



THOMSON REUTERS

ProView

Para baixar sua revista eletrônica:

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

Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

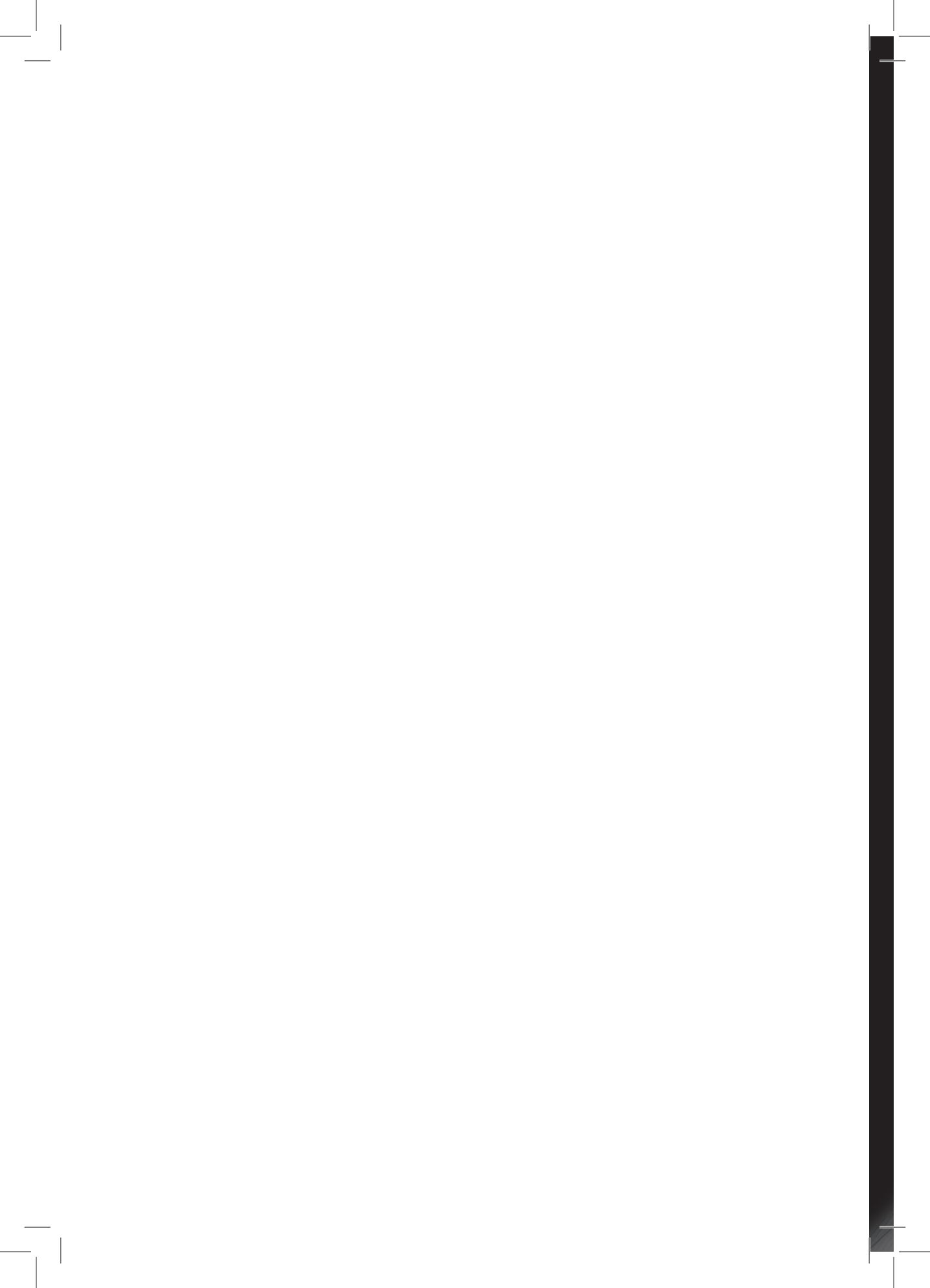
Abaixo o seu código de acesso:

A inteligência, a tecnologia e a expertise humana de que você precisa para encontrar respostas confiáveis.



the answer company™

THOMSON REUTERS®





REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 41 • vol. 85 • jul.-dez. / 2018

COORDENAÇÃO EDITORIAL

LEONARDO BRANDELLI

CONSELHO EDITORIAL

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

CONSELHO DE JURISPRUDÊNCIA

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

ISSN 1413-4543

REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO

Ano 41 • vol. 85 • jul.-dez. / 2018

Coordenação Editorial
LEONARDO BRANDELLI

Publicação Oficial do
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

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

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 41 • vol. 85 • jul.-dez. / 2018

Coordenação Editorial

LEONARDO BRANDELLI

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

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

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

Impressão e encadernação: Paym Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 02.514.013/0001-04



© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora responsável

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 8 h às 17 h)
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: [12-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [30.10.2018]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



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

Editorial – editorial@irib.org.br

FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Sérgio Jacomino (SP)
Vice-Presidente: Francisco Ventura de Toledo (SP)
Secretário-Geral: João Baptista Galhardo (SP)
2º Secretária: Ana Teresa Araújo Mello Fiúza (CE)
Tesoureiro-Geral: George Takeda (SP)
2º Tesoureiro: Michel Abílio Nagib Neme (PR)
Diretora Social: Naila de Rezende Khuri (SP)

CONSELHO DELIBERATIVO

Fabiana Faro de Souza Campos Teixeira (AC); Jackson Ivan Paula Torres (AL); Nino Jesus Aranha Nunes (AP); José Carlos de Oliveira (AM); Milton Barbosa da Silva (BA); Ana Carolina Pereira Cabral (CE); Manoel Aristides Sobrinho (DF); Kênia Mara Felipetto Malta Valadares (ES); Gustavo Faria Pereira (GO); Fábio Salomão Lemos (MA); Haroldo Canavarros Serra (MT); Marco Aurélio Ribeiro Rafael (MS); Marcos de Carvalho Balbino (MG); Daniel Marcante (PA); Walter Ulysses de Carvalho (PB); Francisco José Barbosa Nobre (PR); Alda Lucia Soares Paes de Souza (PE); Abmerval Gomes Dias (PI); Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ); Aldemir Vasconcelos de Souza Jr (RN); Kénnya Távora (RR); Cláudio Nunes Grecco (RS); Francisco Jacinto Oliveira Sobrinho (RO); Christian Beurlen (SC); Sérgio Abi-Sáber Rodrigues Pedrosa (SE); Izaías Gomes Ferro Jr. (SP); Marlene Fernandes Costa (TO).

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 41 • vol. 85 • jul.-dez. / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVIÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Bruno Capassi, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Maria Eduarda Silva Rocha, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier e Daniela Medeiros Gonçalves Melo

Estagiários: Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

Natureza da obrigação de indenização de construção em terreno alheio <i>Nature of the obligation of construction indemnification on someone else's property</i>	
CERES LINCK DOS SANTOS	15
Datação nas escrituras antigas <i>Old public deeds dating system</i>	
GEORGE TAKEDA	39
Condomínio de lotes: o novo regime jurídico da Lei 13.465/2017 <i>Lots condominium: the legal system of Law 13,465/2017</i>	
LUIZ AUGUSTO HADDAD FIGUEIREDO.....	47

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO IMOBILIÁRIO

A propriedade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 e sua importância para a integridade do ordenamento jurídico <i>The property as fundamental right in the Federal Constitution of 1988 and its importance for the legal order integrity</i>	
BIANCA CASTELLAR DE FARIA.....	87
O registro de imóveis e o direito à proteção dos dados pessoais <i>The land registry and the right to protection of personal data</i>	
CALEB MATHEUS RIBEIRO DE MIRANDA.....	103
Constituição Cidadã: a função social da propriedade e o registro imobiliário <i>"Constituição Cidadã" – Social function of property and land registry</i>	
EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA	127

A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988 <i>The autonomy of the delegates of the notary and land registry services in view of the fiscalization of the judiciary established by the Brazilian Federal Constitution of 1988</i>	
EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO	143
Reflexões práticas sobre a função social da propriedade sob a ótica material e processual <i>Practical reflections on the social function of property under the material and procedural optics</i>	
FABIO CALDAS DE ARAÚJO.....	167
A propriedade imobiliária nos 30 anos da Constituição Federal: os desejáveis novos rumos <i>Real property in the 30 years of the Brazilian Constitution: the desirable new directions</i>	
FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA.....	201
A função social da propriedade imobiliária e a Constituição Federal brasileira de 1988 <i>The social role of real property and the Brazilian Federal Constitution of 1988</i>	
GUSTAVO D'ACOL CARDOSO.....	265
A mais inteligente estratégia do constituinte de 1988 <i>The 1988's constituent more intelligent strategy</i>	
JOSÉ RENATO NALINI.....	285
Propriedade e desenvolvimento: análise pragmática da função social <i>Property and development: pragmatic analysis of its social function</i>	
LUCIANO BENETTI TIMM e RENATO VIEIRA CAOVILLA.....	301
Da propriedade privada imobiliária, seus contornos constitucionais e sua múltipla funcionalidade <i>Of the real estate private property, its constitutional contours and its multiple functionality</i>	
LUIZ EGON RICHTER	325

A inconstitucionalidade da exigência de CND para prática de atos notariais e de registro <i>The unconstitutional requirement of the debt clearance certificate (CND) for the practice of notarial and registration acts</i> LUIZA FONTOURA DA CUNHA BRANDELLI.....	347
Shopping center: crítica da essência e a liberdade de contratar enquanto concretação do princípio constitucional da livre-iniciativa <i>Shopping mall: criticism on the essence and the freedom to contract while concretion of the principle of private autonomy constitutional</i> MARCELO BARBARESCO	365
Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública <i>Notary and registration services: private management of a public function</i> RAFAEL MAFFINI	391
Função social da propriedade <i>Property's social function</i> RACHEL SZTAJN.....	405
Sobre a natureza jurídica da instituição registral <i>About the legal nature of the registration institution</i> RICARDO DIP	415

DOCTRINA INTERNACIONAL

A "boa-fé" do artigo 34 da Lei Hipotecária: uma revisão crítica da posição dominante na doutrina e na jurisprudência <i>The "goodwill" of article 34 of the Mortgage Law: a critical review of the dominant position in doctrine and jurisprudence</i> FERNANDO P. MÉNDEZ Traduzido por: LEONARDO BRANDELLI.....	423
Direitos reais sem realidade? Breves reflexões sobre a crise e a sustentabilidade da(s) teoria(s) realista(s) na teoria geral do direito das coisas <i>Real rights without reality? A brief reflection about the crisis and the problem of sustainability of the realist approach(es) in the real estate law</i> HONG CHENG LEONG.....	461
O registo predial e o cadastro territorial: complementaridade ou indiferença? <i>Land registry and cadastre: complementarity or indifference?</i> MADALENA TEIXEIRA.....	503

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – Registro na matrícula do imóvel – Inadmissibilidade – Inexistência do ponto de amarração nos documentos apresentados que não permite a precisa localização da área usucapienda – Averbação de construção e presença do titular do domínio como vendedor, todavia, que não representariam óbice ao apontamento – Impossibilidade de registro até a correta descrição da área que se impõe.

Comentário por AMANDA GIL: Usucapião Extrajudicial – Aplicabilidade Residual?..... 515

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Imóvel objeto de penhora em favor da União – Admissibilidade – Aquisição que se dá de forma originária que afasta os ônus que agravam o bem – Medida, ademais, que busca cumprir com a destinação social adequada da propriedade e induz a boa-fé do adquirente.

Comentário por GIOVANNA TRUFFI RINALDI: Reflexões sobre a aquisição originária da propriedade imóvel pela usucapião e seus efeitos nos ônus e restrições anteriores à sua declaração inscritos na matrícula do imóvel 525

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EXECUÇÃO FISCAL – Penhora – Imóvel que é objeto de ação de usucapião – Admissibilidade – Medida que visa resguardar direito potencial do exequente – Reversibilidade, ademais, que é garantida pela suspensão dos atos de alienação até trânsito em julgado.

Comentário por PEDRO HENRIQUE MARTINS BRAGATTO: A publicidade, a prioridade, a usucapião e o registro de imóveis..... 553

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

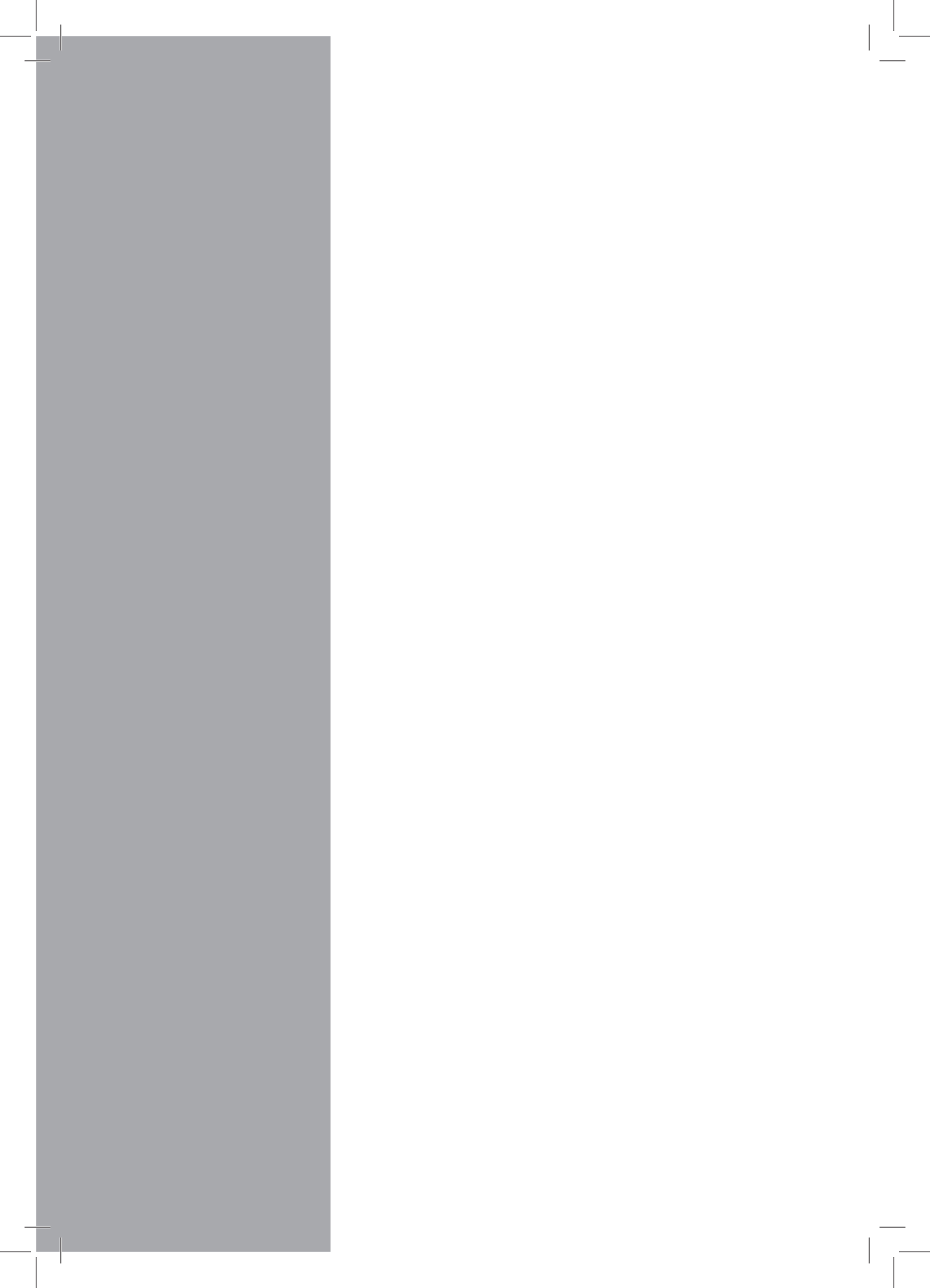
USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Bem imóvel – Prazo previsto em lei que é completado no curso da demanda – Admissibilidade – Transcurso do lapso temporal legal e presença dos demais requisitos que permitem a aquisição da propriedade.

Comentário por RODRIGO PACHECO FERNANDES: Usucapião: implemento dos requisitos e impugnações no curso do processo..... 563

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTURAL INÉDITA..... 589

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circular shapes. These circles are filled with a fine, grid-like pattern of thin lines, creating a complex, layered effect. The overall aesthetic is clean and modern.

Doutrina Nacional



NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE CONSTRUÇÃO EM TERRENO ALHEIO

NATURE OF THE OBLIGATION OF CONSTRUCTION INDEMNIFICATION ON SOMEONE ELSE'S PROPERTY

CERES LINCK DOS SANTOS

Mestre em direito pela PUC-SP. Especialista em direito imobiliário pela Unisinos-RS.
Membro da Associação Gaúcha de Direito Imobiliário Empresarial. Advogada.
ceres@piratini.adv.br

Data de recebimento: 21.11.2017

Data de aprovação: 22.02.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: A acessão erigida em terreno alheio proporciona um acréscimo patrimonial a proprietário. O presente artigo visa estudar o fundamento civil hábil para tutelar esta situação de origem não negocial. Para tanto, abordará a diferença de benfeitorias e acessões e analisará as regras civis atinentes a essa última, atento a recente julgado do Superior Tribunal de Justiça. Será examinado o instituto do enriquecimento sem causa e sua alocação dentro da classificação das obrigações no Código Civil. Concluir-se-á que o enriquecimento sem causa, paralelamente às obrigações negociais e de responsabilidade civil, constitui obrigação com função dinâmica, apta a solver diversos conflitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Acessão – Construção em terreno alheio – Classificação das obrigações – Critério funcional – Enriquecimento sem causa.

ABSTRACT: The accession erected in on someone else's property provides a patrimonial increase to the owner. The purpose of this article is to *study* the civil basis for protecting this non-negotiable situation. Therefore, it will address the difference of improvements and accessions and will analyze the civil rules concerning to the latest, focusing in a recent decision of the Superior Court of Justice. It will examine the institute of unjust enrichment and its allocation within the classification of obligations in the Civil Code. It will be concluded that unjust enrichment, in parallel with the obligations of negotiation and civil liability, is an obligation with a dynamic function, capable of solving various social conflicts.

KEYWORDS: Accession – Construction on someone else's property – Classification of obligations – Functional criterion – Unjust enrichment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A construção em terreno alheio. 3. O caso Mitra A. de Brasília do REsp 963.199/DF. 3.1. Valor da indenização e direito de retenção. 4. O enriquecimento sem causa como categoria das obrigações. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Mais do que nunca, é imprescindível prestarmos atenção às decisões judiciais, uma vez reconhecido o papel da jurisprudência enquanto nascente de normas jurídicas¹.

Há bom tempo, Carlos Maximiliano prelecionava que a jurisprudência é “a fonte mais geral e extensa de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais”².

Daí a necessidade de examinarmos com acuidade, a forma de tratamento de determinados institutos jurídicos, a fim de que possamos extrair diretrizes de conduta.

O Superior Tribunal de Justiça julgou interessante caso em 2016³, que não teve tanta divulgação entre os operadores, mas que, pela sua relevância e ocor-

1. Esta preocupação é tangenciada por Teresa Arruda Alvim (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e Lei 13.256/2016)*). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 120): “Então, na verdade, a circunstância de que a ideia de que a sentença decorreria automaticamente da lei tenha sido substituída por outra, a de que o juiz cria direito, não acabou com as discussões a respeito da relação existente entre a lei, de um lado, e a sentença, de outro. Ao contrário, pois agora a relação não é tão óbvia como era antigamente”.
2. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992. p. 179.
3. O Instituto Bíblico de Brasília contratou a empresa Free Way Engenharia e Construção Ltda., para a construção de um prédio de quatro pavimentos em terreno pertencente à Mitra Arquidiocesana de Brasília. As obras foram concluídas, porém restou pendente de pagamento uma dívida de mais de R\$ 165 mil. A construtora Free Way efetuou a notificação da proprietária do terreno, Mitra de Brasília, para pagamento, constituindo-a em mora. Diante disto, a Mitra, entendendo que não poderia ser responsabilizada pela falta de pagamento (pois não participara do contrato firmado com a construtora), ajuizou “ação declaratória de inexistência de relação jurídica e de inexigibilidade de crédito, com pedido de tutela antecipada”, em desfavor da construtora Free Way. Alegou ausência de contratação e ausência de solidariedade. O pedido de tutela inibitória consistia na abstenção da recorrida em quaisquer atos que importassem na cobrança do suposto crédito. A defesa da construtora Free Way tangenciou diversos pontos: que fazia parte do objeto social da Mitra a realização do Instituto Bíblico, que houve a cessão do terreno para a construção, que houve a emissão de cheques da Mitra para pagamento da obra e que o ordenamento jurídico proíbe e coíbe o enriquecimento ilícito. A ação foi julgada parcialmente procedente, para declarar a inexistência de vínculo contratual entre Mitra Arquidiocesana de Brasília e Free Way Engenharia e Construções Ltda.; contudo, improcedente o pedido de inexigibilidade da cobrança de débito relacionado ao contrato, pois considerou que há possibilidade jurídica de responsabilização subsidiária da Mitra. O TJDF confirmou a decisão e a 4ª Turma do STJ ratificou ao julgar o REsp 963.199/DF, trazendo alguns fundamentos que merecem atenção, pois trazem outra ótica.

rência reiterada, merece maior observância, justamente com o fito de balizar comportamentos.

