e do Provimento n. 242/2012 deste Tribunal de Justiça, que permitiam aos oficiais dos cartórios de registro de imóveis a dispensa da exigência da averbação de Reserva Legal enquanto não fosse criado o CAR – Cadastro Ambiental Rural, previsto pela Lei 12.681/2012.

Isso porque, o novo Código Florestal alterou a forma de controle da Reserva Legal nas propriedades rurais, delegando ao órgão ambiental competente a inscrição da Reserva Legal CAR.

Essa nova forma de controle encontra-se prevista no art. 18 da Lei 12.681/2012, nestes termos:

‘Art. 18. A Área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei (...).

§ 4.º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato (redação dada pela Lei 12.727, de 2012).’

Ocorre que, conforme destacou o Conselho Nacional de Justiça em sua decisão, não houve revogação da obrigação de averbar a área de reserva legal, mas a opção pelo Registro no Cadastro Rural e, não havendo o Cadastro, subsiste a obrigação constante da Lei 6.015/1973.

Bem assim, não se coaduna com a Constituição Federal a interpretação de que, na ausência do CAR – Cadastro Ambiental Rural, estariam os proprietários rurais livres da averbação da Reserva Legal, sob pena de dano irreparável ao meio ambiente.”

5. Nota-se que o acórdão referiu-se a Lei 12.681/2012, acreditamos que por erro material, quando o certo seria Lei 12.651/2012.

São várias as obrigações que recaem sobre a Reserva Legal, especialmente aquelas destinadas à conservação, reabilitação e recuperação da mata nativa, o que por si já justificaria uma ampla publicidade da área delimitada como Reserva Legal.

4. DISCUSSÕES ACERCA DE SUA EXIGIBILIDADE

Não se pode, sob pretexto da ausência de lei ou ato normativo, abandonar a regra que determina ser a Reserva Legal averbada no registro imobiliário competente, sobretudo por constar de forma expressa na Lei 6.015/1973, na alteração que teve em 2006, por meio da Lei 11.284, obrigou-se a averbação na matrícula do imóvel (art. 167, II, 22 c/c art. 169). Esse dispositivo legal não foi revogado.

Esse é o entendimento do Conselho Nacional de Justiça que, por meio do voto do relator José Roberto Neves Amorim, no PCA 0002118-22.2013.2.00.0000, que esclareceu não ter tido prazo suficiente para implantação do CAR em alguns pontos do território nacional e que não houve revogação do estabelecido pela Lei de Registros Públicos.

Portanto, enquanto o proprietário não cadastrar seu imóvel ou posse rural no CAR subsiste a obrigatoriedade de averbação no registro imobiliário.⁶

Importa também afirmar que não há o que justifique a dupla publicidade no registro imobiliário. A dupla publicidade, aliás, é circunstância benéfica defendida por alguns juristas, a exemplo do que afirmou Lamana Paiva e Décio Erpen o princípio da concentração propugna que nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que se refira à situação jurídica de um imóvel ou às mutações subjetivas que possa vir a sofrer sejam indiferentes ao registro/averbação na respectiva matrícula imobiliária.⁷

O Código Florestal vigente foi publicado no *Diário Oficial da União* no dia 28.05.2012. Seis meses depois, em 18.10.2012, publicou-se o Dec. 7.830/2012, que dispõe sobre o Sistema de Cadastro Ambiental Rural (Siscar), estabelecendo normas de caráter geral aos programas de regularização ambiental, que trata a Lei 12.651/2012. O Siscar tem finalidade de criar sistema eletrônico nacional a fim de gerenciar informações ambientais de imóveis rurais. Por meio desse sistema busca-se também integrar informações ambientais dessas propriedades, compondo base de dados necessária ao controle do desmatamento e monitoramento ambiental entre os órgãos do Sisnama.

6. Disponível em: [www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=3017C4FFF409D5D92B5137813D068718.node1?jurisprudencialdJuris=46404&indiceListaJurisprudencia=0&firstResult=4850&tipoPesquisa=BANCO]. Acesso em: 12.08.2014.

7. Disponível em: [www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21289:artigo-principio-da-concentracao&catid=32&Itemid=181]. Acesso em: 12.08.2014.

O art. 6.º do Dec. 7.830/2012, estabelece a compulsoriedade da inscrição de todos os imóveis e posses rurais no CAR, indicando que essa inscrição tem natureza declaratória e permanente, e conterà informações sobre o imóvel rural.

O CAR enfrenta algumas questões dificultosas em sua implantação, em especial a criação do sistema nos órgãos estaduais do Sisnama, tal como determina a Lei. Certamente os custos e dificuldades envolvidas podem criar impedimento para o estabelecimento desse novo sistema. Contudo, a Lei é clara e obriga seu estabelecimento.

A ausência destes dados impede fiscalizações com o objetivo de se criar Reserva Legal com área georreferenciada. Essas informações devem constar do cadastro rural e também no registro de imóveis, já que a Lei 6.015/1973, segue vigente. O CAR viabilizou a regularização do imóvel autuado por infrações cometidas antes de 22.07.2008, por meio da adesão ao PRA (Programa de Regularização Ambiental), nos termos do art. 14 do Dec. 7.830/2012.⁸

Denota-se da regra do artigo supracitado a existência da remissão por danos ambientais causados até 21.07.2008. O problema é saber com exatidão se estes danos (supressão da vegetação nativa ou outros impactos ao ambiente) foram anteriores a data fixada ou se contemporâneos ao Decreto.

Há ainda o suporte legal para a indiferença, já que o Decreto prevê para os casos que não se coadunam com o atual regramento, o Programa de Regularização Ambiental – PRA, indicados nos arts. 9.º ao 19 do Dec. 7.830/2012 que criou o CAR.

Merece ainda destaque o art. 11 da Lei do CAR que contempla a possível prorrogação de um ano para a adesão compulsória ao CAR, após a sua implantação.

Nos termos indicados pelo Ministério do Meio Ambiente o sistema de monitoramento do CAR envolve nove variáveis qualitativas que compreende, ao todo, 24 elementos a serem avaliados. Eles serão classificados em quatro níveis: desejável, bom, incipiente ou crítico. O sistema de monitoramento contará com um programa corporativo para facilitação da coleta de dados.⁹ O CAR tem como um de seus principais objetivos a regularização ambiental, conforme se infere do art. 9.º e ss. do Dec. 7.830/2012; cumulando-se a leitura destes artigos com o art. 5.º do mesmo Decreto, observa-se que caberá exclusivamente ao proprietário ou possuidor rural a indicação de áreas consolidadas e da localização das reservas florestais.

8. Regulamentou-se o Programa de Regularização Ambiental (PRA) no dia 05.05.2012, por meio do Decreto presidencial 8.235. Trata-se da regularização das Áreas de Preservação Permanente (APPs), de Reserva Legal (RL) e de Uso Restrito (UR) mediante recuperação, recomposição, regeneração ou compensação. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais podem efetivar o PRA após o preenchimento do Cadastro Ambiental Rural (CAR).

9. Informações obtidas a partir do site: [www.mma.gov.br]. Acesso em: 02.08.2014.

O Cadastro Ambiental Rural estabelecido pelo novo Código Florestal traduz-se em inovação que promete regularizar áreas até hoje sem a devida demarcação, a partir de uma análise georreferenciada da área.

As áreas que agreguem infrações ou danos ao ambiente podem também ser regularizadas a partir do PRA, que deve indicar prazo e forma do cumprimento de obrigações.

O CAR depende ainda da regulamentação dos órgãos estaduais do Sisnama.

Já existe aplicação e exigência em estados mais afetados ambientalmente. O sistema do CAR em Mato Grosso, Pará e Rondônia estão em plena expansão com atendimento das exigências legais e dos órgãos do Sisnama.

5. CONCLUSÕES

O novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, trouxe instrumentos e mecanismos inovadores que deverão ser utilizados para proteger a vegetação e evitar a devastação de áreas rurais. Promete também identificar as Áreas de Preservação Permanente e as Áreas de Reserva Legal, a exploração florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais.

A questão da averbação ou não da Reserva Legal passou a ser tema tormentoso na realidade jurídica, tendo em vista a previsão da Lei 12.651/2012, que estabeleceu a desnecessidade de averbação. Contudo, a obrigatoriedade da Lei 6.015/1973, permaneceu; nos termos da decisão do CNJ enquanto não houver inscrição no CAR mantém-se a obrigatoriedade da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel.

O Cadastro Ambiental Rural foi recentemente regulamentado pelo Dec. 8.235/2014, publicado em 05.05.2014, momento em que tornou compulsória a inscrição dos proprietários e possuidores rurais, momento que também se pode regularizar situações já “consolidadas”.

Outra questão é a falta de publicidade no tocante às informações das áreas destinadas à Reserva Legal, que antes poderiam ser consultadas nos registros imobiliários. Como se fará diante da inexigibilidade de averbação. A publicidade antes disponível nas certidões extraídas das matrículas oriundas do registro de imóvel da circunscrição do imóvel rural traziam certa segurança às transações imobiliárias, já que estas áreas destinadas a Reserva Legal, eram obrigatoriamente averbadas na matrícula do imóvel.

No entanto, com a implementação do CAR haverá apenas a inscrição no órgão do Sisnama. Salutar a decisão do CNJ em manter a obrigatoriedade de averbação da Reserva Legal no registro imobiliário, enquanto não houver implementação local do CAR.

A realidade do CAR já pode ser observada nos estados do Mato Grosso, Pará e Rondônia. Outros estão em estágio de testes. A sua principal função é evitar que haja mais desmatamento, considerando a impossibilidade de uma fiscalização eficaz em um território quase continental deste País. A realidade demonstra a dificuldade de se evitar incêndios e outras ocorrências nas unidades de conservação já protegidas. Em unidades rurais a realidade passa a ser mais seriamente tratada a partir de uma identificação mais precisa das áreas preservadas e de responsabilização de seus proprietários por eventuais danos. Deu-se prioridade às vegetações nativas, que vem se tornando mais escassas nos dias atuais.

Não se pode ignorar que essas medidas objetivam mitigar a situação atual que se encontra o País. As mudanças climáticas são inexoravelmente o resultado de ações imprudentes cometidas por indivíduos desprovidos de consciência do que seus atos podem gerar no futuro.

Caberá ao Sinima, a partir dos dados colhidos a partir do CAR descortinar o verdadeiro panorama que se abate sobre o Brasil e estudar uma ação conjunta, a partir de uma iniciativa do MMA, de como solucionar os problemas vertentes atualmente existentes em termos ambientais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Comentários ao novo Código Florestal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SODRÉ, Antônio de Azevedo. *Novo Código Florestal comentado*. Leme/SP: Mizuno, 2013.
- TRENNEPOHL, Curt. Cadastro Ambiental Rural – CAR. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, José Afonso Leme (orgs.). *Comentários ao novo Código Florestal*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Integração e fragmentação no Cadastro Ambiental Rural (CAR), de Leonardo Barifouse – *RDA* 75/93 (DTR\2014\9678);
- O novo Código Florestal e a averbação da Reserva Legal no registro de imóveis, de Leonardo Castro Maia – *RDA* 70/77 (DTR\2013\2770), e
- Reserva Legal florestal no novo Código Florestal. Averbação, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 74/343 (DTR\2013\3828).

PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA "LUXUOSO" NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Associado de Direito Civil da UERJ. Professor Associado da UGF. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o biênio 2013-2015. Diretor-Geral da Emarf (Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região). Desembargador Federal do TRF-2.ª Região.

THAÍS BOIA MARÇAL

Especialista em Direito Público. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Um importante instrumento de tutela do direito fundamental social à moradia instituído pela legislação pátria é a impenhorabilidade do denominado "bem de família". Porém, há que se privilegiar uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar excessos ilegítimos, que ferem a interpretação teleológica da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família – Impenhorabilidade – Imóvel luxuoso – Interpretação teleológica – Direito à moradia.

ABSTRACT: An important tool of social protection of the fundamental right to housing established by the legislation of the country is unseizability called homestead. However, we must favor an interpretation according to the Constitution, so as to avoid excesses illegitimate, that hurt a teleological interpretation of the norm.

KEYWORDS: Homestead – Unseizability – Luxury Property – Teleological interpretation – Right to Housing.

SUMÁRIO: 1. Noções acerca do bem de família – 2. Regra da impenhorabilidade: 2.1 Interpretação teleológica da regra legal; 2.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade; 2.3 Adequação na não previsão do bem "luxuoso" – 3. Síntese conclusiva – 4. Referências.

1. NOÇÕES ACERCA DO BEM DE FAMÍLIA

Entre as fontes históricas do bem de família no direito brasileiro, aponta-se como pioneiro o Homestead Exemption Act, de 26.01.1839, editado pela então República do Texas, tendo sido concebido o instituto como instrumento de proteção dos interesses da família no que se referia à pequena propriedade rural, de natureza agrícola e residencial. Contudo, mesmo na sua origem, o bem de família também foi previsto relativamente ao imóvel urbano. A ideia da criação do instituto no direito se originou em razão de fatos históricos ocorridos no período de 1837 a 1839,

em que houve grave crise econômica no território norte-americano, gerando mais de 33 mil falências e *déficit* de dólares de U\$440 milhões.¹

Além dos bens de família previstos nas legislações de alguns Estados norte-americanos, foi também criado o *homestead* federal pelo Homestead Act, de 26.05.1862, assegurando a todo cidadão norte-americano um estabelecimento familiar com 80 acres de terra, a preço módico, com o privilégio de não haver execução por dívidas anteriores ao título definitivo pelo prazo dos primeiros cinco anos a contar do início da residência. Como observou Spencer Vampré,² o instituto constituiu importante instrumento para a colonização do território norte-americano, a par das vantagens reconhecidas em favor da família. Além do próprio imóvel, as benfeitorias, as pertenças e outros bens móveis (utensílios e outras utilidades para cozinha, instrumentos de trabalho agrícola, os utensílios, instrumentos e livros destinados ao comércio ou outra atividade econômica do devedor), incluindo alguns semoventes (5 vacas de leite, 2 bois de cargas – ou 1 cavalo –, 20 porcos) e todas as provisões necessárias para o consumo de um ano ficavam livres de execução, em nítida proteção à família do devedor e, logicamente, dele próprio.³

O Projeto de Código Civil de 1916, em sua redação original proposta por Clóvis Bevilacqua, não cuidou de disciplinar o bem de família. Apenas em 1912, ainda em debate o Projeto no Congresso Nacional, a Comissão Especial do Senado, presidida pelo Senador Feliciano Penna, tratou de inserir a disciplina do bem de família, que culminou por encontrar assento legal nos arts. 70 a 73 do aludido diploma, em sua Parte Geral.⁴

Contudo, da maneira como foi estruturado o instituto no bojo do Código de 1916, o bem de família não atendia às necessidades da família brasileira que, na sua grande maioria, não era dotada de riqueza imobiliária (e mesmo os proprietários de imóveis não se mostravam interessados em se valer do instituto diante da inadequada regulamentação).⁵

Nenhum limite de valor estabeleceu a Lei Civil para o bem escolhido para residência da família. Todavia, o art. 19 do Dec.-lei 3.200/1941 estipulou, inicialmente, o valor de 100 contos de réis para o imóvel, quantia progressivamente adaptada até

1. Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 541-542.
2. VAMPRE, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919. p. 171.
3. Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 542.
4. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6, p. 388.
5. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 542.

a Lei 6.742/1979, que deu redação definitiva ao art. 19,⁶ que deixou de estipular um limite de valor para o bem de família, desde que o imóvel seja residência dos interessados por mais de dois anos.⁷

A parte processual vinha regulada no Código de Processo Civil, de 1939, especificamente, nos arts. 647 a 651, que foram mantidos em vigor até a legislação especial tratasse da matéria, o que é feito, atualmente, pelos arts. 260 a 265 da Lei 6.015/1973.⁸

Com o advento da Lei 8.009/1990, foi reconhecido o bem de família legal e involuntário, mantendo-se em vigor o bem de família voluntário previsto no Código Civil, instituído através de escritura pública pela entidade familiar ou por testamento.⁹

A Lei 10.406/2002, atual Código Civil, regulou a instituição do bem de família voluntário nos arts. 1.711 a 1.722.

O Projeto do Estatuto das Famílias¹⁰ suprime o instituto do bem de família por entender o seu absoluto desuso e o fato de aquele introduzido pela Lei 8.009/1990 regular suficientemente a proteção e o interesse da família.¹¹

Ultrapassada a análise das origens do instituto, urge tecer algumas considerações acerca da titularidade da propriedade do objeto de estudo. Alguns doutrinadores entendem que há transmissão da propriedade na instituição do bem, em que o adquirente é a família como personalidade coletiva, sendo transmitente o instituidor como chefe da família. Contudo, na esteira do que defende Silvio de Salvo Venosa, em razão da família não possuir personalidade jurídica, não se perfilha este entendimento.¹²

Serpa Lopes, por sua vez, defendia se tratar de condomínio *sui generis*, segundo o qual nenhum dos cotitulares possui cota individual.¹³

Entretanto, considera-se como mais adequada a posição sustentada por Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que não se verifica, de fato, uma transmissão (salvo constituição por terceiro), porque a coisa não sai da propriedade do *pater*

6. Art. 19 do Dec.-lei 3.200/1941: “Não há limite de valor para o bem de família desde que o imóvel seja residência dos interessados por mais de 2 (dois) anos”.

7. ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 274.

8. VENOSA, Silvio de Salvo. *Coleção direito civil: direito da família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 6, p. 398.

9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. 5, p. 601.

10. PL 2.285/2007.

11. VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 400.

12. *Idem*, p. 399.

13. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil – Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2001. vol. 1, p. 404-406.

famílias e não ocorre a criação de um condomínio, razão pela qual nenhum dos membros do grupo familiar tem uma cota ideal do imóvel. De modo a comprovar sua tese, o autor ressalta o fato de que com a morte dos cônjuges e a maioria dos filhos opera-se de pleno direito a sua extinção da mesma forma que esta pode ser declarada a requerimento dos interessados, se o bem tiver deixado de preencher o requisito de sua destinação. Conclui-se, portanto, que não sofre a coisa, como objeto de relação jurídica, uma alteração essencial na sua natureza. É, e continua sendo objeto do direito de propriedade do instituidor, mas afetado a uma finalidade *sub conditione* da utilização como domicílio dos membros da família.¹⁴

À guisa de definição da expressão, reúne-se uma série de conceitos que, aglutinados, formam aquilo que se logrou entender como um complexo absolutamente indispensável à estrutura de segurança material e moral do sujeito de direito. É o bem que impede ao credor o acesso às coisas indispensáveis à vida do devedor.¹⁵

Assim, pode-se considerar o bem de família como o bem empregado para assegurar a sobrevivência digna¹⁶ dos integrantes da família,¹⁷ no mínimo existencial,¹⁸ já que a família é a célula menor e fundamental da sociedade.

14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 600.

15. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 1438.

16. Sobrevivência digna implica no respeito à dignidade da pessoa humana, que se trata de qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 62.

17. Frise-se que, “como forma de atender a finalidade social da lei, a doutrina e a jurisprudência reconhecem, como destinatários desta garantia, o morador individual, a viúva, os irmãos solteiros, a ex-companheira e os filhos, os conviventes do mesmo sexo, enfim, a pessoa humana de um modo geral”. Cf. REDONDO, Bruno Garcia. A impenhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bruno%20Garcia%20Redondo%20formatado.pdf]. Acesso em: 13.10.2013.

18. Mínimo existencial pode ser definido como sendo a garantia das condições materiais básicas de vida, ostentando, portanto, uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Cf. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 576.

2. REGRA DA IMPENHORABILIDADE

No presente tópico, pretende-se apenas e tão somente analisar a regra da impenhorabilidade positivada na Lei 8.009/1990, haja vista que o Código Civil de 2002 traz regras claras sobre o bem de família voluntário.

Inicialmente, imperioso se faz a fixação de uma premissa: a impenhorabilidade a que faz menção a Lei 8.009/1990 só deve alcançar os bens imprescindíveis para a família.¹⁹ Explica-se.

O instituidor da referida impenhorabilidade é o próprio Estado que, por via do seu poder de império, impõe ao particular a impenhorabilidade de seu único bem imóvel em defesa da entidade familiar.²⁰

Por isso, estão excluídos do manto da impenhorabilidade todos os equipamentos que sejam de elevado valor ou que excedam às necessidades correspondentes a um médio padrão de vida (art. 649, II, *in fine*, do CPC). O art. 2.º da Lei 8.009/1990 segue a mesma diretriz ao reconhecer a impenhorabilidade dos bens móveis “suntuosos”.²¹

Destaque-se que a proteção conferida pela Lei não visa assegurar ao executado a manutenção do seu padrão de vida, mas sim garantir ao referido o necessário para fazer frente às “necessidades” comuns e inerentes a um “médio padrão de vida”, não pairando dúvida de que tais conceitos variam de lugar para lugar.²²

A interpretação deste dispositivo deve levar em conta sua *ratio*, que é a de garantir apenas o mínimo necessário à sobrevivência digna do executado. Dignidade, conforme supra definido, não significa luxo nem ostentação, que, quando presentes, devem excluir o devedor do âmbito da incidência da proteção constante da norma.²³

Assim, a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida pela Lei 8.009/1990 não deve resguardar suntuosas propriedades em que residam o devedor, o qual pode alugar-se em local de menor valor.²⁴

19. TJSP, ApCiv 720595-0/9, 2.ª TACv, 10.ª Câm., j. 22.11.2011, rel. Nestor Duarte.

20. BREITMAN, Nei. Algumas considerações sobre a (im)penhorabilidade do bem de família: evolução do instituto. *Revista Síntese: Direito de Família*, vol. 14, n. 74, p. 121.

21. AMARAL, Paulo Osternack. Impenhorabilidade do bem de família. *Revista Dialética de Direito Processual* 115/76.

22. Idem, *ibidem*.

23. REDONDO, Bruno Garcia. A impenhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bruno%20Garcia%20Redondo%20-formatado.pdf]. Acesso em: 13.10.2013.

24. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298.

O Código Civil de 2002, no parágrafo único do art. 1.715, ao tratar da hipótese de ser penhorado o bem de família convencional por dívidas provenientes de tributos relativos ao prédio ou de despesas do condomínio, dispõe ser devido resguardar quantia suficiente para o sustento familiar, o que demonstra a opção do legislador em tutelar da moradia e seu sustento como sendo o ponto nodal da referida regra, a qual pode (e deve) ser transpassada para a regulamentação do bem de família legal.

2.1 *Interpretação teleológica da regra legal*

A percepção do significado humano e político das impenhorabilidades impõe uma interpretação teleológica das disposições contidas nos arts. 649 e 650, ambos do CPC, de modo a evitar, de um lado, sacrifícios exagerados e, de outro, exageros de liberalização,²⁵ pois é o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, também o responsável pela humanização da execução, recortando do patrimônio o mínimo indispensável à sobrevivência digna do obrigado.²⁶

É o direito constitucional à moradia,²⁷ aliado ao macroprincípio de proteção à dignidade da pessoa humana, que deve ser considerado o fundamento normativo maior da proteção ao bem de família.²⁸

Assim, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, a regra destina-se a excluir do patrimônio penhorável o mínimo indispensável à sobrevivência digna do proprietário e das demais pessoas que vivem com ele.²⁹

Tal raciocínio se coaduna com a tese de Luiz Edson Fachin acerca da necessidade de tutela do que se convencionou chamar de “patrimônio mínimo”, que deve ser mensurado segundo parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriado ou desapossado. Por força desse princípio, independentemente de previsão legal específica instituidora dessa figura jurídica, e para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores.³⁰

25. FARIAS, Cristiano Chaves de. A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria. In: _____. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas. 2.ª Série*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 243.

26. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 277.

27. Acerca da relação entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, confira-se: MARÇAL, Thaís Boia. *Direito fundamental social à moradia*. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011. p. 77-118.

28. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 391.

29. AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p. 69.

30. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

De acordo com o autor, a garantia de um patrimônio mínimo, a exemplo do que ocorre com o denominado “bem de família”, não afeta direta e necessariamente o direito material de crédito propriamente dito, mas sim retira o bem da órbita da execução, tratando-se de uma causa que não impugna a regra segundo a qual o patrimônio (leia-se: o patrimônio disponível) do devedor é a garantia do credor.³¹

Nesta senda, percebe-se que a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro da despatrimonialização das relações civis, haja vista que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais.³²

Com isso, em se tratando de bem de elevado valor, não se justificaria a proteção por não mais encontrar fundamento na tutela da dignidade do devedor.³³

Logo, são plenamente penhoráveis os imóveis utilizados para lazer, como casas de veraneio, na medida em que não consistem na moradia permanente. Também escapam da proteção legal os barcos residenciais, pois, muito embora possam preencher o requisito da moradia permanente da família, não constituem prédio.³⁴

Por oportuno, conclui-se com o princípio segundo o qual a impenhorabilidade do bem de família deve ceder sempre que este for o único bem do executado e seu valor ultrapassar excessivamente aquele que seria condizente com o padrão médio de vida do homem comum.³⁵

Assim, em casos como o narrado, deve-se poder penhorar o bem, levá-lo à arrematação e reservar parte do dinheiro obtido para a compra de uma habitação razoável para esse devedor.³⁶

De modo a ratificar tal orientação, insta destacar o tratamento conferido ao bem de família por ordenamentos jurídicos alienígenas.

No direito chileno, a impenhorabilidade do bem de família limita-se aos imóveis ocupados efetivamente pelo devedor e por sua família, desde que este bem não tenha valor de avaliação fiscal superior a 50 unidades tributárias mensais ou quando se tratar de residência emergencial (art. 445, n. 8, do Código de Procedimiento Civil Chileno).³⁷

31. Idem, *ibidem*, *passim*.

32. Idem, p. 11-12.

33. FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 235.

34. AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p. 69.

35. MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 754.

36. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. Execução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. IV, p. 1541.

37. ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. Disponível em: [www.academia.edu%2F220172%2FA_PENHORABILIDADE_DE_IMOVEL_DE_FAMILIA_DE_ELEVADO_VALOR_E_DE_ALTOS_SALARIOS]. Acesso em: 13.10.2013, *passim*.

Já no direito uruguaio não há restrição à penhora de imóveis, mas apenas de bens móveis ou utensílios de uso pessoal do devedor ou de sua família e ainda com a condição de que não sejam suntuosos e de alto valor (art. 381 e 382 do CGP uruguaio).³⁸

Na Venezuela, o bem de família pode ser constituído pela residência e terras de cultivo, mas com valor máximo de 40 mil bolívares, conforme dispõe o Código Civil venezuelano.³⁹

Da análise exemplificativa do tratamento legislativo dos ordenamentos jurídicos supracitados, percebe-se que a maioria dos países ao tratar da matéria, deixa clara que a proteção se destina à garantia da sobrevivência da família. Quando não se limita o bem de família a um valor máximo estipula-se que deverá dar garantia mínima para que a família se desenvolva. Com essa finalidade, em geral, torna-se o bem inalienável e protegido de penhora judicial, constituindo-se um patrimônio cujo valor, quase sempre, procura prover a família de recursos para afastar as imprevistas dificuldades a que possam vir a sujeitar-se.⁴⁰

2.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade

Concluir que a Lei 8.009/1990 impossibilita a penhora do imóvel luxuoso, ainda que utilizado como bem de família, afronta a razoabilidade por não guardar proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado (o direito a um patrimônio vasto, excedendo o limite do necessário a um padrão médio de vida digna) e o bem jurídico sacrificado (a pretensão do credor).

Explica-se.

Não é razoável permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com conforto e comodidade excessivos, em detrimento de seus credores que podem vir a sofrer um comprometimento de sua dignidade.⁴¹

Dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições existenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico. Esta prioridade pode também ser inferida do sistema constitucional brasileiro, bem como de uma teoria moral e política razoável, que privilegia o imperativo de promoção da justiça social, no cenário de uma sociedade profundamente desigual, o que não seria respeitado diante desta possibilidade de penhora.⁴²

38. Idem, *ibidem*, *passim*.

39. BITENCOURT, José Ozório de Souza. *Da limitação do valor do bem de família instituído na Lei 8.009/1990*. Trabalho monográfico da Emerj, mimeografado, 1999, *passim*.

40. Idem, *ibidem*, *passim*.

41. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 238.

42. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 526.

Há que se lembrar que a propriedade encerra, muitas vezes, notadamente em cumprimento da sua função social, um conteúdo essencial e vinculado diretamente à própria dignidade da pessoa, como ocorre, por exemplo com o imóvel que serve de moradia ao titular do domicílio, não podendo ser utilizada apenas e tão somente como subterfúgio para conservação da riqueza em detrimento da responsabilidade patrimonial do executado ilegitimamente.⁴³

A legitimidade dessas normas e de sua aplicação está intimamente ligada à sua interseção em um plano de indisponível equilíbrio entre os valores da cidadania, inerentes a todo ser humano, e os da tutela jurisdicional prometida constitucionalmente, ambos dignos de maior realce na convivência social, mas nenhum deles capaz de conduzir à irracional aniquilação do outro.⁴⁴

Nesta quadra percebe-se que, com a impossibilidade da penhora, visa-se apenas e tão somente que a execução não leve ao executado a uma situação incompatível com a dignidade da vida humana e não permitir padrões de vida luxuosos.⁴⁵

2.3 Adequação na não previsão do bem "lucroso"

De modo a não permitir situações incoerentes decorrentes da suposta impenhorabilidade do bem de família lucroso, concebeu-se um Projeto de Lei – que posteriormente resultou na Lei 11.382/2006 – que, dentre outras alterações na execução civil, pretendia inserir um parágrafo único no art. 650 do CPC, contemplando regra que limitava a impenhorabilidade ao bem de família que não excedesse 1.000 salários mínimos. Com isso, imóveis residenciais cujo valor fosse superior a 1.000 salários mínimos poderiam ser penhorados e expropriados. Do valor apurado, seria entregue ao devedor quantia equivalente aquele limite, sob cláusula de impenhorabilidade. Se o valor do imóvel não atingisse o limite de 1.000 salários mínimos permaneceria integralmente protegido pela impenhorabilidade.⁴⁶

O Projeto de Lei que alterou parte do processo de execução visava estabelecer este parâmetro objetivo, ao fixar como penhorável o bem de família acima de 1.000 salários mínimos. Contudo, houve veto a esta tentativa de inclusão do parágrafo único ao art. 650 do CPC.⁴⁷

43. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 90.

44. FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 243.

45. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 206.

46. AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.79.

47. ARAUJO, José Henrique Mouta. A impenhorabilidade do bem de família: algumas variáveis. *Revista Dialética de Direito Processual* 99/50.

As razões do veto quanto à fixação de parâmetro objetivo para sua definição, foram as seguintes:

“O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo.”⁴⁸

De início, na esteira do defendido por Sérgio Cruz Arenhart, vê-se a estranheza paradoxal dos motivos apontados no veto, pois ainda que ali se indique ser razoável a previsão, entende-se que deve prevalecer a “tradição” jurídica brasileira, de modo a manter-se a proteção indiscriminada de tais bens.⁴⁹

Ao se analisar esta justificativa, conclui-se, conforme sustentado pelo referido processualista, que o veto em questão é manifestamente inconstitucional,⁵⁰ pois o motivo apontado no veto é a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas naquelas regras, o que não é razão suficiente para autorizar o veto, haja vista que o espaço para discussão da viabilidade ou não da nova disciplina jurídica se insere na atividade do Poder Legislativo, não se admitindo que possa o Poder Executivo controlar tais opções. Destarte, observa-se que houve flagrante violação à disciplina constitucional do poder de veto. Com isso, percebe-se que, ao

48. Mensagem de Veto n. 1.047/2006.

49. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., passim.

50. Idem, *ibidem*, passim.

considerar o equilíbrio entre as garantias da proteção da propriedade privada (art. 5.º, XXII, da CF) e da tutela adequada (art. 5.º, XXXV, da CF), o veto presidencial elegeu instrumento inidôneo para realizar esta compatibilização, ao proteger exageradamente a propriedade para além do mínimo essencial para sua existência, inviabilizando a tutela jurisdicional adequada ao credor, violando a cláusula da adequação que deveria reger a colisão de direitos fundamentais em questão.⁵¹

Ademais, obstar a penhora de bem imóvel de alto valor viola, frontalmente, a efetividade da prestação jurisdicional, na medida em que se confere proteção insuficiente ao direito fundamental (e constitucionalmente assegurado) – art. 5.º, XXXV, da CF – de ação, no momento em que impede a sua efetividade.⁵²

Assim, a penhora de bens imóveis de alto valor independe do veto presidencial e, por conseguinte, da ausência de norma legal, haja vista que a *ratio essendi* reside na aplicação direta de princípios constitucionais, em especial, a efetivação da dignidade da pessoa humana, da efetivação da atuação jurisdicional e da razoabilidade.⁵³

Somente em cada caso concreto será possível inferir qual o é padrão médio de cada pessoa, de modo a reconhecer se os seus bens são, ou não, de padrão médio, tendo como norte o princípio da proporcionalidade,⁵⁴ sendo certo que a determinação de qualquer critério pré-determinado de valoração revela-se incompatível com a realidade brasileira, que possui como traço marcante a diversidade social de cada pessoa. Um exemplo que pode ser citado é o fato de que um imóvel de R\$300.000,00 pode ser considerado como luxuoso em uma área de seca nordestina, mas, nos padrões do sudeste do País atende aos padrões de vida média.

Desta forma, a análise do que é ou não luxuoso deve recair na análise casuística do magistrado que, atentando para as situações do caso concreto, sempre pautado pelo princípio da proporcionalidade, logrará alcançar a sua determinação, concretizando os valores da justiça social.

Destarte, buscando uma interpretação principiológica, partindo-se da força normativa dos princípios (e, em especial, dos princípios constitucionais), é de se refletir quanto à garantia de acesso à ordem jurídica justa e efetiva, decorrente do art. 5.º, XXXV, da CF, permitindo concluir que, inexistindo bens penhoráveis (móveis ou imóveis) pertencentes ao devedor, resta possível penhorar o bem de família de alto valor (ou seja, aquele que ultrapassa o padrão médio e a vida digna). Do contrário, o Estado abandonaria o credor a míngua, com a frustração de seu crédito, apesar de seu devedor possuir um vasto patrimônio.⁵⁵

51. Idem, *ibidem*, *passim*.

52. FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 238.

53. Idem, p. 237.

54. Idem, p. 235.

55. Idem. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 821-822.

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Em geral, a casa própria é a grande meta econômica dos casais que se unem, pois constitui uma segurança para a família, a qual pressupõe a habitação para atender a grande parte de suas necessidades de vida. Adquirindo um imóvel residencial, este passa a ser uma conquista para a família, a sede de suas relações pessoais, o seu *habitat*. O bem de família legal complementa a conquista, classificando o imóvel como bem impenhorável. O imóvel é apenas o princípio, pois o mobiliário é indispensável aos fatos do cotidiano; daí a sua inclusão como objeto do bem de família e o seu caráter impenhorável.⁵⁶

2. O ordenamento jurídico pátrio, como forma de manifestar a importância da moradia para o desenvolvimento do núcleo familiar, conferiu especial tutela ao que se convencionou chamar de bem de família, entendido como o bem empregado para assegurar a sobrevivência digna dos integrantes da família, no mínimo existencial, já que a família célula menor e fundamental da sociedade.⁵⁷

3. Os benefícios do Código de 2002 e da Lei 8.009/1990, priorizando a convivência do núcleo familiar, representam a efetiva segurança para a vida e desenvolvimento de seus membros, assegurando a necessidade de uma moradia digna, o que não chancela a proteção de bens luxuosos.⁵⁸

4. Assim, não dispondo o executado de outros bens móveis que sejam capazes de garantir a execução e possuindo seu imóvel residencial valor elevado, que ultrapasse significativamente o médio padrão de vida, deve o magistrado permitir a penhora e a expropriação desse bem, cabendo-lhe entregar ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade absoluta, uma parcela do produto desta alienação capaz de proporcional ao executado, a aquisição de outro imóvel, no qual também consiga residir de forma digna.⁵⁹

4. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. Impenhorabilidade do bem de família. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 115. p. 65-92. São Paulo: Dialética, 2012.
- ARAUJO, José Henrique Mouta. A impenhorabilidade do bem de família: algumas variáveis. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 99. p. 49-56. São Paulo: Dialética, jun. 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. Disponível em: [http://www.academia.edu/220172/A_PENHO]

56. NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 5, p. 486.

57. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 543.

58. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 609.

59. REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit., passim.

- RABILIDADE_DE_IMOVEL_DE_FAMILIA_DE_ELEVADO_VALOR_E_DE_AL-TOS_SALARIOS]. Acesso em: 13.10.2013.
- BITENCOURT, José Ozório de Souza. *Da limitação do valor do bem de família instituído na Lei 8.009/1990*. Trabalho monográfico da Emerj, mimeografado.
- BREITMAN, Nei. Algumas considerações sobre a (im)penhorabilidade do bem de família: evolução do instituto. *Revista Síntese: Direito de Família*. vol. 14. n. 74. p. 119-131.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Instituições de direito processual civil. Execução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. IV.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos das famílias*. 2. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas*. 2.ª Série. Salvador: JusPodivm, 2013.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOBO, Paulo Luiz. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACIEL NETO, Pedro Benedito. Bem de família: ilegalidade da penhora. *Consulex: Revista Jurídica*. vol. 15. n. 347. p. 61-62.
- MARÇAL, Thaís Boia. *Direito fundamental social à moradia*. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 5.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F; BONDIOLI, Luís Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- PELUSO, César (coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.
- REDONDO, Bruno Garcia. A impenhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bruno%20Garcia%20Redondo%20-formatado.pdf]. Acesso em: 13.10.2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. A eficácia e efetividade do Direito à Moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil – Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2001. vol. 1.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A "exceção da exceção" quanto à responsabilidade patrimonial do fiador: a penhorabilidade do bem de família, de José Carlos Van Cleef de Almeida Santos – RT931/345 (DTR\2013\2701);
- Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, de Sergio André Rocha Gomes da Silva – RDPriv 2/50 (DTR\2000\691), e
- O novo Código Civil e os efeitos das normas de ordem pública na impenhorabilidade do bem de família do fiador, de Marlo Thurmann Gonçalves – RT 834/34 (DTR\2005\326).

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. These circles are filled with a fine, grid-like pattern of thin, light gray lines. The overall effect is a modern, geometric design.

Doutrina Internacional

PRIORIDADES REGISTRALES Y MEDIDAS CAUTELARES

CAROLINA VANESA ROSAS

Doutoranda pela Universidade Católica de Santa-fé (Argentina). Docente universitária na carreira de advocacia. Investigadora em temas vinculados aos direitos reais e à problemática do solo. Assessora do Registro de Imóveis da Província de Misiones/Argentina. Advogada e Notária.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Imobiliário e Registral; Processual

RESUMO: Estudo sobre o princípio da prioridade no sistema registral argentino em decorrência das anotações (averbações) de medidas cautelares sobre imóveis. Harmonização dos princípios registrais com a normativa processual. Estudo das anotações condicional, provisional e *litis* (melhor nem verter para o inglês estas).

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis – Princípios registrais – Processo civil – Publicidade.

ABSTRACT: Study on the principle of priority in Argentine registry system as a result of notes (endorsements) of precautionary measures on real estate. Harmonization of procedural regulations with registral principles. Study of the conditional and provisional notes, and *litis*.

KEYWORDS: Property – Registry – Civil Procedure.

SUMARIO: I. Introducción – II. Acerca del principio de prioridad: II.a Certificación expedida y embargo; II.b Escritura inscripta provisionalmente y embargo; II.c Prohibición de innovar y cautelar innovativa; II.d La anotación de *litis* – III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca del principio de prioridad establecido por la Ley Registral Argentina n. 17.801 y sus implicancias en la anotación de medidas cautelares sobre inmuebles. Resulta importante el análisis en tanto que se debe armonizar la normativa registral de fondo y los códigos procesales, es decir, de forma. Del juego de prioridades asignados por la ley resultará qué documentos “vencen” en sede registral y logran desplazar a otros que intentan inscribir derechos o medidas cautelares sobre el mismo inmueble.

II. ACERCA DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

El sistema registral argentino ideado por la Ley Registral Nacional 17.801 confiere a la inscripción en los Registros de la Propiedad un efecto declarativo; esto es,

torna oponible *erga omnes* el documento inscripto; pero el derecho real nace antes de la inscripción, esto es con el título suficiente y el modo suficiente. Recordemos que en Argentina los Registros de la Propiedad Inmueble están en manos del Estado; y como Argentina es un país Federal, los Registros son provinciales. Existe una Ley Registral Nacional, que es la precitada Ley 17.801 que rige en todo el país, y amén de ello cada provincia sanciona su Ley Registral Local. Pues la Ley 17.801 dejó librado a las provincias la organización y funcionamiento de los registros, el procedimiento y el régimen recursivo (art. 38). Funcionamiento y efectos diferentes se dan en Brasil, por ejemplo, donde el art. 236 de la Constitución Federal dispone que “los servicios notariales y de registro son ejercidos en carácter privado, por delegación del Poder Público”, y la inscripción posee efectos constitutivos.¹

Ahora bien, la Ley Registral argentina, como principio registral, consagra un juego de prioridades que rige el orden de inscripción o anotación de los documentos, otorgando en cada caso efectos propios.

Como bien lo señala el Dr De Reina Tartière: “en la asignación de prioridad, los actos jurídico-reales de naturaleza derivativa gozan de un estatuto especial con miras a hacer más segura la contratación en materia de inmuebles”.²

Existen distintos tipos de prioridad registral, así encontramos la prioridad directa que se rige por la máxima *prior in tempore potior in iure*, consagrado en el art. 19 que establece que “la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y número de presentación asignados a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40 (...)”, y este último dispone que: “El registro, por los procedimientos técnicos que disponga la reglamentación local, llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda”.

Pero a su vez, si el documento que se pretende inscribir es una escritura pública, debemos señalar que nos encontramos ante un supuesto especial de prioridad legal contemplado en el art. 5 de la Ley Registral Nacional, que dispone que si las mismas –más concretamente si las primeras o ulteriores copias con sus respectivas minutas– son presentadas ante el organismo registrador dentro del plazo de cuarenta y cinco días de autorizada la escritura “(...) se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación”. Es decir, por imperio de la ley los efectos de la inscripción se retrotraen al día del otorgamiento del acto escriturario. Pero dichos efectos se pueden

1. SANTANA DE MELO, Marcelo Augusto. “Breve análisis del sistema registral brasileño”. Documento electrónico, disponible en: [www.cadri.org/breve-analisis-del-sistema-registral-brasilenopor-marcelo-augusto-santana-de-melo]. Consultado en julio de 2014.
2. DE REINA TARTIÈRE, Gabriel. *Derecho Registral Inmobiliario. Manual*. 2. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2011. p. 82.

retrotraer aún más si el escribano autorizante ha utilizado una certificación vigente expedida por el Registro de la Propiedad Inmueble para el otorgamiento de la escritura, pues el art. 23 establece que “ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas (...)”. Los plazos de vigencia de estas certificaciones son de 15, 25 o 30 días “contados desde la cero hora del día de su expedición”, según que sean utilizados por escribanos que tengan el asiento de su registro notarial en la misma ciudad donde funciona el Registro de la Propiedad Inmueble, del interior de la provincia, o de extraña jurisdicción (art. 24 de la Ley 17.801). Dichas certificaciones producen el efecto de “anotación preventiva a favor de quien requiera en el plazo legal la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado” (art. 25 *in fine* de la Ley 17.801); esto es, producen el llamado “cierre registral” o también denominado “bloqueo registral”, de manera tal que por el juego armónico de los arts. 5 y 25 citados, el Registro no anotará en forma definitiva ningún otro documento que constituya o transmita un derecho real sobre el inmueble en cuestión o bien que solicite la anotación de una medida cautelar sobre el mismo durante el plazo de vigencia de la certificación y de los 45 días con los que cuenta el escribano para la presentación de la escritura. Y en lo que respecta a las certificaciones solicitadas con posterioridad a la expedición de la primera, el art. 25 de la Ley Registral dispone: “Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo a que se refiere el artículo 5, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado (...)”.

Esto último nos lleva a distinguir las nociones de “inscripción condicional” e “inscripción provisional”.

Para comprender ello con mayor claridad debemos señalar que el Registro de la Propiedad Inmueble ante el ingreso de un documento tiene tres alternativas: rechazarlo, si el documento está viciado de nulidad absoluta y manifiesta; inscribirlo provisionalmente por el plazo de 180 días y devolverlo para que el autorizante del documento subsane los errores y cumplimente los recaudos exigidos; o bien inscribirlo en forma definitiva si no hay observaciones que formular (art. 9 de la Ley 17.801).

De lo expuesto se desprende que la inscripción o anotación³ de carácter provisional se da ante errores subsanables, manteniéndose la reserva de prioridad durante ese período.

3. Si bien los términos “inscripción” o “anotación” sugieren la misma idea, técnicamente se denomina “anotación” a la actividad del registrador cuando asienta las medidas cautelares,

Ahora bien, la inscripción o anotación “condicional” se da cuando se pretende inscribir un documento relativo a un inmueble que está afectado por algunas de las reservas de prioridad descriptas precedentemente. Analicemos algunos supuestos frecuentes.

II.a Certificación expedida y embargo

Si se presenta para su anotación un embargo estando vigente el plazo del certificado oportunamente expedido y de los 45 días previsto por el art. 5 de la Ley 17.801, el embargo se inscribirá en forma “condicional”, pues estará sujeto a la condición que el escribano autorice la escritura durante la vigencia del certificado y la presente a inscribir dentro del plazo legal indicado. Así, si el escribano da estricto cumplimiento a sus obligaciones en los plazos señalados, su escritura será inscrita en forma definitiva, quedando sin efecto el embargo que había sido anotado en forma condicional. Por el contrario, si el escribano deja pasar los plazos prescriptos por la ley, el embargo dejará de tener carácter condicional para transformarse en definitivo, desplazando así a la escritura, la cual si pretende inscribirse luego deberá reconocer el embargo o bien desinteresarse al acreedor y solicitar su levantamiento.

II.b Escritura inscrita provisionalmente y embargo

Aquí analizamos el supuesto en que en la matrícula del inmueble se encuentre inscrita en forma provisional una escritura, esto es porque se la ha devuelto para corregir errores subsanables, y se presenta dentro del plazo de vigencia de la inscripción provisional –de 180 días– una rogación de anotación de embargo sobre dicho inmueble. En el caso se sigue la misma lógica que el supuesto analizado en el apartado anterior; es decir, el embargo se anota en forma condicional, y se convertirá en definitivo si el escribano no presenta la escritura subsanada dentro del plazo indicado, generando por supuesto, responsabilidad profesional del notario, contemplada en el derecho de daños.

Cuando un embargo es anotado en forma definitiva, es importante señalar que el plazo de su vigencia es de cinco años; pues el art. 37, *b*), de la Ley 17.801 dispone que caducan de pleno derecho a los cinco años “(...) las anotaciones a las que se refiere el inciso *b*) del artículo 2 (...) salvo disposición en contrario de las leyes”. La remisión refiere a los documentos “(...) que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares (...)” (art. 2, *b*), de la Ley 17.801); y conforme al art. 37 *in fine* de la citada Ley “(...) los plazos se cuentan a partir de su toma de razón”.

e “inscripción” cuando registra los documentos que tiene por objeto la adquisición, transferencia o extinción de derechos reales.

A partir de la normativa relacionada no hay inconvenientes en sostener que toda anotación de embargo tiene vigencia por el término de cinco años.⁴

Ahora bien, a ello debemos agregar que la mayoría de los Registros de la Propiedad Inmueble han dictado Disposiciones Técnico Registrales que aclaran que todo cambio de carátula, ampliación o reducción del monto de un embargo anotado no altera el plazo de vigencia de la inscripción, la cual seguirá contándose a partir de la fecha de la anotación originaria. Así, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Misiones en los considerandos de la Disposición Técnico Registral n. 82/2012 señala que “cuando se amplía o reduce el monto de un embargo, no debe por esa vía extenderse el plazo de caducidad, toda vez que se trata de un mismo y único embargo, operando su vencimiento de pleno derecho. Idéntica situación se produce cuando se ruegue en la manda judicial el cambio de carátula y/o cambio de radicación del juzgado interviniente”, y en base a este razonamiento su art. 1.º dispone que: “La ampliación o reducción del monto del embargo, cambio de carátula o radicación del juzgado interviniente, no modifican el plazo de caducidad de la traba originaria, el que opera de pleno derecho”.

En la provincia de Santa Fe la cuestión es regulada por la propia Ley Registral local n. 6.435, del año 1968, modificada en este punto por la Ley 11.292 en el año 1995, que en su art. 65 bis dispone: “En los supuestos de medidas cautelares tomadas a cargo por aplicación de lo establecido en el artículo 20 de esta Ley, la caducidad se computará a partir de la fecha de la toma de razón originaria. Igual temperamento será de aplicación respecto de cualquier modificación que se disponga en relación a medidas cautelares ya anotada”.

II.c Prohibición de innovar y cautelar innovativa

Tanto la medida de no innovar como la cautelar innovativa están previstas en los códigos procesales, esto es, en los códigos de forma, de carácter local. Recordemos que en Argentina conforme lo dispone la Constitución Nacional, en su art. 75, inc. 12), el dictado de los Códigos de Fondo, es facultad del Congreso de la Nación, en tanto que los Códigos de Forma deben ser sancionados por las provincias, en el

4. En la Provincia de Santa Fe, la Ley Registral local 6.435 en su art. 65 originario reproducía el texto de la Ley Nacional citado, pero con la reforma introducida por la Ley 11.292, el nuevo art. 65 quedó redactado de la siguiente manera: “Caducan de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo que expresa este artículo o por el que en su caso establezcan leyes especiales: 1. La inscripción de la hipoteca si antes no se renueva, al vencimiento del plazo legal; 2. La anotación de las medidas cautelares a los cinco (5) años, con excepción de las inhibiciones concursales u originadas en incapacidades civiles para cuyo levantamiento debe mediar un mandato judicial expreso”.

marco de sus facultades no delegadas. En consecuencia, la normativa procesal debe respetar los la legislación de fondo, y la Ley Registral nacional 17.801, constituye ordenamiento jurídico de fondo.

La medida de no innovar “es una medida cautelar que pretende el mantenimiento del *statu-quo* para preservar los principios de igualdad de las partes y la buena fe”.⁵ Y en este apartado debemos analizar qué medida es la corresponde al juez ordenar si su finalidad es detener el proceso inscriptorio de algún documento en el Registro de la Propiedad. Así, si se pretende hacer una transferencia de un inmueble pero todavía el escribano interviniente no ha solicitado el certificado pertinente ni ha presentado la escritura para su inscripción ante el Registro, corresponde ordenar se inscriba una “medida de no innovar”, para que el Registro no cambie, no modifique, la situación de la matrícula del inmueble. Recordemos que la matrícula es el folio en el que consta toda la “vida jurídica del inmueble”; pues se sigue el sistema de “folio real”, en virtud del cual a cada *res*, esto es, a cada cosa, es decir, a cada inmueble, le corresponde un folio.

Por el contrario, si la escritura se encuentra en trámite de inscripción siguiendo todos los pasos para su publicación, conforme lo normado en la Ley 17.801, corresponde ordenar una “cautelar innovativa”; pues se pretende “innovar”, esto es, cambiar la situación actual del trámite: el cambio consistiría en paralizar la inscripción. Porque si en este estado se ordena anotar la prohibición de innovar, ésta deberá respetar la prioridad reservada por el certificado. Esta cuestión es muy discutida en el derecho registral argentino, y ha motivado la declaración de la VI Reunión Nacional de Directores de Registros de la propiedad Inmueble que sostiene lo siguiente: “la medida de no innovar o prohibición de innovar debe recibir y producir en sede registral, un tratamiento y efectos similares a los de otras providencias cautelares, como el embargo y la inhibición”.

II.d La anotación de litis

La anotación de *litis* tiene por finalidad dar a conocer a terceros que el/los inmuebles son objeto de litigio judicial. Pero, al igual que el embargo, la anotación de *litis* no impide –en principio– que el bien sea transferido, pues simplemente a los fines registrales se solicita al adquirente que levante o reconozca la *litis* (quien así no podrá alegar desconocer que adquiere una cosa litigiosa). Como bien lo señala la Dra. Abella “la medida tiende a asegurar la publicidad del proceso y si bien el inmueble puede ser gravado o enajenado, ya que las cosas litigiosas pueden ser ob-

5. NUTA; ROTONDARO; PRÓSPERI. *Medidas cautelares y bloqueo registral*. España: La Rocca, 2001. p. 96.

jeto de contratos (art. 1.174 del Código Civil), quien se anoticie de la *litis* no podrá invocar buena fe”.⁶

Es decir, la anotación de *litis* en “cualquier” proceso no impide la disposición del inmueble por su titular; salvo que se trate de una anotación de *litis* en el marco de un proceso de expropiación, pues ordenada y anotada en este tipo de proceso tiene alcances especiales, atento a que torna al inmueble “indisponible e inembargable” conforme lo normado en el art. 24 de la Ley de Expropiación Nacional n. 21.499.⁷

En consonancia con lo expuesto, varios Registros de la Propiedad Inmueble del país han dictado Disposiciones Técnico Registrales que reflejan el distinto tratamiento de la anotación de *litis* ordenada en los procesos en general, de la dispuesta en el marco de un juicio de expropiación. Así, la Disposición Técnico Registral del Registro de Capital n. 6/75 al regular a las anotaciones de *litis* en general, en su art. 1.º dispone que se consideran caducas las anotaciones de *litis* a los cinco años, señalando que “habida cuenta de ello, a continuación de la nota de registración (plancha) que se practique en los oficios que ordenen anotar tal medida cautelar, se consignará la leyenda ‘vigencia cinco años’, artículo 37.º del Decreto Ley 17.801/68”; mientras que el mismo Registro reguló la cuestión de la anotación de *litis* en juicio de expropiación mediante la Disposición Técnico Registral n. 9/77 que en su art. 1.º establece que “toda vez que se presente para su anotación un documento judicial conteniendo medida cautelar de *litis*, ordenada en juicio de expropiación que tramite conforme la Ley 21.499, el rubro 1 de minuta y el asiento que en consecuencia se practique, deberán rezar ‘*litis* Ley 21.499’, indicándose en esa forma el alcance de indisponibilidad que tal ley le confiere a ese tipo de medida”.

Hasta aquí hemos analizado los efectos de la anotación de *litis*, distinguiendo según el caso, si produce o no la indisponibilidad del inmueble. Ahora debemos reflexionar acerca del plazo de vigencia de la anotación de tal medida en los Registros de la Propiedad Inmueble, pues ésta ha sido una cuestión discutida.

Decimos que se debatió acerca del plazo de vigencia en el Registro de la anotación de *litis*, pues la discusión surgió del juego del arts. 37, *b*) y del 2, *b*), de la Ley 17.801 y las normas contenidas en los Códigos Procesales. Conforme lo hemos señalado, el artículo 37 citado al regular los plazos de caducidad de las inscripciones establece que “caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna, por el transcurso del tiempo que expresa este artículo, o por el que, en su caso

6. ABELLA, Adriana N. *Estudios de derecho inmobiliario*. Buenos Aires: Zavalía, 2012. p. 424.

7. El art. 24 la Ley de Expropiación de la Provincia de Misiones, Ley IV – n. 14 (Antes Decreto Ley 1.105/79), es idéntico al art. 24 de la Ley nacional citada.

establezcan leyes especiales (...) b) las anotaciones a las que refiere el inciso b) del artículo 2, a los cinco años, salvo disposición en contrario de las leyes (...); y el art. 2 refiere a los “embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares”. De ello se desprendería claramente que la anotación de *litis*, al igual que el embargo, tendría una vigencia de cinco años, postura que es seguida por prestigiosa doctrina y jurisprudencia.

La otra norma en cuestión, que vino a poner dudas y generó polémicas es la prevista en varios Códigos Procesales Civiles y Comerciales; así el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 229 dispone: “Procederá la anotación de *litis* cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida”; algunas provincias, tienen idéntica norma en sus respectivos Códigos de forma. Del texto citado, surge una línea interpretativa⁸ que sostiene que la vigencia del asiento registral de anotación de *litis* puede llegar a ser mayor al plazo de cinco años que veníamos indicando, atento a que, siguiendo la literalidad de la norma, entienden que la anotación deberá surtir efectos “hasta la terminación del juicio” en el supuesto en que la demanda haya sido desestimada; o bien, “hasta que la sentencia haya sido cumplida” cuando la demanda ha sido admitida, situaciones que pueden producirse habiendo transcurrido ya el plazo de cinco años.

No compartimos esta postura, por distintos argumentos a saber: a) el primero y principal es de carácter jurídico, y tiene su anclaje en la Constitución Nacional, pues del art. 75, inc. 12 de la norma fundamental se desprende que es facultad del Congreso de la Nación dictar los Códigos de Fondo, y conforme al art. 126 de la Carta Magna “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...) dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado”. Así, la Ley Registral Nacional 17.801 que forma parte del Código Civil como legislación complementaria, constituye normativa “de fondo”, como ya lo hemos señalado, y no puede ser desplazada por la regulación de los Códigos Procesales; y b) el segundo argumento es de carácter económico, pues sostener que la anotación de *litis* tiene una vigencia mayor a los

8. Esta postura es sostenida entre otros por Luis ANDORNO e Martha Marcolín de Andorno, quienes fundamentan su postura en que la medida tiene por fin anotar durante todo el proceso la existencia de un litigio sobre el inmueble en cuestión. ANDORNO, Luis; MARCOLÍN DE ANDORNO, Martha. *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801*; citados por VENTURA, Gabriel B. *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 457.

cinco años, y según el caso a tenor del art. 229 del Código Procesal Civil y Comercial “hasta que termine el proceso” impide la normal circulación de la riqueza. Pues es sabido que lamentablemente por la sobrecarga de tareas en la justicia, los expedientes pueden llevar mucho más de cinco años en tramitarse, amén de los numerosos casos de los juicios que son comenzados y por distintas vicisitudes quedan sin impulso procesal, por lo cual pasan a Archivo de Tribunales, mientras que en sede registral quedan anotadas “indefinidamente” –siguiendo esta tesis– las anotaciones de *litis*; de manera tal que cuando se quiera disponer del bien a veces pasados los diez o quince años o más, sigue el asiento registral publicitando la medida que ya carece de todo sentido y no protege interés alguno. Decimos que impide la normal circulación de la riqueza porque quien observe en este contexto que señalamos un asiento de anotación de *litis* de 10 o 15 años atrás dudará en adquirir el inmueble, o bien sabrá que tiene que dirigirse a Archivo de Tribunales –aumentando así la burocracia en los trámites–, a hacer el trámite pertinente para levantar la medida.

Por todo lo expuesto, y siguiendo a prestigiosa doctrina creemos acertada la tesis que considera que el asiento registral de anotación de *litis* tiene una vigencia de cinco años. Así se ha sostenido que “creemos que la caducidad de la anotación de *litis* opera a los cinco años, salvo que a su respecto se haya establecido en ley especial, un plazo mayor o menor, o se haya determinado para la misma su vigencia sine die”.⁹ Sostener lo contrario implicaría estar “(...) privilegiando la falta de diligencia de aquel que no procedió a reinscribirla durante el plazo de la anotación”.¹⁰

En igual sentido se han pronunciado los tribunales sosteniendo que: “El sistema de caducidad que –de pleno derecho– hace jugar el art. 37 responde a la necesidad de impedir la subsistencia de medidas cautelares cuando el transcurso del tiempo indica una conducta indiferente o displicente del interesado en la vigilancia de sus derechos, la cual válidamente cabe presumir, si no procedió a reinscribir la anotación de *litis* dentro del plazo legal fijado cuando el proceso no concluyó en el curso de los cinco años desde la toma de razón, pues es a él –con la finalidad que la cautela conserve su vigencia– a quien incumbía requerir la reinscripción de la medida”; aclarando que “si bien a diferencia de lo previsto en el art. 207, *in fine*, CPCCN respecto del embargo y la inhibición de bienes, la anotación de *litis* no contiene un plazo de extinción pues el art. 229 del citado ordenamiento solo contempla una hipótesis binaria según el resultado del proceso: la extinción como consecuencia del rechazo de la demanda o

9. VENTURA, Gabriel B. Ob. cit., p. 457.

10. BLANCO, Silvia. *Estudios de Derecho Notarial y Registral*. TRANCHINI, Marcela (coord.). Buenos Aires: FEN Editora Notarial, 2006. p. 26.

su subsistencia hasta el cumplimiento de la sentencia que la admite, ello no implica que pueda omitirse la renovación de su registración”, y fundamentalmente poniendo de relieve que “la regla emergente del art. 37, inc. b, de la Ley 17.801 respecto a la caducidad de la anotación en el término de cinco años a contar desde la toma de razón, no puede ser desvirtuada por lo establecido en el art. 229 CPCCN, por cuanto la citada norma registral reviste la cualidad de especial y atañe al derecho sustancial y, por tanto, no puede ser cercenada o desvirtuada por el ritual”.¹¹

Siguiendo esta línea interpretativa el nuevo Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones recientemente sancionado por la Cámara de Representantes, que entró en vigencia en marzo de 2014 ha sustituido la redacción originaria del art. 229 que era fiel copia del art. 229 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y que había generado muchas prácticas contrarias a lo normado en el art. 37 de la Ley 17.801. El nuevo art. 232 dispone con claridad: “Procede la anotación de *litis* cuando se deduce una pretensión que puede tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente y el derecho fuere verosímil. La anotación de *litis* se extingue a los cinco (5) años de la fecha de su inscripción en el registro que corresponda, salvo que a petición de partes se reinscriba antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entiende en el proceso.”

El plazo de vigencia del asiento de la anotación de *litis* en sede registral es una cuestión no menor para el registrador, pues según qué postura se adopte calificará los documentos que ingresan y pretenden inscribirse; inscribiéndolos en forma definitiva o bien en forma provisional. Pues si el registro adopta la postura que señala que la anotación rige “hasta la terminación del proceso” (y por ejemplo el proceso lleva ya 9 años tramitándose), si se presenta una escritura traslativa de dominio la observará, inscribiéndola en forma provisional, si ésta no reconoce la *litis*. En cambio, si la misma escritura se presenta y ya ha vencido el plazo de cinco años desde la anotación de la *litis*, la escritura se inscribirá en forma definitiva.

III. CONCLUSIONES

- La inscripción o anotación provisional se da ante errores subsanables, manteniéndose la reserva de prioridad durante ese período.
- La inscripción o anotación condicional se da cuando se pretende inscribir un documento relativo a un inmueble que está afectado por algunas de las reservas de prioridad previstas en la Ley.
- La anotación de *litis* no impide que el bien sea transferido, pues simplemente a los fines registrales se solicita al adquirente que levante o reconozca la *litis* (quien

11. CNCiv., sala G, 2010/08/23 Migdal, Hilda c/ Registro de la Propiedad Inmueble en Exp. 193/10. La Ley, 2010/10/25.

así no podrá alegar desconocer que adquiere una cosa litigiosa); salvo que se trate de una anotación de *litis* en proceso de expropiación, que provoca la indisponibilidad del bien. La anotación de la *litis* en general, tiene una vigencia de cinco años.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201 (DTR\2012\44777);
- Princípios de regulação e organização do sistema registral: Poder Público, organização, autofinanciamento, responsabilidade, de José Simeón Rodríguez Sánchez – *RDI* 57/228 (DTR\2004\410), e
- Princípios do direito registral imobiliário, de Álvaro Melo Filho – *RDI* 17/25 (DTR\1986\235).

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. These circles are arranged in a way that they create a sense of depth and movement. Overlaid on these circles is a fine, light gray grid pattern that extends across the right half of the page. The overall aesthetic is clean, modern, and professional.

Trabalhos Forenses

CONDOMÍNIO DE LOTES

ANTONIO RANALDO FILHO
Oficial de Registro de Imóveis.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

Excelentíssimo Senhor Doutor Mauro Antonini
Digníssimo Juiz de Direito da 5.ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba e Corregedor
Permanente das Serventias de Registros de Imóveis

Ofício n.

Processo n.

Pedido de Providências – Bloqueio de Matrícula

MM. Juiz:

Em atenção à carta de intimação recebida em 31.07.2014, extraída do processo em epígrafe, temos a honra de aduzir o quanto segue:

Trata-se de pedido de Desbloqueio da Matrícula de n. 73.804 desta unidade, determinado pela Douta Corregedoria Permanente e confirmado pela E. Corregedoria Geral da Justiça, em razão de indícios de burla à legislação cogente que regula o parcelamento, mediante a utilização do instituto do condomínio edilício. O pleito liberatório se encontra escorado na superveniência da Lei Federal 11.977/2009, e da Seção X do Cap. XX do Prov. 58/89 da Corregedoria Geral do Estado, que tratam da regularização fundiária.

De início, curial a elaboração de breve histórico acerca dos motivos que levaram à determinação do bloqueio.

1. DAS RAZÕES DO BLOQUEIO

1.1 Fraude à lei cogente – Da utilização do instituto do condomínio edilício para tangenciar as normas atinentes ao parcelamento do solo constantes da Lei 6.766/1979

A E. Corregedoria Geral da Justiça, ao realizar correição parcial extraordinária na comarca de Campos do Jordão, se deparou com meio de fraudar a lei cogente que regula o parcelamento do solo, consistente na aprovação e registro de condo-

mínio de casas sem a efetiva vinculação dos terrenos às construções, mascarando verdadeiro parcelamento do solo. Naquela oportunidade, o órgão censório determinou o bloqueio das matrículas nas quais verificadas tais circunstâncias, até ulterior regularização.

O parecer da lavra do então Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral e hoje Desembargador, Dr. Francisco Eduardo Loureiro, lançado no Processo 1.536/1996, de pedido de reconsideração do bloqueio adrede determinado, do qual pedimos vênua para transcrever alguns trechos, bem esclarece quanto aos fatos caracterizadores da prática aventada e seus efeitos jurídicos:

“(...) No caso concreto, todavia, o projeto aprovado junto à Prefeitura Municipal e levado a registro difere total e radicalmente das construções que constituirão as unidades autônomas.

O projeto aprovado diz respeito à construção de unidades autônomas consistentes de residências com 38, 12m² de área privativa construída, mais 0,90 m² de área comum construída totalizando 39,02 m².

O memorial de incorporação, todavia, expressa que a planta aprovada para a construção das unidades autônomas poderá ser substituída com acréscimo de área, mediante providência do respectivo condômino adquirente, desde que não infrinja restrições impostas na convenção de condomínio e posturas municipais.

Em outras palavras, o memorial da incorporação permite, de modo amplo, a cada um dos compradores construir a própria unidade autônoma, a seu alvedrio, apenas respeitando normas contratuais mínimas.

É certo que a Lei 4.591/1964 não discrimina a área mínima construída de cada unidade autônoma. Havendo, porém, evidências, como no caso presente, de que o projeto aprovado não guarda a menor relação com as construções que efetivamente serão erigidas, patente fica a fraude à norma imperativa.

Entender o contrário permitiria, por exemplo, que se aprovasse incorporação com dez, cinco, um metro quadrado de área construída, ou apenas um tijolo ou bloco construído, delegando ao próprio condômino a prerrogativa de construir posteriormente a unidade, como bem entender.

Em termos diversos, estaria consagrada a figura do condomínio de solo, ou de lotes, em frontal contradição ao espírito e ao que dispõe a Lei 4.591/1964 e em manifesta fraude ao que dispõe a Lei 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo).

Quais as evidências, de que, no caso concreto, na verdade não existe relação entre o projeto de construção aprovado e a efetiva unidade autônoma a ser construída?

a) a convenção de condomínio, em sua cláusula a.5 (vide f. do apenso) explicita que a área construída não poderá ultrapassar mais de 20% do total da unidade (entendida como local de uso exclusivo), em total divórcio com o projeto;

b) os itens *c* e *d* da convenção regulam minuciosamente a substituição do projeto inicial aprovado e a construção de novas unidades, sem qualquer relação com o anterior;

c) não há sequer descrição do que é composta cada ‘residência’ aprovada, sua individualização e discriminação (art. 7.º da Lei 4.591/1964);

d) não há menção a qualquer prazo para entrega das unidades, e nem o seu custo dissociado do custo da fração ideal do terreno (...).”

Após delinear os fatos, o brilhante magistrado passou a ponderar acerca das suas consequências jurídicas, rechaçando, inclusive, a tese levantada pelo requerente, fortes no ensinamento de Gilberto Valente da Silva, quanto a possibilidade do condomínio de lotes, com lastro no art. 3.º do Dec.-lei 271/1967. Assim obtemperou o nobre juiz:

“Em que pese o respeito que se devota à capacidade intelectual do autor do parecer, o certo é que a tese da possibilidade de implantação de condomínio de lotes tem sido sistematicamente rejeitada pela doutrina e jurisprudência.

Não há como prevalecer tal entendimento. A própria Lei 4.591/1964, dispõe ‘sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias’ [destaque nosso].

Não bastasse, clara é a lição de um dos autores do projeto que resultou a Lei 4.591/1964, Caio Mario da Silva Pereira: ‘A lei exige a construção sob a forma de unidades autônomas. Esta é uma *conditio legis*. É mister que cada unidade – apartamento residencial, sala ou conjunto de escritório, de um ou vários pavimentos, loja, sobreloja, vaga em edifício-garagem constitua uma unidade autônoma e deve ser tratada objetivamente como tal e assinalada por uma indicação numérica ou alfabética, para efeito de identificação’ [destaque nosso]. (*Condomínio e incorporações*, 10. ed., Forense, 1996, p. 69) (...). O que visou o Dec. 271/1967, na verdade, em especial o art. 3.º, foi estender aos adquirentes de lotes no regime do Dec.-lei 58/1937, as normas protetivas que já vigoravam em relação aos adquirentes das unidades em condomínio.

Não houve, por óbvio, equiparação de loteamento a condomínio, institutos distintos e absolutamente inconfundíveis. Ademais o Decreto, mencionado no § 1.º do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, que regulamentaria a aplicação da Lei 4.591/1964 aos loteamentos, nunca foi editado.

Não bastasse, os arts. 1.º e 2.º da Lei 6.766/1979 deixam claro que todo parcelamento do solo para fins urbanos será feito por loteamento ou desmembramento. Aniquilaram, assim, qualquer possibilidade de implantação e registro de condomínio de solo ou de lotes.”

Por fim, o parecerista trata da ocorrência do instituto da fraude à lei do parcelamento urbano na espécie, pontificando que:

“(...) O que não se admite é a implantação de tais loteamentos sob o rótulo de ‘condomínios especiais’ em manifesta fraude à Lei do Parcelamento do Solo. Não há previsão em nosso direito positivo, de um *tertium genus* entre ‘loteamento fechado’ e ‘condomínio deitado’. Não se admite que, ao sabor dos interesses do momento, crie-se uma figura jurídica híbrida de loteamento e condomínio, aplicando, tão só, a parte de cada lei que atenda à conveniência do empreendedor (cf. parecer do Juiz Kioitsi Chicuta, in *Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo*, ano de 1989, verbete 78) (...).

Admitir o registro do loteamento como se condomínio fosse significaria aniquilar a Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Não mais haveria controle urbanístico e ver-se-ia privada a Municipalidade de expressivo espaço público. A médio prazo, estaria comprometido o próprio sistema viário, uma vez que as cidades estariam totalmente tomadas e cercadas por grandes ‘guetos’ privados.”

1.2 Do “condomínio fechado Benvenuto”

Conforme noticiado no nosso Ofício de n. 681/2004, o qual deu origem ao Processo Administrativo n. 1.623/2004 da E. Corregedoria Permanente, que redundou no bloqueio ora combatido, da análise dos documentos que integram o processo do registro de incorporação do aludido “condomínio”, o mesmo ostenta as seguintes características:

a) é composto por partes autônomas de propriedade exclusiva (casas residenciais), as quais compreendem relativamente a cada um dos “lotes”, área coberta e área descoberta, v.g. “Lote 01 – Casa 01 – área privativa coberta = 37,8100 m²; área privativa descoberta = 1.045,2900 m²; Total Privativa = 1.083,1000 m²; Área comum = 317,04274 m²; Total = 1.400,14274 m²; Fração Ideal de Terreno = 3,399%”;

b) ao descrever as unidades, no memorial de incorporação, as mesmas foram denominadas de “lotes”;

c) não há vinculação do terreno a efetiva construção;

d) não há nenhuma referência à composição de cada “residência” aprovada, sua individualização e discriminação;

e) não há menção ao prazo para entrega das unidades, e nem o seu custo dissociado do custo da fração ideal de terreno;

f) a cláusula sexta da convenção condominial autoriza a modificação nas coisas de propriedade exclusiva;

g) na matrícula em que se encontra registrada a incorporação foram feitos dois registros de compra e venda, sendo que um deles teve por objeto a “parte ideal correspondente a 3,43500% vinculada ao lote 24” (R/2-Mat. 73.804) e o outro a “parte correspondente a 3,43500%, vinculada ao lote 13” (R/3-Mat. 73.804).

Notou-se, da análise de tais características, que o projeto de condomínio sob análise, apresentava os elementos identificados pela E. Corregedoria Geral da Justiça, no precedente mencionado, como configuradores da existência de fraude à Lei do Parcelamento do Solo, mediante a utilização da “roupagem jurídica” do “condomínio edilício horizontal”. Tais fatos, por dever de ofício, foram comunicados ao MM. Juiz Corregedor Permanente, que houve por bem determinar o bloqueio ora guerreado.

1.3 Dos atos judiciais-administrativos que determinaram o bloqueio

Ao tomar ciência da questão levantada, o bloqueio fora determinado pelo eminente Magistrado, após ouvido o DD. Representante do Ministério Público, através da decisão de 14.02.2005. Da referida decisão fora interposto recurso administrativo (Processo 245/2006), ao qual fora negado provimento, conforme parecer elaborado pelo juiz auxiliar Dr. Roberto Maia Filho, aprovado pelo DD. Corregedor Geral da Justiça, Des. Gilberto Passos de Freitas.

Feita essa pequena digressão, com o intuito de aclarar os motivos que levaram a determinação do bloqueio, passaremos a análise do pedido debatido.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DO DESBLOQUEIO PELA SIMPLES SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.997/2009 E DA SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Cumprido deixar assentando, antes de mais nada, que a finalidade do bloqueio, qual seja, a regularização do empreendimento, não fora ultimada. Com efeito, proibiu-se a prática de novos atos na matrícula com o objetivo de que a situação jurídica do empreendimento fosse ajustada à realidade fática. Ora, tratando-se de fato, de um loteamento, não poderia o registro de imóveis revelar a existência de um condomínio. Como remédio para corrigir esse desajuste entre a situação fática e registrária havia o procedimento de regularização de loteamentos delineado na Subseção II da Seção V (itens 152 a 155) do Prov. 58/89 da E. Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com lastro na Lei 6.766/1979.

É de se observar que, desde a decretação do bloqueio até a presente data, nenhuma medida, pelo menos no aspecto registrário, fora tomada objetivando a efetivação da regularização.

A Lei Federal 11.977/2009, que no seu Capítulo III trata da Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos, trouxe novos instrumentos e meios para

viabilizar a efetivação da regularização fundiária, ou seja, facilitou, de certa forma, a obtenção da tão almejada coincidência entre a situação fática e a jurídico-registrária, mas em momento algum, anistiou ou liberou dessa necessidade os empreendimentos irregulares. Oferece, de fato, instrumentos, para o atingimento de tal desiderato.

Assim sendo, não vislumbramos, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, que a superveniência da legislação invocada, isoladamente, possa servir de argumento para o desbloqueio.

Entretanto, o que houve, e talvez possa de alguma forma repercutir no caso ora examinado, como adiante se verá, foi uma mudança de entendimento da Corregedoria Geral, no que diz respeito à possibilidade de registro do chamado “condomínio de lotes”, conforme passaremos a explicar.

3. DO CONDOMÍNIO DE LOTES

Infere-se da leitura do parecer da lavra do eminente Des. Francisco Eduardo Loureiro retrotranscrito, a existência de certa divergência doutrinária quanto à possibilidade da constituição e conseqüentemente do registro do chamado “condomínio de lotes”. Trata-se, grosso modo, o “condomínio de lotes” do empreendimento regulado pela legislação aplicável ao condomínio edilício, sendo que, nesta modalidade, as unidades autônomas do condomínio ao invés de se constituírem de imóveis efetivamente construídos (apartamentos, lojas, conjuntos etc.) seriam formadas por lotes (sem vinculação à construção). O chamado “coeficiente de proporcionalidade”, ou melhor, as frações ideais delimitadoras da participação de cada unidade nas coisas comuns e no terreno seriam calculadas levando-se em conta a área superficial do “lote”, desvinculadas de eventual área construída. Sendo assim, quaisquer posteriores alterações da área edificada, não implicariam na modificação da estrutura do condomínio. Os argumentos acerca da impossibilidade de tal instituto constam, do mais uma vez mencionado parecer exarado no Processo 1.536/1996 de Campos do Jordão, cujos trechos foram antes copiados (vide item 1 da presente manifestação). O principal argumento, dentre outros, é o da falta de vinculação do terreno à construção. De outro lado, dentre os que advogam a favor do condomínio de lotes, temos como maior expoente o saudoso advogado e magistrado, Gilberto Valente da Silva. Para afastar a tese da falta de vinculação do terreno à construção, o nobre doutrinador invocou o art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, vazado nestes termos:

“Art. 3.º Aplica-se aos loteamentos a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação.

§ 1.º O Poder Executivo dentre de 180 dias regulamentará este decreto-lei, especialmente quanto à aplicação da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, aos loteamentos, fazendo inclusive as necessárias adaptações.”

E segue seu escólio o douto magistrado, no trabalho apresentado no XXI Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis, intitulado “Condomínio Sem Construção”:

“Não há fundamento sério para se sustentar que o referido texto não se aplica às hipóteses como se está pretendendo, pois todo condomínio pressupõe construção. O legislador fez uma equiparação expressa, possibilitando a existência de condomínio sem construção das unidades porque as *edificações* de que trata o art. 1.º da Lei 4.591/1964 são, nas obras de infraestrutura do loteamento, as vias de circulação, as galerias de águas pluviais, a portaria etc.” (os grifos são do autor).

Se encontra em trâmite no Congresso Nacional, o PL 3.057/2000, que visa, exatamente, regulamentar o condomínio de lotes, com a denominação de “condomínio urbanístico”, definido como sendo “a divisão de imóvel em unidades autônomas destinadas à edificação, às quais correspondem frações ideais das áreas de uso comum dos condôminos, sendo admitida a abertura de vias de domínio privada e vedada a de logradouros públicos internamente ao período do condomínio”.

De acordo com esse Projeto de Lei, a porção de terreno em que é dividida a gleba é denominada unidade autônoma e é destinada ao uso privativo. A unidade autônoma corresponde ao lote de terreno, estando a formulação do projeto de construção da casa e sua execução na esfera da vontade do respectivo titular.

O advogado e jurista carioca Melhim Namem Chalhub, no artigo “Condomínio de Lotes de Terreno Urbano”, publicado na obra *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, Ed. RT, vol. 4, p. 1.227; noticia a edição de legislação municipais inspiradas em tal projeto, tais como Leis 343/1999 de Porto Alegre/RS, 8/2006 de Paço de Lumiar/MA e 2.623/2006 de Manhuaçu/MG.

3.1 *Da mudança de entendimento da corregedoria geral quanto à possibilidade do condomínio de lotes*

Diante de tal quadro, parece-nos que a E. Corregedoria Geral da Justiça modificou o entendimento anterior, esposado por ocasião da análise do caso ocorrido em Campos do Jordão e aqui já relatado. Com efeito, como é sabido, o órgão censório-disciplinar paulista promoveu recentemente, através do Provimento 37/2013, a atualização das normas de serviço endereçadas aos oficiais de registro de imóveis. Tal alteração trouxe como novidade, além de outras, o item 222.2 da Seção VIII do Cap. XX do Prov. 58/89, cuja redação é a seguinte:

“Nas incorporações de condomínio de lotes, a que se refere o art. 3.º do Dec.-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, a execução das obras de infraestrutura equipara-se à construção da edificação, para fins de instituição e especificação do condomínio.”

E mais adiante, assim estabelecem as normas de serviço:

“Item 229. O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como condomínio de lotes, multipropriedade imobiliária, cemitérios e clubes de campo.”

“Data máxima vênia”, depreende-se de tais inovações normativas que a tese, antes afastada, da viabilidade do condomínio de lotes com fulcro no art 3.º do Dec.-lei 271/1967 fora recepcionada.

Posto isto, cumpre verificar se tal inovação normativa autorizaria o desbloqueio da matrícula, sem que fossem tomadas quaisquer outras providências, conforme requerido.

A resposta nos parece negativa. Senão vejamos.

4. DO CONDOMÍNIO BENVENUTO COMO “CONDOMÍNIO DE LOTES”

Parece-nos que, de fato, o chamado “Condomínio Benvenuto” se amolda às características do instituto do condomínio de lotes. Ocorre que, o seu projeto, o modo pelo qual foi estruturado, até para que ostentasse a aparência do condomínio edilício tradicional, possui certas peculiaridades que precisam ser emendadas, para que o mesmo possa seguir a sua vida oficialmente como condomínio de lotes. Com efeito, de acordo com o escólio do já citado Gilberto Valente da Silva, exarado no mesmo artigo mencionado, no condomínio de lotes, a sequência dos atos praticados no registro imobiliário seria a seguinte: (a) registra-se a incorporação, observadas as regras estabelecidas pelo art. 32 da Lei 4.591/1964; (b) os títulos transmissivos serão registrados na matrícula do terreno incorporado; (c) a instituição será registrada quando forem concluídas as obras de infraestrutura, pois elas seriam as edificações, por expressa determinação legal (art. 3.º do Dec.-lei 271/1967); (d) as casas seriam averbadas à medida em que fossem construídas, no correr dos tempos, pouco a pouco, segundo o interesse, a possibilidade e a necessidade dos adquirentes.

Os documentos apresentados por ocasião do registro do empreendimento analisado revelam, sob o aspecto formal, na medida em que, conforme já apontado, a situação fática é diversa, o seguinte: (a) as unidades aprovadas pela municipalidade consubstanciam-se de casas com 37,81 m², com *terrenos de “uso exclusivo”* de 1.045,29 m² a 1.754,40 m²; (b) o coeficiente de proporcionalidade foi calculado considerando-se os terrenos e as respectivas construções (*ambos tomados como áreas privativas*); (c) a convenção condominial, ao mesmo tempo em que assinala,

em sua cláusula quarta, serem unidades autônomas as “casas residenciais” (*característica própria do condomínio edilício regrado pela Lei 4.591/1964*), autoriza a modificação nas “coisas de propriedade exclusiva”, permitindo, conforme se extrai da cláusula sexta, acréscimo ou diminuição da área edificada, sem que para tanto concorram os demais condôminos, o que levaria a crer que as unidades autônomas seriam os lotes, e não as “casas residenciais” (*aspecto próprio do “condomínio de lotes”*).

Da forma como estruturado o condomínio, cada alteração da área construída da unidade implicará na modificação do coeficiente de proporcionalidade daquela unidade cuja área foi alterada, bem como nas demais, redundando em alteração de toda estrutura do condomínio. Desse modo, a cada alteração de área construída das unidades e do projeto, será necessária a retificação da incorporação, para adaptá-la à nova estrutura condominial, em especial as novas frações ideais vinculadas a cada unidade. E para a averbação da alteração, curial a anuência expressa de todos os titulares de frações ideais vinculadas.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, sempre ao nuto de Vossa Excelência, concluímos o seguinte:

A superveniência da legislação em sentido amplo invocada, não autoriza, sem que sejam providenciadas as medidas saneadoras por ela preconizadas, o almejado levantamento do bloqueio. De fato, tanto a lei, como as normas de serviço, oferecem aos interessados os instrumentos necessários para que se atinja à regularização do empreendimento, quer como parcelamento do solo, quer como condomínio edilício de casas (art. 64 da Lei 11.977/2009 e Seção X, Capítulo XX, do Provimento 58/89 da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo). No entanto, há que se buscar as aprovações necessárias, bem como, se promover as retificações pertinentes, para que a situação registrária passe a revelar a real situação jurídica do empreendimento. Como já asseverado, a legislação de regência não concedeu anistia aos imóveis ocupados de forma irregular, mas criou instrumentos visando facilitar à sua adequação jurídica.

A par disso, a despeito de não invocado pelos requerentes, a alteração do entendimento da E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no que diz respeito à possibilidade do condomínio de lotes, lhes abriu outro caminho possível na obtenção da regularização. Com efeito, parece-nos que a situação fática do empreendimento, realmente é a de um condomínio de lotes, o que por si só, já autorizaria o desbloqueio. Ocorre que, como foram utilizados alguns subterfúgios para ostentar a aparência e obter as aprovações como condomínio de casas, em especial a fictícia vinculação do terreno à pequena construção de

37,81 m², tais fatos deverão ser emendados para que seja possível o desbloqueio. Cremos ser necessárias as seguintes medidas saneatórias: (a) alteração do projeto junto à Prefeitura local, ancorada em lei municipal, para que dele seja excluída a vinculação às construções; (b) alteração do quadro de áreas, a fim de que sejam excluídas as edificações das colunas destinadas às áreas privativas, efetuando-se, a partir daí, novo cálculo do coeficiente de proporcionalidade, que deverá levar em conta tão somente as áreas dos lotes em relação à gleba; (c) alteração do memorial de incorporação e da convenção condominial para adaptá-los à solução proposta, com anuência de todos os proprietários de frações ideais com título registrado, bem como daqueles que ostentam a qualidade de possuidores das unidades ou a intimação dos mesmos para tal fim, conforme se extrai do disposto no item 224.1, Cap. XX, do Provimento CG 58/89 (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo); (d) caso já tenha ocorrido a construção das obras de infraestrutura, certidão nesse sentido, acompanhada da respectiva CND previdenciária, para que possam ser descerradas as matrículas das unidades-lotes; (e) instituição, especificação e atribuição das unidades autônomas-lotes.

Não é demais repisar que, sem tais alterações, a cada modificação de área construída, será necessária a alteração de toda a estrutura condominial, sempre com aquiescência unânime dos proprietários. Ademais, sem as mudanças sugeridas o registro continuará a revelar situação diversa da real, com prejuízo aos condôminos e a eventuais interessados na aquisição das unidades, além de ostentar descompasso com o projeto aprovado pela municipalidade.

No mais, a despeito da solução acima sugerida, a qual nos parece mais adequada a situação fática, inexistente impedimento para que o empreendimento seja regularizado como loteamento ou como condomínio de casas, de acordo com o interesse dos requerentes e observadas as formalidades legais e normativas. No primeiro caso, deverão os interessados observar o disposto nos itens 293 e seguintes do Capítulo XX, das Normas de Serviço, enquanto que no segundo os itens 282 e seguintes do mesmo Capítulo, sendo que neste último caso, curial que todas as casas que integram o condomínio estejam concluídas. Em ambos os casos, imprescindível a participação do Município.

6. DOS DOCUMENTOS

Seguem acostados os seguintes documentos: 1) cópia do acórdão exarado no Processo CGJ/SP n. 1536 retromencionado; 2) cópias extraídas do Processo Administrativo n. 1623/2004, que originou o bloqueio da matrícula 73.804; 3) cópia do trabalho apresentado no XXI Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis, de autoria de Gilberto Valente da Silva, intitulado “Condomínio Sem Construção”; 4) cópias do projeto, memorial de incorporação, quadros da ABNT e minuta da

convenção condominial do “Condomínio Fechado Benvenuto”; e, 5) certidão atualizada da Matrícula 73.804.

7. DO ENCERRAMENTO

Era o que cabia informar e ponderar, renovando a Vossa Excelência protestos de estima e apreço.

Piracicaba/SP, 05 de agosto de 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições, de Wanderli Acillo Gaetti – *RDI* 70/173 (DTR\2011\1748), e
- O Poder Público municipal e a burla da Lei do Parcelamento do Solo, de João Baptista Galhardo – *RDI* 48/47 (DTR\2000\63).

LOTEAMENTO FECHADO

IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR

Oficial Registrador.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Corregedor Permanente da Comarca de Pirapozinho/SP.

Izaías Gomes Ferro Júnior, Oficial de Registros desta Comarca de Pirapozinho/SP, vem pela presente informar que o Sr. (nome), ofereceu *impugnação ao registro do Loteamento denominado “Residencial Valência I”* nesta serventia protocolado sob n.

Manifesto-me de forma objetiva, inicialmente sobre as razões para a existência desta espécie de loteamento, e posteriormente sobre o direito registral imobiliário e a aceitação dos loteamentos fechados junto ao fólio real.

I. INTRODUÇÃO

O direito nasce com a necessidade de regular relações sociais e percorre um longo caminho de evolução jurídica. Não se regula, o que não existe. O homem pratica atos que trazem benefícios ou prejuízos que interessam a pacífica convivência social, e para evitar que os mais fortes subjuguem os mais fracos o Estado regula estas situações. Nesta linha evolutiva do direito, fazendo um corte sistêmico, apenas para ilustrar o que se pretende abordar, hodiernamente, e apenas a título de exemplo, não se admite mais em nossa sociedade mundial a prática da “vingança privada” praticada pelos povos bárbaros.

Necessário se faz criar consciência de que o Direito deve acompanhar as transformações sociais e, principalmente, perceber os anseios da sociedade.

No Brasil temos instituído, ao menos teoricamente, um Estado Democrático de Direito de forma que assegure os direitos sociais e individuais de forma justa para uma sociedade pluralista, sem preconceitos.

O Poder Legislativo brasileiro tem a função de perceber estes anseios e regular situações fáticas atuais e minimizar estes problemas e, principalmente, evitar a perpetuação de situações não reguladas e presentes no dia a dia da sociedade.

O Poder Judiciário, por seu turno, deve também perceber estes anseios, pois deve regular, ao ser provocado, situações de inação do legislador. A atenção aos

clamores sociais, a percepção do mundo fático e sua adequação à justiça é o fim último de sua ação. O julgador não deve se preocupar com a repercussão de suas decisões, desde que pautadas pelos princípios básicos do Direito. Deve estar atento, portanto, a não ser apenas a “boca da Lei”, longe do pragmatismo de momento inicial do “pós-revolução francesa”.

O Brasil, historicamente, adota a economia de mercado, mas ficou estabelecido na Constituição Federal de 1988, que mesmo como estado liberal, não deixaria de cumprir seu papel no controle da atividade econômica. As relações privadas sempre estão à frente da regulação pelo Estado, pois férteis que são em estabelecer novos modelos de negócios, de situações jurídicas, precisam da “mão” reguladora deste. O Estado, portanto, cumpre seu papel ao intervir em caso de excessos, na regulação e no planejamento econômico. Nesse sentido, deve o Estado atuar na regulação da economia nacional, suprimindo lacunas, restringindo direitos, injetando recursos onde exista situação carente. Pressupõe-se que este deva atuar, minimamente que seja, em situações de relevância, ultimando a segurança dos cidadãos e os interesses coletivos. A moradia é um destes interesses, destes direitos que abordaremos a seguir.