A importância do papel do Superior Tribunal de Justiça é destacada por Arruda Alvim:

Quando os tribunais de cúpula decidem, enquanto “Cortes regulamentadoras da jurisprudência”, espera-se que fixem *princípios*, através de *ensinamentos*, quer enquanto confirmem decisões de tribunais inferiores, quer quando as não confirmem, censurando-as. A expectativa é sempre pela *emergência de decisões paradigmáticas*⁴.

E nesse passo, é preciso que estudemos⁵ os institutos jurídicos, a fim de dissecá-los e realizarmos seus verdadeiros escopos, de solução dos problemas.

O caso julgado no REsp 963.199/DF chamou-nos a atenção para a necessidade de estudo de uma situação problemática deveras corriqueira no direito imobiliário. O de construção em terreno alheio. Trata-se de situação que ocorre em diversas classes sociais, sobretudo, nas demais parcas condições financeiras.

Este fato “construção em terreno alheio” pode ensejar problemas sob diferentes feixes de relações, *verbi gratia*, do dono da obra que constrói em terreno alheio (relação dono da obra x proprietário do terreno), do proprietário do terreno que permite que um construtor preste serviço em sua propriedade (relação proprietário do terreno x construtor), do dono da obra que encomendou o serviço do construtor (relação dono da obra x construtor) etc.

Poder-se-á ter outros agentes participantes; contudo, por ora, focamos nessas situações anteriormente identificadas.

2. A CONSTRUÇÃO EM TERRENO ALHEIO

O art. 1.253 do Código Civil traz uma presunção: “Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário”.

4. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e as suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 29.

5. Diz Teresa Arruda Alvim: “A dogmática contemporânea tende a passar a incorporar elementos que permitam justamente a operativização de um sistema positivo, uma vez que o instrumental clássico com que vinha trabalhando, que praticamente se limitava a um conjunto de instrumentos de cunho lógico, se tem mostrado insuficiente para resolver muitos problemas atuais” (Op. cit., p. 49).

A regra corporifica na situação imobiliária a máxima⁶ de que o acessório segue o principal.

Trata-se de presunção relativa, evidentemente, diante do disposto na parte final do enunciado. A possibilidade de prova de realização da construção por terceiro infirma a ocorrência de uma situação distinta da preconizada na primeira parte da regra.

A regra trata, *a priori*, das acessões, cumprindo lembrar que o art. 1.248 do Código Civil, ao preceituar as formas de aquisição por acessão, elenca no inciso V as plantações ou construções⁷.

Para Maria Helena Diniz, a acessão caracteriza, necessariamente, uma alteração quantitativa ou qualitativa da coisa⁸. O enfoque da jurista é a mudança na substância e na destinação da coisa.

Exemplifica Marco Aurélio Bezerra de Melo:

Benfeitorias são melhoramentos realizados na coisa com o objetivo de conservá-la (benfeitoria necessária), aumentar a utilidade (benfeitoria útil) ou torná-la mais aprazível, bela ou agradável (benfeitoria voluptuária). As acessões artificiais são obras realizadas com o objetivo de criar coisa nova (construções ou plantações), embora se incorporem ao bem principal e possuam natureza acessória. Como exemplo da primeira temos, respectivamente, o reparo na infiltração no teto de uma casa, o aumento da vaga de garagem para comportar dois carros e a colocação de uma piscina de fibra de vidro no terreno. Como exemplo de acessão artificial temos a construção de uma pequena casa ao lado da casa principal para acomodar uma filha que vai se casar ou o plantio de determinada cultura.⁹

6. Referem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias como princípio da gravitação, apontando o art. 233 do Código Civil, *in verbis*: “A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso” (*Curso de direito civil*. Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5. p. 414).
7. Seção III – Da Aquisição por Acessão – Art. 1.248. A acessão pode dar-se: I – por formação de ilhas; II – por aluvião; III – por avulsão; IV – por abandono de álveo; V – por plantações ou construções.
8. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 872: “Acessão dos imóveis. A acessão é o direito em razão do qual o proprietário de um bem passa a adquirir o domínio de tudo aquilo que a ele se adere. Orlando Gomes, baseado em Barassi, entende que a acessão é uma alteração quantitativa ou qualitativa da coisa, ou melhor, é o aumento do volume ou do valor do objeto da propriedade devido a forças externas”.
9. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2003. v. V (arts. 1.196 a 1.510). p. 81-82. Vide também

A acessão, bem lembram Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, entra no mundo jurídico pelo simples fato do exercício da conduta daquele que edifica ou planta em terreno alheio, independentemente da avaliação da vontade de o agente ter ou não uma vontade correspondente¹⁰.

É interessante abordar a questão da (des)necessidade do aspecto volitivo, porque muitos operadores do direito estão acostumados ver e solucionar os conflitos na perspectiva única da vontade, enquanto elemento desencadeador das obrigações. Olvidam que houve uma mudança no ordenamento jurídico para valorar a *manifestação* da vontade.

O movimento pandectista diferenciou *Erklärungswille* de *Geschäftswille*: *vontade de declarar x vontade de conteúdo/negócio*. Essa diferença pauta-se na questão psicológica: uma vontade é a de declarar o ato de fazer e outra, de querer o objeto do negócio. Assim, a primeira é a denominada “teoria da declaração” e a segunda, “teoria da vontade”¹¹.

Prevalencia a segunda (“concepção voluntarista” do negócio), ou seja, a *vontade* da pessoa é que dava ensejo ao negócio jurídico. Mas o Código Civil de 2002 buscou entoar a *declaração* de vontade como elemento vinculativo do negócio jurídico, conforme art. 112 do Código Civil¹².

Contudo, além dos negócios jurídicos, o ordenamento jurídico brasileiro concebeu os atos jurídicos em sentido estrito, como atos que apresentam uma consequência jurídica, independentemente da manifestação de vontade de produção de efeitos pelas partes.

Atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos compõem a categoria dos atos jurídicos em sentido amplo, seguindo a classificação do direito alemão.

Esclarece Maria Helena Diniz¹³:

Os atos jurídicos em sentido estrito geram consequências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas, não havendo, como ocorre nos negócios

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Benfeitoria não se confunde com acessão. *Revista dos Tribunais*, v. 692, p. 201-202, jun. 1993.

10. *Curso de direito civil*. Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5. p. 412.

11. Vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

12. Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

13. Op. cit., p. 206.

jurídicos, regulamentação da autonomia privada, que cria norma para regular interesses das partes (*p. ex.*: contratos, adoção, testamento etc.). Podem ser: *a) atos materiais*, consistentes numa atuação da vontade que lhes dá existência imediata, visto não se destinarem ao conhecimento de determinada pessoa, não tendo, portanto, destinatário. Por exemplo: a ocupação, a derrelição, a fixação e transferência de domicílio, o achado de tesouro, a comissão, a confusão, a adjunção, a especificação, a acessão, o pagamento indevido, etc.; *b) participações*, que são declarações para ciência ou comunicação de intenções ou de fatos, tendo, portanto, por escopo produzir *in mente alterius* um evento psíquico. Têm destinatário, pois a pessoa pratica o ato para dar conhecimento a outrem de que tem certo propósito ou que ocorreu determinado fato. Por exemplo: intimação, interpelação, notificação, oposição, aviso, confissão etc.

Entre os atos jurídicos em sentido estrito que produzem efeitos jurídicos está a *acessão*, reconhecimento este importante, pois no caso de construção em terreno alheio, advirão consequências no mundo jurídico independentemente da expressão de vontade das partes que contribuíram para esta situação.

Não se está a sustentar o afastamento da perquirição da boa-fé, ignorância ou má-fé, mas o norte inicial está no reconhecimento de que este ato jurídico *stricto sensu* é reconhecido pela sociedade como um ato que tem reflexos jurídicos. Os elementos subjetivos anteriormente citados serão balizas das *sanções*¹⁴.

Da dicção dos arts. 1.254 a 1.259, encontramos como suporte fático o ato jurídico da acessão em determinada condição que, dependendo do elemento vocacional “boa-fé” ou a “má-fé” atribui uma respectiva sanção ao conflito exurgido entre o dono da construção e o proprietário do terreno.

O art. 1.254 do CC versa a situação de construção em terreno próprio com materiais alheios. Essa hipótese tem como consequência jurídica a aquisição da construção pelo proprietário do terreno e o ressarcimento dos materiais ao respectivo dono. Em outras palavras, o proprietário do terreno utiliza o material de outrem e o emprega em sua propriedade, ignorando que eles pertenciam a terceiro.

14. Vide Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 29: “Finalmente, o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queira exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, a característica comum a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica”.

No entanto, se ele, proprietário do terreno, tinha consciência e agiu de má-fé, pagará, além do ressarcimento, perdas e danos ao dono dos materiais. Apesar de a parte final do art. 1.254 do CC falar apenas em perdas e danos, obviamente, há a possibilidade de outras espécies de danos materiais: a percepção de lucros cessantes¹⁵.

Outra situação tutelada pelo Código Civil é a de construção com materiais próprios em terreno alheio, que é o foco proposto deste estudo. Apesar de a hipótese ser distinta, o art. 1.255 prevê a mesma consequência da anterior (aquisição pelo proprietário do terreno e ressarcimento), *desde que* o dono da construção tenha obrado de *boa-fé*.

Dizem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias¹⁶:

Normalmente, a boa-fé de quem plantou ou edificou será afirmada pela demonstração do justo título. Ou seja: somente quando o consumidor tiver efetuado com construções em plantações com um escusável desconhecimento das vezes da posse – com base em ato jurídico aparentemente a legitimar a ocupação – poderá pleitear indenização pela perda da coisa em favor do verdadeiro proprietário, evitando o locupletamento ilícito.

Mas o parágrafo único do art. 1.255 do CC traz uma exceção interessante:

Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Essa situação aproxima-se da solução dada pelo art. 1.258 do CC a outra hipótese: Quando o proprietário do terreno invade o solo do vizinho e nele constrói, invadindo *até* 1/20 da área lindeira, desde que tenha obrado de boa-fé¹⁷.

Obrar de boa-fé, nessa situação, significa desconhecer com precisão as divisas das áreas e crer que está construindo legitimado em seu direito, pois, caso soubesse estar edificando em solo alheio, caracterizada estaria a má-fé.

15. Neste sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5. p. 415.

16. Idem.

17. Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

A solução ordinária que o ordenamento jurídico daria seria a demolição da obra no trecho invadido, como preconiza Silvio da Salvo Venosa¹⁸:

A regra geral é a demolição. Manter-se-á a construção, por exceção, com pagamento substitutivo de indenização somente quando a demolição se mostrar mais gravosa ou prejudicial sob o prisma social, no caso concreto. As perdas e danos, que sempre devem ser comprovadas, são decorrência da transgressão da norma de vizinhança e do direito de construir.

Não são raros os casos em que ocorrem equívocos na demarcação das divisas ocorrendo a alocação de construções sobre a área pertencente à lindeiro.

Possivelmente, o dono da obra poderia ter a declaração de aquisição por usucapião, se preenchidos os pressupostos. Contudo, não sendo viável, ainda assim, a demolição pode ser elidida pela indenização ao titular da área. É o que Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias denominam de “desapropriação no interesse privado”¹⁹.

A denominação desde logo causa certa aversão a muitos operadores do direito imobiliário. Mesmo que a evitemos, o importante é destacar que esse ato típico indenizatório busca evitar o transtorno da destruição e valorar a função social da propriedade, ainda que entre privados. Afinal, toda norma jurídica visa *fins sociais* e atende *exigências do bem comum*²⁰, independentemente de quem sejam os sujeitos de direito.

Na prática, se não houve embargo da obra durante a construção ou a utilização de qualquer outra tutela inibitória, *a priori*, não houve, por parte do titular, o devido cuidado de sua propriedade e o exercício da efetiva utilização e fruição, enquanto faculdades inerentes ao domínio.

Conseqüentemente, a demolição da construção, já pronta e acabada, gera efeitos nocivos. Em um sopeso da utilidade dada pelo dono do terreno e o lindeiro que, inadvertidamente, erigiu sobre o terreno do vizinho, o Direito valorou a atividade do dono da obra.

Por vezes, frise-se, a demolição poderia acarretar prejuízos enormes não só à parte, mas à comunidade, pela redução do número de empregos, recolhimento de impostos etc.

18. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1181.

19. *Curso de direito civil*. Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5. p. 418.

20. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 416.

Dita possibilidade jurídica de aquisição e indenização insere-se como efetivação da função econômica e social da propriedade imóvel.

A jurisprudência, antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, que introduziu o parágrafo único do art. 1.255 e os arts. 1.258 e 1259 ao ordenamento civil, já entendia que demolição se converte em perdas e danos, quando social e economicamente prejudiciais o ato demolitório²¹. Os julgados mostram ser perfeitamente admissível *substituir* a pretensa demolição da obra que invadiu o terreno limítrofe por indenização da faixa usurpada, correspondente ao valor desta.

O cunho social é tão forte que aquisição e indenização teriam cabimento inclusive se o construtor tivesse obrado de má-fé, se, no conjunto das relações versadas no imbróglio, *houvesse a necessidade de proteger partícipe de boa-fé*. Veja-se o teor do Enunciado 318 do Conselho da Justiça Federal: “O direito à aquisição da propriedade do solo em favor do construtor de má-fé (art. 1.258, parágrafo único) somente é viável quando, além dos requisitos explícitos previstos em lei, houver necessidade de proteger terceiros de boa-fé”.

A hipótese normativa do art. 1.259 do CC vai mais longe da versada no art. 1.258: permite a aquisição quando a área invadida *superar* 1/20 do imóvel lindeiro. Institui que, nesse caso, o construtor deverá, necessariamente, obrar de boa-fé e deverá indenizar, além da área invadida-adquirida, o equivalente à desvalorização da área remanescente. Se obrar de má-fé, não há que se falar em aquisição e as consequências são outras: demolição e indenização por perdas e danos, apurados em dobro, como penalidade.

Essa consequência jurídica – da não indenização – ocorre também no caso de construção realizada com má-fé, cujo valor exceda consideravelmente o valor do terreno (art. 1.255, parágrafo único, do CC), pois não pode o Direito convalidar a intenção malévola do terceiro, como uma “aquisição forçada” entre particulares.

Outra situação conflituosa decorrente da construção em terreno alheio é quando ambos – construtor e proprietário – comportam-se com má-fé. O art. 1.256 do Código Civil tutela essa hipótese, trazendo como consequente a aquisição pelo proprietário do terreno e a indenização do dono da construção. A solução é a mesma vista anteriormente.

21. “Reintegração de posse. Demolição. Indenização. Pedido do réu. 1. A inexistência de pedido expresso do réu não impede ao juiz de deferir indenização, em lugar da demolição do prédio. 2. A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição. Voto vencido. Recurso conhecido e provido” (REsp 77712/MG, rel. Min. Barros Monteiro, rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 18.03.1997, DJ 19.12.1997. p. 67505).

A peculiaridade fica por conta da presunção aferida pelo parágrafo único²² ao proprietário do terreno, quando a construção tiver ocorrido em sua presença e sem a sua impugnação. Há quem sustente que o construtor deveria provar a presença do proprietário no serviço e a ausência de oposição²³. Contudo, entendemos que estes dois aspectos fáticos se façam necessário quando não haja prova de exercício da posse da área pelo proprietário do terreno (o que difere da presença circunstancial e a ausência de oposição). Havendo, a presunção dispensa esse substrato mínimo probatório. Isso porque a prova mínima de exercício da posse indica que ele tinha o dever e o poder de conhecer o momento da realização da construção.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, ao aludirem o direito esculpido no art. 1.256 do CC, fazem interessante digressão acerca, exemplificando ao final²⁴:

Quer dizer, a má-fé bilateral será encarada nos efeitos como se fosse a boa-fé de quem realizou a acessão, eis que nada poderá o proprietário dele reclamar, por ter anuído ao seu comportamento, já que não impugnou judicialmente ou extrajudicialmente a realização das obras não obstante ciente delas e, eventualmente, presente no local dos fatos. É o típico comportamento de quem “paga pra ver”, apostando em adquirir para si a acessão quando de seu término.

O proprietário pagará o valor atual da acessão e não cogitará de reclamar indenização. Regra semelhante se encontra no art. 150 do Código Civil, na configuração do dolo bilateral: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio ou reclamar indenização”.

Com certa frequência, tal hipótese se verifica. Basta supor que, após o matrimônio, o casal A e B delibere por edificar no fundo do terreno de C, pai de A. Se, tempos depois, o casal vier a separar-se, a B não será deferida a propriedade do imóvel, pois este pertencerá a seu sogro C, titular do solo. Todavia, B poderá pleitear indenização calculada sobre 50% do valor da acessão, uma vez que o proprietário C obrou de má-fé, ao permitir as obras realizadas pelo casal em seu terreno.

De fato, a ocorrência é comum. Contudo, não acreditamos que possamos enquadrar esse caso no suporte fático do art. 1.256 do CC, pois a regra contempla

22. “Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua”.

23. Neste sentido, Carvalho Santos *apud* Francisco Eduardo Loureiro. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. (Coord.) Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2016. p. 1188.

24. Op. cit., p. 417-418.

o comportamento doloso de ambas as partes. No citado caso, o casal constrói no terreno do parente, comportando-se de boa-fé, pois o faz mediante permissão do proprietário do terreno. Há um comodato ou, por vezes, uma promessa de doação, que lhes incita a realização da construção.

O art. 1.257 do CC²⁵ amplia a aplicação da solução do art. 1.256, tutelando três agentes na situação emblemática: o proprietário do terreno, o dono do material e o efetivo construtor. A regra civil estabelece o direito de o dono do material pedir a indenização ao proprietário do terreno, quando não puder havê-la do terceiro que construiu a acessão.

3. O CASO MITRA A. DE BRASÍLIA DO RESP 963.199/DF

No caso julgado pela 4ª Turma do STJ, o voto condutor entendeu que o objeto da lide não era o negócio jurídico (contrato de prestação de serviço) propriamente dito, mas os efeitos decorrentes da construção do imóvel, que se protraíram no tempo.

Entendeu que a construção aderiu ao imóvel, valorizando-o, permitindo que a proprietária do terreno fosse chamada, em último caso, a arcar com seus custos.

O suporte fático extraído do julgado é o seguinte: se o dono da obra (terceiro possuidor do imóvel) cai em inadimplência no custeio da construção, o dono do terreno responde subsidiariamente.

Impende analisarmos quais os embasamentos legais utilizados no julgado do qual se extrai tal hipótese normativa. O fundamento inicial utilizado pelo TJDF e ratificado pelo STJ foi o constitucional e o civil:

Na ausência de previsão legal expressa, cabe ao Julgador aplicar o direito da melhor maneira, em homenagem ao princípio da inafastabilidade, inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Quando o julgado fez expressa referência ao princípio da inafastabilidade, expresso na Constituição Federal, referia-se à tutela jurídica de crédito, nela considerando-se todos os meios que estão à disposição do credor (não apenas credor de valor econômico, mas de prestação em geral), a fim de ter reconhecido

25. Art. 1.257. O disposto no artigo antecedente aplica-se ao caso de não pertencerem as sementes, plantas ou materiais a quem de boa-fé os empregou em solo alheio. Parágrafo único. O proprietário das sementes, plantas ou materiais poderá cobrar do proprietário do solo a indenização devida, quando não puder havê-la do plantador ou construtor.

judicialmente seu direito e os respectivos meios coercitivos indispensáveis para assegurar a realização da prestação a que tem direito²⁶.

Segundo aspecto a verificar é a referência à omissão do ordenamento jurídico de regra substantiva que tutele o problema posto. Disse o julgador: “Diante da garantia constitucional ao acesso ao Judiciário e da omissão do ordenamento acerca do direito apresentado, o d. Magistrado *a quo* aplicou por analogia o parágrafo único do artigo 1.257 do Código Civil/2002”

Adrede, houve a transcrição de trecho da sentença que afirmou: “O ordenamento jurídico pátrio repudia o injusto enriquecimento”. As demais passagens do julgado citam lições doutrinárias que tratam do enriquecimento sem causa; contudo, não houve uma abordagem própria desse instituto, o que, a nosso ver, constitui sim previsão legal expressa do ordenamento apto a tutelar a situação de construção em terreno alheio.

Não é por outra razão que os doutrinadores citados no acórdão fazem menção a esse instituto nos comentários aos arts. 1.256 e 1.257 do CC.

Contudo, convém irmos além, a fim de compreendermos de que forma o instituto do enriquecimento sem causa pode ensejar a tutela jurídica própria para a solução do problema, o que faremos no capítulo seguinte.

Cumpra, antes disso, examinar o fundamento do julgado. A solução dada em todas as instâncias foi extraída do enunciado do art. 1.257, parágrafo único, e do art. 1.256 do Código Civil, “na medida em que o construtor é também dono do material empregado. Nesse turno, tenho que não merece reforma a sentença vergastada, uma vez que muito bem aplicou a analogia ao caso vertente”²⁷.

De fato, o parágrafo único prevê uma hipótese na qual a triangulação proprietário do terreno – dono dos materiais – construtor é problematizada no inadimplemento pelo construtor em face do dono dos materiais.