II. DO DIREITO À MORADIA *LATU SENSU*

Apesar de “todos os direitos serem direitos de todos”, alguns são denegados aos cidadãos que não apresentam determinados requisitos econômicos, como o acesso a propriedade. O Estado brasileiro tem efetuado diversas ações de políticas públicas para sanar esta lacuna e, efetivamente, com programas habitacionais como o Programa de Arrendamento Residencial (Lei 10.188/2001) e o Programa Minha Casa Minha Vida (Lei 11.977/2009), avança, neste sentido. Pedro Lenza¹ ao comentar sobre o Direito à Moradia assevera:

“Também, partindo da ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), direito à intimidade e à privacidade (art. 5.º, X) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5.º, XI), há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o art. 23, X estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.”

Marcelo Novelino,² citando Ingo Sarlet, utiliza a expressão moradia em sentido amplo afirmando que o conceito de moradia abrange:

“(...) todo o conceito de posições jurídicas vinculadas à garantia de uma moradia digna para a pessoa humana, dentre os quais se incluem os direitos de moradia

1. Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 1.154.

2. Novelino, Marcelo. Direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 629.

(tutela e promoção da moradia), o direito à habitação, os deveres fundamentais conexos e autônomos em matéria de moradia e os deveres de proteção.”

A moradia é um direito social garantido constitucionalmente (art. 6.º da CF/1988), e deve receber a tutela do Estado, a fim de promover o bem estar dos cidadãos. A segurança igualmente é direito garantido constitucionalmente (art. 5.º da CF/1988). O rol dos direitos fundamentais espriados pela Constituição Federal de 1988, não só no art. 5.º mas permeado por todo o texto, traz um caleidoscópio de direitos em constante mutação, que em vinte e poucos anos após sua promulgação, já se verificam interpretações diferentes para o mesmo texto, para a mesma matéria. Os direitos não são absolutos, nem a vida, garantida constitucionalmente. Estes devem ser interpretados conjuntamente e tentar-se-á harmonizá-los, buscando uma solução menos conflituosa. O Estado deve prover à pessoa, a possibilidade de ter uma vida digna e plena. A dignidade em morar pressupõe um amplo espectro de direitos que, para grande parcela dos cidadãos, não é atingida, e aí o Estado não cumpre sua função. Não basta dar acesso à moradia, mas à moradia plena.

Esta inatividade Estatal, e apenas para exemplificar, cita-se a segurança pública como um dos direitos do cidadão que não é observado minimamente pelo Estado. Ante a deficiência Estatal em promover moradia minimamente segura, a sociedade organiza-se para suprir esta lacuna.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza³ correlaciona os direitos constitucionais que estão implícitos no conceito de direito à moradia:

“A feliz relação dos direitos à segurança, ao sossego e à saúde com o direito de construir ocorre também com o direito à moradia. No gozo do exercício deste direito, tem-se como fundamento a segurança, por isso é essencial a proteção que abrange as propriedades urbanas ou rurais e as de habitação, com edificações para fins comerciais ou industriais.”

Fato é que não se pode conceituar simplesmente “moradia” singularmente. O conceito é amplo, e traz uma série de direitos e garantias que deveriam ser perseguidas pelo bem estar social, norma esta constitucional, pragmática, que seja.

O incremento da migração do rurícola para a cidade em busca de melhor qualidade de vida, saúde, educação para os filhos, salários e lazer, fez com que houvesse um desordenado crescimento das zonas urbanas. Houve, evidentemente, uma desordem nesta ocupação, fazendo com que as mazelas que hoje enfrentamos sejam decorrência da inação Estatal em seus três níveis, União, Estados e Município.

Este conceito de “morar” que o cidadão que migrou da zona rural para a urbana, da região menos desenvolvida para a mais, sonhando com, principalmente melho-

3. Souza, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 223.

rar sua qualidade de vida, não foi suportada pela falta de previsão de instrumentos públicos adequados a este rápido crescimento, nem uma legislação pertinente estava adequada. Como isto, a iniciativa privada encontra soluções para encontrar uma moradia com melhores condições, mercadologicamente aceita.

Novos conceitos de moradia são incrementados, como os condomínios em prédios de apartamento e posteriormente os loteamentos com seu perímetro cercado por muros de proteção, que viriam a se transformar no que conhecemos hoje como “loteamentos fechados”.

III. NOVAS SOLUÇÕES DE MORADIA DIGNA

Com a crescente urbanização no Brasil, principalmente a partir dos anos 1970, parcela da sociedade percebendo a deficiência do Estado em proporcionar segurança pública adequada, começou a fechar determinados locais permitindo a entrada apenas de quem fosse “autorizado” pelos moradores. Nasce, a partir do conceito de condomínio de apartamentos, o conceito de condomínio de casas térreas ou assobradadas, e logo em seguida ocorre o “fechamento dos loteamentos”, objetivando dar segurança, não pública, como dever do Estado, mas privada paga pelos moradores *intra muros*. Não é objetivo desta manifestação traçar diferenças conceituais entre condomínio e loteamento, mas apenas os definiremos parcial e superficialmente.

Condomínio imobiliário é o direito exercido por mais de uma pessoa sobre o mesmo imóvel. Regula-se pelo Código Civil em sua parte geral iniciando-se nos arts. 1.314 e ss. e na parte especial nos arts. 1.331 e ss. e ainda supletivamente pela Lei 4.591/1964, a Lei de Condomínios e Incorporações. Tem-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, e todas envolvidas têm igual direito sobre a mesma. Já o condomínio edilício, ou em edifício de apartamentos,⁴ como foi inicialmente pensado pelo autor do anteprojeto da Lei de condomínios e incorporações, o eminente e saudoso Prof. Caio Mario da Silva Pereira, tem o condão de operar juridicamente uma nova figura que exsurge do condomínio ordinário, ou normal, para um conceito misto de propriedade comum, com propriedade privada, num mesmo espaço. Ocorre com um ato registral imobiliário a criação da figura jurídica da especificação do condomínio imobiliário, separando o condomínio em áreas de uso privado e áreas de uso comum. Cada condômino terá assegurado o uso individualizado de sua “unidade” de forma privada e o uso comum das frações comuns a todos.

Loteamento, por sua vez, tem expressa previsão legal na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979) e vem disciplinado no § 1.º do seu art. 2.º, que diz: “considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento,

4. Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. 4. ed. São Paulo: Forense.

modificação ou ampliação das vias existentes”. Nada fala em frações de uso exclusivo ou frações comuns, como no condomínio. Haverá sim, pela ferramenta aplicada de se lotear uma gleba urbana, a subdivisão em lotes e a passagem de grande.

Loteamento fechado é espécie do gênero Loteamento, quanto à forma de utilização. Ou seja, o princípio básico estrutural, urbanístico e registral é o mesmo. Entretanto, são introduzidas restrições urbanísticas voluntárias mais gravosas, via de regra, para melhorar a habitabilidade e regramento interno por uma associação de moradores que rege as relações entre os moradores, além do fechamento do perímetro por gradil ou muros.

José Afonso da Silva⁵ assim trata do tema loteamento fechado:

“O chamado ‘loteamento fechado’ constitui modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço para fins de construção de casas residenciais térreas ou assobradadas, ou edifícios. Caracteriza-se pela formação de lotes autônomos com áreas de utilização exclusiva de seus proprietários, confinando-se com outras de utilização comum dos condôminos. O terreno assim loteado não perde sua individualidade objetiva, conquanto sofra profunda transformação jurídica. Diferentemente do processo de loteamento propriamente dito, em razão do qual o terreno loteado perde sua individualidade objetiva, transformando-se em lotes que se individualizam como unidades autarquicamente bastantes em si mesmas; inexistem os estado e a pluralidade de comunhão; cria-se um bairro, cujo equipamento urbano (inclusive as vias, estradas e caminhos, como públicos que passam a ser com o registro imobiliário) passa a participar do sistema viário local e do orbe municipal.”

A definição de José Afonso da Silva é clara, principalmente ao tratar da perda do estado de comunhão com o restante da “urbi”. O autor insere a construção verbal “aproveitamento condominial” deixando clara sua visão de assemelhar-se tal espécie de loteamento em utilização análoga aos condomínios, não esclarecendo se na forma edilícia ou comum, também chamada de geral ou ordinária. Critica esta espécie quando empreendida fora da zona urbana ou de expansão urbana. O Registro Imobiliário não registrará se estiver em zona rural, pois deverá ser dada baixa junto ao Incra a inscrição como imóvel rural. Se o imóvel, mesmo rural, estiver situado em zona de expansão urbana, e o proprietário requerer o registro desta espécie de loteamento e estiver previsto na legislação municipal através de seu plano diretor a figura *in specie*, aprovada pelo setor municipal competente, e legislação estadual quando houver, que no Estado de São Paulo o órgão que exerce este papel é o Grapohab, apto estará para o registro, pois o município cadastra aquela propriedade como urbana e conseqüentemente, será descadastrada pelo proprietário como rural junto ao Incra. Por certo que imóveis situados em zonas rurais não poderão ser registrados como loteamentos urbanos, seja em seu gênero ou espécie.

5. Silva, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 350.

Os loteamentos fechados vêm sendo implantados no Brasil sem que a Lei federal 6.766/1979 com a redação da Lei 9.785/1999 tenha feito qualquer previsão desta nova espécie do gênero loteamento. Não há, evidentemente, uma normatização adequada, no âmbito federal no que tange aos seus aspectos urbanísticos. A iniciativa de normatizar o assunto em âmbito municipal, ou mesmo regional, dependerá das Câmaras de Vereadores, e estas podem prever situações completamente diferentes para cada caso. Tal situação trará maior crescimento a uma determinada região, ou não a depender do tratamento jurídico da matéria.

Tais loteamentos são diferentes dos loteamentos convencionais, em razão das áreas de domínio público terem utilização privativa por seus moradores. As áreas de lazer, equipamentos comunitários são destinados aos moradores. As áreas internas, como áreas verdes, áreas de lazer, arruamento, são privativas ao uso dos moradores, e apesar de não perderem o caráter público e de acesso universal a toda a população, são restritos a uma parcela da população autorizada a entrar.

IV. DA NÃO PREVISÃO PELA LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE OS LOTEAMENTOS FECHADOS

Da realidade social à legalidade dos loteamentos fechados, passa-se pelo enquadramento ou não da legislação federal sobre o assunto. Se a ótica de análise da questão for unicamente a lei de parcelamento do solo vigente, Lei federal 6.766/1979 com a redação dada pela Lei 9.785/1999, fato é que não foi previsto, *especificamente*, tal situação jurídica, ou seja, o fechamento dos loteamentos, pois este diploma traz uma série de exigências que, *em tese*, não seriam obedecidas, como a abertura de vias públicas, implantação áreas verdes, institucionais, equipamentos públicos e comunitários de acesso à comunidade. Este “modelo” não se enquadraria no preconizado na legislação federal. Outro ponto a ser destacado é a não subsunção típica ao instituto do condomínio do Código Civil ou mesmo na normativa do condomínio edilício. Ou seja, é uma situação fática nova, típica das relações que a iniciativa privada percebe, inicia dentro de sua ótica, legal e mercadologicamente aceita.

A aceitação social e as vantagens para os seus moradores, sem dúvida, atraem o investidor do mercado imobiliário a empreender, pois “vendem”, uma melhor qualidade de vida, garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sustentabilidade ambiental, coleta de lixo seletiva, segurança privada eficiente, visuais amplos e agradáveis, lazer diferenciado, que se se fosse analisar como dever do Estado, seria o objetivo primário. Ocorre que o Estado não consegue prover tais situações. Ai, a iniciativa privada entra oferecendo, ou vendendo que seja, “qualidade de vida”, entre outros chamarizes mercadológicos.

A previsão para tal situação de fechamento, como dita, não foi aprovada ainda pela Legislação Federal, apesar do PL 3.057/2000 tramitar na Câmara dos Deputados e ainda sem previsão de aprovação, há mais de 14 anos.

Hely Lopes Meirelles aceita a formação dos loteamentos fechados há muito tempo tendo se manifestando sobre o assunto:

“Loteamentos especiais’ estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados ‘loteamentos fechados’, ‘loteamentos integrados’, ‘loteamentos em condomínio’, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para autossuficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regramento legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos não são bens públicos de uso comum do povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso” (*Direito municipal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 468-469).

O loteamento na espécie “fechado” é fato social. E, como já dito antes, não se deve ignorar. Não pode o município deixar de legislar a respeito, se quiser aprová-los. O que se verá a seguir é a competência deste para legislar a respeito.

V. A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PELA ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR

Se não está previsto na Lei federal de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979), como um sem números de municípios aprovam esta espécie de loteamento? Simples a resposta. A Constituição Federal estabeleceu que os municípios elaborariam suas leis orgânicas, concedendo-lhes real autonomia, no conceito de entidade federada que se depreende do *caput* dos arts. 1.º,⁶ 18⁷ e 23⁸ do Texto Constitucional. As Câmaras Municipais tornaram-se legítimas titulares do poder legislativo municipal para aprovar e promulgar as leis suas orgânicas. O art. 29

6. “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)” (grifo nosso).
7. “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”
8. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;” (grifo nosso).

da CF/1988, por sua vez, é expresso quanto autonomia municipal, regido por lei orgânica ao dispor que:

“Art. 29. O Município reger-se-á por *lei orgânica*, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)” (grifo nosso).

Há evidentes limitações na elaboração da lei orgânica municipal, entretanto, não há preceito legal constitucional, federal ou mesmo estadual que excepcione, limite a atuação municipal em auto organizar-se, pois a autonomia legislativa do município engloba a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, inclusive suplementar a legislação federal e estadual no que couber.⁹ O processo legislativo municipal deve ser observado, inclusive quanto ao *quórum*, se lei ordinária ou complementar. O plano diretor é uma destas leis e pode contemplar, implicitamente, o ordenamento, uso e ocupação do solo, as posturas municipais quanto às construções, entre outros assuntos pertinentes. Poderá o município elaborar lei específica para o ordenamento, uso e ocupação do solo, ficando a critério deste, se mais organizado, minucioso, ou se o Poder Legislativo achar tal assunto merecedor de tratamento específico.

Rech e Rech¹⁰ entendem que a inação dos municípios em legislar é que problematizam esta espécie de loteamento. Neste sentido, afirmam:

“Na realidade, não geraria nenhum problema se todas as cidades tivessem um Plano Diretor que definisse, em todos os espaços urbanos e potencialmente de expansão urbana, o macrossistema viário, as áreas destinadas à construção de equipamentos de serviços públicos, como escolas creches, unidades de saúde, bem como espaços destinados às atividades econômicas de sustentabilidade da região etc. É necessário que, mesmo nos loteamentos fechados, as vias macro do sistema viário e de escoamento de trânsito estejam previstas no Plano Diretor, assim como os espaços destinados aos serviços públicos, com vistas a atender àquela determinada região de expansão urbana.”

Os autores tecem longo e coerentes comentários, afirmando ser a legislação federal suficiente, mas a previsão municipal imprescindível, e se assim ocorrer, esta espécie de loteamento é possível, necessária, bem como já se tornou realidade social, entretanto, o município deve expressamente prever as integrações de acesso, organizando vias, instrumentos básicos, áreas verdes, de lazer, buscando uma cidade sustentável.

9. “Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

10. Rech, Adir Ubaldó; Rech, Adivandro. Direito urbanístico. Rio Grande do Sul: EducS, 2010. p 222.

Por fim, a resposta consta na própria Lei 6.766/1979 em seu parágrafo único do art. 1.º *in verbis*:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderão estabelecer normas complementares* relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei e às peculiaridades regionais e locais” (grifo nosso).

Fato é que todo o arcabouço jurídico corrobora para que o município legisle a respeito e em seu plano Diretor, contemple ou não os loteamentos na espécie “fechado”.

Segregada não estará a malha viária da existente previamente junto a municipalidade, como crê o impugnante. Esta ficará ligada sim, porém terá acesso controlado, para, justamente, proporcionar segurança aos cidadãos que ali desejarem morar.

Frise-se, novamente, que há interesse de parcela da sociedade em assim se estabelecer e habitar, motivados principalmente pela segurança em ali permanecerem sem tráfego normal dos cidadãos que, se quiserem adentrar naquele loteamento, precisariam se identificar. O impugnante, em seu requerimento, não ofereceu argumento jurídico sólido, mas este Oficial entende que foi obedecido o preconizado na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979), em especial: (a) arts. 6.º, 7.º e 9.º sobre o projeto de loteamento; (b) arts. 12, 16 e 17 sobre a aprovação do projeto de loteamento; (c) arts. 18 a 24, referente ao registro do loteamento (faltando, evidentemente seu registro, postergado pela presente impugnação); (d) art. 25 sobre o contrato. Foi igualmente obedecida a legislação municipal.

Sobre o art. 17 da Lei 6.766/1979 informa este Oficial que os espaços livres e demais áreas de uso comum não perderão o status de áreas “públicas”, vez que conforme projeto apresentado pela loteadora, tais áreas permanecerão sob o domínio e patrimônio do município. Estarão, sim, cercadas por perímetro em muro fechado, pelas razões aqui expostas.

Outra razão para corroborar com a legalidade da aprovação pela Municipalidade local é que ao aprovar o projeto de loteamento fechado, serão aplicadas as mesmas exigências pertinentes ao loteamento comum. O município, depois conceder o uso desses equipamentos públicos de uso comum aos proprietários dos lotes, deixará aos mesmos a responsabilidade pela manutenção dos mesmos. A previsão legal desta concessão de direito real de uso está explicitada no art. 7.º do Dec.-lei 271/1967.

VI. DA NECESSIDADE DO PLANO DIRETOR

O Plano Diretor, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, citado por Nelson Nery da Costa,¹¹ assim leciona:

11. Costa, Nelson Nery da. Direito municipal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 237.

“Vem a ser o instrumento pelo qual os municípios definirão os objetivos a serem atingidos, assim como as regras básicas, as diretrizes, as normas do desenvolvimento urbano, estabelecendo, portanto, o zoneamento, as exigências quanto às edificações e um sem-número de outras matérias fundamentadamente pertinentes ao uso do solo. Não é estranho ao plano diretor o próprio sistema viário, arruamento, estradas, localização de áreas verdes etc.”

A ordenação do solo é matéria de interesse local do município que, através do seu poder de polícia, exerce este controle com medidas prescritas, quando prevê determinadas situações, propondo ações para orientá-los, evitando distorções que tragam prejuízo à coletividade.

VII. DA EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL A RESPEITO DA ESPÉCIE DE LOTEAMENTO FECHADO

O município de Pirapozinho foi diligente ao inserir em seu Plano Diretor a autorização para o fechamento do perímetro dos loteamentos fechados, previamente aprovados pelo órgão competente municipal, além das exigências legais estaduais. A lei municipal que prevê o loteamento na espécie “fechado” é a Lei 3.361/2007 e a LC 02 de 09.05.2014, e o previsto especificamente no art. 54-A da Lei 3.361/2007:

“Art. 54-A. Nos loteamentos caracterizados como ‘fechados’, as vias internas e as áreas de uso comum e que pertencem ao Município em razão do registro do loteamento, recairão sobre elas a concessão especial de uso em favor de seus moradores salvo as áreas institucionais e as demais áreas quando estiverem fora da área fechada do loteamento.”

VIII. DAS VANTAGENS AO MUNICÍPIO QUANTO A ARRECADAÇÃO E A CONTRAPRESTAÇÃO EM SERVIÇOS

O proprietário de um lote em sistema de “loteamento fechado” tem o ônus de pagar seu Imposto de Propriedade Territorial Urbana e ainda pagar pelo cuidado interno do loteamento que adquiriu o seu lote. Em tese, é um duplo pagamento, pois paga pelo cuidado e zelo do bem comum de todos duas vezes, uma em seu IPTU (e demais impostos municipais), e não há pela municipalidade contraprestação em zelar internamente pelo cuidado com o local onde habita. Sem nos esquecer do conceito de imposto¹² explicitado pelo Código Tributário Nacional, o proprietário de um lote nestas condições, paga à associação de moradores pelo cuidado dos bens coletivos (não abertos explicitamente ao público, que seja) que foram autorizados

12. “Art. 16 do CTN: Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”

pelo Plano Diretor do Município a serem incluídos dentro do perímetro de fechamento, mas será de uso exclusivo aos *intraneus*. Por outro lado, revela-se muito cômoda tal situação à municipalidade, pois além de receber o imposto de toda os proprietários de imóveis urbanos, não fará contrapartida em cuidar aquele local.

IX. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS AOS LOTEAMENTOS NA ESPÉCIE "FECHADO"

Rápida pesquisa sobre o tema revela-se esclarecedora sobre o aqui abordado nesta manifestação. Passaremos a elencar alguns doutrinadores, Hely Lopes Meirelles assim se manifesta:¹³

“Loteamentos especiais vêm surgindo cada vez mais, principalmente nos arredores das grandes cidades, em razão da busca por maior segurança, privacidade e qualidade de vida. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente sua formação, estado consagrado o uso da denominação *Loteamento fechado* ou *condomínio fechado*, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para autossuficiência da comunidade. De modo geral, são de duas espécies: a) aqueles em que o parcelamento do solo se faz de conformidade com a Lei 6.766/1979, com a aprovação da Prefeitura, e esta outorga o uso das ruas e praças mediante concessão ou permissão; b) aqueles que mantêm toda a área com propriedade particular, inclusive as vias internas, instituindo uma forma de condomínio relacionada com casas que constituem unidades autônomas ao lado das frações ideais nas áreas comuns (ruas, praças e equipamentos de uso coletivo), de copropriedade de todos, tendo como modelo o condomínio edilício, tudo objeto de registro no Registro de Imóveis. Estas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regramento legal para discipliná-los, mormente quanto aos encargos de segurança, higiene, coleta de lixo, limpeza e conservação de vias, serviços de água e esgoto, que tanto podem ficar com a Prefeitura, mediante remuneração dos serviços, como com os dirigentes da comunidade, mediante convenção contratual.”

Hely Lopes Meirelles, tal qual José Afonso da Silva, insere a característica condominial na estrutura do loteamento fechado, pois tal situação é a presenciada faticamente e melhor compreendida pela sociedade, apesar de serem totalmente disparem em sua gênese e naturezas jurídicas.

O ilustre doutrinador e registrador paulista, Flauzilino Araújo dos Santos, em obra completa e atual sobre Condomínios e Incorporações, traça importantes e esclarecedoras questões sobre o tema “loteamento fechado”, como:

“(…) pode esse ente (município) privilegiar o uso desses imóveis exclusivamente para os proprietários dos terrenos dos loteamentos em detrimento de outros

13. Meirelles, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 573.

cidadãos, a ponto de autorizar o fechamento das ruas e logradouros e controle de acesso por portão?”¹⁴

Flauzilino Araújo dos Santos, entende que não haveria dúvida que desde a data do registro do loteamento, as vias, praças, ruas e espaços livres são bens de domínio público do município, em consonância com a Lei 6.766/1979, em seu art. 22, colocando dúvida doutrinária e mesmo legal a respeito desses imóveis serem categorizados como bens de uso comum do povo ou como bens de uso especial. Para o autor, se o loteamento já foi aprovado na espécie “fechado”, este:

“Pela natureza primitiva, há evidência de que para os casos em que os loteamentos já foram aprovados como fechados, ao considerar-se que jamais houve a afetação desses bens para o uso por qualquer pessoa do povo, pois foram afetados desde a origem exclusivamente para a utilização pelos adquirentes de lotes do empreendimento imobiliário, esses bens, embora inseridos *ope legis* no domínio público municipal, não integram e nunca integraram a categoria de uso comum do povo.”¹⁵

Importante salientar a divisão que faz o citado autor, ao afirmar que se o loteamento já foi aprovado como “fechado”, não haveria se falar em bens de uso comum do povo. Já se fosse aprovado como aberto e transformado em fechado, poderia o município aprovar lei específica para desafetar os bens de uso comum do povo internos ao loteamento, para outra categoria de bem público, como os dominicais ou de uso especial, para se ceder o uso, ou dar permissão para uso, nos moldes do Dec.-lei 271/1967.

João Batista Galhardo, Registrador Imobiliário Paulista em Araraquara, conferencista sobre o tema, anota que em sede de loteamento (*latu sensu*), as áreas verdes ou institucionais, não poderão, no Estado de São Paulo, ter sua destinação alterada pelo município, desde o registro do mesmo, conforme art. 180, VII, da Constituição Estadual Paulista.

Pela dicção constitucional não seria possível, portanto, a alteração do loteamento aberto em fechado com a desafetação das ruas e áreas verdes e institucionais, mas sim a outra forma, ou seja, a utilização dos institutos da *concessão de uso* e da *permissão de uso*.

Lucia Valle Figueiredo assim se manifesta sobre o tema:¹⁶

“(…) os loteamentos fechados que vão, mais e mais, ficando comuns, por força da falta de segurança, devemos tecer alguns comentários. Esses comentários leva-

14. Santos, Flauzilino Araújo dos. Condomínio e Incorporações no Registro de Imóveis – Teoria e Prática. São Paulo: Mirante, 2012. p 181.

15. Idem, p. 182.

16. Figueiredo, Lúcia Valle. Disciplina urbanística da propriedade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108.

rão em conta a hipótese de haver lei municipal autorizando ditos loteamentos, leis essas que não tenham sido inquinadas de inconstitucionalidade.”

A autora cita Hely Lopes Meirelles, José Nilo de Castro, José Afonso da Silva, entre outros, e uma série de jurisprudências favoráveis a instituição desta espécie de loteamento. Discorre e discorda do posicionamento, de José Afonso da Silva quando este afirma que os loteamentos fechados seriam interferidos pela Lei de Condomínios e Incorporações, Lei 4.591/1964 (hoje previstas no Código Civil, arts. 1.331 e ss.), bem como discorda da assertiva do Prof. José Afonso da Silva quando este fala que será normatizado pelo direito privado, asseverando que no caso dos loteamentos fechados haverá uma coesão dinâmica de regras de direito público e privado.

Cita ainda, a autora,¹⁷ o posicionamento do eminente e saudoso registrador paulista Elvino Silva Filho:

“(…) Entendemos, assim, que, *por lei*, o Município pode autorizar o loteamento fechado, e conseqüentemente, o uso das vidas de circulação e praças dentro dele, exclusivamente aos seus proprietários, através de dois institutos de Direito Administrativo: a *permissão de uso* ou a *concessão de uso*. Antes de examinarmos cada um desses institutos, fixemos bem o nosso entendimento sobre as vias e espaços livres dentro do loteamento fechado. Inegavelmente, as vias, praças e espaços livres no loteamento fechado são bens do domínio do município, desde a data do registro do loteamento (art. 22 da Lei 6.766/1979) ou desde a aprovação do projeto, como afirma o douto Prof. Hely Lopes Meirelles. (...). Não basta, por conseguinte, a denominação de ‘rua’ ou ‘praça’ dentro de um loteamento para inserir tais bens entre os bens de uso comum do povo. São bens do domínio do Município, inegavelmente (art. 22 da Lei 6.766/1979). (...) Mas a administração pode afetá-los, destiná-los, ao aprovar o loteamento fechado por ato administrativo, para outra categoria de bens – os de uso especial (n. II do art. 66 do CC/1916,¹⁸ atual 99 do CC/2002,¹⁹ *inserção ao atual código nossa*) – e permitir ou conceder o seu uso para os proprietários dos lotes do loteamento fechado. (...) sendo portanto, de sua competência autorizar o fechamento do loteamento e autorizar, por decreto ou por lei, o uso daqueles bens públicos, através dos institutos de *permissão de uso* ou da *concessão de uso*”.

17. Idem, p. 111.

18. CC/1916 – “Art. 66. Os bens públicos são: I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças. II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal (...)”.

19. CC/2002 – “Art. 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

A ilustre Professora da PUC-SP, Daniela Campo Libório de Sarno nascida aqui no Oeste Paulista, em sua obra Elementos de Direito Urbanístico, entende que “o plano do loteamento sempre deve estar submetido ao Plano Diretor ou, ao menos, adequado aos equipamentos e serviços públicos necessários para sua instalação”.²⁰

Marcos Antônio Benassi²¹ pesquisa igualmente renomados autores quanto a posição dos mesmos sobre os loteamentos fechados e seu enquadramento como uma figura típica, ora de loteamento, ora assemelhando-se a condomínio assim diz:

“Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa, Arnaldo Rizzardo, J. Nascimento Franco e Niske Gondo entendem que é uma modalidade de condomínio especial previsto no art. 8.º da Lei de Condomínio. Haroldo Fazano sustenta que se trata de uma propriedade do tipo especial, fisicamente horizontal, com uso de espaços públicos, privativo e condominial.”

O autor cita ainda, José Afonso da Silva e Elvino da Silva Filho, já citado nesta manifestação.

Vicente de Abreu Amadei e seu pai, Vicente Celeste Amadei, em sua obra “Como lotear uma gleba” em artigo de Zildete Maria dos Reis Medeiros, em nenhum momento colocam-se contrários ao loteamento fechado, e sim, os explicam e informam como são regulados.²² Em outra obra de singular qualidade, Vicente de Abreu Amadei²³ leciona que “não há ilegalidade ou inconstitucionalidade alguma em loteamento que tem essa qualidade”, e assim apresenta suas razões:

a) primeiro, em respeito à autonomia municipal para a disciplina do assunto, que “não é subordinada e nem mesmo suplementar à competência estadual, no que tange à ordenação do solo urbano;

b) segundo, porque o caminho da concessão ou permissão de uso de fins urbanísticos, em favor de associação de moradores, que exercem o controle de acesso ao núcleo habitacional, além de previsão normativa municipal específica, ainda conta com o apoio genérico do art. 7.º do Dec.-lei 271/1967, cuja interpretação exige conformação à nova realidade social e adequação equitativa às diversas leis municipais de regramento do assunto, nessa modalidade *sui generis* de parcelamento do solo *fechado*, em superação ao rigor formal de sua inteligência, restritiva e excludente da juridicidade desse caminho.”

20. Di Sarno, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico. São Paulo: 2004. p. 74.

21. Benassi, Marcos Antônio. Condomínio Edilício e Loteamento Fechado. 2. ed. Belo Horizonte: 2012. p. 179.

22. Amadei, Vicente Celeste; Amadei, Vicente de Abreu. Como lotear uma gleba. 3. ed. Campinas: Milenium, 2012. Cap. XI – Artigo de Zildete Maria dos Reis Medeiros, p. 426.

23. Amadei, Vicente de Abreu. Urbanismo realista. Campinas: Milenium, 2006. p. 75.

Inegável a qualidade e logicidade do exposto pelo ilustre magistrado paulista, com as quais anuímos integralmente.

Este Oficial entende os loteamentos “fechados” como espécie do gênero loteamento, com suas peculiaridades fáticas e jurídicas, seja pela posição de Flauzilino Araújo dos Santos, ou mesmo pela peculiaridade de espécie *sui generis* do mesmo, com autorização para fechamento pelo Plano Diretor do Município, ou em última posição doutrinária, em regime misto “condomínial-parcelamento”, todas asseveraram possível sua instituição.

As correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica do loteamento fechado não alterarão a finalidade almejada, ou seja, a possibilidade do registro dos mesmos, obedecidas as disposições legais, seja o estabelecido na legislação federal (Lei 6.766/1979; Lei 6.015/1973, Dec.-lei 271/1967, Lei 10.257/2001, entre outras), órgãos estaduais de controle e aprovação (*Graprohab*) ou a legislação municipal.

X. AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI 6.766/1979 NA CÂMARA FEDERAL

Há diversos Projetos de Lei tratando sobre alteração do parcelamento do solo urbano tramitando na Câmara dos Deputados. Especialmente sobre loteamento fechado, tem-se que o PL 20/2007, apensado ao PL 3.057/2000, em seu art. 144 prevê expressamente sobre o assunto:

“Art. 144. Após o prazo de 54 (cinquenta e quatro) meses da entrada em vigor desta Lei, a aprovação de parcelamentos do solo para fins urbanos em área fechada ou com controle de acesso somente será admitida na forma de condomínio urbano.

§ 1.º Considerar-se-á válido o empreendimento que tenha sido licenciado ou implantado na forma de *loteamento fechado*, com base em lei estadual ou municipal, até a data da entrada em vigor desta Lei, desde que sua implantação tenha respeitado os termos da licença concedida (grifo nosso).

§ 2.º O loteamento implantado regularmente e que teve seu perímetro fechado posteriormente à implantação até a data da entrada em vigor desta lei, com base em lei estadual ou municipal, poderá ser regularizado pelo Poder Público municipal.

§ 3.º O fechamento de perímetro de loteamento realizado sem embasamento em lei estadual ou municipal, até a data da entrada em vigor desta Lei, poderá ser regularizado pelo Poder Público municipal, observado o disposto no caput deste artigo, bem como as condições previstas nesta Lei para a regularização fundiária de interesse específico e as demais exigências legais.

§ 4.º Observadas as disposições desta Lei relativas aos loteamentos, com exceção da restrição ao fechamento do perímetro, durante o período de 54 (cinquenta e quatro) meses a contar da entrada em vigor desta Lei, admitir-se-á a aprovação pelo Poder Público municipal de novos parcelamentos para fins urbanos na forma

de loteamento em área fechada e com controle de acesso, desde que lei estadual ou municipal existente autorize a implantação deste tipo de empreendimento.

§ 5.º Nos casos previstos nos §§ 1.º a 4.º deste artigo:

I – a outorga de permissão ou autorização de uso das vias de circulação e outras áreas destinadas a uso público deverá ser renovada no mínimo a cada 5 (cinco) anos;

II – o acesso ao perímetro fechado por não moradores poderá ser controlado, mas não impedido.

§ 6.º No prazo de até 54 (cinquenta e quatro) meses, os Municípios deverão adaptar suas legislações, de forma a assegurar o cumprimento do disposto no caput deste artigo.”

Demonstra-se que o legislador, há mais de uma década, preocupa-se com o tema.

XI. JURISPRUDÊNCIAS DO TJSP SOBRE A ESPÉCIE “LOTEAMENTO FECHADO”

O TJSP entende, atualmente, ser lícito tais empreendimentos e seguidamente se manifesta a respeito do fechamento, tanto quanto a cobrança de taxas de manutenção pelas associações de moradores, como nos julgados n. 9080634-25.2003.8.26.000 Ap. Rel. João Carlos Saletti; 0014923-90.2005.8.26.0152 Ap. Rel. Coelho Mendes; 0069149-06.2011.8.26.0000 AgIn. Rel. Percival Nogueira; 0016463-92.2008.8.26.0038 Ap. Rel. Vito Guglielmi; 9218025-12.2009.8.26.0000 Ap. Rel. Pereira Calças; 0020827-88.2009.8.26.0625 Ap. Rel. Natan Zelinschi de Arruda; 9172327-80.2009.9.26.0000 Ap. Rel. Francisco Loureiro.

Em pesquisa rápida no portal do TJSP, nos últimos cinco anos, não encontramos nenhum julgado contrário, quer direta ou indiretamente ao fechamento do loteamento, se obedecidas a legislação municipal, bem como praticamente todos diretamente versam sobre a cobrança de taxas de manutenção feita pelas respectivas associações de moradores, reputando-as legais, baseadas no princípio da “vedação do enriquecimento ilícito”.

XII. DA IMPUGNAÇÃO PERANTE O REGISTRO DE IMÓVEIS E O JUÍZO COMPETENTE

Por fim, chega-se a questão da legalidade da impugnação perante o Registrador Imobiliário e o juízo competente.

O ilustre magistrado Paulista, Dr. Vicente de Abreu Amadei, e seu pai Vicente Celeste Amadei, na completa obra “Como lotear uma gleba”²⁴ leciona que o juízo competente será o Juiz Corregedor Permanente da Comarca, em primeiro grau e

24. Amadei, Vicente Celeste; Amadei, Vicente de Abreu. Como lotear uma gleba. 3. ed. Campinas: Millennium, 2012. p. 327.

perante a Corregedoria Geral de Justiça em segundo grau, assim concluindo sobre o tema:

“(...) o Conselho Superior da Magistratura Paulista passou a encaminhar recursos relativos à impugnação de registros de loteamentos para a Corregedoria Geral de Justiça, que, na esfera administrativa, os têm decidido. Assim, por exemplo, é o que se nota no Proc. CG. 1.258/2000 (parecer e decisão publicados no DOE 27.10.2000 Cad. 1, p. 03-05). E desde então, e de modo já consolidado, as impugnações de registro de loteamento tem trâmite e solução nos âmbito do Juízo Corregedor Permanente (1.º Grau) e Geral (2.º Grau), com eloquentes vantagens práticas, que justificaram sobrepor-se às razões teóricas.”²⁵

Portanto, o foro necessário, será o da Vara de Registros Públicos da Comarca, conforme já consolidado por nossa jurisprudência Paulista.

XIII. DO ASPECTO MATERIAL A SER ANALISADO NA IMPUGNAÇÃO PELO REGISTRADOR

Cumpra ao registrador imobiliário analisar os aspectos formais da impugnação oferecida ao registro do loteamento. No caso em análise, foi oferecida a impugnação através de requerimento simples, assinado por cidadão capaz, com firma reconhecida e apresentada dentro do prazo de 15 dias da última publicação em jornal de circulação na comarca.

Entretanto, quanto ao aspecto material da impugnação, não foi indicado qual artigo de lei estaria ferindo tal futuro registro, portanto, o impugnante, poderia entrar com ação para rever o Plano Diretor do Município de Pirapozinho, quanto a legalidade do fechamento *do loteamento*, e não impugnar genericamente como o fez perante o Oficial Registrador Imobiliário, nas palavras dele: “ferir os preceitos legais da Lei do Parcelamento do Solo Urbano e implantar a segregação urbana e social na cidade de Pirapozinho”. A parte final, “segregação urbana e social na cidade de Pirapozinho” faz com que o impugnante tenha utilizado a via inadequada para “resolver o problema” da segregação urbana e social, vez que deveria entrar com ação contra o Município de Pirapozinho e alegar perante este a ilegalidade de seu Plano Diretor, e não um loteamento regularmente aprovado pelos órgãos competentes e formalmente com sua documentação em ordem, qualificada por este Oficial.

XIV. CONCLUSÃO

Por fim Excelência, esta é a manifestação deste Oficial sobre a impugnação, oferecida, informando que não se adentrou em teorias mais profundas sobre o fato so-

25. Idem, p. 326.

cial aqui analisado, pois foge ao objetivo finalístico que é o registro do loteamento. Apenas se tentou fazer uma breve concatenação dos fatos para chegar a qualificação do loteamento com a publicação do edital em jornal de circulação local, pois apto encontra-se seu registro. Em anexo, cópia do edital do loteamento.

Solicito que esta manifestação, bem como a manifestação da municipalidade, e do loteador, incluindo a documentação anexa, seja melhor qualificada e apreciada por Vossa Excelência e este Oficial acatará vossas orientações como sempre o fez.

Pirapozinho, 27.08.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ordem urbanística, de Victor Carvalho Pinto – *RDI* 51/120 (DTR\2001\288);
- Condomínio de lotes de terreno urbano, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 67/101 (DTR\2009\416);
- O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 69/9 (DTR\2010\682);
- Regularização fundiária inominada urbana, de Henrique Ferraz de Mello – *RDI* 74/25 (DTR\2013\3825); e
- Restrições urbanísticas em loteamento, de Afrânio de Carvalho – *RDI* 24/63 (DTR\1989\247).

RESERVA FLORESTAL LEGAL URBANA

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO

Titular do 1.º Ofício de Justiça de Volta Redonda.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

SUMÁRIO: 1. Zoneamento e classificação do imóvel: 1.1 Zoneamento: zonas urbanas, de expansão urbana ou rural; 1.2 Zona rural vs. imóvel rural – 2. Reserva Legal: 2.1 Definição e natureza da Reserva Legal: 2.1.1 A Reserva Legal e a extinção concomitante ao registro do parcelamento do solo

Exmo. Sr. Desembargador Corregedor Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho, delegatário do 1.º Ofício de Justiça de Volta Redonda, matrícula n. 90/130, vem solicitar orientação acerca do tratamento a ser dado à exigência veiculada no Aviso n. 622/2013 dessa d. Corregedoria, que tornou obrigatória a prévia averbação da Reserva Legal na matrícula do imóvel rural como condição para que o proprietário possa praticar qualquer ato ou negócio jurídico relativo ao imóvel rural que dê ensejo à modificação da matrícula.

Cumprе ressaltar que não pretende este Oficial se insurgir quanto à ordem veiculada no referido Aviso, mas apenas trazer elementos de reflexão acerca do tema e contribuir para a melhor compreensão dos aspectos a ele relacionados.

Preliminarmente, anote-se que não se trata de hipótese de suscitação de procedimento de Dúvida (art. 198 da LRP), uma vez que a presente consulta não se refere a uma oposição fundamentada do registrador em face de um título apresentado, mas objetiva obter orientação do juiz competente sobre a maneira de proceder em relação a alguns aspectos do instituto da Reserva Legal.

Basicamente, esta consulta tem por objetivo analisar as celeumas provenientes do tratamento legal conferido à Reserva Legal em nosso ordenamento jurídico, notadamente quanto à situação aparentemente contraditória proveniente da exigência de averbação da Reserva Legal de maneira prévia ao registro do parcelamento do solo, uma vez que será, ato contínuo, extinta, na forma do art. 19 do novo Código Florestal.

Para tanto, dividirei o texto em dois blocos; em um primeiro momento, buscarei evidenciar, de forma breve, a distinção entre os conceitos de zona – urbana e rural, como instrumento de política urbana – e de imóvel – urbano e rural, como critério de classificação do imóvel conforme a sua destinação e/ou localização.

Tal distinção nos parece de fundamental importância, principalmente em razão do fato de a obrigatoriedade de manutenção de Reserva Legal recair sobre imóveis rurais.

Em um segundo momento, a análise recairá sobre o instituto da Reserva Legal e os seus desdobramentos, em especial a identificação dos dispositivos legais que lhe servem de substrato e da aparente contradição criada pela regra estatuída no art. 19 do novo Código Florestal – segundo a qual se extingue a obrigação de manutenção da Reserva Legal concomitantemente ao registro do parcelamento do solo.

1. ZONEAMENTO E CLASSIFICAÇÃO DO IMÓVEL

O direito pátrio acolhe a distinção entre imóvel urbano e rural e, ainda, entre zona urbana e rural, não sendo, contudo, tarefa fácil distingui-los em razão de existirem uma profusão de leis, cujos critérios são divergentes.

Dois são os critérios distintivos utilizados na legislação, segundo voz corrente na doutrina, a saber: (i) localização; e (ii) destinação.

Pelo critério da localização, é rural o imóvel situado fora do perímetro urbano, que é fixado por cada Município. Logo, a diferenciação se dá por exclusão, de modo que aquilo que não é urbano se considera área rural.

O critério da destinação, por sua vez, estabelece que qualquer que seja a sua localização, será rural a terra cuja finalidade econômica seja a exploração agrícola, pecuária, extrativista ou agroindustrial.

A título de ilustração, oportuno mencionar alguns dos diferentes critérios empregados na legislação brasileira:

- i. Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964): adota o critério da destinação – art. 4.º, I; e
- ii. Código Tributário Nacional (CTN): adota o critério da localização – art. 32, § 1.º.¹

A identificação de um imóvel como rural ou urbano dependeria, segundo a doutrina, do exame, no caso concreto, da lei que incidiria sobre uma determinada situação jurídica.

Logo, uma mesma unidade imobiliária poderia, em tese, ser considerada rural ou urbana – dependendo de que aspecto legislativo esteja em consideração.

1. Apesar da redação do referido dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando, em diversos julgados, de maneira contrária ao critério da localização com base no art. 15 do Dec.-lei 57/1966. Nesse sentido, cumpre citar, a título de exemplo, o REsp 169.924/RS, de relatoria do Min. Francisco Peçanha Martins.

Salta aos olhos, entretanto, que tal solução, amplamente difundida na doutrina e na jurisprudência sem um necessário aprofundamento, parece insatisfatória.

1.1 Zoneamento: zonas urbanas, de expansão urbana ou rural

Incumbe ao Município, por força do art. 30, VIII, da CF/1988² a competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Com efeito, incumbe aos Municípios, dada a autonomia conferida pela Constituição Federal, a competência para fixar, por meio de lei, o que é *zona urbana* e, por exclusão, o que é *zona rural*.³

Ressalte-se que parece haver consenso na doutrina quanto a este aspecto, conforme ensina Valéria Cristina Pereira Furlan, *in verbis*:

“Compete apenas ao Município definir as zonas urbanas e rural, não exclusivamente para fins de IPTU e ITR, mas também e, principalmente, para cumprir seu mister maior de zelar pelo fiel cumprimento da função social da propriedade urbana, vale dizer: por força do art. 182 da CF/1988.”⁴

Inequívoco, pois, que se um determinado Município, por meio de seu plano diretor, situar um imóvel em sua área/zona urbana, não poderá essa realidade ser alterada por nenhuma outra lei federal ou estadual, sob pena de violação ao art. 30, VIII, da CF/1988.

Assim, não há espaço para que outro legislador, que não o municipal, identifique as áreas (zonas) de seu território para fins urbanísticos.

Vale ressaltar que essa d. Corregedoria Geral de Justiça, com inteira razão, em decisão proferida nos autos n. 2011-178495, publicada no DJE de 20.03.2012, deixou assentado que a competência para dizer se a área é urbana ou rural é do Município.

1.2 Zona rural vs. imóvel rural

Neste contexto, a questão que se coloca é a seguinte: poderia uma lei federal dizer que para a finalidade nela buscada, o critério distintivo entre imóvel rural e urbano é outro, que não a sua localização no território de um determinado Município?

2. Art. 30, VIII, da CF/1988: “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

3. De igual modo, estabelece o Dec. 271, o art. 3.º da Lei 6.766/1979 e a Lei 7.803, de 18.07.1989.

4. Furlan, Valéria Cristina Pereira. Imposto predial e territorial urbano. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 55-58. No mesmo sentido, ver Maluf, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Comentários ao Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26-28 e 37-40.

Penso que sim, mas em termos que merecem um maior aprofundamento e não como a doutrina e jurisprudência brasileira têm tratado a questão.

Destarte, é possível que, para fins específicos, determinada lei adote um critério distintivo baseado na finalidade ou uso do imóvel, e não em sua mera localização.

Não significa, contudo, que o imóvel deixe de integrar uma determinada zona, seja rural ou urbana, perdendo a sua característica ontológica, que é a constante do plano diretor ou em lei municipal equivalente.⁵

O que poderá ocorrer é que o critério da finalidade (uso/destinação) seja utilizado, como o faz o art. 4.º, I, do Estatuto da Terra, não para definir o que seja zona rural – tarefa que, como visto, afeta aos Municípios –, mas para definir o que seja um imóvel rural para determinada finalidade.

Destarte, admite-se possam existir imóveis rurais em zonas urbanas⁶ e imóveis urbanos em zonas rurais. Um imóvel rural pode estar localizado em zona urbana, de expansão urbana ou, como é mais comum, na zona rural.

Assim, podemos admitir rígido o critério estabelecido no art. 4.º, I, do Estatuto da Terra, que adotada o critério da destinação para os fins daquela lei, qual seja, fiscalizar os imóveis sob o aspecto produtivo, visando a identificar o descumprimento da função social e a proceder a reforma agrária nas hipóteses legais.⁷

Isto não fará com que o Município tenha que alterar a classificação dada à localidade onde esteja situado o imóvel. Este continuará, por hipótese, em zona urbana, se situado nesta zona; mas, para fins de aplicação do Estatuto da Terra, o critério passa a ser outro.

Ressalte-se, em apoio às ideias aqui expostas, que o art. 4.º, I, do Estatuto da Terra contém expressamente a distinção entre imóvel rural e zona rural, pois estabelece que, para efeitos da lei, “imóvel rural” é o prédio rústico,⁸ de área contínua, *qualquer que seja a sua localização*, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.

-
5. Essa noção está consagrada no art. 47, I, Lei 11.977/2009, ao estabelecer:
“Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:
I – área urbana: parcela do território, contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica.”
 6. Silva, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 216. O autor afirma que “o zoneamento pode ser entendido como um procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para diversas áreas do solo municipal”.
 7. Cf. Augusto, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de imóveis, retificação e registro e georreferenciamento: fundamentos e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 321.
 8. Em contraposição, imóvel urbano é aquele que não se enquadra nessas características.

O Dec. 55.891/1965 é ainda mais elucidativo do que o art. 4.º, I, do Estatuto da Terra, neste particular, ao dizer que o imóvel rural é “o prédio rústico, de área contínua, *qualquer que seja a sua localização em perímetros urbanos, suburbanos ou rurais dos municípios*, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada”.

Percebe-se, pois, que são distintos os conceitos de zona rural e imóvel rural, como demonstra Anelise Grechs e Raquel ao formular as seguintes conclusões:⁹

i. os conceitos de solo urbano e solo rural e de imóvel urbano e de imóvel rural se referem à destinação de uso dada ao imóvel. Não se confundem com os conceitos de zona urbana e zona rural, que dizem respeito à localização do imóvel, independentemente da finalidade com que é utilizado;

ii. podem existir imóveis rurais em zonas urbanas e áreas urbanas (se sua destinação não for agrícola ou pecuária, nem medir mais de um hectare) em zonas rurais;

iii. parcelamento para fins urbanos é o que se destina à urbanização, edificação e ocupação, com a finalidade de habitação, indústria ou comércio, enquanto o parcelamento para fins rurais é o que se destina à exploração econômica da terra – agrícola, pecuária, extrativista ou agroindustrial;

iv. o art. 53 da Lei 6.766/1979 teve como objetivo regradar a alteração do uso do solo rural para fins urbanos – e não o parcelamento do solo rural para destinação urbana –, não abrindo exceção à vedação do art. 3.º da Lei 6.766/1979;

v. a Lei 6.766/1979 é aplicável aos parcelamentos com finalidade urbana e o Dec.-lei 58/1937 aos parcelamentos do solo para fins rurais;

vi. a implantação regular de parcelamento de imóvel rural (localizado em zona rural) para fins urbanos só é possível se lei municipal redefinir o seu zoneamento, transformando a zona rural ou parte dela (onde se encontra o imóvel) em zona urbana ou de expansão urbana.

Em termos semelhantes, invoque-se a lição de Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli:¹⁰

“Os conceitos de solo urbano e solo rural (usados na lei de parcelamento do solo urbano como *sinônimos de imóvel urbano e imóvel rural*) não se confundem com os

9. Stifelman, Anelise Grechs; Garcez, Rochelle Jelinnek. Do parcelamento do solo com fins urbanos em zona rural e da aplicação da lei 6.766/79 e do Provimento n. 28/04 da CGJ/RS (Projeto More Legal III). Disponível em: [www.amprs.org/br/..DO%20PARCELAMENTO%20DO%20SOLO.pdf]. Acesso em: 29.05.2014.

10. Martinelli, Jaqueline Maria Lorenzetti. Parcelamento do solo urbano para fins urbanos em zona rural. RT 751/80, maio 1998.

de zona urbana e zona rural. Enquanto os dois primeiros referem-se à destinação de uso dada ao solo (*imóvel*), os dois últimos dizem respeito à localização do imóvel (*do solo*), independentemente da finalidade com que é utilizado.”

2. RESERVA LEGAL

2.1 *Definição e natureza da Reserva Legal*

A Reserva Legal, conforme definição constante no art. 3.º, III, da Lei 12.651/2012,¹¹ pode ser entendida como “a área localizada no *interior de uma propriedade ou posse rural*, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”.

O instituto jurídico em exame tem a natureza jurídica de limitação ao direito de propriedade e, portanto, não sujeita o Estado ao pagamento de qualquer indenização ao proprietário da área afetada.

A obrigação ambiental de se instituir Reserva Legal ostenta, segundo entendimento doutrinário majoritário, a natureza de obrigação *propter rem* acessória do direito de propriedade. Significa, em termos genéricos, que a oneração recai sobre a coisa, independentemente de quem venha a ser o seu proprietário.

A primeira indagação que surge, neste momento, é a seguinte: o que é uma propriedade rural para fins do Código Florestal?

Como já demonstrado, os conceitos de zona rural e imóvel rural não se confundem. Entendo, aliás, haver compatibilidade entre os conceitos, considerando que para fins de ordenamento do território cabe ao Município a fixação de zona urbana e, por exclusão, da zona rural, sem prejuízo da possibilidade de uma determinada lei apresentar uma definição de imóvel rural com base no critério da destinação, e não da localização.

Exemplo disso é o art. 4.º, I, do Estatuto da Terra, que estabelece o conceito de imóvel rural com base na destinação e, ao mesmo tempo, admite a existência do conceito de zona rural para efeitos urbanísticos, na forma da legislação municipal.

No caso do Estatuto da Terra, restou explícito que o critério distintivo para conceituar imóvel rural é o da destinação.

11. Art. 3.º, III, da Lei 12.651/2012. “Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar na conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e proteção da fauna silvestre e da flora nativa”.

Em relação ao Código Florestal, contudo, o legislador não mencionou, de modo expresso, qual o critério adotado para os fins previstos naquela legislação. Ou seja, apesar de determinar que os imóveis rurais estão sujeitos à Reserva Legal, não menciona o critério adotado com vistas à sua identificação.

Apesar de o tema ser pouco explorado, a doutrina tem afirmado, majoritariamente, que o critério adotado foi o da destinação.¹²

Tal postura, ainda que de forma indireta, é confirmada pelo Código Florestal, ao estabelecer, no art. 19 da Lei 12.651/2012, que “A inserção do imóvel rural em perímetro urbano definido em lei municipal não desobriga o proprietário ou posseiro da manutenção da área de Reserva Legal (...)” (destaque nosso).

De igual modo, o art. 67 da Lei 12.561/2012 reforça este entendimento, pois invoca o conceito de módulo fiscais, próprio da propriedade imóvel por destinação, nos moldes contidos na Lei de Terras.

Ademais, se quisesse o legislador que o critério fosse o da localização teria mencionado que a Reserva Legal recairia não sobre o imóvel rural como dito na lei, mas sobre imóvel situado em zona rural.

Essa conclusão se extrai, ainda, da recente IN MMA 2, de 06.05.2014, estabelece, em seu art. 2.º, I, que “imóvel rural é o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, conforme disposto no art. 4.º da Lei federal 4.504”.

Parece possível concluir, assim, que a localização é desinfluyente para a caracterização do imóvel rural no que toca a instituição da Reserva Legal, de sorte que é a sua finalidade que vai definir a sua qualidade.¹³

2.1.1 A Reserva Legal e a extinção concomitante ao registro do parcelamento do solo

O princípio da imutabilidade da Reserva Legal foi introduzido no direito brasileiro pelo art. 16, § 8.º, da Lei 4.771/1965 – alterada pela Lei 7.803/1989.

12. Ver, por todos, Antunes, Paulo de Bessa. Novo Código Florestal comentado. São Paulo: Ed. RT. p. 230.

13. Posição contrária, entretanto, é defendida por Leonardo Castro Maia, sob o argumento de que o critério da finalidade só se coaduna para efeitos restritos almejados no Estatuto da Terra. E prossegue dizendo ser perigoso eleger o critério da destinação, uma vez que o proprietário poderia se livrar, em tese, da obrigação, deixando de dar uso rural ao bem. Não nos convence, todavia, esse raciocínio, eis que a lei deu claros indícios em sentido contrário. Além disso, o risco apontado também se apresenta na hipótese de se eleger o critério da localização; vez que poderá uma lei municipal, por exemplo, transformar todo o seu território em zona urbana ou de expansão urbana, sem qualquer critério, jogando por terra a proteção almejada.

A doutrina considerava que só poderia ser suprimida a Reserva Legal por intermédio de lei federal, de sorte que não se permitia ao Município regulamentar tal matéria.

Todavia, a Lei 12.651/2012 deu novo tratamento à matéria, estabelecendo em seu art. 19, de forma expressa, que poderá ser extinta a manutenção da Reserva Legal no momento em que aprovado o parcelamento do solo para fins urbanos.

A lei atual, entretanto, não disciplinou como se daria a extinção e se a eventual compensação com áreas verdes seria necessária.

Como no parcelamento, na modalidade de loteamento, há compensação com a indispensável especificação de áreas verdes, não há dúvida que a extinção da Reserva Legal se impõe. No entanto, como no parcelamento, na modalidade de desmembramento, não há qualquer exigência de área verde, haveria também a extinção da Reserva Legal?

A interpretação literal do art. 19 aponta para a extinção também na hipótese de desmembramento, uma vez que o texto da lei refere-se à extinção “*concomitantemente ao registro do parcelamento do solo para fins urbano aprovado segundo a legislação específica*”. Note-se que a lei específica referida é a Lei 6.766/1979, *que prevê duas espécies de parcelamento do solo para fins urbanos, quais sejam, o loteamento e o desmembramento*.¹⁴

Apesar da clareza do texto legal, é salutar que tal ponto seja esclarecido por essa egrégia Corregedoria.

Anote-se que estamos, até aqui, tratando das hipóteses em que já há instituição da Reserva Legal.

Há, entretanto, um outro ponto que merece esclarecimento: imagine-se a hipótese bastante comum em *que o imóvel apresenta natureza rural na matrícula, sem que tenha havido demarcação da Reserva Legal, mas que, estando inserido em área urbana ou de expansão urbana, será objeto de loteamento ou desdobramento*.

Neste caso, deve-se, ou não, exigir a prévia averbação da Reserva Legal?

Lembre-se que tanto no desmembramento, quanto no loteamento, haverá finalidade urbana no uso do solo, de sorte que, pelo critério da destinação, o imóvel será urbano e já estará, necessariamente, inserido dentro da área urbana ou de expansão urbana.¹⁵

Parece mais razoável, pois, que se dispense a prévia instituição, aplicando-se a filosofia preconizada na parte final do art. 19 da Lei 12.561/1912.

Não teria sentido se exigir a instituição da Reserva Legal para, ato contínuo, extingui-la em razão da aprovação do parcelamento do solo, o que afronta o princípio da razoabilidade e da operacionalidade.

14. A definição de desmembramento é feita no § 2.º do art. 2.º, ao passo que o § 1.º contempla o conceito de loteamento.

15. Pelo art. 3.º da Lei 6.766/1979 só se parcela para fins urbanos imóveis situados em zona urbana ou de expansão urbana.

Lembre-se que para a demarcação da Reserva Legal o proprietário tem um custo elevado de tempo e de dinheiro, não sendo, pois, razoável submetê-lo a tal exigência, qual seja, a instituição de uma Reserva Legal que, logo em seguida, será extinta.

Saliente-se, por oportuno, que esse raciocínio tem como pressuposto que o parcelamento – loteamento e desmembramento – seja feito sobre todo o imóvel objeto da matrícula, pois se ele ocorrer sobre parte da propriedade, deverá, em princípio, ser exigida a instituição da Reserva Legal. Essa questão, entretanto, deve ser esclarecida por essa egrêgia Corregedoria.

Diante do exposto, parecem prudentes os seguintes questionamentos:

- i. Para efeito da instituição da Reserva Legal, qual é o conceito de imóvel rural?
- ii. Nos termos do art. 19 do Novo Código Florestal, extingue-se a obrigação de manutenção de Reserva Legal concomitantemente ao registro do parcelamento do solo. Indaga-se: a expressão contida nessa norma – parcelamento do solo – engloba as espécies loteamento e desmembramento?
- iii. Caso a Reserva Legal não tenha sido instituída, mas seja apresentado requerimento de registro/averbação de desmembramento ou de registro de loteamento, devidamente aprovados pelo Município, na forma da Lei 6.766/1979, pode o oficial dispensar a instituição, homenageando-se o princípio da razoabilidade e operacionalidade das leis?
- iv. Sendo positiva a resposta ao quesito anterior (iii), é de se supor que o pedido de desmembramento ou loteamento, incida sobre toda a área do imóvel matriculado ou pode ocorrer apenas sobre parte do mesmo?

Feitas as necessárias considerações, aguardo a manifestação de V. Exa. no sentido de esclarecer as dúvidas acima formuladas em forma de quesitos.

Volta Redonda, 02 de setembro de 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A reserva legal florestal e os imóveis situados em zona rural, urbana e de expansão urbana, de Leonardo Castro Maia – *RDA 63/375, Doutrinas Essenciais de Direito Registral 5/1247 (DTR\2011\4220)*; e
- O meio ambiente e o registro de imóveis, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI 57/111, Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental 3/1201 (DTR\2004\424)*.