Se o suporte fático do art. 1.256 do CC é a relação entre o construtor (e dono do material) e o proprietário do terreno, na hipótese do art. 1.257 há uma

26. Neste sentido, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 130.

27. REsp 963.199/DF. Complementou: “Percebe-se, portanto, que o Tribunal local buscou resolver a lide atento aos dois problemas jurídicos destacados pela doutrina antes mencionada, tendo em vista que, como a construção acedeu ao imóvel da autora/recorrente e sendo vedado o seu enriquecimento sem causa, concluiu-se pela impossibilidade de eximi-la, de antemão e na forma por ela pretendida, pela indenização da construção erguida em seu imóvel. Para tanto, vale frisar, o Tribunal *a quo* entendeu pertinente ao caso a observância do instituto da aquisição da propriedade pela acessão”.

verdadeira triangulação. Criam-se relações jurídicas de três tipos: (i) entre o proprietário do terreno e o construtor; (ii) entre o construtor e o dono do material e (iii) entre o proprietário do terreno e o dono do material.

Segundo Francisco Eduardo Loureiro²⁸, o art. 1.257, *caput*, do CC, regula a primeira relação, dispondo que dono do terreno adquire a propriedade das acessões (ao aplicar-se o que contém o artigo anterior), mas indeniza o construtor por seu valor atual, ainda que o material empregado na obra seja alheio. A indenização a que faz *jus* o construtor é pela totalidade da acessão e não apenas pelo valor da mão de obra.

No entanto, esse recebimento da totalidade enseja a segunda relação anteriormente identificada: entre o construtor e o dono do material empregado na acessão. Como o construtor – que apenas empregou a mão de obra – recebe a indenização do proprietário do terreno (que se beneficiou com a aquisição da acessão), deve repassar o valor do material a seu dono.

Muitas vezes, o construtor é o próprio fornecedor do material, como ocorreu no caso prático examinado. Contudo, pode ocorrer que haja o fornecimento do material.

Por fim, terceira relação decorrente do enunciado do parágrafo único do art. 1.257 do CC é a existente entre o proprietário do terreno e o dono do material. Não havendo relação jurídica direta entre eles, o dono do material busca o ressarcimento do construtor e, dele não logrando, deverá buscar do proprietário do terreno. A causa é o beneficiamento dele pela aquisição dos materiais, ainda que ali empregados por trabalho de terceiro (o construtor).

Logo, há a responsabilidade primária do construtor em indenizar o dono do material e, secundária, do proprietário do terreno.

Contudo, se o proprietário do terreno já pagou o construtor, o dono do material não terá direito a recebimento daquele, sob pena de se configurar uma segunda situação de enriquecimento sem causa. Segundo Francisco Eduardo Loureiro²⁹, o preceito visa a evitar o enriquecimento sem causa *indireto*, que ocorre quando existem duas transmissões sucessivas de valor econômico; primeiro, do patrimônio do empobrecido para o de um intermediário e, depois, do intermediário para o beneficiário final. É por isso que, ao contrário do entendimento da doutrina tradicional, se o construtor nada tiver a receber, por estar de má-fé, ainda assim pode o proprietário do material pedir indenização de seu valor ao dono do solo, que se beneficiou da acessão.

28. Neste sentido, LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit. p. 1188.

29. Idem.

No “caso Mitra”, o inadimplemento era do dono da obra em face do construtor; contudo, do enunciado do art. 1.297, parágrafo único, do CC, podemos depreender a *ratio* da vedação ao enriquecimento sem causa e a busca de ressarcimento daquele que teve o proveito final. Daí porque acreditamos que a solução perpassa pela incidência do disposto no art. 884 do CC.

3.1. Valor da indenização e direito de retenção

Antes de adentrarmos no enriquecimento sem causa, ocorre-nos alguns acréscimos pontualmente importantes.

Quanto ao valor da indenização, aplica-se por analogia o disposto na parte final do art. 1.222 do Código Civil de 2002: “O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual”.

Logo, indenização se faz pelo valor atual da acessão, evitando vantagem a qualquer das partes maliciosas³⁰.

Outro aspecto interessante é a possibilidade de retenção da obra até o pagamento. O credor (construtor/dono dos materiais) teria esse direito por interpretação análoga ao tratamento dado às benfeitorias no art. 1.219 do CC, segundo escólio de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, baseados em antigo precedente do TJDF³¹.

Atualmente, somam-se diversos julgamentos no sentido de que o direito de retenção das benfeitorias aplica-se também às acessões³². Podemos dizer que, a despeito da antiga divergência doutrinária e jurisprudencial existente, haja vista que as disposições do art. 1.219 do CC restringem-se às benfeitorias e que o art. 1.255 do CC só prevê o direito à indenização, é pacífico o entendimento no

30. Idem.

31. Acórdão 70818, Rel. João Mariosi, 1ª Turma Cível, j. 09.05.1994.

32. Neste sentido, vide julgado do STJ: “[...] IV. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de reconhecer que o possuidor de boa-fé tem direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, e, por semelhança, das acessões, sob pena de enriquecimento ilícito (STJ, REsp 1.316.895/SP, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe de 28.06.2013). No mesmo sentido, em caso análogo: STJ, AgInt no REsp 1.565.816/PR, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 06.10.2016. Assim, estando o acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, afigura-se acertada a decisão ora agravada – que conheceu do Agravo, para dar provimento ao Recurso Especial –, em face do disposto no enunciado da Súmula 568 do STJ. [...]” (AgInt no AREsp 809.492/PR, rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 26.09.2017, DJe 06.10.2017).

sentido de se estender o direito à retenção também ao possuidor que construiu de boa-fé a acessão.

E nem poderia ser diferente, pois o mote é evitar um enriquecimento do proprietário do terreno às custas de quem arcou com a obra acrescida.

Nessa senda, eis o teor do Enunciado 81 da jornada de Direito Civil³³:

Art. 1.219: O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias.

Convém ressaltar que não é toda obra que é passível de indenização sob pena de retenção, mas apenas aquela que for legalizada³⁴. A justificativa não só diz respeito à regularidade do objeto, mas aos efeitos da falta de aprovação técnica por parte do órgão público. No caso de construção não regularizada, o TJRS negou o direito de retenção; contudo, ressaltou o direito posterior à indenização, desde que observado o período prescricional obviamente. Disse o acórdão³⁵:

De se registrar, a disposição legal, assim como a contratual, se justifica como forma de impedir, por exemplo, que, indenizado o possuidor pela benfeitoria ou acessão, venha a ser determinada a demolição da obra por irregularidade junto ao Poder Público. Neste caso, ficaria duplamente prejudicada a promitente vendedora: primeiro pela inadimplência do promitente comprador e segundo por ter indenizado construção que não pôde lograr proveito.

No entanto, prejuízo algum aos promitentes compradores, pois fica ressaltado o direito de, em ação própria, comprovada a regularidade da obra, pleitearem a devida indenização.

33. Enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CJF, coordenada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do STJ.

34. Neste sentido: “Apelação cível. Ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda. *Mora debitoris*. Direito de retenção por acessões. Necessidade de demonstração da regularidade da obra. Vedação legal e contratual. A despeito da divergência existente, tem prevalecido entendimento no sentido de se estender às acessões o direito de retenção. Porém, imprescindível para tanto a demonstração da regularidade da construção, seja por aplicação de disposição contratual, seja por analogia ao disposto no art. 34, parágrafo único, da Lei 6.766/79. Sentença mantida, por fundamento diverso. Negaram provimento ao recurso. Unânime” (Apelação Cível 70018124867, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, julgado em 11.09.2008).

35. Apelação Cível 70015619976, 18ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 11.12.2008.

4. O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO CATEGORIA DAS OBRIGAÇÕES

Os arts. 884 e 885 do CC também amparam a possibilidade de imputação da responsabilidade de pagamento ao proprietário do terreno, *in verbis*:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

[...]

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

O Código Civil traz o enriquecimento sem causa como *ato unilateral*, dentro do livro I – Das Obrigações.

Muitos doutrinadores buscaram classificar as obrigações a partir das fontes³⁶. Contudo, tal intento é bastante controvertido, culminado em assaz dificuldade no enquadramento de algumas situações.

Cumprе lembrar que o CC não enumera as fontes das obrigações, mas refere em diversos Títulos do Livro I as seguintes: Contratos, Atos Unilaterais, Títulos de Crédito e Responsabilidade Civil³⁷.

Fernando Noronha bem critica a categorização, ao questionar a origem dos Títulos de Crédito como categoria autônoma, uma vez que se tratam de negócios jurídicos unilaterais, semelhantes às obrigações contratuais. Logo, a separação feita pelo Código Civil brasileiro padece de lapso.

Diz Noronha que outra demonstração de ausência de critério científico lógico é a reunião dos Atos Unilaterais. O Título VII enumera quatro espécies (promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa); contudo, tratam-se fatos jurídicos diversos de natureza variada e produzindo obrigações diversas³⁸, entre eles, três são típicos negócios jurídicos unilaterais e não títulos de crédito.

36. Vide um resumo de posições doutrinária acerca da classificação das fontes das obrigações feita por CASTRO NEVES, José Roberto de. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. *Revista dos Tribunais*, v. 843, p. 97- 112, jan. 2006. (*Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 1, p. 1235-1256, jun. 2011). Em seu estudo, conclui: “Ressalvando não haver nada próximo de um consenso na doutrina nacional, pode-se dizer que existem as seguintes fontes das obrigações: (1) a lei, (2) os atos jurídicos (bilaterais e unilaterais), e (3) os fatos ilícitos”.

37. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 409-411.

38. Diz o jurista português: “Já quanto ao título que porta a epígrafe *Dos atos unilaterais*, a verdade é que reúne fatos da natureza mais variada e que produzem obrigações bem

Tudo isso serve para demonstrar que a classificação das obrigações pela *fonte* conduz a uma sistematização confusa, pois os *atos geradores* das obrigações são numerosos e diversos entre si, tornando-se, por vezes, inviável seu agrupamento pelo critério de seu nascedouro. Assim, por esse critério, só se conseguiria separar em obrigações *negociais* e *não negociais*, uma vez que somente aquelas têm fonte específica.

Nesse contexto, Noronha propõe a classificação das obrigações segundo as *funções* que desempenham na vida real (e não pela fonte da obrigação), porque tal diversidade aceita as especificidades do regime jurídico, logrando, assim, melhor perceber e alocar o instituto do enriquecimento sem causa.

Essa proposição identificativa das obrigações de Fernando Noronha³⁹ inicia a partir de um primeiro critério: (a) obrigação autônoma e (b) não autônoma. O corte é a derivação, ou não, de relações jurídicas preexistentes à relação *obrigacional*.

Atente-se para o detalhe que o tipo de relação subjacente é a de natureza obrigacional. Pode haver relação precedente, mas ela terá outra natureza que não a obrigacional. Diz Noronha: “São verdadeiras obrigações em sentido técnico, só que surgem no desenvolvimento de relações de outra natureza, que ligavam as pessoas que agora são credor e devedor”⁴⁰.

diversas: a promessa de recompensa é, similarmente aos títulos de crédito, típico negócio jurídico unilateral; a gestão de negócios, como sabemos [5. 8. 2; 5. 9. F], não é negócio jurídico, é exemplo de atividade, cujos efeitos dependem de ser ou não ratificada e, na segunda hipótese, de ser ou não útil (a gestão ratificada tem consequências similares ao contrato de mandato; a não ratificada, mas útil, gera obrigação de restituição por enriquecimento sem causa; a não ratificada e tida como não útil gera responsabilidade civil); o pagamento indevido é, como o pagamento em geral (arts. 304 e s.), um ato quase-negocial, ou ato jurídico lícito [5. 6. 3], com a especificidade de gerar uma obrigação de restituição por enriquecimento sem causa; o enriquecimento sem causa, último dos institutos incluídos pelo Código entre os ‘atos unilaterais’ é pura e simplesmente uma das três grandes categorias em que podem ser repartidas todas as obrigações, como temos insistido, e que, como teremos oportunidade de ver, pode ter múltiplas causas” (Op. cit., p. 409-410).

39. *Ibidem*, p. 411: “Vimos no capítulo anterior que os fatos geradores de obrigações são numerosos e diversos entre si, não sendo possível classificá-los em categorias gerais, privativas do Direito das Obrigações. Vimos igualmente que se não é possível classificar tais fontes em categorias privativas desse Direito, também não haverá possibilidade de classificar as próprias obrigações a partir de suas fontes. Vimos, por último, que mais importante que tentar classificações a partir dessas bases, é procurar agrupar as inúmeras obrigações da vida real de acordo com a diversidade de funções que elas desempenham na vida real, porque é tal diversidade que implica especificidades no regime jurídico”.

40. *Ibidem*, p. 412.

Nas (b) não autônomas essa relação jurídica preexistente terá outra natureza: real (nas obrigações reais e nos gravames reais, nas relações de vizinhança) etc.

A (a) obrigação autônoma, por sua vez, é aquela imediatamente criada entre credor e devedor:

[...] independentemente de qualquer relação jurídica não obrigacional, de que constituam desenvolvimento. Não constituindo desenvolvimento ou projeção de outra relação jurídica específica, de natureza real, familiar, sucessória, tributária, etc., estas obrigações autônomas são as únicas tradicionalmente consideradas verdadeiras obrigações, ou obrigações propriamente ditas, são só elas que se estudam no âmbito do Direito das Obrigações⁴¹.

Dentro das obrigações autônomas, abre-se o leque a dois tipos: (a.1) as obrigações criadas pelo devedor e pelo credor, quando, pelo exercício de sua autonomia privada, autorregulam seus interesses e (a.2) as obrigações nascidas da violação de deveres genéricos de respeito a pessoas e bens alheios.

As primeiras (a.1) são as obrigações derivadas de negócios jurídicos (contratos ou negócios jurídicos unilaterais), por isso, denominadas obrigações negociais.

As segundas (a.2) são as obrigações não negociais, entre elas Noronha identifica duas espécies. A origem é a mesma para ambas: nascidas da violação de deveres genéricos de respeito a pessoas e bens alheios; contudo, dependendo do resultado, tem-se obrigações distintas:

(a.2.1) Uma é a obrigação que resulta em um dano para outrem, um prejuízo econômico ou não, “resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que deva ser juridicamente tutelada”⁴². Trata-se dos danos resultantes da violação do dever geral de não lesar ninguém (*neminem non lardere*) ou não lesar outrem (*alterum non laedere*), exurgindo o dever reparatório próprio da *responsabilidade civil em sentido estrito*.

(a.2.2) Outra é a obrigação de abstenção do qual resulta um acréscimo patrimonial a quem se lhe outorgou. Diz Noronha que não há danos, mas:

[...] acréscimos patrimoniais resultantes da violação do dever geral de não-intromissão na esfera alheia, estes têm de ser transferidos para patrimônio da pessoa titular da pessoa afetada (porque o ordenamento reserva a cada pessoa

41. *Ibidem*, p. 413-414.

42. *Idem*.

o aproveitamento de seus bens e direitos), falamos em *enriquecimento sem causa*, ou em *obrigação de restituir o enriquecimento sem causa*.

A importância dessa classificação é explicada por Fernando Noronha⁴³:

Cada uma dessas três categorias corresponde a obrigações com causas e finalidades diferentes. As negociais têm por causa um negócio jurídico, praticado no âmbito da autonomia privada e, quando violadas, geram responsabilidade negocial. As de responsabilidade civil têm como causa atos ilícitos, ou outros equiparados a estes, e geram a obrigação de indenizar chamada de responsabilidade civil propriamente dita. Os enriquecimentos injustificados têm como causa o aproveitamento de bens ou direitos alheios e geram a obrigação de restituir o acréscimo patrimonial indevidamente obtido.

Nesse passo, essa tripartição apresenta uma lógica coerente com as causas das situações exurgidas e com as finalidades dos direitos que tutelam tais situações.

Aprofunda o jurista português:

O ordenamento estabelece regulamentações diferentes para as obrigações que visam tutelar essas três categorias de interesses, precisamente porque elas têm finalidades diversas, ou por outras palavras, desempenham diferentes funções econômico-sociais.

Na primeira categoria, o Direito das Obrigações vai tutelar a expectativa do credor no adimplemento integral da prestação devida e, por isso, procurará coagir o devedor a realizá-la quando tal não for possível, procurará colocar o credor, à custa do patrimônio do devedor na situação econômica em que estaria, se a obrigação houvesse sido cumprida.

Na segunda, tutela-se a pretensão do credor à reparação dos danos sofridos, de forma a ele ficar, tanto quanto possível, na situação em que estaria, se o fato lesivo não tivesse sido praticado.

Na terceira, procura-se assegurar a devolução ao patrimônio do credor daqueles ganhos que outrem (o devedor) tenha conseguido à custa de bens ou até da pessoa (direitos da personalidade) do credor.

As obrigações correspondentes à primeira das três categorias são as negociais; as correspondentes à segunda são as de responsabilidade civil (em sentido estrito); as correspondentes à terceira são as de restituição por enriquecimento sem causa⁴⁴.

43. *Ibidem*, p. 414-415.

44. *Ibidem*, p. 416-417.

O enriquecimento sem causa é um princípio⁴⁵ que visa atender um valor de justiça, enquanto meta do equilíbrio entre os sujeitos na sociedade. A finalidade do princípio é evidentemente social, enquanto raiz axiológica, como destacado por Agostinho Alvim⁴⁶. A sociedade rechaça o empobrecimento de alguém e, *pari passu*, enriquecimento do outro de forma gratuita e sem causa.

A figura do enriquecimento sem causa pressupõe requisitos positivos e negativos, como se depreende dos arts. 884 a 886 do CC. Entre tais pressupostos de enriquecimento, empobrecimento, nexos de causalidade, destaca-se a ausência de causa para que ocorra o fenômeno do enriquecimento.

Diz outro juriconsulto luso Mário Júlio De Almeida Costa⁴⁷: “[...] reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito não o aprova ou consente, porque não existe uma relação ou fato que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial”.

Fernando Noronha frisa que a obrigação de restituição do enriquecimento sem causa tem a finalidade de remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais

45. Neste sentido, vide NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123-124: “Indubitavelmente a proibição do enriquecimento à custa de outrem é um princípio integrante do ordenamento jurídico, não se limitando a uma vaga reminiscência histórica, a uma mera regra moral ou ética, ou a um preceito equitativo, mas consubstanciando-se em um efetivo mandamento com conteúdo normativo. Se a ordem civil-constitucional assegura a livre iniciativa, a autonomia privada e outros elementos indispensáveis a fim de garantir uma equilibrada relação negocial, com esteio na função social do contrato, a proibição do enriquecimento sem causa é um princípio congênito. Nesse sentido, Agostinho Alvim tipifica o instituto como um princípio geral de direito: ‘Por outro lado, é inquestionável que a condenação do enriquecimento injustificado é princípio geral de Direito, porque, com maior ou menor extensão, ela tem sido recomendada por todos os sistemas, no tempo e no espaço. Não obstante isso, apesar da teoria em tela ser coerente ao pensamento que se adota, ela é imperfeita. A teoria que se propõe não é limitada como sustentado nesse segmento, mas tem outros contornos que não se circunscrevem a um mero princípio integrativo do direito, a ser aplicado na omissão da lei, segundo dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. A vedação do enriquecimento sem causa é um princípio norteador do direito obrigacional, que possui fundamento na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, possibilitando o seu uso como uma fonte obrigacional por meio da ação de enriquecimento e como supedâneo a qualquer medida litigiosa”.

46. Diz: “Para nós, o fundamento mais diretamente relacionado com a condenação do enriquecimento, esteja ela expressa, ou simplesmente latente no ordenamento, é a Moral”. Do enriquecimento sem causa. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 1, p. 911-953, jun. 2011.

47. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Lisboa: Ed. Almedina, 2004. p. 329.

indevidos, que o são porque, segundo a ordenação jurídica de bens, deveriam ter acontecido *noutro* patrimônio (ao qual estavam juridicamente reservados)⁴⁸.

Na medida em que aceitamos o enriquecimento sem causa como categoria própria das obrigações, podemos concebê-la como um instituto hábil a solucionar diversas situações práticas de nosso dia a dia.

Esse propósito é bem realçado por Fernando Noronha⁴⁹:

As obrigações de enriquecimento sem causa têm uma finalidade que, num sentido, também parece estática, de defesa da esfera jurídica de cada pessoa noutro sentido, porém, a sua função é dinâmica, pois elas não procuram propriamente repor o patrimônio na situação em que estava anteriormente, antes visam transferir para ele acréscimos que estão num patrimônio, quando deviam estar noutro, por terem sido transferidos deste sem uma razão (causa) justificativa, ou por representarem vantagens conseguidas através do aproveitamento de bens ou direitos de outrem, também aqui sem uma razão justificativa.

Assim, estas obrigações de enriquecimento sem causa tutelam um interesse do credor à apropriação de tudo aquilo que represente *aproveitamento de bens ou outros valores da sua esfera jurídica* e desempenham uma *função* que se pode chamar de *restitutória*. De restituição ao patrimônio do credor de acréscimos que indevidamente estão noutro patrimônio.

Essa lição doutrinária calha perfeitamente com a situação jurídica enfrentada no caso Mitra, pois, na ausência de relação jurídica contratual entre o proprietário do terreno e o construtor, viu-se um aproveitamento de bens por meio da acessão, impondo-se a restituição ao construtor de todos seus bens e serviços empregados da obra.

48. Op. cit., p. 419, exemplificando: “Um exemplo simples destas obrigações de restituição por enriquecimento sem causa, é aquele do escultor que transforma em estatueta um bloco de mármore, do qual de boa-fé se julga dono, e que terá de restituir ao proprietário do bloco o valor deste. A estatueta é do artista, porque estava de boa-fé, mas o valor do bloco terá de ser reintegrado no patrimônio de quem era proprietário deste (arts. 1. 270 e 1. 271). Exemplo ainda mais significativo, porque mostra bem não ser a existência de um dano que está em causa, mas, antes, a existência injustificada de um acréscimo patrimonial, é aquele que se colhe do art. 181: se um menor vendeu uma joia e o negócio vem a ser anulado, ele só será obrigado a restituir o preço que recebera se a importância respectiva houver revertido em seu proveito; se ele a tiver dissipado, nada terá de pagar ao comprador, porque o seu patrimônio não registrará acréscimo algum. Se fosse o dano sofrido que aqui estivesse em causa, a solução teria de ser sempre uma obrigação de restituir o valor recebido”.

49. Idem.

O interessante de abordarmos o enriquecimento sem causa como categoria autônoma de obrigações⁵⁰ é a possibilidade de reconhecermos um suporte fático normativo próprio, sem termos de recorrer ao exame dos elementos das outras categoriais (relação contratual, dano, ...), os quais nem sempre existiriam na situação singular.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível concluir que:

a) a acessão constitui ato jurídico em sentido estrito e produz efeitos jurídicos independentemente da vontade declarada pelas partes;

b) nos enunciados dos arts. 1.254 a 1.259, encontramos como suporte fático o ato jurídico da acessão em determinada condição que, dependendo do elemento vocacional “boa-fé” ou a “má-fé”, atribui uma correspondente sanção ao conflito exurgido;

c) a acessão construída em terreno alheio pode ser indenizada pelo proprietário ao construtor/dono dos materiais empregados que tenha obrado de boa-fé e enseja direito de retenção, desde que a obra for regular ou passível de regularização (aprovação técnica);

d) a classificação das obrigações melhor se adequa ao critério funcional do que pelas fontes;

e) o enriquecimento sem causa constitui uma obrigação de restituição autônoma, não negocial (nascida da violação do dever geral de não lesar outrem), que tem como suporte fático o acréscimo patrimonial indevidamente obtido por uma pessoa, a qual deverá transferir este proveito à pessoa afetada.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. v. 1. p. 911-953. jun. 2011.

50. Castro Neves insere-o nas categorias de fatos ilícitos. Op. cit.: “[...] pode-se dizer que existem as seguintes fontes das obrigações: (1) a lei, (2) os atos jurídicos (bilaterais e unilaterais), e (3) os fatos ilícitos. Ao se reconhecer que o ordenamento jurídico não consente com o enriquecimento sem causa, aponta-se para inserir o fenômeno entre os fatos ilícitos, juntamente com o abuso de direito (este, aliás, corretamente referido no art. 187 do CC/2002 entre os atos ilícitos). A admissão do enriquecimento sem causa como fonte das obrigações reside no reconhecimento de que a sua verificação contraria o interesse do ordenamento, que quer dar a cada um o que é seu, não lesar a ninguém e garantir uma convivência harmonizada pela honestidade, para citar a lapidar lição de Ulpiano”.

- ARRUDA ALVIM. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e as suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e Lei 13.256/2016)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASTRO NEVES, José Roberto de. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. *Revista dos Tribunais*, v. 843, p. 97-112, jan. 2006 (*Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 1, p. 1235-1256, jun. 2011).
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Lisboa: Ed. Almedina, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosendal, Nelson. *Curso de direito civil*. Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. (Coord.). Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2016.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. Benfeitoria não se confunde com acesso. *Revista dos Tribunais*, v. 692, p. 201-202, jun. 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2003. v. V (arts. 1.196 a 1.510).
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 1, p. 1085-1122, jun. 2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Benfeitoria não se Confunde com Acesso, de Carlos Alberto Dabus Maluf – *RT* 692/201-202 (DTR\1993\274);
- Breves Notas sobre Indenização por Benfeitorias nas Locações Imobiliárias, de Evandro Fernandes de Pontes – *RDPPriv* 67/187-209 (DTR\2016\21940);
- Direito de Superfície, de Artur Oscar de Oliveira Deda – *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/781-794 (DTR\2012\2805);
- Direito de Superfície, de Melhim Namem Chalhub – *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/947-970 (DTR\2012\2808); e
- O Direito Real de Superfície no Direito Brasileiro, de Celso Luiz Simões Filho – *RDI* 78/171-223 (DTR\2015\3594).

DATAÇÃO NAS ESCRITURAS ANTIGAS

OLD PUBLIC DEEDS DATING SYSTEM

GEORGE TAKEDA

3º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo. Bacharel em Direito pela USP. Especialização em Direito Imobiliário pela PUC-MG. Engenheiro Mecânico pelo ITA. Diretor do IRIB e da ANOREG/SP. gtakeda@3risp.com.br

Data de recebimento: 28.06.2018

Data de aprovação: 03.09.2018

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Em razão da mudança do sistema de datação adotado em Portugal em 22.08.1422, tornou-se obrigatório o uso da expressão "Ano do Nascimento do Nosso Senhor Jesus Cristo" em todas as escrituras, obrigação essa que perdurou no Brasil até a alteração do Código Civil ocorrida em 10.11.1981.

PALAVRAS-CHAVE: Escrituras públicas – Sistemas de datação – Ano de nascimento do Nosso Senhor Jesus Cristo.

ABSTRACT: Due to the change of the dating system that took place in Portugal in 1422, Aug, 22th, the use of the expression "Year of Our Lord Jesus Christ" became mandatory in all public deeds, the obligation lasted in Brazil until the modification of the Civil Code occurred in 1981, Nov, 10th.

KEYWORDS: Public deeds – Dating systems – Year of Our Lord Jesus Christ.

Nas escrituras antigas nos deparamos, logo na abertura, com uma expressão do tipo: "*saibam todos aqueles que esta pública escritura virem que aos xx dias do mês de yy do ano do Nascimento do Nosso Senhor Jesus Cristo de zzz, perante mim tabelião compareceram [...]*", deixando-nos um tanto curiosos dos motivos da utilização de tal expressão. Com efeito, a datação com base no calendário comum ou cristão está entre nós tão arraigada que ninguém se preocupa em enfatizar tal fato, ademais, pela obviedade sequer teria sentido mencioná-la nos documentos, mesmo assim era uma praxe notarial disseminada na época. Os notários latinos sempre tiveram uma tradição formalista e conservadora, daí que a explicação para a origem dessa expressão, de uso geral em todos os lugares, não poderia decorrer de mero capricho ou estilo, mas em obediência a um comando legal.

O monge Dionysius Exiguus, matemático e astrônomo, é tido como o criador, no século VI, do sistema cronológico de contagem dos anos com origem no nascimento de Jesus Cristo, denominado *Anno Domini Nostri Iesu Christi* (A.D. ou AD), todavia, a disseminação desse novo sistema ainda demoraria muitos séculos. Nesse mesmo século VI, na península ibérica, a Era de César era a mais utilizada nas datações, em especial pelas igrejas hispânicas após o Concílio de Tarragona ocorrido no ano de 516. Tal prática ainda perdurou por centenas de anos, sendo paulatinamente abandonada a partir do século XII nos reinos hispânicos (e.g. Catalunha – 1180, Aragão – 1350, Castela – 1383) sendo Portugal um dos últimos reinos a adotar a alteração, que somente ocorreu em 22.08.1422 por ordem do Rei D. João I, por ato que constou das Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, especificamente no Livro IV, Título LXVI¹:

Título LXVI

Da mudança, que se fez da Era de Cesar aa do Nascimento do Nosso Senhor Jesu Christo.

EL Rey Dom Joham da famosa e excelente memoria em seu tempo fez Ley em esta forma, que se segue.

1. Manda ElRey a todolos tabelliaães e Escripvaães do seu Regno e Senhorio, que daqui em diante em todolos contrautos e escripturas, que fazerem, ponham Anno do Nascimento do Nosso Senhor Jesu Christo, assi como ante foyam a poer Era de Cesar e esto lhes manda que façam assi, sob pena de privaçom dos Officios.

2. Publicado foi assi o dito Mandado do dito Senhor da Cidade de Lixboa per mim Phillipe Affonso Luogo-Teente do Escrivam da Chancellaria nos Paaços d'ElRey perante Diego Affonso do Paão, Ouvidor da Corte, que fica em audiência, aos vinte e dous dias d'Agosto Anno do Nascimento do Nosso Senhor Jesu Christo de mil quatrocentos vinte dous anos.

3. E Vista per nós a dita Ley, mandamos que se guarde, como em ella he contheudo.

Sendo de 38 anos a diferença entre as duas eras, o ano que seria de 1460 da Era de César passara ser de 1422 A.D., ou seja, as datações dos documentos daí em diante teriam que ser feitas mediante o uso da expressão “Ano do Nascimento do Nosso Senhor Jesus Cristo” para se evitar ambiguidades e, como reforço, com uma sanção expressamente dirigida aos tabeliães e escrivães: sob pena de privação de seus ofícios.

1. Ordenações Afonsinas, Livro IV, fac-símile da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra, ano 1792, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

D. Manuel I, nas Ordenações Manuelinas, terceira versão efetivada em 1532, manteve o dispositivo com quase a mesma redação no Livro IV, Título LI²:

TÍTULO LI

Da mudança, que se fez da Era de Cesar aa do Nascimento do Nosso Senhor JESU Christo.

EL Rey Dom Joam o primeiro da muito excelente memoria fez Ley por que Mandou a todo os Tabeliães, que sob pena de perdimento dos Officios possessem em todas as Escripturas, que fezessem *Anno do Nascimento do Nosso Senhor JESU Christo*, assi como antes foiam a poer *Era de Cesar*; a qual foi publicada em Lixboa aos vinte e dous dias d'Agosto do anno do Nascimento do Nosso Senhor JESU Christo de mil quatrocentos vinte dous anos, no qual tempo andava a Era de Cesar em mil quatrocentos e sessenta anos, a qual Ley Mandamos em todo se guarde sob a dita pena.

Na terceira grande compilação da legislação portuguesa, as Ordenações Filipinas, de 1603, a determinação da menção ao Ano do Nascimento do Nosso Senhor Jesus Cristo ficou mantida, mas sem a expressa cominação da perda do ofício, como pode ser verificado do Livro I, Título LXXX, 7³:

7. E nas scripturas que fizerem ponham juntamente o dia, mez e anno do Nascimento do Nosso Senhor JESU CHRISTO, e não separado, como atéqui se fazia, e a cidade, villa, ou lugar e casa, em que as fizerem, e assi os seus nomes deles Tabeliães, que as fazem.

As Ordenações Filipinas estiveram vigentes em Portugal até a promulgação do Código Civil de 1867 (Código Seabra), mas, no Brasil, a sua sobrevivência foi muito maior, pois, com a proclamação da independência, o Direito Português foi expressamente incorporado à legislação pátria como determinado pela Lei de 20 de outubro de 1823:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que

2. Ordenações Manuelinas, Livro IV, fac-símile da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra, ano 1797, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
3. Ordenações Filipinas, Livro I, fac-símile da edição feita por Candido Mendes de Almeida em 1870, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

O Código Civil foi promulgado em 01.01.1916 pela Lei 3.071, todavia, em seu art. 134, ao tratar das escrituras públicas, nada dispôs em relação aos requisitos de sua lavratura, deixando em aberto a questão de estarem ou não as Ordenações Filipinas revogadas no tocante a esse aspecto, porquanto a revogação de que tratou o seu art. 1.807 estava dirigida exclusivamente à matéria de direito civil tratadas naquele código: “Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

Foi somente em 19.11.1975 que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ERE 78.570, afirmou ainda estarem em vigor as regras dispostas nas Ordenações Filipinas com referência aos requisitos das escrituras, como consta do voto condutor do Eminentíssimo Ministro Rodrigues Alckmin:

Continuaram, portanto, vigentes as normas das Ordenações Filipinas, relativas às funções dos tabeliães e aos requisitos das escrituras, como normas do direito brasileiro embora alteradas em parte por leis ulteriores.

Assim, as relativas à menção, nas escrituras, da data, do lugar da lavratura do ato, dos nomes e da identificação das partes; à declaração de ter sido lida a escritura e achada conforme; à subscrição pelas partes e testemunhas e por quem assine a rogo; à ressalva, ao fim do ato e antes das assinaturas, dos erros, emendas ou qualquer coisa que dúvida faça; todos esses requisitos mencionados nas Ordenações foram recebidos no direito brasileiro e nele mantidos por força da Lei de 10 de outubro de 1823.

Das leis ulteriores, mencionem-se o Regulamento 4824/1871 e o D. 5738/1874, que permitiram fossem lavradas escrituras (excluídos testamentos, doações mortis causa e as lavradas fora de cartório) por escreventes juramentados, subcrevendo-as o tabelião e carregando com toda a responsabilidade.

O Código Civil revogou as Ordenações no concernente “às matérias de direito civil reguladas pelo mesmo Código”.

Continuam em vigor, portanto, normas das Ordenações, quanto a requisitos das escrituras públicas.

É entendimento abonado na doutrina.

Veja-se Serpa Lopes (Tratado dos Registros Públicos, IV/370): “O nosso Código Civil não prescreveu normas para a feitura dos atos pelos tabeliães. Inquestionavelmente, vigora ainda o que a respeito dispunham as Ordenações”.

Amaral Santos (Prova Judiciária no Cível e Comercial, IV/115, 3. ed.):

Poderá causar estranheza que, discorrendo-se sobre os requisitos das escrituras públicas segundo a lei vigente, não se haja apontada sequer uma lei moderna, isto é, contemporânea, mas tão somente as Ordenações e várias consolidações de leis civis, anteriores ao Código Civil. É preciso lembrar-se, porém, que, no tocante ao assunto, nem esse Código, nem outra lei trataram especialmente da matéria e, nessa parte, não revogaram aquelas Ordenações, que continuam em vigor.

E Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, 3/360-361), criticando opinião de Corregedor Geral sobre dispensa de testemunhas em escrituras públicas na vigência do Código Civil, ponderou: “[...] não se fez qualquer lei que se substituisse a legislação anterior relativa aos pressupostos gerais das escrituras públicas”.

Vigoram as Ordenações Filipinas no ponto como direito federal vindo do Império, como dele veio o Código do Comércio, cujos dispositivos, se de vigência denegada, ensejam o extraordinário.

E não há pretender que requisitos e formalidades de escrituras públicas sejam do âmbito de leis locais ou de normas de organização judiciária. Leis locais podem dispor sobre a criação de cargos e sobre a carreira de tabeliães e auxiliares, ou sobre a disciplina delas, com respeito à competência constitucional dos Tribunais.

Mas a função pública atribuída a tabeliães – que é, de fato, assemelhável até a própria jurisdição voluntária, porque participa da administração pública de interesses privados –, não se enquadra na organização judiciária, nem está na livre disposição de lei estadual.

Isto foi percebido, sem mais largas razões embora, em Manual do começo do século (J. Ribeiro, *Manual dos Tabeliães*, 1919), quando se disse:

Pertence ao direito substantivo muito do que se reporta aos tabeliães: a exigência de escritura pública, como solenidade essencial; a força probante dos traslados de escritura, certidões, públicas formas, a função do tabelião, etc.

Ao direito adjetivo a criação dos cartórios, a divisão, junção ou discriminação. Enfim: a fixação do órgão e não podemos dizer a criação porque ele nasce com as funções. Onde não há cartórios especiais, exerce a função o Escrivão de Paz, outrem, a quem a lei deu tal missão.

À União cabe o direito geral (substantivo) a que aludimos.

Aos Estados, o direito circunscricional (adjetivo).

Reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ainda estarem em vigor os requisitos das escrituras públicas constantes das Ordenações Filipinas, essas somente foram efetivamente alteradas com a promulgação da Lei 6.952, de 06.11.1981, que acrescentou os §§ 1º ao 5º ao art. 134 do Código Civil de 1916, na seguinte forma:

§ 1º A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter:

- a) data e lugar de sua realização;
- b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato;
- c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação;
- d) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes;
- e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;
- f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber assinar, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida em língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz, que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimentos bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

Verifica-se, pois, que na alínea “a” do § 1º constou a exigência da “data” sem qualquer menção ao sistema de contagem, conclui-se, portanto, que a utilização da expressão “Ano do Nascimento do Nosso Senhor Jesus Cristo” era uma obrigação legal dirigida aos tabeliães que perdurou até 10.11.1981, data da publicação da Lei 6.952.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Escritura pública e registro no *corpus iuris civilis*, de Luiz Rodrigo Lemmi – *RDI* 84/241-268 (DTR\2018\14306);
- Lavratura de escrituras públicas – Nova legislação, de Walter Ceneviva – *RT* 604/19869-20 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/163-181 (DTR\1986\64);
- Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Afonsinas, de Luiz Rodrigo Lemmi – *RDI* 76/215-226 (DTR\2014\1699);
- Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Filipinas, de Luiz Rodrigo Lemmi – *RDI* 83/179-201 (DTR\2017\6969);
- Notas sobre a escritura pública nas Ordenações Manuelinas, de Luiz Rodrigo Lemmi – *RDI* 78/151-170 (DTR\2015\3592); e
- Técnica de redação da escritura pública, de João Teodoro da Silva – *RDI* 54/133-154 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/871-894 (DTR\2003\67).



CONDOMÍNIO DE LOTES: O NOVO REGIME JURÍDICO DA LEI 13.465/2017

LOTS CONDOMINIUM: THE LEGAL SYSTEM OF LAW 13,465/2017

LUIZ AUGUSTO HADDAD FIGUEIREDO

Mestre em Direito pela PUC-SP. Advogado.
lhaddad@thvadogados.com.br

Data de recebimento: 23.07.2018

Data de aprovação: 14.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil

RESUMO: O presente trabalho objetiva refletir sobre o novo regime jurídico do condomínio de lotes, introduzido no ordenamento pátrio pela Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Procede-se, primordialmente, ao estudo das alterações promovidas na legislação federal de natureza civil, registrária e urbanística, tomada a partir da análise interativa da disciplina tradicional, construída pela doutrina e jurisprudência, e do novo complexo normativo moldado em torno do instituto, especialmente no que se refere à estruturação e ao desenvolvimento do empreendimento. Nesse percurso, investiga-se o conceito e a natureza jurídica do condomínio de lotes, as suas principais características, os aspectos registrais que lhe são pertinentes, os parâmetros urbanísticos que suscita e, especialmente, o regime jurídico a que deve se sujeitar, confrontando-se, sob o prisma prático, os processos de aproveitamento do solo urbano.

PALAVRAS-CHAVE: Condomínio de lotes – Lei 13.465/2017 – Regime jurídico – Loteamento – Incorporação imobiliária.

ABSTRACT: This work aims to discuss the legal system of lots condominium, introduced in Brazil by Federal Law 13,465, of July 11, 2017. The main objective is to run studies on the modifications proposed by such federal law considering civil, recordation and urbanistic nature sustained by an interactive analysis of the traditional discipline built by the pertaining caselaw and doctrine and also by the complex legal rules shaped by such institute, specially referring to the structure and development of the matter. For such, a deep investigation was made on the concept and legal nature of the lots condominium and its main features, its recordation aspects, the urbanistic parameters, and, mainly, the legal rules to which such institute is bound by, confronting the processes pertaining the use of urbane soil under a practical view.

KEYWORDS: Lots condominium – Law 13,465/2017 – Legal system – Lots – Real estate Incorporation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções elementares sobre condomínio edilício, incorporação imobiliária e parcelamento do solo. 2.1. A propriedade condominial: a espécie edilícia (especial). 2.2. A incorporação imobiliária: finalidade precípua. 2.3. O parcelamento do solo urbano. 2.3.1. O loteamento: aspectos fundamentais. 2.3.2. O loteamento fechado ou de acesso controlado. 3. Condomínio de lotes. 3.1. A visão sobre o tema até a edição da Lei 13.465/2017. 3.1.1. O debate na doutrina. 3.1.2. O posicionamento adotado no âmbito da CGJ/TJSP. 3.2. O novo regime jurídico introduzido no Código Civil pela Lei 13.465/2017. 3.2.1. Conceito e principais características diferenciadoras. 3.2.2. Natureza jurídica. 3.2.3. Desenvolvimento do empreendimento: incorporação imobiliária ou loteamento?. 3.2.4. Obras de infraestrutura e regras de administração e convivência. 3.3. Aspectos registrais: legislação aplicável e normas da CGJ/TJSP para o serviço extrajudicial. 3.3.1. A instituição do condomínio e a questão da fração ideal. 3.4. Parâmetros urbanísticos: a edição de lei municipal específica é imprescindível?. 3.4.1. As restrições ao direito de construir do § 4º do art. 4º da LPSU. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Palco de intenso desenvolvimento das relações sociais, a cidade é centro de interação e embate dos mais complexos valores e interesses, reclamando a atuação do Direito como instrumento de pacificação e moderador de condutas.

Nesse quadro, em uma cultura como a brasileira, assumem relevo o direito de propriedade, notadamente a propriedade imobiliária, e as formas pelas quais esta é organizada na vida das pessoas.

É dizer, a criatividade e as necessidades do ser humano o levam a se agrupar, morar, trabalhar, em suma, viver sob formatos variados, o que tem reflexo imediato no aproveitamento do solo.

No entanto, como é natural, as regras tendem a vir a reboque dos fatos.

É isto que se vê, em grande medida, com a nova Lei 13.465, de 11 de julho de 2017.

Particularmente, é o que retrata a realidade dos chamados condomínios de lotes, aqueles em que a propriedade exclusiva e a comum existem interligadas, mas sem a vinculação imediata do terreno à edificação de uma casa, um prédio ou alguma outra espécie de construção.

Dentro de um padrão construtivo, prestigia-se a liberdade dos condôminos.

Cuida-se, pois, de espécie de empreendimento que, se há muito postulado pelos anseios de uns e implantado na prática por outros, sempre suscitou debates apaixonados e também litígios, por carecer de tratamento legal seguro e também porque é tema que interessa intimamente à conformação do meio ambiente urbano em que têm lugar as tensões sociais já narradas.