Resenha

ESTATUTO DA CIDADE, DE JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM E EVERALDO AUGUSTO CAMBLER (COORDENADORES)

EVERALDO AUGUSTO CAMBLER

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Imobiliário do Cogea-e-PUC-SP. Professor-Assistente e Professor Participante do Programa de Pós-graduação na PUC-SP. Professor dos Cursos de Graduação, Pós-graduação e Especialização da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – Fadisp. Advogado.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: José Manoel de Arruda Alvim e Everaldo Augusto Cambler (coords.).¹ *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

A obra, cuja apresentação foi elaborada pelo ilustre jurista Rogério Donnini, é fruto dos estudos realizados no Curso de Doutorado em Direito Civil na PUC-SP, na disciplina oferecida pelo Prof. Arruda Alvim – titular da PUC-SP e coordenador no Programa de Mestrado e Doutorado, na área de Direito Civil, nesta mesma universidade – intitulada *O papel da propriedade imóvel urbana no Estatuto da Cidade*.

Em razão disso, o livro está dividido em temas que abordam os principais instrumentos da política urbana, referidos na Lei 10.257, de 10.07.2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CF e estabelece as diretrizes gerais dessa política. Os textos, além de atuais, têm valor não apenas acadêmico, mas expressam uma visão contemporânea dos vários aspectos do direito de propriedade, em especial no que concerne ao Estatuto da Cidade.

A obra traz, como primeiro assunto, texto elaborado pelo Prof. Arruda Alvim, tratando da função social da propriedade, dos diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse, bem como da aplicação direta de textos constitucionais e, em especial, da função social da posse na propriedade urbana.

Na sequência, Rafael Villar Gagliardi faz considerações a respeito da *Usucapião administrativa e coletiva*, abordando os fundamentos da usucapião, para, em seguida, cuidar, primeiro, da usucapião administrativa ou extrajudicial, regulada na Lei

1. Coautores: Adriano Ferriani, Anna de Moraes Salles Beraldo, Eliane Trevisani, Everaldo Augusto Cambler, Gustavo Passamani Bufulin, Iara Pereira Ribeiro, José Carlos Fagoni Barros, José Manoel de Arruda Alvim, José Maria da Costa, Júlia Cláudia Rodrigues da Cunha Mota, Juliana Cavalcanti dos Santos, Luiz Antônio Alves Torrano, Paulo Sérgio Velten Pereira e Rafael Villar Gagliardi.

11.977/2009, sua disciplina legal e a legitimação da posse, integrada no contexto da regularização fundiária; depois, da usucapião coletiva, em seus aspectos materiais e processuais.

Depois, Augusto Passamani Bufulin aborda o *Direito de preempção no Estatuto da Cidade*, examinando os sujeitos, objetivos, requisitos, prazos, procedimento e a improbidade administrativa a ele atinentes, concluindo, inclusive, pela aplicação subsidiária do Código Civil nos pontos omissos.

A seguir, Adriano Ferriani discorre sobre a *Concessão de uso especial para fins de moradia*, trata dos problemas fundiários no Brasil e o direito social de moradia, o texto vetado no Estatuto da Cidade e as razões do veto, os diplomas que cuidam do instituto, seu conceito, objeto, fundamento constitucional, natureza jurídica, requisitos e características.

O *Direito de superfície* é examinado por Anna de Moraes Salles Beraldo como um dos instrumentos de concretização da função social da propriedade e da cidade, considerando, de maneira absolutamente escorreita, que a vigência do Código Civil de 2002 não revogou o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade, concluindo que aquele rege os interesses privados, seja a superfície urbana ou rural, enquanto que este abrange as normas relativas à política urbana.

A *Outorga onerosa do direito de construir* e a *Transferência do direito de construir*, figuras distintas e com características próprias, são estudadas por Eliane Trevisani e José Maria da Costa, respectivamente, que apresentam a convergência de suas duas vertentes – os direitos de propriedade e de construir – bem como as hipóteses de incidência e as questões específicas a cada instituto jurídico.

Aspectos constitucionais do Estatuto da Cidade são abordados por Everaldo Augusto Cambler, ao tratar dos *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*, destacando, dentre outros temas, a constitucionalização do direito privado, a função dos princípios e do direito de propriedade como elemento fundamental do pluralismo incluyente no Estado Democrático de Direito.

As *Alterações no registro imobiliário* (em decorrência do Estatuto da Cidade) são estudadas por Júlia Cláudia Rodrigues da Cunha Mota, que põe em evidência o registro das sentenças de usucapião, declaratória de concessão de uso especial, bem como a averbação da notificação para parcelamento compulsório de imóvel urbano, dentre outros.

Retomando o tema da *Função social da propriedade urbana sob o ponto de vista do Estatuto da Cidade*, Juliana Cavalcante dos Santos analisa o direito urbanístico, sua formação, conceito, objeto, natureza das normas urbanísticas, princípios informadores, o plano diretor, suas funções e objetivo, para concluir que toda a sistematização legal, que compõe o direito urbanístico, representa paradigma essencial para o desenvolvimento social e cultural.

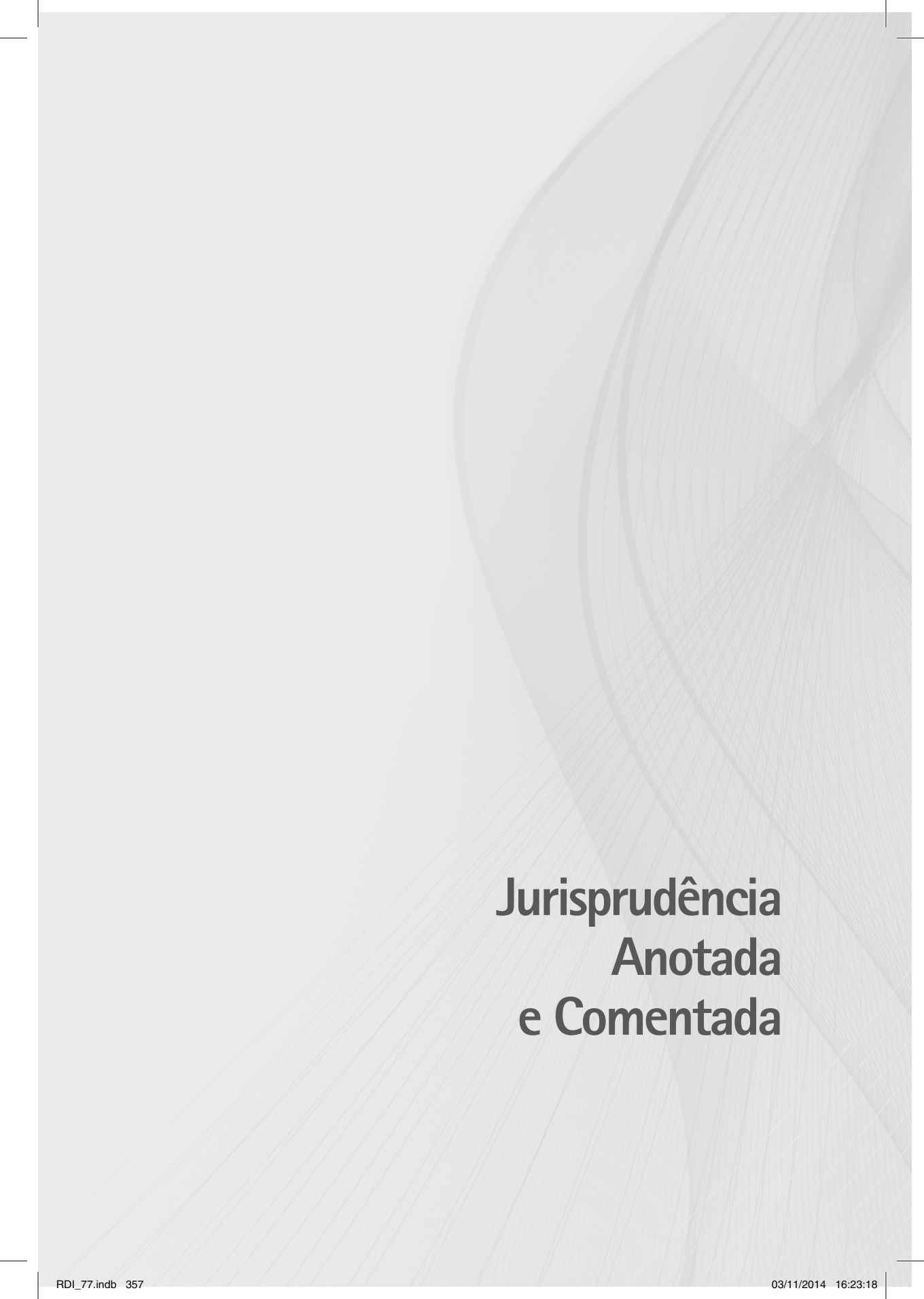
O *Consórcio imobiliário e as Operações urbanas consorciadas*, examinadas por Luiz Antônio Alves Torrano e Iara Pereira Ribeiro, nessa ordem, se nos apresentam como entes jurídicos absolutamente distintos. Encontramos, no estudo do primeiro, reflexões a respeito da discricionariedade da aceitação do requerimento para seu estabelecimento, da desnecessidade de licitação para a mesma finalidade, da legitimidade ativa para pretender o estabelecimento; no estudo daquelas, o conceito, a participação da sociedade, a coordenação pelo Poder Público municipal, os requisitos para aprovação de operações urbana consorciadas, entre outros.

Ao comentar os arts. 5.º a 8.º do Estatuto da Cidade, José Carlos Fagoni Barros – *Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e da desapropriação de imóvel com pagamento em títulos da dívida pública: comentários aos artigos 5.º a 8.º do Estatuto da Cidade* – localiza esse diploma como estrutura legislativa complementar do direito administrativo, o direito tributário, o direito ambiental e o direito civil (real), além de desenvolver os elementos integrantes da utilização compulsória da propriedade e sua eventual desapropriação.

Encerrando a obra coletiva, Paulo Sérgio Velten Pereira nos oferece uma profunda reflexão a respeito da *Regularização fundiária de áreas indevidamente ocupadas*, considerando a regularização fundiária “política pública imprescindível para a concretização das funções sociais da propriedade e da cidade, por meio da democratização do acesso à terra e à moradia, com a conseqüente pacificação de inúmeros conflitos sociais” (p. 797).

O momento não poderia ser melhor para o lançamento da obra, pois os debates quanto à implementação do Plano Diretor da Cidade de São Paulo repercutem por todo o país, certamente auxiliando na criação das diretrizes para o exercício social do direito subjetivo de propriedade em todos os demais municípios do Brasil.

Sem dúvida, a intenção dos coordenadores e coautores sempre foi e será oferecer uma contribuição a advogados, magistrados, procuradores, membros do Ministério Público, estudantes e a todos aqueles que se interessam pelo direito e, em especial, pelos instrumentos regulados no Estatuto da Cidade.

The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping circles and lines. The lines are thin and create a sense of depth and movement, particularly on the right side of the page. The overall aesthetic is clean and modern.

Jurisprudência Anotada e Comentada

ACÓRDÃOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – *REsp* 1.254.252/SC – 3.ª T. – j. 22.04.2014 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 29.04.2014 – Área do Direito: Família e Sucessões; Civil; Imobiliário e Registral.

DOAÇÃO – Regime de bens – Separação obrigatória – Cônjuge sexagenário que doa imóvel à sua esposa durante a constância do casamento sob o regime legal imposto – Admissibilidade – Ausência de vedação legal para doações recíprocas entre os consortes – Bem doado, ademais, que integrava a parte disponível do doador.

Veja também Jurisprudência

- *RDPriv* 39/324 (JRP\2009\803), *RDPriv* 1/231 (JRP\2000\206), *RT* 901/228 (JRP\2010\9963), *RT* 832/212 (JRP\2005\378), *RT* 784/235 (JRP\2001\471), *RT* 710/66 (JRP\1994\1162); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2000\5511.

Veja também Doutrina

- Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos: antes e depois do novo Código Civil, de Frederico Liserre Barruffini – *RDPriv* 29/150, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 5/521 (DTR\2007\93).

DOAÇÃO – Transação realizada pelo *de cuius* à sua consorte antes da celebração do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens – Admissibilidade – Concessão efetuada durante a constância de união estável que perdurou por oito anos – Preceito constitucional que não admite que a celebração do matrimônio implique restrição de direitos às partes, mas ampliação de proteções.

Veja também Doutrina

- Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos: antes e depois do novo Código Civil, de Frederico Liserre Barruffini, *RDPriv* 29/150, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 5/521 (DTR\2007\93).

REsp 1.254.252 – SC (2011/0122717-2).

Relatora: Min. Nancy Andriahi.

Recorrente: A.E.O. – advogados: Maria Salete da Silva Schmitt e outros.

Recorridos: F.G.O. e outro – advogados: Glauco Heleno Rubick e outros.

Interessados: A.O.S. e outros.

Ementa Oficial: Civil. Família. Recurso especial. Regime de bens. Separação obrigatória. Doação anterior ao matrimônio. Vigência de união estável. Doação na constância do casamento. Requisitos formais. Artigos analisados: arts. 258, parágrafo único, II, e 312 do CC/1916.

1. Inventário de bens em razão de falecimento, cuja abertura foi requerida em 31.03.2003. Recurso especial concluso ao gabinete em 01.06.2011.

2. Discussão relativa à validade de doações efetuadas pelo de cujus à sua consorte, antes e após o casamento, realizado sob o regime da separação obrigatória de bens.

3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211 do STJ.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. Não obstante, de acordo com a boa regra de hermenêutica, as normas que limitam o exercício de direitos devam ser interpretadas restritivamente, a mera utilização de outro instrumento, que não a escritura de pacto antenupcial para formalização do negócio, não é suficiente para conferir-lhe validade.

6. Se tivesse sido, desde logo, celebrado o casamento, quando iniciado o relacionamento entre as partes, o qual perdurou, no total, por mais de 30 anos, não haveria a obrigatoriedade da adoção do regime da separação obrigatória de bens, pois o de cujus ainda não completara 60 anos de idade.

7. Mesmo não sendo expresso, naquela época (1978), o princípio segundo o qual a Lei deverá reconhecer as uniões estáveis, fomentando sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º, da CF/1988), não havia – e não há – sentido em se admitir que o matrimônio do de cujus e da recorrida tenha implicado, para eles, restrição de direitos, ao invés de ampliar proteções.

8. Ausente qualquer outro vício que macule a doação anterior ao casamento; e advinda incontrovertidamente da parte disponível do doador, a doação realizada na constância da união estável das partes, iniciada quando não havia qualquer impedimento ao casamento ou restrição à adoção do regime patrimonial de bens, não se reveste de nulidade somente porque algum tempo depois, as partes celebraram matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens.

9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

COMENTÁRIO

DOAÇÃO: AUSENTE QUALQUER OUTRO VÍCIO QUE MACULE A DOAÇÃO ANTERIOR AO CASAMENTO, ESTA NÃO PODERÁ SER CONSIDERADA NULA SOMENTE PORQUE ALGUM TEMPO DEPOIS, AS PARTES CELEBRARAM MATRIMÔNIO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Cuida-se de Recurso Especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo TJSC, que negou provimento ao recurso interposto pela recorrente, reconhecendo a existência de união estável entre a recorrente e o falecido, durante o período de 17.01.1970 a 10.11.1978 e determinando que todos os bens adquiridos onerosamente durante esta união fizessem parte integrante do inventário dos bens deixados pelo *de cujus*, além de declarar nula a doação celebrada entre o falecido em favor da recorrente de dois imóveis, sendo uma delas celebrada durante o período da união estável e a outra posteriormente à celebração do matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens, determinando, também, a partilha destes. Inconformada com a decisão, a recorrente apontou, nas razões do REsp, ofensa aos arts. 538, 549 e 551, parágrafo único, do CC/2002; arts. 258, II; 312 e 1.165 do CC/1916 e sustentou, em síntese, a validade das doações realizadas pelo *de cujus*, ainda que o casamento tenha sido celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens.

Ao analisar o recurso, a relatora do acórdão, Min. Nancy Andrighi, entendeu, preliminarmente, que as doações impugnadas ocorreram em 1978 e 1993, sendo estas regidas pelo CC/1916, em vigor à época, não se lhes aplicando a legislação civil atual. Posto isto, a relatora observou que, em relação ao imóvel doado na constância do casamento celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens, ainda que a recorrente tenha aduzido que a legislação civil não veda tal prática e que o bem doado integrava a parte disponível do doador, o acórdão recorrido concluiu pela nulidade da doação em virtude da existência de outros motivos impeditivos, entre eles, a ocorrência de vício formal na escritura pública e contrariedade à vontade do doador, conforme testamento lavrado posteriormente, implicando no reexame de circunstâncias fáticas, o que seria vedado em sede de REsp, conforme Súmula 7/STJ. Em relação à doação do outro imóvel, celebrada na constância da união estável, a relatora apontou que os recorridos alegaram que a doação, realizada poucos dias antes da celebração do casamento, representou tentativa de burla ao regime da separação obrigatória de bens a que estariam sujeitos os consortes em virtude da idade do varão e que, por sua vez, a recorrente alegou ser válida tal doação, uma vez que as partes já viviam sob o manto do casamento eclesiástico e que tal doação não foi feita mediante pacto antenupcial. Observou, ainda, que o Tribunal de origem entendeu que a doação era nula, tendo em vista contar o doador com mais de 60 anos de idade e que, se os sexagenários só podem celebrar núpcias sob o regime da separação obrigatória por imposição do art. 258 do CC/1916, também é certo que o doador não pode doar seus bens à companheira, devendo se sujeitar às mesmas regras. Neste ponto, a relatora entendeu, em síntese, que, quando iniciado o relacionamento entre a recorrente e o *de cujus*, que já possuía 58 anos de idade e que perdurou por mais de 30 anos, não havia a obrigatoriedade da adoção do regime da separação obrigatória de bens, caso fosse celebrado o casamento desde logo, pois o *de cujus* ainda não completara 60 anos de idade. Assim, a doação realizada poucos dias antes da celebração do casamento não implica violação dos arts. 258, II e 312, ambos do CC/1916. Portanto, ausente qualquer outro vício que macule tal doação, esta não pode ser considerada nula exclusivamente porque algum tempo depois as partes casaram-se sob o regime da separação obrigatória de bens.

Diante do exposto, a 3.ª T. do STJ decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, afastando a nulidade da doação do imóvel realizada durante a constância da união estável.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora.

Brasília, 22 de abril de 2014 – NANCY ANDRIGHI, relatora.

REsp 1.254.252 – SC (2011/0122717-2).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrente: A.E.O. – advogados: Maria Salete da Silva Schmitt e outros.

Recorridos: F.G.O. e outro – advogados: Glauco Heleno Rubick e outros.

Interessados: A.O.S. e outros.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relatora): Trata-se de recurso especial interposto por A.E.O., com base no art. 105, III, *a e c*, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJSC.

Ação: de inventário dos bens deixados por E.O., na qual figuram como litigantes os herdeiros filhos A.O.O.; A.O.S.; R.O.e F.G.O., frutos do primeiro casamento do falecido; e a viúva A.E.O.

Decisão interlocutória: reconheceu a existência da união estável entre a recorrente e o *de cujus* no período de 17.01.1970 a 10.11.1978; determinou que todos os bens adquiridos onerosamente durante essa união fizessem parte integrante do inventário; determinou a partilha do imóvel matriculado sob o n. ..., no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Rio de Sul/SC; declarou nula a doação realizada pelo *de cujus* em favor da recorrente do imóvel matriculado sob o n. ... no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Rio de Sul/SC, realizada em 17.06.1993; determinou a partilha do imóvel assentado sob o n. ...; declarou nula a doação realizada pelo *de cujus* à recorrente do imóvel matriculado sob o n. ..., registrado no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Rio de Sul/SC, realizada em 06.11.1978 e determinou a partilha do referido imóvel.

Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, nos termos da seguinte ementa (e-STJ f.):

“Agravo de instrumento. Inventário. Nulidade. Doações de bem imóvel. Sexagenário. Art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916. Prescrição aquisitiva. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Questões de direito que prescindem de dilação probatória não são de alta indagação.

O efeito devolutivo no agravo de instrumento alcança apenas a matéria examinada na decisão vergastada, sob pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição e supressão de instância”.

Embargos de declaração: interpostos por A.E.O. (e-STJ f.), foram rejeitados (e-STJ f.).

Recurso especial: interposto com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional (e-STJ f.), aponta ofensa aos arts. 538, 549 e 551, parágrafo único, do CC/2002; arts. 258, parágrafo único, II, 312 e 1.165 do CC/1916, sustentando a validade das doações realizadas pelo *de cujus*, ainda que o casamento tenha sido realizado sob o regime da separação obrigatória de bens.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido por esta Corte, no REsp 471.958/RS, que teria reconhecido a validade de doação entre cônjuges, na constância de casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens.

Exame de admissibilidade: o recurso do autor foi admitido na origem pelo TJSC (e-STJ f.).

Parecer do MPF: O Subprocurador Geral da República Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho opinou pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

REsp 1.254.252 – SC (2011/0122717-2).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrente: A.E.O. – *advogados*: Maria Salete da Silva Schmitt e outros.

Recorridos: F.G.O. e outro – *advogados*: Glauco Heleno Rubick e outros.

Interessados: A.O.S. e outros.

VOTO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relatora): Cinge-se a controvérsia a verificar, sob a égide do CC/1916, a validade de doação efetuada de um cônjuge ao outro (i) na constância de união estável e pouco antes da realização do matrimônio e (ii) já na constância do matrimônio, quando adotado, por força da lei, o regime da separação de bens.

1. Do prequestionamento (ofensa aos arts. 538, 549 e 551, parágrafo único, do CC/2002)

01. A respeito dos arts. 538, 549 e 551, parágrafo único, do CC/2002, tido por violados, não houve emissão de juízo, pelo acórdão recorrido, ressentindo-se, portanto, o recurso especial do necessário prequestionamento.

02. Com efeito, tendo em vista que as doações impugnadas ocorreram nos anos de 1978 e 1993, regem-se pelo Código Civil de 1916, em vigor à época, não se lhes aplicando a nova legislação civil.

03. Incidem à espécie, portanto, as Súmulas 211 do STJ e 282 do STF

2. Da doação efetivada na constância do casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens. Reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 7 do STJ.

04. Uma das doações feitas pelo de cujus à recorrente, cuja validade é impugnada em sede do presente inventário, é aquela referente ao imóvel matriculado sob o n. ... no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Rio de Sul/SC, efetivada em 17.06.1993, na constância, portanto, do casamento das partes.

05. Aduz a recorrente, que a legislação civil não veda a doação recíproca entre cônjuges, mesmo quando casados no regime da separação obrigatória de bens, conforme, inclusive precedente desta Corte, de minha relatoria, no REsp 471.958/RS.

06. Sustenta, ainda, que o bem doado integrava a parte disponível do doador e não havia necessidade de anuência dos herdeiros, tendo sido, outrossim, respeitadas todas as formalidades para a lavratura da escritura que, posteriormente, foi levada a registro.

07. O acórdão recorrido, por sua vez, concluiu pela nulidade da referida doação, com base em três fundamentos, quais sejam: (i) impedimento de realizar-se a doação entre nubentes casados sob o regime da separação obrigatória de bens; (ii) irregularidade na formalização da escritura pública, eis que não constou com a assinatura do Tabelião, nem de todos os intervenientes que figuravam como anuentes do negócio; (iii) intenção adversa do doador, manifestada em testamento lavrado no ano posterior à lavratura da escritura de doação, no sentido de deixar o referido imóvel somente em usufruto vitalício à sua esposa.

08. Note-se que, mesmo sendo afastado o primeiro dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, relativo à possibilidade de cônjuges, casados no regime da separação obrigatória de bens, realizarem doações recíprocas, sem que isso configure qualquer nulidade ou violação do próprio regime matrimonial de bens, alterar as conclusões do acórdão no que respeita aos vícios formais da escritura, bem como no que respeita à vontade manifestada pelo doador, em sentido contrário, no testamento lavrado posteriormente, implicaria reexame de circunstâncias fáticas, o que é vedado em sede de recurso especial, em virtude da incidência da Súmula 7 do STJ.

3. Da doação efetivada na constância da união estável.

09. A outra doação feita pelo de cujus à recorrente, cuja validade é impugnada em sede do presente inventário, é aquela referente ao imóvel matriculado sob o n. ..., registrado no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Rio de Sul/SC, realizada em 06.11.1978, na constância, portanto, da união estável das partes.

10. De acordo com os recorridos, a doação realizada dias antes do casamento do de cujus com a recorrente, embora na vigência da união estável, representa clara tentativa de burla ao regime da separação obrigatória de bens a que estariam submetidos os consortes em razão da idade do varão.

11. A recorrente, por sua vez, defende a validade da doação do imóvel, haja vista que as partes já viviam “sob o manto do casamento eclesástico desde 1970 até 1978” (e-STJ f.) e não havia qualquer impedimento para a realização do negócio, pois o bem não ultrapassava a parte disponível do doador.

12. Ademais, “a doação não foi feita através de pacto antenupcial obrigando o casamento, pois já conviviam com a doadora há oito anos e casou-se posteriormente” (e-STJ f.).

13. O Tribunal de origem entendeu que a doação era nula porque, quando foi realizada, o doador contava com mais de 60 anos de idade e “se é certo que os sexagenários só poderiam se casar sob o regime da separação absoluta, por imposição do referido art. 258, também é certo que o concubino, com essa idade, não poderia doar bens seus à amásia, ainda que desimpedidos, pois, por se tratar de um arremedo de casamento, também deveria estar sujeito às mesmas regras, sob pena de ludibriar a lei” (e-STJ f.).

14. Na hipótese, pelo menos três aspectos devem ser considerados para se concluir pela validade ou não da doação impugnada.

15. O primeiro deles refere-se à forma utilizada para a celebração do negócio, tendo em vista o disposto no art. 312 do CC/1916, que vedava expressamente as doações antenupciais nas hipóteses em que o casamento devesse ser realizado sob o regime da separação obrigatória de bens, *in verbis*:

“Art. 312. Salvo o caso de separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único) é livre aos contraentes estipular, *na escritura antenupcial*, doações recíprocas, ou de um outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador (arts. 263, VIII, e 232, II)”.

16. É incontroverso, na hipótese, que a doação do imóvel em questão, embora tenha sido realizada alguns dias antes do matrimônio, não ocorreu na escritura de pacto antenupcial. E esse é um dos argumentos utilizados pela recorrente para defender sua validade, invocando a literalidade do referido dispositivo legal.

17. Não obstante, de acordo com a boa regra de hermenêutica, as normas que limitam o exercício de direitos devam ser interpretadas restritivamente, a utilização de outro instrumento, que não a escritura de pacto antenupcial para formalização do negócio, não é suficiente para conferir-lhe validade.

18. Com efeito, a razão da suposta nulidade da doação é a violação do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário (art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916), independente da roupagem jurídica do negócio que originou a transferência patrimonial.

19. Por outro lado, conforme observei no REsp 471.958/RS, ao invés de ter como finalidade impedir a burla ao regime de bens imposto pela lei, a proibição de doações antenupciais para sexagenários ou quinquagenárias poderia perfeitamente ter como escopo apenas impedir que o cônjuge mais novo impusesse, como condição para se casar, a transferência de patrimônio. A ideia, nesta linha de interpretação, seria a de que a manifestação de vontade, no momento do casamento, fosse livre.

20. E, na hipótese, considerando as peculiaridades do relacionamento das partes, não se vislumbra esse caráter impositivo ou condicional. Pelo contrário, o casamento civil somente ratificou uma situação de fato já vivida há oito anos pelos consortes, que desde 17.01.1970, quando o *de cujus* contava, portanto, com 58 anos de idade, estabeleceram sua união estável.

21. Não é objeto desse litígio a discussão acerca da obrigatoriedade de adoção do regime da separação legal de bens, em face da idade dos cônjuges. Contudo, é relevante mencionar precedente desta Corte no sentido de que, havendo convivência *more uxorio* anterior ao casamento, a idade para adoção do regime matrimonial de bens é irrelevante porque o casal já convivia antes de completar a idade limite.

22. Conforme consignei no REsp 918.643/RS, “O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/1916, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de 60, ou a noiva com mais de 50 anos de idade, à época da celebração. *As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento*” (3.^a T., rel. Min. Massami Uyeda, minha relatoria para acórdão, DJe 13.05.2011) (sem destaque no original).

23. Não se pode ignorar, por conseguinte, que quando iniciado o relacionamento entre as partes, o qual perdurou, no total, por mais de 30 anos, não havia sequer a obrigatoriedade da adoção do regime da separação obrigatória de bens, caso fosse celebrado o casamento desde logo. Afinal, o *de cuius* ainda não completara 60 anos de idade.

24. Assim, se a recorrente e o *de cuius* não tivessem contraído matrimônio posteriormente, nenhuma norma impediria as doações promovidas pelo varão.

25. Mesmo não sendo expresse, naquela época (1978), o princípio segundo o qual a Lei deverá reconhecer as uniões estáveis, fomentando sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º, da CF/1988), não havia – e não há – sentido em se admitir que o matrimônio do *de cuius* e da recorrida tenha implicado, para eles, restrição de direitos, ao invés de ampliar as proteções.

26. Assim, tendo sido efetivada na constância de uma união estável iniciada quando o *de cuius* estava com 58 anos de idade e, portanto, quando não lhe era obrigatório casar sob o regime da separação de bens, a doação feita à recorrente, pouco antes da celebração do casamento, não implica violação dos arts. 258, parágrafo único, II, e 312 do CC/1916.

27. Além disso, é relevante analisar outro aspecto da questão, tecendo algumas considerações sobre a própria razão de ser da restrição quanto à liberdade de escolha do regime de bens envolvendo sexagenários ou quinquagenárias, que tinha como corolário, sob a égide do CC/1916, a proibição das doações antenupciais entre eles.