A Lei 13.465/2017, muito mais voltada ao cenário da regularização fundiária, deu um passo importante a favor desse tipo de propriedade condominial. Isso está longe de significar, porém, que os problemas de antigamente estão cabalmente resolvidos ou que novos não surgirão.

Além de cuidar de situações consolidadas em que a incidência do condomínio de lotes não é tão significativa, a nova ordem jurídica mira, especialmente, os novos empreendimentos.

São esses que interessam, sob uma perspectiva jurídica de natureza civil-urbanística, ao escopo deste trabalho, cuja preocupação primordial é refletir e compreender as diretrizes que nortearão, do ponto de vista jurídico, a estruturação e o desenvolvimento do condomínio de lotes enquanto empreendimento a ser comercializado no meio urbano.

É o que abordamos nas próximas linhas com o propósito de dar alguma contribuição ao estudo de instituto caro à sociedade e, notadamente, aos operadores do direito, na expectativa de que esta “nova” figura condominial possa ser bem utilizada pela sociedade e prestigiada pelo Direito.

2. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE CONDOMÍNIO EDILÍCIO, INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E PARCELAMENTO DO SOLO

2.1. *A propriedade condominial: a espécie edilícia (especial)*

O direito de propriedade, como é sabido, pode ser atribuído em comum a mais de um titular, configurando o que, historicamente (já que o instituto não é novo), se denomina condomínio, caracterizado, via de regra, pela indivisão e pelo exercício conjunto do domínio.

No âmbito deste trabalho, interessa tratar da propriedade condominial sobre bem imóvel, notadamente da modalidade edilícia, de caráter especial em face do condomínio voluntário.

Atualmente, o tema encontra-se regulado, em suas linhas mestras, nos Capítulos VI e VII do Título III do Livro III do Código Civil (CC, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002)¹.

1. No tocante ao condomínio edilício, nos filiamos ao entendimento de que o Código Civil de 2002 derogou (especificamente naquilo em que é conflitante) as regras sobre o assunto previstas na Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964. E isso tanto porque o próprio § 1º do art. 2º da LINDB preserva a regra anterior que se mantém compatível com a nova (é exemplo o art. 8º, alínea *a*, da Lei de 1964, que cuida do condomínio de casas), quanto em razão do § 2º do mesmo artigo disciplinar que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

A título de curiosidade, anota-se que a Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, faz alusão, ainda, ao chamado condomínio urbano simples (arts. 61 a 63), figura condominial edilícia que tem a sua constituição facilitada com a finalidade de tutelar, principalmente, típicas formações habitacionais oriundas de relações familiares ou de parentesco.

O condomínio edilício, também chamado de especial, diz respeito a uma combinação entre domínio individual e plural, à fusão entre propriedade e compropriedade, da qual resulta um direito próprio, um conceito novo.

As características essenciais do condomínio edilício, as quais, em princípio, estão refletidas nos arts. 1.331, 1.335 e 1.339 do CC (ainda que com enfoque casuístico ao campo das edificações) são as seguintes: a) a coexistência da propriedade exclusiva (recaindo, p. ex., sobre o apartamento residencial, a sala ou o conjunto comercial) e o condomínio (fração ideal no terreno e partes comuns, tais como alicerces, paredes externas e elevadores) (art. 1.331); b) o estado de comunhão permanente e duradouro², de modo tal que, conquanto a unidade autônoma (acompanhada da respectiva fração ideal) possa ser livremente alienada (§ 1º do art. 1.331 e inciso I do art. 1.335), não é admissível separar a propriedade comum daquela individual, considerando-se os direitos do condômino (sobre cada uma destas partes) indivisíveis (§ 3º do art. 1.331 e *caput* e § 1º do art. 1.339)³.

O exposto até o momento é o suficiente para que sejam compreendidas as premissas estruturantes da copropriedade edilícia e que servirão ao aprofundamento do debate em torno do tema central deste trabalho, descabendo, por ora, discorrer sobre os demais aspectos da aludida relação condominial, os quais, conforme o caso, serão abordados nos tópicos oportunos.

2.2. A incorporação imobiliária: finalidade precípua

Segundo Alexandre Guerra:

O vocábulo *incorporação* não é unívoco. Corresponde, a um só tempo, tanto à *atividade* desempenhada pelo incorporador quanto ao *objeto material*, o

2. Tanto é que a lei prevê hipóteses excepcionais para a extinção do condomínio (arts. 1.357 e 1.358 do *Codex*) e, ainda que houvesse a deliberação unânime dos condôminos pela extinção por outro motivo, o caráter edilício resultaria descaracterizado.
3. Entretanto, é de se registrar que, respeitados certos requisitos, há permissivo legal no que tange à venda de partes acessórias (referentes, p. ex., a vagas de garagens e depósitos) da unidade autônoma (§ 2º do mencionado art. 1.339).

produto deste comportamento, *a edificação em condomínio*. A expressão alude ao negócio jurídico-contratual que se celebra como manifestação de tal atividade, e ainda, à própria realização da edificação. [...] (grifo do autor).⁴

A Lei 4.591/1964, no parágrafo único de seu art. 28, oferece uma definição a respeito da atividade de incorporação imobiliária. Em complemento, o art. 29 da referida lei prescreve o conceito da figura do incorporador.

Colhe-se da interpretação conjunta dos preceitos a finalidade primordial da incorporação imobiliária: promover o desenvolvimento e a comercialização de empreendimento imobiliário, por meio da alienação de futuras unidades autônomas (a construir ou em construção)⁵ vinculadas a frações ideais do respectivo terreno, ou seja, mediante a instituição futura de condomínio edilício.

Convém destacar, contudo, que incorporação e construção não se confundem, conforme esclarece Melhim Namem Chalhub.⁶

Conclui-se, com isso, que a incorporação imobiliária está vocacionada a conceber um condomínio edilício, cujas partes exclusivas idealizadas são vendidas antecipadamente, inclusive como forma de captação de recursos.

2.3. *O parcelamento do solo urbano*

Em fórmula abreviada, parcelamento do solo significa transformar a gleba em lote, como resultado da urbanificação⁷.

4. *Direito imobiliário brasileiro: incorporações imobiliárias e direito do consumidor: incorporações imobiliárias*. GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2011. Livro II, parte X. p. 638.

5. Nada impede que, concluída a obra, a venda de unidades prontas remanescentes em estoque prossiga. Todavia, nesse cenário, certos aspectos da atividade incorporativa perdem importância, enquanto a dinâmica contratual com os novos adquirentes tende a ganhar novos contornos.

6. “A atividade da construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a alienação de frações ideais do terreno e acessões que a elas haverão de se vincular; mas, independente disso, a atividade de incorporação pode, alternativamente, ser representada somente pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias. Obviamente, a incorporação compreende a construção, mas não é necessário que a atividade da construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois este pode atribuir a outrem a construção” (*Da incorporação imobiliária*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 11).

7. Segundo José Afonso da Silva, a urbanificação “consiste em toda atividade deliberada de beneficiamento ou de rebeneficiamento do solo para fins urbanos” (*Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 319-320).

Em sentido estrito, gleba é a área de terra ainda não fracionada (regularmente) para propósitos urbanos, ao passo que lote é a parcela de terra, oriunda daquele todo, destinada à edificação (isto é, fruto de parcelamento aprovado e registrado).

Por se limitar a fazer referência “àquilo que circunda o definido (... servido de...)” ou ao elemento contingente (“... dimensões... índices urbanísticos...”), não faltam críticas ao conceito de lote traçado pelo § 4º do art. 2º da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (LPSU-Lei de Parcelamento do Solo Urbano).⁸

Enfim, de acordo com a LPSU, o parcelamento do solo urbano pode ocorrer via loteamento ou através de desmembramento.

2.3.1. O loteamento: aspectos fundamentais

A LPSU cuida de definir loteamento e desmembramento, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 2º, fazendo-o centrada na ideia de subdivisão da gleba em lotes destinados à edificação.

A distinção entre um e outro processo reside, notoriamente, no fato de que, no desmembramento, há o aproveitamento do sistema viário presente, sem a abertura de novas vias de circulação ou a alteração dos logradouros públicos já existentes, ao contrário do que acontece na hipótese de loteamento.

Tendo em vista a reflexão a ser empreendida, mais à frente, acerca do regime jurídico aplicável à produção do condomínio de lotes, despertam maior interesse as transformações ínsitas ao loteamento, ao qual, portanto, passamos a dar enfoque.

A par da abertura ou modificação de vias e logradouros antes referidos, o loteamento, pela sistemática da LPSU, deve originar tanto áreas privadas (lotes) quanto públicas, tais como as destinadas a equipamentos comunitários e espaços livres de uso público. Tratam-se de requisitos urbanísticos e diretrizes básicas legalmente impostos (veja-se, p. ex., os arts. 4º e 6º da lei).

Explica Hely Lopes Meirelles que:

O loteamento é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da Prefeitura, para subsequente inscrição no Registro Imobiliário,

8. “Assim, o legislador foi infeliz nessa formulação conceitual, porque, artificialmente, deu ar de definição à circunstância acidental que queria prescrever para todos os lotes” (AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Millennium Editora, 2012. p. 41).

transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município e a alienação dos lotes aos interessados (grifo do autor).⁹

Isso significa que o surgimento de bens públicos é inerente à realização de um loteamento.

Nos dizeres de Lúcia Valle Figueiredo: “Autorizada a execução de determinado plano de loteamento, após a inscrição deste no Registro de Imóveis competente, ocorre a transferência ao Município de ruas, praças e de determinadas áreas, chamadas ‘institucionais’, sem necessidade de qualquer outro ato formal.”¹⁰

A integração de tais bens ao domínio público está contemplada como norma expressamente estampada no art. 22 da LPSU, que estipula o registro do loteamento, perante a Serventia Predial, como marco para tal fim.

Aliás, no tocante ao arruamento que precede o loteamento, a doutrina assevera que o reconhecimento dominial a favor da Municipalidade (ou do Distrito Federal, se o caso) opera-se por destinação, independentemente de título aquisitivo. Vislumbra-se, também, um caráter contraprestacional, por força do qual o arruamento se coloca como contrapartida ao direito de lotear.¹¹

Logo, não parece ser possível conceber um loteamento sem a criação de áreas públicas correlatas, conforme evidencia conceito forjado por Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei:

Parcelamento do solo urbano é subsistema do macrossistema da cidade, que expressa operação polivalente de integração de espaços públicos e privados, pelo fracionamento sustentável da propriedade imobiliária, servindo de base a múltiplas acomodações civis, urbanísticas e ambientais relevantes.¹²

2.3.2. O loteamento fechado ou de acesso controlado

Com o advento da Lei 13.465/2017, o conhecido loteamento fechado, singularizado pelo fechamento de seu perímetro e por ter o acesso ao seu interior

9. *Direito de construir*. 10. ed. atual. por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. e Mariana Novis. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 135.

10. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 98.

11. Nesse sentido, confira-se respectivamente: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. cit., p. 122. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. cit., p. 100.

12. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. cit., p. 2.

controlado, passou a ser legalmente nominado como loteamento de acesso controlado (§ 8º do art. 2º da LPSU).

Nessa espécie de parcelamento, realizado tal como um loteamento tradicional (nos moldes da LPSU) e com amparo em lei municipal que o autorize, o direito real de uso das áreas públicas é concedido (Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967), por termo ou contrato, a uma associação formada pelos moradores, a quem cabe suportar os respectivos custos de conservação e manutenção.

A legalidade desse tipo de empreendimento sempre foi alvo de controvérsias, tendo prevalecido, tanto na jurisprudência administrativa quanto na contenciosa, o entendimento pela sua aceitação, perante ao reconhecimento da competência legislativa e executiva do Município para regular o tema.¹³

Há, inclusive, precedente no Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, acenou favoravelmente à regulação do tema na esfera municipal.¹⁴

A licitude antes reconhecida restou reforçada com a inserção da modalidade na Lei 6.766/1979, “sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.”

3. CONDOMÍNIO DE LOTES

3.1. A visão sobre o tema até a edição da Lei 13.465/2017

Francisco Arnaldo Schmidt explica que o “condomínio horizontal de lotes” (também se vale da expressão “condomínio fechado de lotes sem edificação, ou com edificação de livre escolha do condômino”):

13. “[...] Registro de Imóveis – Loteamento fechado – Impugnação ao registro – Existência de legislação municipal que disciplina referida modalidade de parcelamento do solo – Empreendimento, ademais, aprovado pelos órgãos públicos municipais e estaduais competentes – Suficiência para reconhecimento da legalidade formal do empreendimento, no âmbito da qualificação registral – Impossibilidade de negativa de vigência a normas municipais na esfera administrativa, sob o argumento de inconstitucionalidade – [...] – Registro autorizado – Recurso não provido” (CGJESP, Parecer 165/2007-E, Processo CG 933/2006, Juiz Auxiliar Álvaro Luiz Valery Mirra, Corregedor Geral Gilberto Passos de Freitas, j. 05.06.2007. Disponível em: [www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=247]. Acesso em: 05.04.2018).

14. STF, Plenário, RE 607.940-DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. 29.10.2015, v.m. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10351534]. Acesso em: 05.04.2018.

[...] surgiu sob o impacto de necessidades condizentes com o moderno modo de habitar, principalmente no que diz respeito a questões essenciais, como segurança e privacidade, mas também para atender exigências subjetivas, como liberdade de escolha do projeto da residência, para adequá-la ao modelo de premências e gostos dos consumidores de tais produtos imobiliários.¹⁵

Um fato social verificado na periferia de metrópoles e em cidades litorâneas, mas não apanhado de maneira específica pelo legislador federal e que, conseqüentemente, exigiu interpretação teleológica acerca do direito em vigor para situações assemelhadas¹⁶, dando azo, como esperado, a opiniões divergentes (inclusive com regulação favorável em certas cidades e Estados, devido a particularidades locais).

Por conseguinte, cabe-nos fazer um registro sobre o debate construído a respeito da matéria no passado recente, abordando, de um lado, a controvérsia instalada no campo doutrinário e, de outro, já sob o ângulo prático e mais próximo à nossa realidade, o tratamento normativo-registral conferido ao assunto no Estado de São Paulo.

3.1.1. O debate na doutrina

Não raro, a discussão sobre a admissibilidade jurídica da figura do condomínio de lotes centrou-se na aceitação, ou não, de premissa relativa à vigência do artigo 3º do Dec.-lei 271/1967 (considerado, por alguns, revogado pela LPSU)¹⁷.

Para certos defensores dessa forma de propriedade condominial, o fundamento legal encontrava-se na combinação do referido dispositivo com a Lei 4.591/1964, o Código Civil, a legislação editada pelos municípios etc., conforme salientava Melhim Namem Chalhub.¹⁸

Em paralelo, Marco Aurelio S. Viana enumerava outros pontos lançados pela corrente contrária à implantação de condomínios de lotes, tais como: “inexiste disciplina legal específica, não se aplicando o Código Civil ou a Lei 4.591/64”; “à míngua de disciplina específica, a Administração Pública fica inibida de permitir

15. *Novo direito imobiliário e registral: condomínio horizontal de lotes*. cit., p. 134.

16. SCHMIDT, Francisco Arnaldo. *Novo direito imobiliário e registral: condomínio horizontal de lotes*. cit., p. 134.

17. Art. 3º 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 infra-estrutura à construção da edificação.

18. *Da incorporação imobiliária*. 3. ed. rev. e atual., cit., p. 36-37.

o parcelamento”; e “o art. 8º só se aplica em havendo vinculação à construção.” Ao final, concluía, porém, pela possibilidade dessa forma de aproveitamento do solo com base no art. 68 da Lei 4.591/1964.¹⁹

Sob outro giro, Hely Lopes Meirelles, postando-se a favor do que chamou de loteamentos especiais, entre os quais, salvo melhor juízo, parecia incluir o instituto em exame, asseverava que, a despeito da ausência de “[...] legislação superior específica [...]”, “[...] nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações”²⁰.

Finalmente, o Enunciado 89 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal também demonstrava uma certa abertura ao tema: “O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo.”

A nosso ver, a principal questão de fundo no debate doutrinário sempre foi a urbanística, com a qual já nos parecia possível compatibilizar a criação de condomínios de lotes a partir de legislação municipal própria e adequada, não se podendo falar em uma ilicitude inata no plano do direito federal.

3.1.2. O posicionamento adotado no âmbito da CGJ/TJSP

No Estado de São Paulo, a divergência relatada teve repercussão no campo registral à medida que foi objeto de apreciação pelo órgão fiscalizador dos Registros de Imóveis.

Na esfera correicional, o condomínio de lotes costumava ser detectado como uma tentativa disfarçada de parcelamento, ou seja, sem obediência aos requisitos da LPSU (nos autos do Processo Administrativo 2014/00141294²¹, adiante analisado, são elencados diversos precedentes do Conselho Superior da Magistratura e da própria CGJ nesse sentido).

No entanto, o termo “condomínio de lotes” passou a figurar na Seção referente às Incorporações Imobiliárias das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça (Extrajudicial – Itens 222.2 e 229 do Capítulo XX do Tomo II), por força

19. *Manual do condomínio edilício*: (arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163-165.

20. *Direito de construir*: cit., p. 140.

21. Disponível em: [www.extrajudicial.tjsp.jus.br/docpex/PROC2014_141294_Prov0216.pdf]. Acesso em: 27.03.2018.

de redação conferida pelo Provimento CG 37/2013²², então editado pelo órgão como fruto de trabalho de atualização normativa.

Em decorrência do aludido Provimento, o Item 222.2 referia e acolhia o art. 3º do Dec.-lei 271/1967, equiparando a execução das obras de infraestrutura no condomínio de lotes à construção da edificação. Já o Item 229 previa a incidência, naquilo que coubesse, das regras do CC atinentes ao condomínio edilício. Em complemento, o Item 293 das Normas passou a contemplar a aplicação do combatido art. 3º do Dec.-lei 271 à regularização de condomínio de frações ideais (ocupação individualizada de fato).

Posteriormente, após consulta pública, os Juízes assessores da CGJ, nos autos do Processo 2014/00141294, emitiram parecer desfavorável à pretensão de se disciplinar os condomínios de lotes no âmbito normativo-administrativo, ao considerarem revogado o Dec.-Lei 271/1967, bem como diante da inexistência de lei federal específica sobre a matéria.

E assim decidiu-se com o claro intuito de se evitar o parcelamento do solo em desacordo com os rigores da Lei 6.766/1979, enfatizando-se ser imprescindível a vinculação do terreno à construção no condomínio da Lei 4.591/1964.

A preocupação urbanística também é expressa neste Parecer, relatado pelo Juiz Swarai Cervone de Oliveira e que restou aprovado pelo Corregedor Geral Manoel de Queiroz Pereira Calças, acarretando a modificação dos itens normativos supramencionados por meio do Provimento CG 02/2016.

3.2. *O novo regime jurídico introduzido no Código Civil pela Lei 13.465/2017*

A já aludida Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, resultou da conversão da Medida Provisória (MP) 759, de 22 de dezembro de 2016, por sua vez aprovada, com alterações, na forma do Projeto de Lei de Conversão (PLV-Câmara dos Deputados) 12/2017²³.

Omisso o texto original da MP, foi somente por ocasião do PLV²⁴ que a matéria relativa a condomínio de lotes veio a ser inserida na Lei 13.465/2017, a qual, por

22. Disponível em: [www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=4647]. Acesso em: 27.03.2018.

23. Redação final do PLV remetido à sanção disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1574796&filename=Tramitacao-M-PV+759/2016]. Acesso em: 27.03.2018.

24. Segundo Victor Carvalho Pinto, o PLV teria inspiração no Projeto de Lei do Senado 208/2015. *Condomínio de lotes: um modelo alternativo de organização do espaço*

meio de seu art. 58, acrescentou a Seção IV ao Capítulo VII do Título III do Livro III da Parte Especial do Código Civil.

Desse modo, essa “nova” figura condominial passou a contar com previsão legal expressa no art. 1.358-A do CC²⁵.

Apesar de aforadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei 13.465/2017 (ADI 5771, 5787 e 5883), em análise perfunctória, nenhuma delas busca confrontar o conteúdo do preceito em comento, que poderia vir a sofrer algum revés, em tese, apenas por força de questionamento de ordem formal tangente à edição da MP predecessora.

É válido registrar que a matéria ainda conta com regulamentação no corpo do Decreto 9.310, de 25 de março de 2018, expedido, essencialmente, com o fito de instituir normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana.

3.2.1. Conceito e principais características diferenciadoras

No pensamento desenvolvido antes do surgimento do atual regramento, colhe-se a seguinte definição:

Em resumo, na espécie “condomínio horizontal de lotes”, 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 ao domínio e uso públicos, mas permanecem na fruição privativa dos condôminos.²⁶

Esta ideia parece persistir nos conceitos oferecidos em recentes artigos escritos a respeito da novel legislação.

urbano. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td243]. Acesso em: 30.03.2018.

25. Art. 1.358-A. Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. § 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição. § 2º Aplica-se, no que couber, ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística. § 3º Para fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor.
26. SCHMIDT, Francisco Arnaldo. *Novo direito imobiliário e registral*: condomínio horizontal de lotes. cit., p. 141.

É o que ilustra aquele cunhado por Vicente de Abreu Amadei:

Condomínio de lotes, previsto no art. 1.358-A do CC e também referido nos arts. 2º, § 7º e 4º, § 4º, ambos da Lei 6.766/79, é modalidade de condomínio (especial) assemelhada ao condomínio edilício, cujas unidades autônomas (*propriedade exclusiva* – art. 1.358-A do CC) são constituídas de lotes (unidades ainda não edificadas, mas destinadas à edificação, e, daí, com potencial construtivo), aos quais correspondem fração ideal do terreno e das áreas de uso comum dos condôminos, com as vias de circulação e demais partes comuns de domínio privado, bem como implantação e infraestrutura com respeito à legislação urbanística (§ 2º do art. 1.358-A do CC) e às exigências públicas impostas (como *limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros* – §4º do art. 4º da Lei 6.766/79). (grifo do autor).²⁷

Sem desviar das diretrizes anteriores, consideramos possível formular a seguinte conceituação: O condomínio de lotes é o resultado da subdivisão, física e jurídica, de uma gleba particular em unidades autônomas de domínio exclusivo (lotes), as quais, conforme frações ideais atribuídas, permanecem vinculadas às áreas restantes do terreno (vias de circulação, infraestrutura, espaços de lazer etc.), cuja titularidade, por sua vez, é comum.

Destoa do loteamento tradicional à medida que não dá origem a bens públicos, tais como áreas institucionais e equipamentos urbanos, remanescendo o terreno e partes comuns sob copropriedade privada.

Por igual motivo, e a despeito do fechamento do perímetro (muro etc.), distingue-se do loteamento fechado. E também porque nesse há necessidade de concessão do direito real de uso de áreas públicas e da criação de associação de moradores para geri-las, ao passo que, no condomínio de lotes, os condôminos rateiam as despesas comuns em razão da fração ideal detida (propriedade privada comum) e da relação condominial estabelecida.

Assim, enquanto no loteamento fechado se busca justificar o rateio de custos de interesse coletivo com suporte em obrigação contratual de caráter pessoal (ou no mandamento legal que veda o enriquecimento ilícito), no condomínio de lotes, o dever de rateio é *propter rem*.

27. A Lei 13.465/2017: visão panorâmica e reflexão pontual no trato do loteamento fechado e do condomínio de lotes. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/a-lei-13-4652017-visao-panoramica-e-reflexao-pontual-no-trato-do-loteamento-fechado-e-do-condominio-de-lotes/>]. Acesso em: 30.03.2018.

Existe diferença, ainda, em face do condomínio edilício clássico, formado por casas ou apartamentos em edifício, porquanto no “novo” modelo não se contempla a edificação sobre o lote, a ser promovida em apartado pelo respectivo adquirente, seja diretamente, seja mediante a contratação de terceiros.

Isto é, conquanto as unidades autônomas (os lotes) sejam destinadas a futura edificação, não se impõe a vinculação do terreno à construção nesta modalidade condominial.

3.2.2. *Natureza jurídica*

Em relação à natureza jurídica do condomínio de lotes, as opiniões atuais apontam para o tipo condominial edilício.

Nesse sentido, a conclusão sintetizada por Marco Aurélio Bezerra de Melo: “O condomínio de lotes, em suma, é um condomínio edilício sem edificação.”²⁸

Na mesma direção coloca-se a assertiva de Vitor Frederico Kämpel:

Acertadamente o legislador inseriu no sistema o condomínio de lotes como tipo de condomínio edilício, através da abertura de uma seção dentro do capítulo do CCB/02 dedicado a essa modalidade condominial. O que se tem é um perfeito alinhamento ao entendimento generalizado de que condomínio de lotes é condomínio edilício.²⁹

Por ser condomínio, é tido como um modo de ser do direito real de propriedade.

Em coerência com a definição que sustentamos anteriormente, também enxergamos o condomínio de lotes como uma subespécie do condomínio edilício (ao lado dos que são constituídos por casas, salas ou conjuntos comerciais, apartamentos, galpões logísticos ou industriais etc.), ou seja, sua natureza jurídica é de condomínio especial.

Com todo respeito aos que se opõem a essa ideia ao julgarem a construção da casa ou do apartamento indissociável da concepção de condomínio edilício, nos

28. *Condomínio de lotes e a Lei 13.465/2017*: breve apreciação. Disponível em: [<http://genjuridico.com.br/2017/08/15/condominio-de-lotes-e-lei-1346517-breve-apreciacao/>]. Acesso em: 04.02.2018.

29. *A positivação do condomínio de lotes*: mais uma importante novidade da Lei 13.465/2017. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI266901,21048-A+positivacao+do+condominio+de+lotes+Mais+uma+importante+novidade+da]. Acesso em: 04.02.2018.

filiamos ao pensamento que encontra na infraestrutura, e no próprio retalhamento ordenado da gleba e consequentemente edificante dos lotes (por sua vez, dotados de potencial construtivo), a configuração da suposta exigência.

Ademais, é preciso lembrar que os empreendimentos modernos, até mesmo em loteamentos fechados, já são concebidos com áreas de lazer e outros espaços comuns construídos sob coordenação do empreendedor.

O fato de se tratar de um terreno totalmente privado, composto por propriedade exclusiva mais propriedade comum, serve de inegável supedâneo para a alegada natureza jurídica.³⁰

Não é por acaso, portanto, que o § 2º do art. 1.358-A do CC determina a aplicação, sempre que cabível ao condomínio de lotes, das regras idealizadas para o condomínio em edifício.

3.2.3. *Desenvolvimento do empreendimento: incorporação imobiliária ou loteamento?*

Tendo em mira o quanto já exposto, a compreensão do regime jurídico do condomínio de lotes apresenta-se, à primeira vista, como fácil tarefa a ser inferida a partir do conceito e da natureza jurídica do instituto abordados nos itens supra.

Todavia, o discurso não é uníssono quando se trata do arcabouço legal a reger a estruturação e o desenvolvimento do empreendimento destinado a implantar um condomínio de lotes, mormente no campo do direito federal.

Cuida-se de incorporação imobiliária, loteamento ou de ambos (em uma espécie de regência mista)? É claro que só faz sentido pensar em incorporação imobiliária quando verificada a alienação de lotes antes ou durante a construção do condomínio (antes de concluído o empreendimento), conforme discorreremos no Item 2.2, retro.

Ora, mas essa é (ou tende a ser) justamente a situação fática mais corriqueira: empreendimento destinado à prévia comercialização (os novos condomínios a serem lançados), em vez das hipóteses de atribuição (instituição pós-execução ou sobre condomínio de fato) e de conversão de loteamento (excluída deste trabalho por exigir outra gama de debates: desafetação de bem público etc.).

Logo, saber se estamos diante de um loteamento ou de uma incorporação imobiliária (ou até de ambos) é questão que tem inúmeras implicações práticas que interessam tanto ao mercado imobiliário em geral quanto aos operadores do direito, especialmente aos da área registral.

30. Neste sentido: Chalhub, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. cit., p. 37.

Como imperativo lógico, o regramento incidente influenciará, entre outros, a realização de negócios, o teor de contratos, a solução de litígios, os procedimentos perante a Prefeitura e o Registro de Imóveis, enfim, os reflexos econômicos e sociais desta forma de ser da propriedade imobiliária.

De início, a polêmica pode ser exemplificada pela manifestação de Vitor Frederico Kumpel que, após criticar a omissão da lei no tocante à comercialização de lotes futuros (visto que considera frágil a remissão contida no § 3º do art. 1.358-A do CC), arremata:

O quadro, portanto, é o seguinte: aplicam-se ao condomínio de lotes as regras da Lei 6.766/79, porque se trata de efetivo parcelamento. Por regra geral, podem incidir também as regras da reurbanização (*Reurb-E e Reurb-S*). Além disso, acrescentam-se exigências da Lei 4.591/64 relativamente à incorporação imobiliária e a certos requisitos que asseguram a característica privada do empreendimento a realizar. Tudo isso, é claro, sem prejuízo das normas edilícias do município onde se dará o empreendimento, diante da competência constitucional para tanto (CF/88, art. 30, VIII e art. 182). (grifo do autor).³¹

O autor invoca uma “múltipla incidência normativa” e argumenta que, por um lado, a “[...] comercialização de unidades futuras de um condomínio edilício [...]” faz incidir a Lei das Incorporações Imobiliárias e, por outro, o parcelar do solo urbano impõe o respeito à LPSU, o que estaria claro, inclusive, pelo acréscimo do § 7º ao seu art. 2º (do qual trataremos a seguir).

Esse raciocínio se aproxima da ideia de sistema híbrido, divulgada no período anterior à publicação da Lei 13.465/2017, e, aparentemente, conta com a adesão de Marco Aurélio Bezerra de Melo³².

Em outra ponta, em sentido discordante, Vicente de Abreu Amadei pressupõe a aplicação do regime de incorporação imobiliária a este tipo de empreendimento, valendo transcrever o seguinte trecho do recente artigo: “Há, pois, lote em forma de imóvel autônomo, fruto de loteamento (aberto ou fechado) e há lote em forma de unidade imobiliária, fruto, pois, de condomínio especial (o condômino de lotes), que pode, ou não, ser antecedido da fase provisória da incorporação imobiliária.”³³

31. *Condomínio de lotes*: regime jurídico e aspectos registrares. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI269493,71043-Condominio+de+lotes+regime+juridico+e+aspectos+registrais]. Acesso em: 04.02.2018.

32. *Condomínio de lotes e a Lei 13.465/2017*: breve apreciação. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2017/08/15/condominio-de-lotes-e-lei-1346517-breve-apreciacao/]. Acesso em: 04.02.2018.

33. *A Lei 13.465/2017*: visão panorâmica e reflexão pontual no trato do loteamento fechado e do condomínio de lotes. Disponível em: [http://iregistradores.org.br/a-lei-

Esse posicionamento parece ser endossado por André Abelha³⁴.

Já para Victor Carvalho Pinto, a produção de lote deve suportar os ônus urbanísticos (necessários à criação dos equipamentos públicos de que o lote dependerá) e, portanto, só se efetiva por loteamento e desmembramento, “em observância ao princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”³⁵.

Há relevantes consequências práticas em se adotar um ou outro regime (ou a combinação dos dois), entre as quais convém elencar:

a) promoção do empreendimento – pela Lei 4.591/1964, além do proprietário, também o compromissário comprador e o construtor, p. ex., podem incorporar (arts. 31 e 32, alínea *a*). Já nos termos do inciso I do art. 18 da LPSU, somente o proprietário da gleba, a rigor, estaria autorizado a lotear;

b) documentação exigida pela Serventia Predial – o contrato-padrão de promessa de venda é item obrigatório do Memorial de Loteamento (art. 18, VI), mas inexistente no Memorial da Incorporação, o qual deve ser integrado, a seu turno, por quadro de áreas contendo as metragens das unidades autônomas e das áreas comuns e as correlatas frações ideais;

c) procedimento cartorial – ao contrário da incorporação, a LPSU contempla impugnação pública no rito registral (art. 19);

d) emolumentos – no Estado de São Paulo (dado que o assunto é versado em lei estadual), os emolumentos devidos pelo registro do loteamento são calculados em valor fixo por lote, ao passo que, na incorporação, leva-se em conta o valor do terreno somado ao custo global da construção (no caso de condomínio de lotes, pode-se pensar na infraestrutura e em eventuais partes comuns a serem edificadas);

e) prazo de carência e desdobramento em fases – somente para a incorporação imobiliária são reguladas a fixação de prazo de carência para desistência do empreendimento e a implantação desdobrada em fases (art. 34 da Lei 4.591/1964 e art. 6º da Lei 4.864/1965);

13-4652017-visao-panoramica-e-reflexao-pontual-no-trato-do-loteamento-fechado-e-do-condominio-de-lotes/]. Acesso em: 30.03.2018.

34. *A nova Lei 13.465/2017 (parte I): o condomínio de lotes e o reconhecimento de um filho bastardo*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263420,81042-A+nova+lei+134652017+Parte+I+o+condominio+de+lotes+e+o+reconhecimento]. Acesso em: 04.02.2018.

35. *Condomínio de lotes: um modelo alternativo de organização do espaço urbano*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td243]. Acesso em: 30.03.2018.

f) garantia de execução da infraestrutura – via de regra, apenas a LPSU exige a outorga de garantia (normalmente, caução ou hipoteca) pelo empreendedor quanto à execução das obras (art. 18, V);

g) patrimônio de afetação – em princípio, esse instrumento de segregação patrimonial tão relevante para o adquirente do imóvel (o consumidor do produto) só é admitido no âmbito da incorporação imobiliária (art. 31-A da Lei 4.591/1964).

Visto isso, pergunta-se: Como conciliar comandos tão discrepantes? Ou, quando deve prevalecer um ou outro? Qual o critério de escolha da regra a incidir? Como solucionar, com segurança jurídica, incompatibilidades ou desnecessárias sobreposições?

De acordo com a tese da múltipla incidência normativa, tal como sugerida por Vitor Frederico Kämpel, a Lei 6.766/1979 prevaleceria na fase de aprovação de projeto (ente municipal) e de registro (RI) e deveria ser atendida no que concerne aos seus requisitos urbanísticos. Em seguida, a Lei 4.591/1964 nortearia a comercialização antecipada de unidades futuras, impondo, ainda, a complementação da documentação com “[...] o memorial de incorporação e a minuta da futura convenção de condomínio.”³⁶

Em uma visão um pouco distinta e voltada para o lote em si, Carlos Eduardo Elias de Oliveira entende que a Lei das Incorporações Imobiliárias incidiria subsidiariamente para suprir lacunas (patrimônio de afetação, convenção etc.). O toque central seria dado pela LPSU, devido à sua íntima conexão com o interesse público na ordenação do território (supremacia do interesse público sobre o privado).³⁷

Em tom mais incisivo, Victor Carvalho Pinto deixa claro que a relação entre a Administração Pública e o empreendedor (e o proprietário da gleba) rende-se aos ditames da LPSU. Complementa que o “novo” condomínio não representa uma alternativa ao loteamento, restringindo-se a uma mera forma de organização da quadra daí resultante.³⁸

36. *Condomínio de lotes: regime jurídico e aspectos registrais*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI269493,71043-Condominio+de+lotas+regime+juridico+e+aspectos+registrais]. Acesso em: 04.02.2018.

37. *Novidades da Lei 13.465, de 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td239/view]. Acesso em: 04.02.2018.

38. *Condomínio de lotes: um modelo alternativo de organização do espaço urbano*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td243]. Acesso em: 30.03.2018.

Percebe-se que, com maior ou menor intensidade, prossegue arraigado na doutrina o receio de que o condomínio de lotes impacte negativamente a qualidade de vida urbana.

Contribuem, ainda, para a polêmica as alterações promovidas pela Lei 13.465/2017 no seio da LPSU, notadamente o § 7º inserido no art. 2º, ao precognizar as formas sob as quais pode ser constituído o lote (imóvel autônomo ou unidade integrante de condomínio). E, igualmente, o § 4º incluído no art. 4º, ao cogitar de condicionantes ao direito de construir.

Entretanto, com o devido respeito às opiniões divergentes, pensamos que o empreendimento voltado a conceber um condomínio de lotes no contexto ora apresentado³⁹ deve guiar-se pela Lei das Incorporações Imobiliárias, e não pela aplicação isolada ou combinada da LPSU (sem prejuízo, é claro, da legislação urbanística municipal, do CC, do CDC etc.).

Em primeiro lugar, a fim de demonstrarmos nossas razões, cumpre-nos ponderar sobre a interpretação das modificações operadas na LPSU (dispositivos há pouco citados), para, só então, passarmos ao cerne da problemática.

No que tange ao § 7º do art. 2º antes indicado, se a intenção da lei era (como nos parece) apenas reforçar e esclarecer a possibilidade jurídica da figura condominial composta por lotes, poderia ter primado por um mínimo de técnica e ter ressalvado a observância cogente da regra específica que, ao mesmo tempo, fez inserir no Código Civil (art. 1.358-A).

Isso porque, do contrário, não haveria sentido no quanto estipulado no § 3º do art. 1.358-A, segundo o qual, para fins de incorporação imobiliária, a implantação da infraestrutura do condomínio de lotes competirá ao empreendedor.

Essa norma não figura no Código, nem poderia, para indicar simplesmente que a alienação antecipada de lotes em condomínio está submetida à Lei 4.591/1964. Ora, basta ver que a comercialização de lotes (em geral) é igualmente permitida antes ou durante a execução das obras do loteamento já registrado, sendo absolutamente despiciendo (e até descabido diante da existência de regras próprias na LPSU) aplicar o regime da incorporação imobiliária para se alcançar tal propósito.

A verdade é que essa prescrição do CC elucidada, ainda que de maneira singela, uma inafastável associação entre as figuras do condomínio de lotes e a incorporação imobiliária.

39. Pressupomos aqui, como já comentado, a situação fática mais comum: comércio de lotes no lançamento do empreendimento ou no curso das obras básicas.

E isso sucede de tal modo que interfere no exato dimensionamento do conteúdo do dispositivo da LPSU em comento, de caráter mais circunstancial e descritivo.

Logo, não se considera admissível conferir ao § 7º do art. 2º da LPSU maior força do que possui, a ponto de tornar o regime desta lei impositivo à estruturação da propriedade condominial loteada.

No que se refere ao § 4º do art. 4º, registra-se, inicialmente, que a sua inserção era absolutamente desnecessária diante da legislação já existente e suficiente acerca da instituição de limitações administrativas e direitos reais sobre imóvel particular em benefício do Poder Público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana.

Tanto é que se limita a noticiar e exemplificar a possibilidade (obviamente amparada em regras precedentes, visto que o dispositivo nada de novo estipula) de se instituir servidão de passagem, usufruto ou restrição à construção de muro em face de um condomínio de lotes.

Portanto, o referido dispositivo não tem o condão de exigir, na implantação do condomínio loteado, o atendimento aos requisitos urbanísticos enumerados pela Lei 6.766/1979.

O empreendimento estará compelido, é claro, a respeitar os índices urbanísticos e os critérios de uso e ocupação da lei local (municipal ou distrital), a legislação ambiental pertinente, o Estatuto da Cidade etc., mas não as orientações do art. 4º da LPSU.

Ora, se assim não fosse, onde estaria a razão em se resguardar a instituição, em benefício público, de servidões de passagem, usufrutos ou restrições a muros (que, a rigor, recairiam sobre área comum do condomínio) se tivessem de existir “áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público”, tal como pressupõe o inciso I do art. 4º?

E dizer, por exemplo, que a área comum a receber a servidão de passagem teria de ser proporcional “à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor”, como cogita o citado inciso para a ideia original que previu, seria o mesmo que aniquilar a figura condominial e impor, pela via reflexa, o loteamento tradicional.

Uma coisa é promover a integração do condomínio ao bairro sem sobrecargas, outra é suprir por completo a deficiência estrutural da região.

E, ainda, se as vias internas do condomínio tivessem de “articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas”, como quer o inciso IV do art. 4º para a hipótese de loteamento clássico, para que serviria a servidão ou o usufruto do aludido § 4º?

Em suma, a propriedade condominial debatida perderia sentido se submetida aos requisitos urbanísticos da LPSU, a ponto que seria muito mais sensato, em tais circunstâncias, recorrer ao loteamento fechado ou de acesso controlado.

Portanto, o tom do comentado parágrafo é de ressalva, eis que objetiva abordar situação distinta, excepcional ao tradicional loteamento, não se propondo a atrair a influência dos requisitos urbanísticos da LPSU para o universo do condomínio de lotes.

Superados esses aspectos relativos à técnica legislativa e à consequente interpretação controvertida, debruçamo-nos sobre o problema em sua essência.

Para tanto, é preciso repousar o olhar sobre o todo, uma vez que a análise segmentada pode levar a distorções. Pense-se no arranjo imobiliário, e não apenas no lote isolado.

E isto se diz com a finalidade especial de se ressaltar que a atividade de estruturação e desenvolvimento de um condomínio de lotes está predisposta, inevitavelmente, a produzir um condomínio edilício, cuja propriedade (exclusiva e comum) mantém-se na esfera privada, ou seja, no domínio dos condôminos.

Entretanto, lembre-se, como vimos no início, que a criação de bens públicos é inerente ao conceito de loteamento. Por mais que represente o exercício de uma faculdade do domínio (dispor em parte – não é, pois, um direito real), esta modalidade de parcelamento é um meio de urbanização conducente ao surgimento coordenado de áreas privadas e públicas integradas.

Ocorre que essa realidade não é condizente com os fundamentos do condomínio de lotes.

A contrario sensu, se o resultado da equação é um condomínio edilício (espaço totalmente privado), este produto qualifica os elementos que lhe dão causa, de modo a não ser factível pretender alcançar um condomínio de lotes através do processo de loteamento.

E se a preocupação que faz invocar o regime do parcelamento é de caráter urbanístico, o que sugere permanecer vivo o principal argumento que subsidiou o debate no período anterior à nova lei, basta dizer que a legislação municipal (ou do DF), acompanhada de normas federais gerais como o Estatuto da Cidade, é a mais apropriada, e constitucionalmente lastreada, para regular a questão (art. 30, I e VIII, da CF), conforme melhor exploraremos a seguir.

O juízo pela patologia identifica, aprioristicamente, o condomínio de lotes com adensamento populacional deturpado, sobrecarga da infraestrutura de serviços públicos e problemas de tráfego veicular, ignorando o controle urbanístico posto à disposição do Poder Público que, inclusive, pode e costuma exigir as contrapartidas pertinentes.

Destarte, carrega consigo uma contradição se pensarmos nos condomínios de casas.

O condomínio de lotes, por si só, está mesmo condenado a criar cidades sobrepostas? Restringir, abstratamente, a sua implantação à quadra sempre seria adequado?