28. Essa restrição veio na mesma esteira protetiva da disposição relativa à proibição do casamento entre viúvos e/ou viúvas com filhos menores, antes de se promover a partilha dos bens do cônjuge falecido. Contudo, enquanto essa última tinha por finalidade evitar a confusão de patrimônios, aquela foi estabelecida, mas sem que, em contrapartida, houvesse interesses do mesmo quilate a serem protegidos. A respeito do assunto, observa Antônio Chaves:

“Estabelecendo-se um confronto entre esta e a espécie anteriormente considerada, chega-se à conclusão de que a principal preocupação do legislador, naquela hipótese, deixa de existir na última, pelo menos na grande generalidade dos casos, cedendo passagem ao pensamento predominante de que tais conúbios, por perderem a finalidade da produção de descendência, sejam inspirados antes pela oportunidade que possam proporcionar a um dos cônjuges, de compartilhar, já no último quartel da existência, da fortuna do outro.

Daí a pretender atalhar pela proibição pura e simples de qualquer comunicação de bens, mediante a imposição do regime da separação legal, que, todavia, pelo seu caráter absoluto, pode dar margem a graves inconvenientes e a flagrantes injustiças (*Casa-*

mento da quinquagenária ao tempo do decreto 181, de 24.01.1890 apud Antônio Chaves, *Casamento das quinquagenárias e dos sexagenários*, RT 315/31-48, esp. p. 33)”.

29. A partir dessa observação, o citado jurista, em seu já antigo estudo doutrinário (datado de 1962) conclui, com apoio na jurisprudência do STF, que a atribuição da mesma consequência para hipóteses tão diferentes não apresenta qualquer contorno de razoabilidade:

“E o resultado desse encaixe, a martelo, de duas situações tão díspares num mesmo dispositivo, aí o temos na sujeição do casamento das pessoas daquela idade a regras de uma severidade que não encontra paralelo em outras legislações, em contraste com a brandura com que, pelo menos nos seus resultados práticos, são tratadas as pessoas que, intencionalmente ou não, manifestam rebeldia à norma expressa, acarretando diminuição do patrimônio dos filhos do primeiro leito.

(...)

Nem a conclusão diferente chega o Des. A. Ferreira Coelho (...). Depois de insistir também em que era muito mais justa a disposição da Ord. Do Liv. IV, tít. 105 (...) observa ser bem verdade que os sexagenários ou as quinquagenárias podem ser explorados no afeto serôdio; mas, se estão no pleno uso de suas faculdades, não haveria razão para privá-los do direito de fazerem compartilhar dos bens materiais, que lhes pertencem, a pessoa que escolheram por companheira e que tem o estoicismo de assim viver conjuntamente”.

30. Já sob a égide da CF/1988, algumas decisões passaram a considerar o art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916 como não recepcionado pela nova ordem constitucional, pois incompatível com a tutela da dignidade da pessoa humana, igualdade e intimidade.

31. Nesse sentido, merece destaque o voto proferido, em sede da ApCiv 007.512-2/2-00, pelo ex-ministro do STF, César Peluso, quando ainda atuava como desembargador do TJSP, cujos seguintes trechos foram reproduzidos no julgamento do REsp 471.958/RS, de minha relatoria:

“Tampouco são nulas as doações posteriores ao matrimônio. E não o são, porque o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do CC/2002, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa.

É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as consequentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.

A *ratio legis*, que uníssonas lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, vem do receio político, talvez compreensível nos curtos horizontes culturais da sociedade ar-

caica dos séculos anteriores, de que, pela força mecânica e necessária de certo número de anos, estipulado, sem nenhum suporte científico nem fundamentação empírica, de maneira diversa para cada sexo, já não estariam aptos para, nas relações amorosas, discernir seus interesses materiais e resistir à cupidez inevitável do consorte.

(...)

Noutras palavras, decretou-se, com vocação de verdade legal perene, embora em assunto restrito, mas não menos importante ao destino responsável das ações humanas, a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por deficiência mental presumida *ius et de iure* contra a natureza dos fatos sociais e a inviolabilidade da pessoa.

(...)

Reduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção de capacidade jurídica.

(...)

Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1.º, III, da CF/1988), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras do paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge”.

32. Embora, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tenha remanescido a obrigatoriedade do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens em razão da idade dos nubentes (maiores de 70 anos, cf. Lei 12.344/2010), ao menos a proibição das doações antenupciais entre sexagenários deixou de existir, o que configura claro indicativo de que a restrição não foi recepcionada pela sociedade contemporânea.

33. Diante de todo o exposto, verifica-se que, na hipótese, mesmo a doação impugnada tendo sido efetivada em 1978 e, portanto, sob a égide da Constituição Federal de 1967, e na vigência do Código Civil de 1916, não há razão para que seja considerada nula de pleno direito.

34. Com efeito, ausente qualquer outro vício que a macule e advinda incontroversamente da parte disponível do doador, a doação realizada na constância da união estável das partes, iniciada quando não havia qualquer impedimento ao casamento ou restrição à adoção do regime patrimonial de bens, não se reveste de nulidade exclusiva-

mente porque algum tempo depois, as partes celebraram matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens.

35. Aliás, cumpre mencionar, embora não seja objeto do presente recurso, que, na hipótese, até mesmo a imposição do regime matrimonial de bens poderia ser questionado, quando da realização do casamento das partes, em razão da antecedente união estável, que vivenciavam há 8 (oito) anos.

Forte nessas razões, *conheço em parte* do recurso especial e, nesta parte, *dou-lhe provimento* para afastar a nulidade da doação do imóvel matriculado sob o n. ..., registrado no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Rio de Sul/SC, realizada em 06.11.1978.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.^a T.; REsp 1.254.252/SC; número do registro: 2011/0122717-2; números de origem: 20100186600, 20100186600000100, 20100186600000200, 20100186600000300 e 54030023398; processo eletrônico; pauta: 22.04.2014; julgado: 22.04.2014; segredo de justiça; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Humberto Jacques de Medeiros; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: A.E.O. – advogados: Maria Salete da Silva Schmitt e outros; recorridos: F.G.O. e outro – advogados: Glauco Heleno Rubick e outros; interessados: A.O.S. e outros.

Assunto: Direito civil – Sucessões – Inventário e partilha.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A 3.^a T., por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora”.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente) votaram com a Sra. Ministra relatora.

STJ – REsp 1.418.435/SP – 3.ª T. – j. 18.03.2014 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 26.03.2014 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Processual; Civil.

DECADÊNCIA – Termo inicial – Ação declaratória de nulidade de doação – Início do prazo decadencial que coincide com a ciência do fato gerador do direito pleiteado – Lapso que só flui contra aqueles que tiverem conhecimento inequívoco do negócio jurídico celebrado – Impossibilidade de alegação de ignorância da transação pelo próprio donatário – Prazo para anulação da doação, na hipótese, que é de quatro anos, a partir da data da realização do negócio jurídico – Inteligência do art. 178, II, do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- RT840/295 (JRP\2005\1664); RT732/211 (JRP\1996\1751); e RT 605/235 (JRP\1986\306); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2010\18857.

Veja também Doutrina

- A anulabilidade e o registro de imóveis, de Sergio Ávila Doria Martins; RDI 73/187 (DTR\2012\451401);
- Decadência e prescrição no novo Código Civil: breves reflexões, de Ricardo Ribeiro Campos, RDPriv 17/172, *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 5/663 (DTR\2004\69);
- Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho, de Humberto Theodoro Júnior, RT 836/49, *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 5/349 (DTR\2005\388); e
- O prazo da ação anulatória do art. 486 do CPC, de Claudio Roberto Pieruccetti Marques, RePro 186/66 (DTR\2010\557).

REsp 1.418.435 – SP (2013/0335715-5).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrentes: RVM Participações Ltda. e outros – advogados: Marisa Mitico Vivan Mizuno de Oliveira e outros.

Recorrido: Ricardo Batista Rodrigues – advogado: Marcus Vinicius Teixeira Borges.

Ementa: Civil. Recurso especial. Ação declaratória. Nulidade de doação. Imóvel. Vício de consentimento. Prazo decadencial. Termo inicial. Data da celebração do negócio. Artigos analisados: art. 178, II, do CC/2002.

1. Ação declaratória de nulidade de doação por vício de consentimento, ajuizada em 29.06.2009. Recurso especial concluso ao gabinete em 18.10.2013.

2. *Discussão relativa ao termo inicial do prazo decadencial para anulação de negócio jurídico por vício de consentimento.*

3. *Antes do registro imobiliário, que lhe dá publicidade erga omnes, o negócio jurídico envolvendo bens imóveis só tem eficácia entre as partes que o celebraram, não fluindo contra os terceiros, que dele não têm conhecimento inequívoco, o prazo decadencial para anulação.*

4. *A decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado.*

5. *Não é razoável invocar a ausência de “conhecimento inequívoco do ato”, pelo próprio donatário do bem, diante da ausência de registro do contrato e aferição pelo tabelião da regularidade do empreendimento onde se encontrava o lote doado.*

6. *O prazo decadencial para anulação da doação na hipótese, portanto, é de quatro anos, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico, nos termos do que expressamente dispõe o art. 178, II, do CC/2002.*

7. *Recurso especial provido.*

COMENTÁRIO

DECADÊNCIA: PRAZO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO É DE QUATRO ANOS, CONTADOS DO DIA DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO, QUANDO PLEITEADA PELO DONATÁRIO

Trata-se de Recurso Especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo TJSP, onde se decidiu que o prazo decadencial aplicável para a anulação do contrato de doação por vício de consentimento, pleiteado pelo próprio donatário, é de quatro anos, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico, nos termos do art. 178, II, do CC. No caso em tela, o donatário (recorrido) ajuizou em 1.ª instância ação declaratória de contrato de doação de imóvel, com fundamento em vício de consentimento. Afirmou que foi contemplado em um sorteio de imóvel localizado em condomínio, devendo pagar apenas as taxas de manutenção. Passado algum tempo, deixou de pagar o acordado, tendo sido revogada a doação. Contudo, informou que passou a ser cobrado pelos débitos do imóvel e que a inviabilidade do empreendimento foi constatada em ação civil pública, pleiteando o ressarcimento das despesas pagas com a manutenção e conservação do bem, além da compensação por danos morais. Em contestação, os doadores (recorrentes) alegaram, preliminarmente, a decadência do direito do autor para pleitear a anulação do negócio e a prescrição relativa à reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Sustentaram, também, que a inscrição do nome do donatário nos cadastros de proteção ao crédito foi legal, porquanto o débito inscrito na dívida ativa se refere ao período em que o autor foi proprietário do bem e que a sentença prolatada na ação civil pública ocorreu após a doação. Por fim, afirmaram que o loteamento era regular. Ao julgar a ação, o juízo *a quo* acolheu a preliminar de decadência, relativa à pretensão de anulação do contrato em decorrência de vício de consentimento e de prescrição, referente à pretensão de reparação dos danos, tendo em vista que o negócio jurídico foi celebrado em 28.02.2005 e a ação foi proposta em 20.06.2009. Inconformado, o recorrido interpôs apelação, tendo esta sido julgada provida pelo TJSP, afastando a prescrição da pretensão anulatória, cujo prazo somente teria início com o registro público do contrato de doação. Por sua vez, os recorrentes interpuseram o presente REsp, apontando ofensa ao art. 178, II, do CC e argumentando que a contagem do prazo decadencial de quatro anos para anulação do contrato somente começou a fluir na data em que foi celebrado, sendo irrelevante a ausência de registro no Cartório de Imóveis.

Ao analisar o REsp, a Ministra relatora Nancy Andrighi esclareceu, inicialmente, que o prazo referido no art. 178, II, do CC é decadencial e não prescricional, como afirmado no acórdão recorrido. Ademais, afirmou que o Tribunal de origem afastou a decadência do direito do autor, sob o fundamento de que a ausência de registro do contrato de doação impede a correta aferição da data em que o autor tomou conhecimento inequívoco do ato, na medida em que o Tabelião, no momento de conferir publicidade ao contrato de doação, poderia cientificá-lo acerca das irregularidades do imóvel e que o termo inicial da prescrição seria a data do registro da doação. A Ministra relatora aduziu, também, que os recorrentes sustentaram que a fluência do prazo decadencial, a teor do artigo mencionado, teve início na data da celebração do negócio jurídico, ocorrido em 28.02.2005, sendo irrelevante a ausência de registro do contrato ou o conhecimento inequívoco do alegado vício de consentimento. Observou, ainda, que embora o STJ tenha inúmeros precedentes no sentido de que o prazo decadencial para pleitear anulação de negócio jurídico deve ser contado a partir da data do registro do respectivo título no Registro de Imóveis, tais precedentes referem-se aos casos onde terceiros buscavam a anulação do negócio celebrado, com fundamento na ocorrência de fraude, o que não se aplica ao caso concreto, uma vez que, *in casu*, quem pleiteia a anulação é o próprio beneficiário da doação, sob a alegação de dolo dos recorrentes, bem como em erro na celebração do negócio, já que no momento desta celebração não foi informada a irregularidade do loteamento. Posto isto, a Min. rel. entendeu que o prazo decadencial para anulação de negócio jurídico, quando a pretensão é do próprio contratante, é de quatro anos contados da data da celebração, conforme art. 178, II, do CC.

Diante do exposto, a 3.ª T. do STJ, por unanimidade de votos, deu provimento ao REsp, reconhecendo a decadência do direito do autor e restabelecendo-se a sentença proferida em 1.º grau.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. ministra relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. ministra relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento a Sra. Min. Nancy Andrighi”.

Brasília, 18 de março de 2014 – NANCY ANDRIGHI, relatora.

REsp 1.418.435 – SP (2013/0335715-5).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

*Recorrentes: RVM Participações Ltda. e outros – advogados: Marisa Miti-
co Vivan Mizuno de Oliveira e outros.*

*Recorrido: Ricardo Batista Rodrigues – advogado: Marcus Vinicius Teixeira
Borges.*

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relatora): Trata-se de recurso especial interposto por RVM Participações Ltda. e outro, com base no art. 105, III, a e c, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJSP.

Ação: declaratória de nulidade de contrato de doação de imóvel, ajuizada por Ricardo Batista Rodrigues em face de RVM Participações Ltda. e outro, com fundamento em vício de consentimento. Aduz o autor que foi contemplado em um sorteio de imóvel localizado em condomínio às margens da Represa de Jurumirim, devendo pagar apenas as respectivas taxas de manutenção. Após algum tempo, em razão de dificuldades financeiras, deixou de pagá-las e a doação do bem foi revogada. Contudo, passou a ser cobrado por débitos do imóvel. Além disso, a inviabilidade do empreendimento foi constatada em ação civil pública. Pleiteia o ressarcimento das despesas pagas com a manutenção e conservação do bem e a compensação por danos morais.

Contestação: RVM Participações Ltda. e outro alegaram, preliminarmente, a decadência do direito do autor para pleitear a anulação do negócio, e a prescrição relativa à reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Sustentaram, ainda, a legalidade da inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito porque o débito inscrito na dívida ativa se refere ao período em que o autor foi proprietário do bem e que a sentença prolatada na ação civil pública ocorreu após a doação. Aduzem, por fim, que o loteamento era regular.

Sentença: julgou extinto o processo, com resolução do mérito, acolhendo a preliminar de decadência, relativa à pretensão de anulação do contrato por vício de consentimento; e de prescrição, relativa à pretensão de reparação dos danos. Isso porque o negócio jurídico fora celebrado em 28.02.2005 e a ação proposta em 20.06.2009.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta por Ricardo Batista Rodrigues, para afastar a prescrição da pretensão anulatória, cujo prazo somente teria início com o registro público do contrato de doação, nos termos da seguinte ementa (e-STJ f.):

“Anulação. Doação de imóvel. Desconstituição de negócio jurídico sob alegação de erro ou dolo. Ausência de registro da doação. Prazo prescricional de quatro anos a contar do conhecimento inequívoco do ato. Sentença reformada para afastar a prescrição. Recurso provido”.

Embargos de declaração: interpostos por RVM Participações Ltda. e outro (e-STJ f.), foram rejeitados (e-STJ f.).

Recurso especial: interposto como base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional (e-STJ f.), aponta ofensa ao art. 178, II, do CC/2002, pois a contagem do prazo decadencial de 4 anos para anulação do contrato começaria a fluir na data em que foi celebrado, sendo irrelevante a ausência de registro do cartório de imóveis.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido por esta Corte, no AgRg no Resp 1.188.398/ES, que teria considerado a data da celebração do negócio jurídico como o termo inicial da fluência do prazo decadencial para sua anulação.

Exame de admissibilidade: o recurso do autor foi inadmitido na origem pelo TJSP (e-STJ f.), tendo sido interposto agravo contra a decisão denegatória pelo recorrente, ao qual dei provimento para determinar o julgamento do recurso (e-STJ f.).

É o relatório.

REsp 1.418.435 – SP (2013/0335715-5).

Relatora: Min. Nancy Andrighi.

Recorrentes: RVM Participações Ltda. e outros – advogados: Marisa Mitico Vivan Mizuno de Oliveira e outros.

Recorrido: Ricardo Batista Rodrigues – advogado: Marcus Vinicius Teixeira Borges.

VOTO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relatora): Cinge-se a controvérsia a verificar qual o termo inicial do prazo decadencial de 4 anos, para anular doação, com fundamento em vício de consentimento.

1. Do termo inicial do prazo de decadência para anulação de negócio jurídico (violação do art. 178, II, do CC/2002 e dissídio jurisprudencial).

01. Inicialmente, esclareça-se que o prazo a que se refere o art. 178, II, do CPC, é decadencial e não prescricional, como afirmado no acórdão recorrido.

02. Com efeito, embora alguma dúvida pudesse haver a respeito diante da redação do art. 178, § 9.º, V, b, do CC/1916, que, ao tratar do tema de anulação dos negócios jurídicos por vício de consentimento, afirmava expressamente que a ação *prescrevia* em 4 anos, o Código Civil vigente é claro no sentido de se tratar de prazo de decadência.

03. Superada essa questão terminológica, verifica-se que o Tribunal de origem afastou a decadência do direito do autor, sob o fundamento de que “a ausência do registro do contrato de doação de imóvel realizado entre as partes impede a correta aferição da data em que o autor tomou conhecimento inequívoco do ato, na medida em que o Tabelião, no momento de conferir publicidade ao contrato de doação, poderia cientificá-lo acerca das irregularidades do imóvel. Ou seja, à minguia de outras provas da ciência, cujo ônus competia aos requeridos, o termo inicial da prescrição seria a data do registro da doação” (e-STJ f.).

04. Os recorrentes, por sua vez, sustentam que a fluência do prazo decadencial, a teor do art. 178, II, do CC/2002, tem início na data da celebração do negócio jurídico, que, na hipótese, ocorreu em 28.02.2005, sendo irrelevante a ausência de registro do contrato ou o conhecimento inequívoco do alegado vício de consentimento.

05. Esta Corte tem inúmeros precedentes no sentido de que o prazo de decadência para pleitear anulação de negócio jurídico deve ser contado a partir da data do registro do respectivo título aquisitivo no Cartório Imobiliário e não do dia em que se realizou o negócio jurídico. Nesse sentido: REsp 36.065/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 10.10.1994; AgRg no REsp 410.828, de minha relatoria, DJ 04.11.2002, REsp 710.810/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 10.03.2008; AgRg no REsp 743.890/SP, de minha relatoria, DJ 03.10.2005; REsp 118.051/SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 01.08.2000.

06. Contudo, é de se observar que, nesses precedentes, todos oriundos de ações paulianas, eram terceiros que visavam anular o negócio jurídico, com fundamento na ocorrência de fraude e, portanto, justificava-se a fluência do prazo decadencial somente a partir do registro imobiliário do instrumento contratual. Afinal, somente por meio dele dá-se publicidade ao ato e, por conseguinte, a sua validade e eficácia *erga omnes*.

07. Antes do registro imobiliário, o negócio jurídico envolvendo bens imóveis só tem eficácia entre as partes que o celebraram, não fluindo contra os terceiros, que dele não têm conhecimento inequívoco, o prazo decadencial para anulação.

08. Com efeito, a decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado, o que se coaduna com a interpretação dada por esta Corte nos precedentes mencionados, porque o cartório imobiliário tem como objetivo precípua fazer valer contra terceiros os atos que lhe são levados a registro.

09. Nesse mesmo sentido, o entendimento desta Corte, no que respeita ao prazo para anulação de dação em pagamento simulada, ainda sob a égide do Código Civil de 1916:

“Processo civil e civil – Ação anulatória – Simulação – Escritura pública de dação em pagamento – Bens imóveis – Prescrição – Terceiro não contratante – Termo inicial – Registro do título – Alegação de falta de provas da simulação – Impossibilidade de exame – Incidência da Súmula 7 do STJ.

1 – O termo inicial da prescrição para a anulação de ato simulado (praticado sob a égide do Código Civil de 1916) consistente em documento público de dação em pagamento de bens imóveis, consoante melhor exegese do art. 178, § 9.º, *b*, do mesmo Codex, deve ser a data do título translativo de direitos de propriedade, em relação às partes contratantes, e, do registro do título impugnado, quanto a terceiros” (REsp 734.162/PR, 4.ª T., j. 12.12.2006, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 27.08.2007, p. 261).

10. Na hipótese analisada, todavia, a pretensão anulatória não é de terceiro, mas do próprio beneficiário da doação, que alega dolo das recorrentes, bem como erro na celebração do negócio porque, no momento em que assinado do contrato, não foi informado da irregularidade do empreendimento.

11. Não é razoável, portanto, invocar a ausência de registro imobiliário ou a aferição pelo Tabelião da regularidade do empreendimento, como fez o Tribunal de origem, para afastar a decadência, porque o recorrido não se trata de terceiro alheio à negociação, mas do próprio contratante, que, desde a assinatura do contrato, tinha “conhecimento inequívoco do ato”.

12. Assim, o prazo decadencial para anulação de negócio jurídico, quando a pretensão é do próprio contratante, é de quatro anos contados do dia em que ele foi celebrado, conforme expressamente dispõe o art. 178, II, do CC/2002.

13. Considerando que, na hipótese, o contrato de doação foi assinado em 28.02.2005 e a ação foi proposta em 20.06.2009, há que ser reconhecida a decadência, reformando-se o acórdão recorrido.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau, que reconheceu a decadência do direito do autor.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.ª T.; REsp 1.418.435/SP; número do registro: 2013/0335715-5; números de origem: 0014557182009, 00145571820098260344, 104109, 14557182009, 145571820098260344, 201303357155, 3440120090145573, 34401200901455730000 e 819964; processo eletrônico; pauta: 18.03.2014; julgado:

18.03.2014; relatora: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; presidente da Sessão: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício de Paula Cardoso; secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrentes: RVM Participações Ltda. e outros – advogados: Marisa Mitico Vivan Mizuno de Oliveira e outros; recorrido: Ricardo Batista Rodrigues – advogado: Marcus Vinicius Teixeira Borges.

Assunto: Direito civil – Obrigações – Espécies de contratos – Doação.

Certidão – Certifico que a E. 3.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. ministra relatora”.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Min. relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Presidiu o julgamento a Sra. Min. Nancy Andrighi.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – Ap 0022011-63.2013.8.26.0100 – Conselho Superior de Magistratura – j. 18.03.2014 – v.u. – rel. Des. Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Família e Sucessões.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação oriunda de arrolamento de bens – Admissibilidade – De cujus que era viúva e deixou única herdeira – Adjudicação dos direitos sobre o imóvel que exige prévio registro do formal de partilha do pai pré-morto, em observância ao princípio da continuidade – Origem judicial do título, ademais, que não torna prescindível a qualificação registrária.

Jurisprudência em sentido contrário

- RDI 72/480 (JRP\2012\18960).

Veja também Jurisprudência

- RT 606/100 (JRP\1986\425), RDI 67/172 (JRP\2009\1013), RDI 60/378 (JRP\2006\75), RDI 41/197 (JRP\1997\3119) e RDI 39/258 (JRP\1996\10329).

Veja também Doutrina

- A necessidade de lavratura de escritura pública na cessão de direitos hereditários, de Luciano Lopes Passarelli – RDPPriv 41/313 (DTR\2010\61);
- Dúvida inversamente levantada. Ação de adjudicação compulsória. Falta de registro de carta de adjudicação por falta de documento, de Venício Antonio de Paula Salles – RDI 53/340 (DTR\2011\3341);
- Hermenêutica registral, de Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior – RDI 70/405 (DTR\2011\1755); e
- Princípios do direito registral imobiliário, de Álvaro Melo Filho, RDI 17/25, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/65 (DTR\1986\235).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0022011-63.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L. P. V., é apelado 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “negaram provimento ao recurso, v.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Renato Nalini (presidente), Eros Piceli, Guerrieri Rezende, Artur Marques, Pinheiro Franco e Ricardo Anafe.

São Paulo, 18 de março de 2014 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 0022011-63.2013.8.26.0100.

Apelante: L. P. V.

Apelado: 7.º Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Capital.

Voto 34.000.

Ementa: Registro de imóveis – Carta de adjudicação – Princípios da continuidade e da especialidade subjetiva – Abrandamento dos requisitos para obediência ao segundo princípio – Necessidade, contudo, de se manter a continuidade do registro – Recurso desprovido.

COMENTÁRIO

REGISTRO DE IMÓVEIS: CARTA DE ADJUDICAÇÃO DEVE RESPEITAR O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE REGISTRÁRIA

Trata-se de apelação cível interposta em face da r. sentença proferida pelo juízo *a quo* que manteve a recusa de registro de carta de adjudicação, cujo título tem origem no arrolamento dos bens deixados pela mãe da apelante, sua única herdeira, motivo pelo qual adjudicou os direitos sobre o imóvel. Contudo, ao apresentar o título para registro, seu ingresso foi negado pelo Oficial Registrador, sob o argumento de ser necessária a apresentação do formal de partilha do pai, pré-morto à mãe, para a preservação do princípio da continuidade registral, bem como ser necessária, também, a apresentação dos documentos do falecido pai, considerando sua precária qualificação – em cumprimento ao princípio da especialidade subjetiva – e dos documentos relativos ao imóvel, para a averbação de construção. Na sentença atacada, o MM. Juiz manteve somente as duas primeiras exigências, afirmando que, pelo princípio da cindibilidade, nada impediria o registro da carta de adjudicação, deixando para momento posterior a averbação da construção. Em suas razões recursais, a apelante afirma que não há quebra de qualquer princípio, tendo em vista que o arrolamento dos bens ocorreu regularmente, sendo homologado pelo Juiz, o que afasta os vícios do título. A Procuradoria da Justiça, por sua vez, manifestou-se pelo desprovidimento do recurso, tão somente, pela violação ao princípio da continuidade.

Após analisar o recurso interposto, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, destacou, de início, que mesmo os títulos judiciais não estão imunes à qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do Conselho Superior da Magistratura paulista e que o exame do recurso se faz somente no que tange às exigências de apresentação do formal de partilha do pai da apelante e dos documentos de identificação dele. Em referência à terceira exigência, apontou que a sentença já a afastou e, portanto, não deverá ser analisada. Assim, em relação à apresentação dos documentos do pai da apelante, o Relator entendeu que assiste razão à Procuradoria de Justiça, pois, ainda que a identificação não seja a ideal, o princípio da especialidade subjetiva deve ser abrandado, considerando que o seu falecimento ocorreu em 1952, o que torna muito difícil, se não impossível, a obtenção de outros documentos. Além disso, o relator observou que consta nos autos certidão de casamento e óbito do falecido, além de documento de identificação apto a demonstrar sua identidade e afastar a possibilidade de homonímia, sendo tais documentos suficientes para sua identificação, devendo ser superada tal exigência. Contudo, não há como superar a necessidade do prévio registro do formal de partilha do pai da apelante, tendo em vista o

princípio da continuidade registrária, pois os direitos oriundos do compromisso de compra e venda precisam ser transmitidos para a mãe da apelante, o que só ocorrerá com o registro do mencionado formal. Posto isto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, negar provimento ao recurso interposto, determinando que, para o registro da carta de adjudicação em favor da apelante, é necessário o prévio registro do formal de partilha dos bens deixados pelo seu falecido pai.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

L. P. V. interpôs recurso administrativo contra a r. sentença que manteve a recusa de registro de carta de adjudicação.

O título tem origem no arrolamento dos bens de sua mãe, M. T. D. P. A recorrente, como única herdeira, adjudicou os direitos sobre o imóvel e, ao levar o título para registro, ele foi negado.

A recusa, inicialmente, deveu-se a três exigências: apresentação do formal de partilha do pai da recorrente, pré-morto à mãe, para preservação da continuidade registral; apresentação de documentos do falecido pai, dada a sua precária qualificação – princípio da especialidade subjetiva; apresentação de documentos relativos ao imóvel, para averbação da construção.

Em sua sentença, o MM. Juiz manteve, tão somente, as duas primeiras exigências, asseverando que, pelo princípio da cindibilidade nada impediria o registro da carta de adjudicação, para que, em momento posterior, se averbasse a construção realizada.

Em seu recurso, a interessada volta a afirmar que não há quebra de qualquer princípio, pois o processo de arrolamento dos bens de sua mãe correu regularmente e foi homologado, por Juiz togado, o que afasta vícios do título.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso, tão somente, por conta da quebra da continuidade.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em primeiro lugar ressalta-se que a origem judicial do título não torna prescindível a qualificação registraria, conforme pacífico entendimento do C. Conselho Superior da Magistratura:

“Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registraria, sob o estrito ângulo da regularidade formal. O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental” (ApCiv 31881-0/1).

Dito isso, é preciso enfatizar que o exame do recurso se faz, tão somente, no que toca às exigências da apresentação do formal de partilha do pai da interessada e dos documentos de identificação dele. No que toca à terceira exigência, a sentença já a afastou e, portanto, não faz parte do inconformismo.

Quanto aos documentos do pai da interessada, solicitados pelo oficial, a razão está com a Procuradoria de Justiça, em seu parecer.

Malgrado a identificação não seja a ideal, o princípio da especialidade subjetiva deve ser abrandado, tendo em vista que ele faleceu em 1952, o que torna muito difícil, se não impossível, a obtenção de outros documentos.

O abrandamento c prestigiado pelo E. Conselho Superior da Magistratura, como se pode ver:

“Registro de imóveis – Carta de adjudicação – Promitente vendedor falecido – CPF/MF inexistente – Exigência afastada – Impossibilidade de cumprimento pela apresentante – Princípio da segurança jurídica – Princípio da razoabilidade – Dúvida improcedente – Recurso provido” (Ap 0039080-79.2011.8.26.0100, CSM, rel. Des. José Renato Nalini, 20.09.2012).