Anote-se, no mais, que a opção pela disciplina conjugada das Leis 6.766/1979 e 4.591/1964 pode inviabilizar a consecução de condomínios de lotes à medida que tende a tornar o procedimento mais burocrático e custoso, o que certamente refletirá na cadeia econômica.

Pior, tende a ser fonte de conflitos pela insegurança jurídica que suscita.

Não há critérios seguros, no contexto jurídico atual, que permitam, muito menos recomendem, a integração de regimes normativos tão diferentes e peculiares.

Mesmo que se queira segmentar em fases (aprovação, registro e comercialização), a influência recíproca entre umas e outras é intrínseca ao processo como um todo. Daí porque, fatalmente, haveria, já de plano, um excesso ou uma sobreposição de documentos ao se pensar na fase de registro via loteamento e na incorporação para a etapa contratual.

E ainda que esse ponto, aparentemente mais simples, pudesse ser superado por parâmetros doutrinários ou jurisprudenciais, remanesceria o desafio de escolher, com acerto e justiça, a regra aplicável a cada situação: Quem estaria autorizado a promover o empreendimento? A garantia de execução das obras deveria ser exigida? E a publicação de editais e a impugnação em cartório? Caberia prazo de carência? E o patrimônio de afetação, que inclusive pode ter reflexos tributários?

Enfim, e a par dos relevantes aspectos práticos apontados, conclui-se que a incorporação imobiliária é o meio adequado para se estruturar e desenvolver um condomínio de lotes, sempre que a alienação de lotes for pretendida antes de executado o empreendimento já aprovado e registrado (o que é praxe), não se justificando, fática ou juridicamente, a incidência do regime legal previsto para o processo de loteamento.

3.2.4. Obras de infraestrutura e regras de administração e convivência

Com frequência, a realização de qualquer empreendimento imobiliário terá de suportar, como contrapartida decorrente de lei municipal, custos requeridos para a adequação da infraestrutura do entorno (reforma e construção de equipamentos, doação de áreas, ajuste do viário etc.).

Já de modo específico, em um condomínio de lotes, as obras de infraestrutura equivalerão, entre outras, a vias internas de acesso ou circulação, muros, portões, redes internas de água e esgoto, equipamentos de iluminação das áreas coletivas e os destinados a escoar as águas pluviais e que, bem dimensionadas, serão integradas ao sistema da cidade.

São as obras que conformam, eventualmente em conjunto com outras existentes (como áreas de lazer), a propriedade comum do empreendimento.

Havendo incorporação imobiliária, será o incorporador o responsável por coordenar e levar a termo a construção da infraestrutura e demais partes da área comum, em consonância com o que determinam o art. 1.358-A, § 3º, do CC e o art. 29 da Lei 4.591/1964.

Aliás, é prudente esclarecer, as obras de infraestrutura e outras da parte comum poderão ser realizadas pelo incorporador ou construtor por ele contratado (empregada a preço global) ou, ainda, a preço de custo, mediante contratação direta pelos adquirentes de construção por administração (v. arts. 48 a 62 da Lei 4.591/1964).

Para Carlos Eduardo Elias de Oliveira, o referido § 3º propõe-se, tão só, a isentar o Poder Público da execução da infraestrutura e zelar para que “[...] o condomínio de lotes não crie uma área desértica e sem o suporte adequado”⁴⁰, apesar de temer que a redação descuidada do dispositivo possa dar margem a algum conflito contratual entre o incorporador e o consumidor (eliminado, a nosso ver, pela lei especial).

O que importa, aqui, é a transparência na relação contratual e o papel assumido pelo incorporador na realização do empreendimento.

Uma vez instituído e especificado o condomínio edilício ao término regular das obras, a administração do empreendimento entregue e a convivência entre os condôminos são disciplinadas pela respectiva convenção condominial, que deve ser levada a registro no Livro 3 do Ofício Imobiliário.

Nesse quadro, o § 2º do art. 1.358-A do CC prevê, para os condomínios de lotes, a subsunção, naquilo que couber, à moldura legal delineada para os condomínios edilícios em geral (concebida, muito mais, sob a ótica de edifícios de apartamentos).

40. *Novidades da Lei 13.465, de 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td239/view]. Acesso em: 04.02.2018.

Competirá ao intérprete selecionar ou adaptar as normas compatíveis com cada realidade, mas, no fundo, boa parte do dia a dia e das principais deliberações que interessam à comunidade titular dos lotes amolda-se ao contido nos arts. 1.331 a 1.358 do Código, preservada, obviamente, a liberdade contratual que a lei confere à convenção.

Bem se prestam a isso, exemplificativamente, os princípios de que o uso das partes comuns não pode ser embaraçado por qualquer morador e de que a destinação da unidade deve acompanhar o fim ao qual afeto o condomínio. E as regras respeitantes às contribuições condominiais, aqui também de natureza *propter rem*.

Certas peculiaridades, contudo, reclamarão condutas específicas, principalmente no que se refere ao padrão construtivo e às restrições convencionadas para as futuras edificações a serem erigidas sobre os lotes.

O mesmo se dá se a área de lazer compreender um clube.

Tal como se vê nos edifícios modernos, também é possível agregar ao empreendimento serviços sob demanda e pagos por uso (o chamado sistema *pay per use*), cuja disponibilização, no entanto, não dependerá necessariamente do custeio coletivo (salvo, na maioria das vezes, quanto à manutenção do espaço), mas, sim, da contratação direta de um terceiro pelo morador, podendo o condomínio, em certas situações, até auferir receitas com a exploração de áreas predefinidas.

É o caso de serviços de lavanderia, cabeleireiro, manicure, professor de tênis (para a quadra da área comum de lazer), professor de *pilates* (para a academia), massagista, faxina, lava-rápido, reparos e manutenções. Tanto o condomínio pode manter contratado o serviço (e aí este corresponderia a uma despesa comum) como pode apenas disponibilizar (inclusive mediante cobrança de valor específico) o respectivo espaço para a prestação direta por terceiros.

Finalmente, deve-se ter em conta que, a depender da composição e finalidade do empreendimento (residencial, comercial, industrial ou misto), outras nuances de natureza convencional permearão o marco regulatório comunitário, o que, em certa medida, já ocorre em condomínios edilícios de galpões logísticos ou em que se combinam centros comerciais, prédios de escritório e moradias, em razão da inspiração pouco abrangente (com enfoque residencial) refletida no ordenamento em vigor.

Nesse cenário, cresce em importância a organização por subcondomínios, onde a separação de despesas admitidas a rateio (por subcondomínio), o eventual compartilhamento de espaços e a ocasional utilização de portarias distintas ganham elevado destaque.

Em resumo, a convenção de condomínio, que não poderá desbordar dos ditames do CC, é o instrumento crucial para o adequado funcionamento das relações que orbitarão o estado de compropriedade.

3.3. Aspectos registraís: legislação aplicável e normas da CGJ/TJSP para o serviço extrajudicial

O Registrador é profissional do direito, dotado de fé pública, a quem compete zelar pela segurança, validade, eficácia e publicidade dos atos jurídicos constitutivos, translativos ou extintivos de direitos reais sobre bens imóveis (veja-se o art. 172 da LRP).

No tocante ao tema deste artigo, a atuação do Delegado do RI é crucial no processo de registro do empreendimento, na averbação de construções relacionadas à infraestrutura e área comum, na instituição e especificação do condomínio edilício e no controle, no fôlio real, das mutações jurídico-reais operadas quanto aos lotes originados.

Em coerência com o até aqui defendido, incumbe-nos assentar que o referencial legislativo de maior relevância para o serviço registral, no que tange à estruturação e ao desenvolvimento de um condomínio de lotes, é a Lei 4.591/1964, presumida, como costuma acontecer, a presença do negócio da incorporação imobiliária. Além, é notório, do Código Civil e da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Ainda, é imperioso falar das normas administrativas que explicitam e regulamentam a figura condominial em cotejo, tais como aquelas emanadas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (já que pertinentes à nossa realidade local).

Nos Itens 447 a 451 do Cap. XX das Normas de Serviço do órgão corregedor (Cartórios Extrajudiciais – Tomo II do Prov. 58/89, em sua redação atual), o assunto já se encontra regulado, valendo destacar, para o plano registrário, que: “A execução das obras de infraestrutura equipara-se à construção da edificação e sua conclusão deverá ser averbada na matrícula matriz do empreendimento, seguida dos atos simultâneos de registros da instituição e especificação de condomínio e da convenção.” (Item 450).⁴¹

Uma primeira observação a se pontuar é a superação do entendimento antes vigente, sabidamente ensejada pela vinda da Lei 13.465/2017, mercê da qual a

41. Disponível em: [<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=97552>]. Acesso em: 03.04.2018.

autoridade correcedora passou a reconhecer a existência jurídica e a licitude do condomínio de lotes.

Outro fator que sobrepõe é o exposto acolhimento do regime de incorporação imobiliária para a esfera registral (Item 451).

Quer dizer, perante o RI, o procedimento de registro do empreendimento voltado a produzir e comercializar lotes em condomínio seguirá, ordinariamente, o roteiro ditado pela Lei das Incorporações Imobiliárias e pelas próprias Normas de Serviço na seção relativa à matéria.

Disso resulta, *e.g.*, a obrigatoriedade de o empreendedor responsável elaborar e apresentar Memorial de Incorporação contendo, *p. ex.*, projeto aprovado pela Administração Pública (acompanhado das licenças emitidas), quadro do cálculo das áreas das unidades e das partes comuns (conforme NBR/ABNT 12.721), memorial descritivo das especificações da obra projetada, discriminação das frações ideais correspondentes às unidades autônomas e minuta da futura convenção de condomínio.

Essas diretrizes técnicas, sendo normas infralegais decorrentes do poder disciplinar da CGJ/TJSP, deverão ser observadas pelos Registros de Imóveis do Estado de São Paulo em congruência com a lei em vigor.

3.3.1. A instituição do condomínio e a questão da fração ideal

A doutrina refere situações variadas que podem levar à instituição condominial, a qual, em suma, objetiva discriminar e individualizar as unidades autônomas, estremando-as umas das outras, e as partes comuns, bem como determinar a parte ideal vinculada a cada unidade e que recai sobre o terreno e as coisas comuns, terminando por indicar o uso a que se destina o condomínio.

Tem por efeito primordial conferir existência jurídica (e, para alguns, física) ao condomínio edilício propriamente dito, segundo orientação dominante nas Varas de Registros Públicos do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP.⁴²

Tanto é que o Item 226 do Cap. XX das Normas de Serviço da CGJ/TJSP estatui: “Antes de averbada a construção e registrada a instituição do condomínio,

42. 1ª VRPSP, Processo 0072175-32.2013.8.26.0100, Juiz Josué Modesto Passos, j.17.12.2013. Disponível em: [www.kollemata.com.br/condominio-edificio-instituicao-inexistencia-unidade-autonoma-numero-de-contribuinte-avercacao-qualificacao-registral.pdf]. Acesso em: 04.04.2018. Alvo de dissensão, este posicionamento sofre alguma objeção doutrinária. Entretanto, não há espaço nesta oportunidade para se lançar a profunda reflexão que a problemática requer.

será irregular a abertura de matrículas para o registro de atos relativos a futuras unidades autônomas.”⁴³

Ato de registro nos moldes do art. 167, I, 17, da LRP e do art. 1.332 do CC (ato entre vivos ou testamento), é procedido por meio de instrumento público ou particular, este último frequente na incorporação, e enseja a abertura de matrículas autônomas para as respectivas unidades de propriedade exclusiva (princípio da unitariedade matricial).

Muito embora a instituição seja precedida da averbação da construção, na maioria das vezes, os atos são praticados de forma contemporânea e interligada.

Nessa quadra, os documentos que comumente devem acompanhar o instrumento de instituição e especificação são: o certificado de conclusão da obra emitido pela Prefeitura, a certidão negativa de débitos previdenciários (INSS-Instituto Nacional do Seguro Social) e a convenção de condomínio.⁴⁴

Não há diferença para se instituir um condomínio de lotes. É, inclusive, o que se deduz do Item 450 das Normas de Serviço, retrocitado.

Em particular, a obra a ser averbada dirá respeito à infraestrutura e às demais áreas comuns, como já vimos, e a unidade corresponderá ao lote (por razões já expostas, deixa-se de cogitar da hipótese de atribuição, na qual se pode discutir a necessidade de escritura pública).

Por sua vez, a fração ideal representa a projeção da unidade autônoma sobre o terreno e as coisas comuns, devendo ser identificada em forma decimal ou ordinária. Nos termos do § 3º do art. 1.331 do CC (com redação dada pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004), trata-se de quota-parte inseparável da unidade autônoma.

Sob uma perspectiva histórica, a doutrina enuncia duas maneiras de apurar a fração ideal: um critério objetivo (quociente resultante da divisão da área construída da unidade pela área de construção da edificação) e outro subjetivo, baseado no valor da unidade ao tempo da instituição do condomínio (conforme andar em que situada a unidade, a sua localização em relação à incidência da luz, seu valor locativo, suas vantagens e comodidades intrínsecas etc.).

43. Disponível em: [<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=97552>]. Acesso em: 03.04.2018. Note-se, em contrapartida, que o registro de título referente a unidade futura na própria matrícula-mãe (terreno) é admitido, conforme posição sedimentada no Item 228 do mesmo compêndio normativo.

44. Permanece sendo exigida a CND-INSS, para fins de averbação de construção, não tendo a CGJ/TJSP adotado a facultatividade (e dispensa) praticada, quanto a certidões de débitos tributários em geral (excetuada a exigência de pagamento daquele devido pela própria transação, como o ITBI), na aquisição imobiliária.

No contexto da propriedade condominial por lotes, o § 1º do art. 1.358-A do Código Civil traz solução satisfatória para a questão ao sugerir, alternativamente, a fixação fundada em relação de proporcionalidade extraída da área do solo de cada unidade ou do respectivo potencial construtivo, resguardada, ainda, a faculdade de livre eleição do critério de cálculo no ato de instituição.

À luz do que já é aceito para o condomínio de casas ou apartamentos (art. 1.331, § 3º, do CC), a liberdade quanto à definição da forma de cálculo, sempre que este estiver amparado em suficiente justificativa matemática e for consentâneo com o direito, pode se revelar conveniente às peculiaridades do empreendimento.

No entanto, e ao se optar pela sugestão legal, como apurar a acenada proporcionalidade? Desprezado do rigor técnico matemático e para explicitar o que a lei apenas sinaliza, pode-se afirmar: Calcula-se o coeficiente de proporcionalidade mediante a divisão da área do solo da unidade pela área global do terreno do condomínio. No caso do potencial construtivo, o raciocínio aplicado é o mesmo, substituindo-se as variáveis envolvidas: as áreas (individual e global) pelos potenciais construtivos (individual e global).

A fórmula engendrada resolve dilema do passado que tanto incomodava os estudiosos de direito registral.

Preocupado com o potencial de litigiosidade e o desequilíbrio que a fração ideal, lastreada na edificação futura, atrairia para o condomínio de lotes, Francisco Arnaldo Schmidt, à época, já acenava em direção similar àquela na qual o legislador atual viria a se colocar: “Os cálculos de áreas e frações ideais para registro da incorporação do empreendimento são feitos com base na área dos lotes, permanecendo imutáveis mesmo que haja alterações nas áreas edificadas.”⁴⁵

Em resumo, pelo impacto que acarreta na vida condominial (medida para os mais diversos direitos e deveres que interessam ao cotidiano comunitário), a questão da fração ideal restou bem equacionada para os condomínios de lotes, pois a nova lei preceitua formas razoáveis de cálculo sem, contudo, tolher a criatividade adaptativa no caso concreto.

É salutar registrar, por fim, que, considerada a provável individualização de contas de consumo das unidades imobiliárias (água, luz etc.), o critério proporcional da área do lote (ou do potencial construtivo) busca, em princípio, assegurar uma relação de paridade diante das contribuições coletivas e, ao mesmo tempo, preservar a subjetividade construtiva de cada condômino (respeitadas, indubitavelmente, as restrições convencionadas).

45. *Novo direito imobiliário e registral: condomínio horizontal de lotes*. cit., p. 141.

3.4. *Parâmetros urbanísticos: a edição de lei municipal específica é imprescindível?*

Em matéria de urbanismo, Lúcia Valle Figueiredo explica a repartição de competências legislativa e executiva entre os entes da federação:

Consoante dissemos, as normas urbanísticas podem ser editadas quer pela União, quer pelos Estados ou Municípios, dentro, respectivamente, de seus campos de abrangência. É de se considerar, ainda, que, dependendo da matéria, a competência da União não excluirá a do Estado, concorrentemente, e nem a dos Municípios, no que concerne ao seu preponderante interesse. E à União cabem as normas gerais.⁴⁶

Para o objeto em estudo, norma federal de índole urbanística que prepondera é o Estatuto da Cidade, fruto de competência concorrente (restrita a normas gerais) estampada no art. 24, I, da CF.

Já de acordo com o art. 30, I e VIII, da CF, a atribuição do Município é predominante para “legislar sobre assuntos de interesse local” e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Essa competência municipal alcança o condomínio por lotes e é reafirmada pelo § 2º do art. 1.385-A e pelo art. 65 do Decreto 9.310/2018. E também pelo Item 447 do Cap. XX das Normas de Serviço da CGJ/TJSP: “A implantação de condomínio de lotes submete-se à configuração estabelecida pelos artigos 1.331 e seguintes do Código Civil e aos parâmetros urbanísticos de ocupação e uso do solo instituídos pela legislação estadual e municipal.”

Nessa esteira, assumem papel de destaque o plano diretor⁴⁷ e a lei de zoneamento, os quais abordarão, naturalmente, empreendimentos imobiliários em geral.

Particularmente, é extremamente importante que o Município regule o assunto em sua legislação, adaptando-a ou suprimindo omissão quando necessário. Não obstante, é possível que o condomínio de lotes se amolde à lei local vigente, mormente se observado que, com frequência, será concebido pela via da incorporação imobiliária.

Pense-se nos parâmetros de cunho mais abrangente (extensíveis a mais de um tipo de empreendimento) ou naqueles fixados para condomínio de casas cujo

46. *Disciplina urbanística da propriedade*. cit., p. 40.

47. Nos termos do art. 40 do Estatuto da Cidade, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana que deve ser aprovada por lei municipal.

porte sirva de diretriz para o de lotes (já tomados, em apreço, os limites para edificações futuras). Estes últimos até poderiam se revelar mais rigorosos.

No entanto, só a avaliação casuística autorizará concluir nesse sentido, de maneira que, se não impescindível, é bastante provável que a nova figura condominial venha a reclamar a atividade legiferante do Município na seara urbanística.

3.4.1. As restrições ao direito de construir do § 4º do art. 4º da LPSU

Viu-se que a Lei 13.465/2017 promoveu, em nosso sentir, inoportunas e criticáveis alterações na Lei 6.766/1979, as quais, até, têm propiciado um embate sobre o regime jurídico dos condomínios de lotes (v. Item 3.2.3, anterior).

Entre elas está o § 4º do art. 4º da LPSU que, desnecessariamente, cogita da possibilidade de se impor a condomínios de lotes “limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros”.

Não obstante, considerando que as aventadas espécies de condicionamento ao direito de construir já contavam com suporte no ordenamento pátrio e podem vir a contracenar com empreendimentos condominiais de lotes, interessa sobre elas discorrer a esta altura, notadamente para bem compreender seus contornos e os limites a que se sujeitam.

Iniciando pela limitação administrativa, tem-se que esta “[...] é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”⁴⁸.

Por ser expressiva no campo ora em estudo, a limitação que merece atenção, neste momento, é a de perfil urbanístico, que diz respeito à interação entre o direito de propriedade e a licença para construir, versada, p. ex., no art. 1.299 do Código Civil.

Ora, à semelhança de qualquer outro empreendimento imobiliário, é fato que o condomínio de lotes deverá respeitar a legislação urbanística. Todavia, temperamento há, não sendo plausível que as sobreditas limitações importem na frustração ou na oneração desproporcional do direito de construir.

Daí a prudente advertência de Hely Lopes Meirelles:

“Como espécie do gênero limitação administrativa, as limitações urbanísticas devem corresponder às justas exigências do interesse coletivo que as motiva, sem

48. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. cit., p. 89.

produzir um total aniquilamento da propriedade, nas suas manifestações essenciais de uso, gozo e disponibilidade da coisa. Por igual, não podem ferir de morte os direitos fundamentais do Homem, comprometendo-lhe a vida, a liberdade e a segurança individuais. Além disso, e para que sejam admissíveis as limitações urbanísticas sem indenização, como é de sua índole, devem ser genéricas, isto é, dirigidas a propriedades ou atividades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua incidência. Só se admitem imposições urbanísticas singulares, à propriedade ou atividade de um ou alguns indivíduos ou empresas, quando o bem ou a atividade, por sua extensão, localização ou natureza, afetar de tal modo o interesse público que exija providências especiais em defesa da comunidade. Tais casos se resolvem não por limitações urbanísticas gratuitas, mas por servidão pública ou desapropriação – com justas indenizações –, que são os meios administrativos adequados à solução de situações particulares que conflitam com o interesse público ou prejudiquem o bem-estar social. Se ultrapassarem esses limites, incorrerão em inconstitucionalidade ou abuso de poder.”⁴⁹

Da mesma forma que não é desejável a formação de feudos ou guetos pela cidade, não é correto pré-conceber que a figura do condomínio de lotes será danosa ao meio ambiente urbano. Tudo dependerá da demanda social por esta forma de organização da propriedade e dos valores a informar a legislação urbanística pertinente a cada localidade, merecendo aplausos a estipulação de medidas de estímulo (e não de punição) na conformação de um cenário urbano sadio.