“(…) Assim, para não sacrificar a segurança jurídica e a publicidade, é de rigor flexibilizar, *in concreto*, a severidade do princípio da especialidade subjetiva, dispensado a informação sobre o número do CPF/MF de Henri Marie Octave Sannejouand, cujo número de inscrição do Registro Geral é, de mais a mais, conhecido e consta da matrícula do imóvel (RG ... – mod. 19 – f.), em sintonia com a carta de arrematação (f.). A especialidade subjetiva, se, na hipótese, valorada com excessivo rigor, levará, em desprestígio da razoabilidade, até porque a exigência não pode ser satisfeita pela interessada, ao enfraquecimento do princípio da segurança jurídica, o que é um contrassenso. Com a exigência, o que se perde, confrontado com o ganho, tem maior importância, de sorte a justificar a reforma da sentença: a garantia registaria é instrumento, não finalidade em si, preordenando-se a abrigar valores cuja consistência jurídica supera o formalismo (...)”.

Existe nos autos certidão de casamento e de óbito do falecido (f.), além do documento de identificação de f., apto a demonstrar sua identidade e afastar a possibilidade de homonímia. É o suficiente, ressaltando-se que, diante da época do falecimento da nacionalidade do falecido, outros documentos provavelmente não há.

Essa exigência, portanto, assim como aquela já afastada na sentença, pode ser superada.

Porém, não há como superar a necessidade do prévio registro do formal de partilha do pai da recorrente, tendo em vista o princípio da continuidade registrária. Os direitos oriundos do compromisso de compra e venda precisam ser transmitidos, na matrícula, para a mãe da recorrente. E isso se faz com o registro do formal de partilha do pai.

Apenas então será possível o registro da carta de adjudicação, oriunda do arrolamento da mãe, tudo a preservar a necessária continuidade.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, nego provimento ao recurso.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator.

TJSP – *Ap 0025431-76.2013.8.26.0100* – Conselho Superior de Magistratura – j. 18.03.2014 – v.u. – rel. Des. Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compromisso de compra e venda – Recusa do Oficial em efetuar o assentamento do instrumento particular – Admissibilidade – Apresentação de cópia autenticada e ausência de prenotação do título que prejudicam a dúvida, pois impedem o exame da autenticidade e colocam em risco a segurança jurídica do registro público – Prescindibilidade, ademais, da assinatura de duas testemunhas, em razão da aplicação da lei vigente – Inteligência do art. 211 do CC/2002 e art. 203, II, da Lei 6.015/1973.

Veja também Jurisprudência

- *RDI 39/365* (JRP\1996\10391) e *RDI 18/81* (JRP\1986\2449).

Veja também Doutrina

- Da compra e venda no registro imobiliário, de Ademar Fioranelli, *RDI 39/68, Doutrinas Essenciais de Direito Registral 3/589* (DTR\1996\615).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Ap 0025431-76.2013.8.26.0100*, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Antônio Pereira de Melo, é apelado 12.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “prejudicada a dúvida, não conheceram do recurso, com determinação, v.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Renato Nalini (presidente), Eros Piceli, Guerrieri Rezende, Artur Marques, Pinheiro Franco e Ricardo Anafe.

São Paulo, 18 de março de 2014 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 0025431-76.2013.8.26.0100.

Apelante: Antônio Pereira de Melo.

Apelado: 12.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Voto 33.997.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida prejudicada – Ausência da via original do título – Cópia autenticada que não supre a necessidade da apresentação da via original – Falta de prenotação – Exame em tese da exigência – Instrumento particular de compromisso de compra e venda sem o reconhecimento da firma de uma das testemunhas – Exigência prescindível diante do teor do art. 221 do CC/2002 – Precedente do Conselho Superior da Magistratura – Recurso não conhecido com determinação.

COMENTÁRIO

**REGISTRO DE IMÓVEIS: INSTRUMENTOS PARTICULARES
NÃO MAIS NECESSITAM DE SUBSCRIÇÃO POR TESTEMUNHAS**

Trata-se de apelação cível objetivando a reforma da r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que manteve a recusa do Oficial Registrador ao registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda, onde os promitentes vendedores se comprometem a vender imóvel de sua propriedade ao apelante. Em razões recursais, o apelante alegou que a testemunha cujo reconhecimento de firma é exigido pelo Oficial Registrador é falecida, de modo que tal exigência não pode ser satisfeita, exceto pela via judicial.

Ao analisar o recurso, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, apontou, inicialmente, que a jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura paulista (CSM/SP) é pacífica no sentido de que a não apresentação da via original do título que se pretende registrar prejudica a dúvida, seja pela redação do art. 203, II, da Lei 6.015/1973, seja pela necessidade de se examinar a sua autenticidade. No caso dos autos, o relator constatou que consta apenas a cópia autenticada do instrumento particular de compromisso de compra e venda. Além disso, conforme destacado pela Procuradoria Geral da Justiça, o título não foi prenotado, o que também prejudica a dúvida, pois, sem a prenotação não há como saber se já houve o registro de outro título contraditório, de sorte que, eventual improcedência da dúvida, com a subsequente determinação de registro do título colocaria em risco a segurança jurídica da qual o Registro de Imóveis não pode prescindir. Contudo, o relator entendeu que a prejudicialidade da dúvida não impede o exame, em tese, da exigência formulada a fim de se orientar futura prenotação. Citando precedente, o relator entendeu que o CSM/SP, ao interpretar a redação do art. 221 do CC concluiu pela prescindibilidade de o instrumento particular estar assinado por duas testemunhas para poder ingressar no Registro de Imóveis, ainda que se considere as referências alusivas à subscrição por testemunhas previstas nos arts. 169, III e 221 da Lei 6.015/1973. O relator prosseguiu afirmando que não importa se o contrato foi firmado anteriormente ao Código Civil atual, uma vez que, o título se sujeita aos requisitos da lei vigente ao tempo de sua apresentação a registro (*tempus regit actum*). Assim, ainda que a dúvida não estivesse prejudicada, a hipótese seria de provimento ao recurso.

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, julgar prejudicada a dúvida, determinando ao MM. Juiz Corregedor Permanente que apure, em expediente próprio, os motivos da não prenotação do título em questão.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Trata-se de apelação interposta por Antônio Pereira de Melo, objetivando a reforma da r. decisão de f., que manteve a recusa do 12.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital relativa ao registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda por meio da qual Levi de Souza de Andrade e sua esposa Adelaide Venturoza de Lima de Andrade promete à venda ao apelante o imóvel descrito na matrícula n. 101.143.

Alega, em suma, que a testemunha cujo reconhecimento de firma é exigido pelo Oficial de Registro de Imóveis é falecida, de modo que o óbice imposto pelo Oficial não tem como ser atendido, exceto pela via judicial.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso e, caso superada a preliminar, por seu provimento (f.).

É o relatório.

A jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura é pacífica no sentido de que a não apresentação da via original do título que se pretende registrar prejudica a dúvida, seja por conta do comando previsto no art. 203, II, da Lei 6.015/1973,¹ seja pela necessidade de se examinar a sua autenticidade:

“Este Conselho, já por inúmeras vezes decidiu que o título deve ser apresentado em seu original e não por cópias, ainda que autenticadas (ApCiv 2.177-0 4.258-0, 4.283-0, 12.439-0/6, 13.820-0/2, 16.680-0/4 e 17.542-0/2). Ora, sem a apresentação do título original, não admite a discussão do quanto mais se venha a deduzir nos autos, porque o registro, em hipótese alguma, poderá ser autorizado, nos termos do art. 203, II, da Lei 6.015/1973. Não é demasiado observar que, no tocante à exigência de autenticidade, o requisito da exibição imediata do original diz respeito ao direito obtido com a prenotação do título, direito que não enseja prazo reflexo de saneamento extrajudicial de deficiências da documentação apresentada. Por conseguinte, não há como apreciar o fundamento da recusa, face à questão prejudicial” (ApCiv 30728-0/7, rel. Des. Márcio Martins Bonilha).

No mesmo sentido, as ApCiv 2.177-0, 4.258-0, 4.283-0, 12.439-0/6, 13.820-0/2, 16.680-0/4 e 17.542-0/2.

No caso em exame, consta dos autos apenas a cópia autenticada do instrumento particular de compromisso de compra e venda por meio da qual Levi de Souza de Andrade e sua esposa Adelaide Venturoza de Lima de Andrade promete à venda ao apelante o imóvel descrito na matrícula n. 101.143 (f.).

Além disso, como bem destacou a Procuradoria Geral de Justiça, o título não foi prenotado, o que também prejudica a dúvida porque, sem a prenotação, não há como saber se já houve o registro de outro título – contraditório ao ora apresentado – de sorte que eventual improcedência da dúvida, com a subsequente determinação de registro do título, colocaria em risco a segurança jurídica da qual os registros públicos não podem prescindir.

A prenotação, mesmo na dúvida inversa, é de rigor como determina o item 30.1, do Capítulo XX, das Normas de Serviço:

1. “Art. 203. Transitada em julgado a decisão da dúvida, proceder-se-á do seguinte modo:
(...)

II – se for julgada improcedente, o interessado apresentará, de novo, os seus documentos, com o respectivo mandado, ou certidão da sentença, que ficarão arquivados, para que, desde logo, se proceda ao registro, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do Protocolo.”

“Ocorrendo suscitação diretamente pelo interessado (dúvida inversa), assim que o oficial a receber do Juízo para informações, deverá prenotar o título, e observar, o disposto nas letras *b* e *c* do item 30”.

No caso em exame, não há qualquer notícia de que o Oficial tenha cumprido o item 30.1 acima, fato que deverá ser apurado pelo MM. Juiz Corregedor Permanente em expediente próprio.

A prejudicialidade da dúvida não obsta o exame – em tese – da exigência formulada a fim de orientar futura prenotação.

Nos autos da ApCiv 0018645-08.2012.8.26.0114, este C. Conselho Superior da Magistratura, ao interpretar a redação do art. 221 do CC/2002, conclui pela prescindibilidade de o instrumento particular estar assinado por duas testemunhas para poder ingressar no registro de imóveis:

“Apesar das referências alusivas à subscrição por testemunhas, tanto no inc. III do art. 169 como no inc. II do art. 221, da Lei 6.015/1973, a exigência não mais se justifica, em razão do texto do art. 221, *caput*, do CC/2002² que, em confronto com seu par no Código de 1916 (art. 135, *caput*),³ suprimiu a necessidade de duas testemunhas assinarem o instrumento contratual”.

Pouca importa que o contrato tenha sido firmado antes do atual Código Civil porque o título se sujeita aos requisitos da lei vigente ao tempo de sua apresentação a registro (*tempus regit actum*). Nesse sentido, as ApCiv 115-6/7, rel. José Mário Antonio Cardinale, 777-6/7, rel. Ruy Camilo, 530-6/0, rel. Gilberto Passos de Freitas, e, mais recentemente, 0004535-52.2011.8.26.0562, rel. José Renato Nalini.

Assim, não estivesse a dúvida prejudicada, a hipótese seria de provimento ao recurso, como bem frisou a Procuradoria Geral de Justiça.

Ante o exposto, prejudicada a dúvida, não conheço do recurso.

Determino ao MM. Juiz Corregedor Permanente que apure, em expediente próprio, os motivos pelos quais o 12.º Oficial de Registro de Imóveis não prenotou o título.

Com cópia deste acórdão, forme a Dicoge expediente de acompanhamento, solicitando informações ao MM. Juiz Corregedor Permanente em 15 dias.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator.

-
2. “Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.”
 3. “Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, *sendo subscrito por duas testemunhas*, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no registro público.” (grifei)

TJSP – Ap 0027161-25.2013.8.26.0100 – Conselho Superior de Magistratura – j. 14.05.2014 – v.u. – rel. Des. Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de registro de contrato de locação com cláusula de vigência, na hipótese de alienação do bem, em razão da indisponibilidade da metade ideal do imóvel – Inadmissibilidade – Averbação que não impede o exercício dos demais direitos inerentes à propriedade, pois apenas alcança terceiros, visando unicamente expandir a eficácia subjetiva da cláusula amparada no princípio da função social do contrato – Assentamento do título que se impõe.

Veja também Jurisprudência

- RT 838/235 (JRP\2005\1349), RT 835/146 (JRP\2005\875) e RT 769/183 (JRP\1999\1867).

Veja também Doutrina

- A averbação e o registro dos contratos de locação no registro de imóveis: repercussões legais, de Carlos Alberto Tworkowski, *RDI* 62/15, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/271 (DTR\2007\87);
- A locação de imóveis e o sistema registrário, de Kioitsi Chicuta, *RDI* 37/27, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/675 (DTR\2012\450504); e
- A suscitação de dúvida no registro de imóveis, de Phelipe de Monclayr Polete Calazans Salim – *RDI* 76/117 (DTR\2014\1696).

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0027161-25.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Curi Alimentação, Editoração e Divulgação Ltda. (representada pelo sócio Rubens Tufik Curi Filho), é apelado 1.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: “deram provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida inversa suscitada e determinar o registro do título, v.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Renato Nalini (presidente), Eros Piceli (vice presidente), Guerrieri Rezende (decano), Artur Marques, Pinheiro Franco e Ricardo Anafe.

São Paulo, 14 de maio de 2014 – ELLIOT AKEL, relator.

ApCiv 0027161-25.2013.8.26.0100.

Apelante: Curi Alimentação, Editoração e Divulgação Ltda.

Apelado: 1.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Voto 34.011.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida inversa – Contrato de locação com cláusula de vigência na hipótese de alienação do bem – Recusa do registro em razão da indisponibilidade e penhora do imóvel – Averbações que não inviabilizam a locação nem repercutem na validade da cláusula de vigência, que visa apenas a expandir sua eficácia e alcançar terceiros, amparada em expressa disposição legal – Título, formalmente em ordem, que observa o princípio da legalidade – Recurso provido para julgar improcedente a dúvida inversa e determinar o registro do título.

COMENTÁRIO

CONTRATO DE LOCAÇÃO: EXISTÊNCIA DE INDISPONIBILIDADE E DE PENHORA NÃO IMPEDE O REGISTRO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO COM CLÁUSULA DE VIGÊNCIA, NA HIPÓTESE DE ALIENAÇÃO DO BEM

Cuida-se de apelação cível interposta em face de r. sentença proferida pelo juízo *a quo* que, julgando procedente a dúvida inversa suscitada, manteve a recusa do registro de contrato de locação não residencial com cláusula de vigência na hipótese de alienação, tendo em vista a indisponibilidade da metade ideal de propriedade do locador. A apelante sustentou, nas razões recursais, que a parte ideal de propriedade da outra locadora não foi penhorada nem está indisponível e que, quando celebrou o contrato de locação, ainda não existia a averbação da penhora. Por sua vez, o Oficial Registrador recusou o ingresso do título, fundamentando, em síntese que a indisponibilidade esvazia temporariamente os direitos inerentes ao domínio, justificando a limitação de seu exercício e que a indisponibilidade judicial engloba a impenhorabilidade e a incomunicabilidade, tal como ocorre com a inalienabilidade voluntária. Sustentou, ainda, que o registro tem efeito constitutivo e gera obrigação com eficácia real, nos termos do art. 576 do CC, pelo qual a locação pode ser oposta ao adquirente da coisa locada e que por força do contrato assinado, o locador perde a posse direta do imóvel, inviabilizando o exercício das atribuições de fiel depositário do juízo da execução em razão da penhora do bem.

Ao analisar o recurso interposto, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, apontou que a sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente está amparada em precedentes do próprio Conselho Superior da Magistratura paulista. Contudo, o entendimento em qual se ampara o juízo *a quo* já se encontra modificado, considerando que a indisponibilidade não inviabiliza a locação do imóvel e não repercute na validade da cláusula de vigência, motivos pelos quais não existe razão para impedir o registro, na medida em que tal ato visa unicamente a expandir a eficácia subjetiva desta cláusula amparada no princípio da função social do contrato. Ademais, entendeu que o ato de dispor da coisa deve ter interpretação restrita, vedado por força da indisponibilidade, pelo que não vai além da impossibilidade de alienação voluntária da coisa, não impedindo a locação do bem, tampouco invalidando cláusula contratual que tem por base expressa disposição na lei especial que disciplina a matéria e que autoriza o registro a fim de possibilitar que gere efeitos, conforme art. 8.º da Lei 8.245/1991. O relator ainda afirmou que "o título apresentado para registro observa o princípio da legalidade. A questão acerca de possível repercussão do ato perante o juízo da execução que penhorou o bem e nomeou o devedor executado fiel depositário, e considerações acerca das peculiaridades do contrato de locação apresentado, extrapolam o exame dos aspectos formais do título e não deve obstar o seu ingresso no fôlio real".

Pelo exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, dar provimento ao recurso, determinando o registro do título e entendendo que a existência de indisponibilidade e de penhora sobre o imóvel não impede o registro do contrato de locação com cláusula de vigência, na hipótese de alienação do bem.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor do 1.º Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que julgou procedente a dúvida inversa suscitada e manteve a recusa do registro do contrato de locação não residencial com cláusula de vigência na hipótese de alienação, referente ao imóvel matriculado sob n. 50.541, em razão da indisponibilidade da metade ideal de propriedade do locador Rubens Tufik Curi, averbada sob n. 8.

A apelante afirma que a parte ideal de propriedade da locadora Ruth não está indisponível nem foi penhorada e que solicitou o registro do contrato devido ao grande investimento realizado com a reforma do imóvel. Diz que quando celebrou o contrato em 01.02.2011 não havia averbação da penhora.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A recusa do Oficial de registrar o contrato de locação com cláusula de vigência na hipótese de alienação do bem, celebrado entre a recorrente e os titulares do domínio do imóvel, está baseada nos seguintes fundamentos: (a) a indisponibilidade esvazia temporariamente os direitos inerentes ao domínio, o que justifica a limitação de seu exercício; (b) a indisponibilidade judicial engloba a impenhorabilidade e a incomunicabilidade, assim como ocorre com a inalienabilidade voluntária; (c) o registro tem efeito constitutivo e gera obrigação com eficácia real, nos termos do art. 576 do CC/2002, pelo qual a locação pode ser oposta ao adquirente da coisa locada; (d) por força do contrato assinado, o locador perde a posse direta do imóvel, o que inviabiliza o exercício das atribuições de fiel depositário do juízo da execução em razão da penhora do bem.

A sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente está amparada em precedentes deste Conselho Superior da Magistratura no sentido de que, em razão da indisponibilidade, o registro da cláusula extrapola o plano do direito das obrigações e atinge o plano do direito real, na medida em que pode ser oposta a um eventual novo adquirente do imóvel e frustra, ao menos de modo potencial, faculdades contidas no domínio.

Ocorre que tal entendimento foi recentemente modificado, sob o fundamento de que a indisponibilidade não inviabiliza a locação do imóvel e não repercute na validade da cláusula de vigência, pelo que não há razão para impedir o registro, na medida em que tal ato visa unicamente a expandir a eficácia subjetiva desta cláusula amparada no princípio da função social do contrato.

Assim foi decidido na ApCiv 0018645-08.2012.8.26.0114, que teve como relator o então Corregedor Geral da Justiça, Des. José Renato Nalini que, ao tratar de caso semelhante assim dispôs:

“O resultado associado a publicidade registral com atribuição de *eficácia real* a obrigações comuns, de poderes diretos sobre os imóveis locados e, particularmente, de direitos reais de gozo e aquisição ao locatário, não é de ser indistintamente vedado em

função da indisponibilidade legal, especialmente porque não implica voluntário deslocamento patrimonial subjetivo.

Com mais razão se considerado que não impede, em outra execução, nova penhora sobre o bem indisponível, de acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, que, iterativamente, tem afirmado: a indisponibilidade versada no § 1.º do art. 53 da Lei 8.212/1991 apenas impossibilita a alienação do bem penhorado pelo devedor-executado.¹

Os recentes precedentes deste Conselho Superior da Magistratura que, na esteira do entendimento do STJ, acentuaram que a indisponibilidade focalizada não frustra a arrematação judicial nem o registro da carta que lhe corresponda também conduzem à inscrição objetada.²

Sob a influência da visão de contrato como fato social, instituto jurídico funcionalizado, e a inspiração de novos paradigmas jurisprudenciais, impõe, portanto, rever a orientação deste Conselho expressa no acórdão proferido nos autos da ApCiv 100.237-0/0, rel. Des. Luiz Tâmara, j. 04.09.2003, quando admitida a incompatibilidade entre a indisponibilidade do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991, e o registro de contrato de locação com cláusula de vigência”.

De efeito, o ato de dispor da coisa, vedado por força da indisponibilidade existente, deve ter interpretação restrita, pelo que não vai além da impossibilidade de alienação da coisa, e mesmo assim da alienação voluntária, nos termos do precedente acima mencionado, de modo que não tem o condão de impedir o exercício dos demais direitos inerentes à propriedade – de uso, gozo e fruição – e, conseqüentemente, não impede a locação do bem, nem tampouco tem o condão de invalidar cláusula contratual que tem por base expressa disposição na lei especial que disciplina a matéria e que autoriza o registro a fim de possibilitar que gere efeitos (art. 8.º da Lei 8.245/1991).

Consoante lições de Afrânio de Carvalho, o Oficial tem o dever de proceder o exame da legalidade do título e apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e sua formalização instrumental (*Registro de Imóveis*, Ed. Forense, 4. ed.).

O título apresentado para registro observa o princípio da legalidade. A questão acerca de possível repercussão do ato perante o juízo da execução que penhorou o bem e

1. REsp 512.398/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 17.02.2004; REsp 615.678/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.08.2005; REsp 769.121/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 08.11.2005; AgRg no REsp 882.016/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 20.03.2007; REsp 1.269.474/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2011.
2. ApCiv 0007969-54.2010.8.26.0604, 0018382-04.2011.8.26.0019 e 0000001-78.2011.8.26.0493, todos relatados por mim, julgados, o primeiro, no dia 10.05.2012 e, os dois últimos, em 13.12.2012.

nomeou o devedor executado fiel depositário, e considerações acerca das peculiaridades do contrato de locação apresentado, extrapolam o exame dos aspectos formais do título e não deve obstar o seu ingresso no fôlio real.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida inversa suscitada e determinar o registro do título.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça e relator.

The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping circles and thin, intersecting lines, creating a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page.

Índice Alfabético– Remissivo

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Abertura de matrícula – Vide: Estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento (O).

Averbação imobiliária – Vide: Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário.

B

Bem de família – Vide: Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional.

Bens expropriados – Vide: Direito de retrocessão como garantia do particular nas desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira (O).

Bens públicos – Vide: Legalidade dos loteamentos fechados (A).

C

Cadastro Ambiental Rural – Vide: Publicidade da Reserva Florestal Legal (A).

Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário, *Edson Ricardo Saleme e Edgar Luiz de Araújo* – p.

Cessão de direito – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Circunscrição imobiliária – Vide: Estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento (O).

Classificação do imóvel – Vide: Reserva Florestal Legal urbana.

Cláusula resolutiva – Vide: Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva.

Código Florestal – Vide: Publicidade da Reserva Florestal Legal (A).

Código Florestal de 2012 – Vide: Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Registro de Imóveis – Recusa do Oficial em efetuar o assentamento do instrumento particular – Apresentação de cópia autenticada e ausência de prenotação do título que prejudicam a dúvida, pois impedem o exame da autenticidade e colocam em risco a segurança jurídica do registro público (TJSP) – p.

Condomínio – Vide: Importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas (A).

Condomínio – Vide: Loteamento fechado.

Condomínio de lotes, *Antonio Rinaldo Filho* – p.

Condomínio edilício – Vide: Condomínio de lotes.

Contrato – Vide: Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva.

Crise imobiliária – Vide: Registro de direitos diante da crise imobiliária global (O).

D

DECADÊNCIA – Termo inicial – Ação declaratória de nulidade de doação – Início do prazo decadencial que coincide com a ciência do fato gerador do direito pleiteado – Lapso que só flui contra aqueles que tiverem conhecimento inequívoco do negócio jurídico celebrado (STJ) – p.

Desapropriação urbanística – Vide: Direito de retrocessão como garantia do particular nas

desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira (O).

Desbloqueio da Matrícula – Vide: Condomínio de lotes.

Direito à moradia – Vide: Loteamento fechado.

Direito à moradia – Vide: Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional.

Direito de propriedade – Vide: Registro de direitos diante da crise imobiliária global (O).

Direito de retrocessão – Vide: Direito de retrocessão como garantia do particular nas desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira (O).

Direito de retrocessão como garantia do particular nas desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira (O), *Jéverson Luís Bottega* – p.

Direito de reversão – Vide: Direito de retrocessão como garantia do particular nas desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira (O).

Direito registral imobiliário – Vide: Garantias reais no direito romano (As).

Direito romano – Vide: Garantias reais no direito romano (As).

Direitos reais de garantia – Vide: Garantias reais no direito romano (As).

Distrato – Vide: Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva.

DOAÇÃO – Regime de bens – Separação obrigatória – Cônjuge sexagenário que doa imóvel à sua esposa durante a constância do casamento sob o regime legal imposto • DOAÇÃO – Transação realizada pelo *de cuius* à sua consorte antes da celebração do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens – Concessão efetuada durante a constância de união estável que perdurou por oito anos (STJ) – p.

Documentos – Vide: Importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas (A).

E

Escritura – Vide: Importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas (A).

Estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento (O), *Sérgio Jacomino* – p.

Estatuto da Cidade, de José Manoel de Arruda Alvim e Everaldo Augusto Cambler (coordenadores), Resenha por *Everaldo Augusto Cambler* – p.

Expropriação urbanística – Vide: Direito de retrocessão como garantia do particular nas desapropriações urbanísticas – Experiências portuguesa e brasileira (O).

Extinção contratual – Vide: Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva.

Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva, *Rodrigo Pacheco Fernandes* – p.

F

Função social da propriedade – Vide: Importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas (A).

G

Garantias reais no direito romano (As), *Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior* – p.

H

Hipoteca – Vide: Garantias reais no direito romano (As).

I

Imóvel luxuoso – Vide: Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional.

Impenhorabilidade – Vide: Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional.

Importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas (A), *Júlia Cláudia Rodrigues da Cunha Mota* – p.

Instituição de condomínio – Vide: Importância da instituição de condomínio nas relações jurídicas privadas (A).

L

Legalidade dos loteamentos fechados (A), *Marinho Dembinski Kern* – p.

Lei do Parcelamento do Solo – Vide: Condomínio de lotes.

Livros de registro – Vide: Estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento (O).

Loteamento fechado, *Izaías Gomes Ferro Júnior* – p.

Loteamentos fechados – Vide: Legalidade dos loteamentos fechados (A).

M

Meação – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

P

Parcelamento do solo – Vide: Legalidade dos loteamentos fechados (A).

Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral, *Gabriel Fernando do Amaral* – p.

Penhor – Vide: Garantias reais no direito romano (As).

Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional, *Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thais Boia Marçal* – p.

Prática registral – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Princípio da continuidade – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Princípio da disponibilidade – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Princípio da prioridade – Vide: Prioridades registrales y medidas cautelares.

Princípio da proporcionalidade – Vide: Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional.

Princípios registrales – Vide: Prioridades registrales y medidas cautelares.

Prioridades registrales y medidas cautelares, *Carolina Vanesa Rosas* – p.

Publicidade – Vide: Prioridades registrales y medidas cautelares.

Publicidade da Reserva Florestal Legal (A), *Marcelo Augusto Santana de Melo* – p.

R

REGIME DE BENS – Doação – Separação obrigatória – Cônjuge sexagenário que doa imóvel à sua esposa durante a constância do casamento sob o regime legal imposto

- DOAÇÃO – Transação realizada pelo *de cuius* à sua consorte antes da celebração do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens – Concessão efetuada durante a constância de união estável que perdurou por oito anos (STJ) – p.

Registro de direitos diante da crise imobiliária global (O), *Frederico Henrique Viegas de Lima* – p.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Compromisso de compra e venda – Recusa do Oficial em efetuar o assentamento do instrumento particular – Apresentação de cópia autenticada e ausência de prenotação do título que prejudicam a dúvida, pois impedem o exame da autenticidade e colocam em risco a segurança jurídica do registro público (TJSP) – p.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de registro de contrato de locação com cláusula de vigência, na hipótese de alienação do bem, em razão da indisponibilidade da metade ideal do imóvel – Averbação que não impede o exercício dos demais direitos inerentes à propriedade, pois

apenas alcança terceiros, visando unicamente expandir a eficácia subjetiva da cláusula amparada no princípio da função social do contrato (TJSP) – p.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação oriunda de arrolamento de bens – *De cuius* que era viúva e deixou única herdeira – Adjudicação dos direitos sobre o imóvel que exige prévio registro do formal de partilha do pai pré-morto, em observância ao princípio da continuidade (TJSP) – p.

Registro de Imóveis – Vide: Extinção do contrato: distrato e cláusula resolutiva.

Registro de imóveis – Vide: Loteamento fechado.

Registro de Imóveis – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Registro de imóveis – Vide: Prioridades registrales y medidas cautelares.

Registro de Imóveis – Vide: Publicidade da Reserva Florestal Legal (A).

Registro do parcelamento do solo – Vide: Reserva Florestal Legal urbana.

Registro imobiliário – Vide: Estado agônico dos antigos livros de registro. Uma proposta de encerramento após o encerramento (O).

Registro imobiliário – Vide: Registro de direitos diante da crise imobiliária global (O).

Regularização fundiária – Vide: Loteamento fechado.

Reserva Florestal Legal – Vide: Publicidade da Reserva Florestal Legal (A).

Reserva Florestal Legal urbana, *Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho* – p.

Reserva Legal – Vide: Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário.

Reserva Legal – Vide: Reserva Florestal Legal urbana.

S

Saisine – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Sistema de Cadastro Ambiental Rural – Vide: Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário.

Sistema de Informações do Meio Ambiente – Vide: Cadastro Ambiental Rural x averbação no registro imobiliário.

Sistema registral argentino – Vide: Prioridades registrales y medidas cautelares.

T

TERMO INICIAL – Decadência – Ação declaratória de nulidade de doação – Início do prazo decadencial que coincide com a ciência do fato gerador do direito pleiteado – Lapsos que só flui contra aqueles que tiverem conhecimento inequívoco do negócio jurídico celebrado (STJ) – p.

Trato abreviado – Vide: Partilhas *per saltum*, cessões de direitos e a continuidade registral.

Z

Zona rural – Vide: Reserva Florestal Legal urbana.

Zona urbana – Vide: Reserva Florestal Legal urbana.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.
3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.

5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, *e-mail*, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação nesta revista, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.

13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinha-
do. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