Isto é, o tema pode ser adequadamente regulado na esfera municipal, com a finalidade de atender à dinâmica inerente à urbe e fomentar certas posturas, conforme o interesse de adensamento construtivo e populacional planejado em instrumentos como o plano diretor e a lei de zoneamento.

Assim, tendo em mente o contexto em que os condomínios de lotes serão desenvolvidos, não se pode olvidar que as incorporações imobiliárias (e os empreendimentos imobiliários em geral) já se encontram sujeitas a rigoroso controle de aprovação e a contrapartidas da mais diversa ordem (financeira, ambiental, doação de áreas, realização de obras etc.).

Para se ter uma ideia, basta ver, no Estado e no Município de São Paulo, as regras do Decreto estadual 52.053/2007 (Graprohab), as do Plano Diretor atual (Lei 16.050/2014) e aquelas relativas a Polos Geradores de Tráfego (Lei municipal 15.150/2010).

Ademais, muitas dessas condicionantes do direito de construir podem ser utilizadas como indutoras de uma cultura construtiva positiva em vez de servirem

49. *Direito de construir*. cit., p. 111.

de obstáculos ao desenvolvimento de moradias (o *deficit* habitacional persiste nos dias de hoje), da economia imobiliária e da própria cidade, como já se vê no art. 88 (ocupação incentivada) da Lei municipal 16.402, de 22 de março de 2016, que regula o parcelamento, o uso e a ocupação do solo na cidade de São Paulo-SP (LPUOS)⁵⁰.

Quanto aos direitos reais sobre coisa alheia a que alude o preceito em análise, a exemplo da servidão de passagem e do usufruto textualmente sublinhados, visualiza-se a hipótese genérica de servidão administrativa lastreada no art. 40 do Decreto-lei 3.365, de 21 de junho 1941, em que se assegura indenização ao particular pelos danos sofridos.

Ora, no dizer de Francisco Carlos Inouye Shintate, a servidão administrativa “consiste em direito real de uso e gozo incidente sobre imóvel alheio, para atender a um serviço público ou bem afetado à utilidade pública.”⁵¹

Compreendido que no condomínio de lotes não existirão equipamentos públicos comunitários de educação, saúde, cultura etc. (mesmo porque, ainda que imaginada contrapartida nessa linha, provavelmente esta seria executada fora do perímetro particular), de imediato vem à tona a utilização pública das vias de circulação e dos equipamentos de infraestrutura (rede de água, esgoto, energia elétrica⁵² etc.) condominiais.

Em outras palavras, desde que indenizados os correspondentes prejuízos, área comum de titularidade dos condôminos seria, parcial ou totalmente (a depender do benefício público visado), tornada pública e aberta, aproximando o condomínio de um loteamento tradicional.

Não se descarta, hipoteticamente, a oneração de eventuais áreas comuns de lazer (em teoria, a servidão administrativa pode atingir até parte de uso exclusivo). Porém, à primeira vista, a proposta não nos parece coadunar-se com o direito.

Vale lembrar que tanto a servidão quanto o usufruto devem ser interpretados restritivamente, de sorte a não agravar o encargo de quem os sofre (arts. 1.385 e 1.399, ambos do CC).

50. Art. 88. Em lotes com área até 10.000 m² (dez mil metros quadrados) localizados nas ZEU, ZEUa, ZEUP, ZEUPa, ZEM, ZEMP, ZC e ZCa, quando uma parcela do lote for destinada à fruição pública não será cobrada outorga onerosa correspondente à metade do potencial construtivo adicional previsto para a área destinada à fruição pública, desde que atendidas simultaneamente as seguintes condições: [...].

51. *Direito imobiliário brasileiro: limitações à propriedade imobiliária: servidão administrativa*. cit., livro III, parte XI, p. 799.

52. Conforme o serviço público envolvido, há previsão legal específica para a instituição de servidão. No caso de energia elétrica, temos a Lei 9.074, de 7 de julho de 1995.

Não é só, os custos relacionados à manutenção e ao exercício da servidão ou do usufruto devem ser suportados pelo ente beneficiário (arts. 1.380 e 1.403 do CC).

Recorda-se, ainda, que, nessa seara, o debate deve se dar despido de preconceitos. Enxergar o condomínio de lotes com um viés refratário significa negar a realidade urbana e ignorar que, a depender do caso concreto, condomínio de casas ou loteamentos “abertos” ou fechados podem ser mais indesejados à qualidade de vida de uma dada localidade.

Só o tempo e a experiência revelarão se a imagem retratada padece de exagero, mas certo é que qualquer ônus real sobre a propriedade condominial, seja ela exclusiva ou comum, deverá ser cautelosamente dimensionado e aplicado, mediante indenização, com muita parcimônia.

Reputa-se intolerável, portanto, imposição que traduza o verdadeiro sacrifício do direito (configurador de expropriação), com a conseqüente descaracterização do condomínio de lotes recentemente acolhido pelo ordenamento pátrio.

Do contrário, será melhor recorrer ao formato do loteamento fechado, já absorvido jurídica e socialmente sem maiores percalços.

Destarte, no intuito de se evitar o uso desvirtuado do gravame, é preferível que a legislação local delimite parâmetros urbanísticos seguros, adequados e razoáveis para o desenvolvimento deste tipo de empreendimento, sob pena de, na prática, inviabilizá-lo, fazendo letra morta da inovação legal.

Para encerrar, no que tange a restringir a construção de muros, o que pode resultar de limitação abstrata ou de servidão negativa concreta, reiteram-se as ponderações de caráter urbanístico já lançadas acrescidas de outra preocupação: a segurança pública.

Crônico problema no Brasil, a segurança foi, em grande medida, elemento propulsor dos loteamentos fechados, devendo ser sopesada na aplicação da restrição em exame.

Note-se, no mais, que a vedação a muros não é estranha à legislação municipal e pode ser constatada, *e.g.*, no art. 87 da LPUOS de São Paulo.⁵³

Tal como os direitos reais de fruição abordados anteriormente, cuida-se de mecanismo excepcional voltado a tutela de situações claramente descritas em

53. Art. 87. Nas ZEU, ZEUA, ZEUP, ZEUPa, ZEM, ZEMP, ZC e ZCa, quando a área do lote for superior a 10.000 m² (dez mil metros quadrados) e menor ou igual a 20.000 m² (vinte mil metros quadrados), será obrigatória a adoção dos seguintes parâmetros qualificados da ocupação: [...]; II – limite de 25% (vinte e cinco por cento) de vedação da testada do lote com muros; [...].

lei, qualificadas de forma distinta, na hipótese lembrada, em razão do uso residencial ou comercial.

Perceba-se, no exemplo invocado, que o enfoque da condicionante são os territórios de transformação em que se deseja o adensamento, ou seja, “áreas em que se objetiva a promoção do adensamento construtivo, populacional, atividades econômicas e serviços públicos, a diversificação de atividades e a qualificação paisagística dos espaços públicos de forma a adequar o uso do solo à oferta de transporte público coletivo”, na dicção do inciso I do art. 6º da LPUOS.

Se mais afeiçoado ao plano de edificações em grandes centros, o dispositivo se presta, plenamente, ao exame da restrição à construção de muros, cuja aplicação deve ser criteriosa.

Mais uma vez, o receio quanto à densidade demográfica e a sua relação com a infraestrutura de equipamentos e serviços públicos, assim como com o sistema viário, pode e costuma ser equacionado no plano diretor e na lei de zoneamento, não servindo de anteparo para a recusa genérica aos condomínios de lotes.

4. CONCLUSÃO

Percorrido o caminho proposto, podemos apontar algumas notas conclusivas sobre o objeto deste estudo, preservado, obviamente, o oportuno aprofundamento que a matéria requer.

O condomínio de lotes é uma realidade e estava a merecer tratamento legal correlato.

De um lado, as alterações promovidas pela Lei 13.465/2017 padecem de alguma deficiência técnica, podendo propiciar conflitos interpretativos. Por outro, a regulação é salutar e, se compreendida sob o enfoque sistêmico e teleológico, certamente será útil a conferir segurança jurídica aos condomínios de lotes.

Esse instituto é um condomínio edilício composto por lotes, que são as unidades autônomas de titularidade exclusiva destinadas a futura edificação (dotadas, portanto, de potencial construtivo), e por partes comuns sob copropriedade dos condôminos, a infraestrutura e demais áreas comuns. Como de praxe, as primeiras estão vinculadas às segundas por fração ideal (fixada na convenção ou proporcional à área do lote ou do potencial construtivo respectivo).

Normalmente e na maioria das vezes, será fruto de empreendimento posto à comercialização antes ou durante as obras respectivas.

Importa apreender o todo, o resultado a que conduz, de modo que a sua estruturação e desenvolvimento seguem, na hipótese mais corriqueira aventada, o regime da incorporação imobiliária.

Logo, dada a ausência de bens públicos em sua concepção, afasta-se da incidência da LPSU. E o conteúdo das recentes alterações promovidas nesta última não tem o condão de impor a observância do procedimento de parcelamento, seja pela via do loteamento ou do desmembramento.

Descabe, pois, o velho temor de caráter urbanístico, amparado na visão da patologia e em ideias pré-concebidas, que ignora o aparato colocado à disposição do controle estatal por meio do plano diretor, da lei de zoneamento e outras normas pertinentes.

Para o Registro de Imóveis, interessa o processo de incorporação e a instituição e especificação do condomínio (com registro da convenção), o que, resguardadas as peculiaridades da figura sob exame, seguirá o regime da Lei 4.591/1964, o Código Civil e a Lei 6.015/1973, além das normas administrativas de cada órgão correedor.

No Estado de São Paulo, a CGJ já editou regras pertinentes ao tema, sinalizando que a produção de lotes será guiada pelo regime da incorporação imobiliária.

No que tange aos parâmetros urbanísticos, a legislação municipal, específica ou adaptada quando já não aplicável, acompanhada do Estatuto da Cidade, desempenhará papel crucial.

É a legislação urbanística do Município que decretará a viabilidade do empreendimento e as contrapartidas a que sujeito, lembrando que as limitações administrativas sofrem temperamento, não podendo aniquilar o direito de construir ou mesmo o de propriedade.

Por fim, as imposições condicionadoras do direito de construir, mormente aquelas desnecessariamente inseridas na Lei 6.766/1979 quanto ao condomínio de lotes, nem sempre farão sentido no caso concreto e, quando cabíveis, devem ser aplicadas com cautela e parcimônia em real benefício da coletividade (aqui a serem considerados, também, os condôminos envolvidos).

Aliás, mesmo como servidão administrativa, tais condicionantes ensejam indenização dos prejuízos acarretados ao patrimônio privado. Igualmente, sujeitam-se a interpretação restritiva, devem ser exercidas sem majoração do encargo e exigem o custeio de manutenção e das despesas relacionadas por seu beneficiário (o Poder Público e o povo).

Eis aí as conclusões que reputamos relevante realçar.

5. BIBLIOGRAFIA

ABELHA, André. *A nova Lei 13.465/2017 (parte I): o condomínio de lotes e o reconhecimento de um filho bastardo*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263420,81042-A+nova+lei+134652017+Parte+I+o+condominio+de+lotese+o+reconhecimento]. Acesso em: 04.02.2018.

- AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Millennium Editora, 2012.
- AMADEI, Vicente de Abreu. *A Lei 13.465/2017: visão panorâmica e reflexão pontual no trato do loteamento fechado e do condomínio de lotes*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/a-lei-13-4652017-visao-panoramica-e-reflexao-pontual-no-trato-do-loteamento-fechado-e-do-condominio-de-lotes/>]. Acesso em: 30.03.2018.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- GUERRA, Alexandre. *Direito imobiliário brasileiro: incorporações imobiliárias e direito do consumidor: incorporações imobiliárias*. GUERRA, Alexandre; BENACCHIO Marcelo (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *A positivação do condomínio de lotes: mais uma importante novidade da Lei 13.465/2017*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI266901,21048-A+positivacao+do+condominio+de+lotes+Mais+uma+importante+novidade+da]. Acesso em: 04.02.2018.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *Condomínio de lotes: regime jurídico e aspectos registrares*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI269493,-71043-Condominio+de+lotes+regime+juridico+e+aspectos+registrais]. Acesso em: 04.02.2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 10. ed. atual. por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. e Mariana Novis. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Condomínio de lotes e a Lei 13.465/2017: breve apreciação*. Disponível em: [<http://genjuridico.com.br/2017/08/15/condominio-de-lotes-e-lei-1346517-breve-apreciacao/>]. Acesso em: 04.02.2018.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Novidades da Lei 13.465, de 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td239/view]. Acesso em: 04.02.2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. rev., ampl. e atual. por Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- PINTO, Victor Carvalho. *Condomínio de lotes: um modelo alternativo de organização do espaço urbano*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td243]. Acesso em: 30.03.2018.

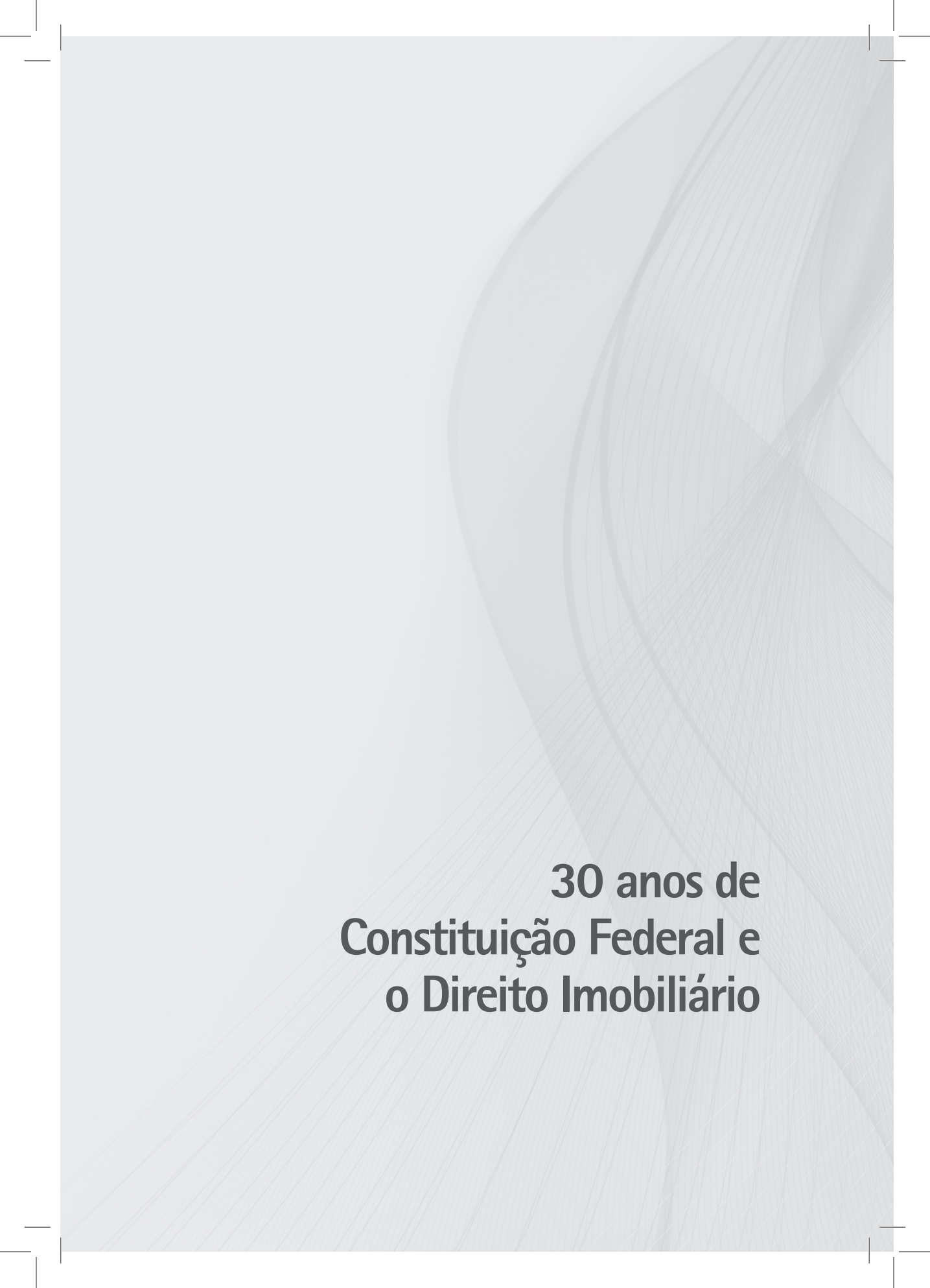
- SCHMIDT, Francisco Arnaldo. *Novo direito imobiliário e registral: condomínio horizontal de lotes*. Coord. Cláudia Fonseca Tutikian et al. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SHINTATE, Francisco Carlos Inouye. *Direito imobiliário brasileiro: limitações à propriedade imobiliária: servidão administrativa*. Coord. Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- TIMM, Luciano Benetti. *Novo direito imobiliário e registral: reflexões sobre loteamentos fechados*. TUTIKIAN, Cláudia Fonseca et al (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- VIANA, Marco Aurelio S. *Manual do condomínio edilício: (arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

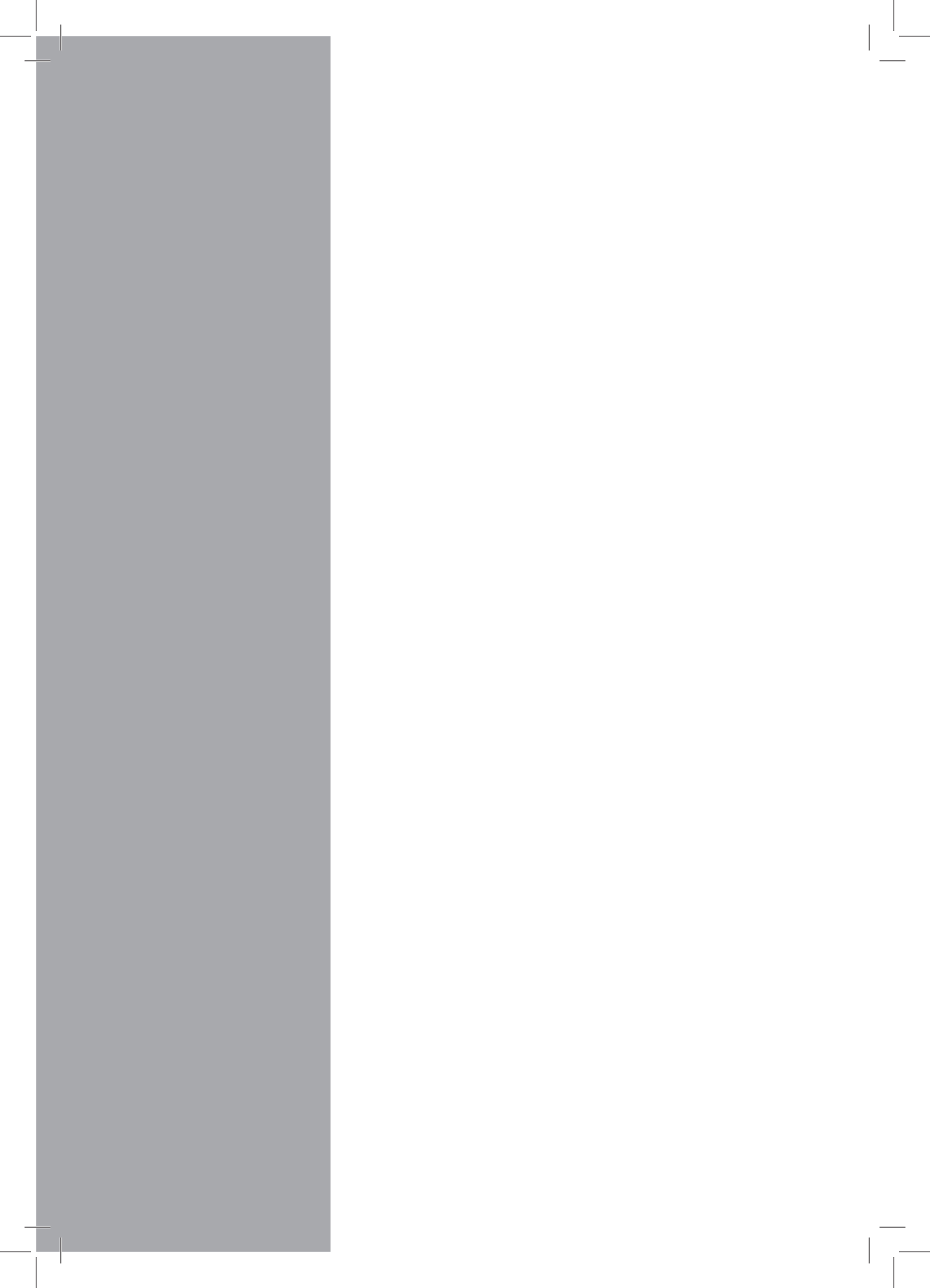
Veja também Doutrina

- Realidade, condomínios e mutações do direito brasileiro, de Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas – *RDI*84/383-402 (DTR\2018\14310);
- A juridicidade dos condomínios de lotes, de Marinho Dembinski Kern – *RT*972/145-162 (DTR\2016\24215);
- Condomínio de lotes, de Antonio Rinaldo Filho – *RDI*77/311-321 (DTR\2014\18620); e
- A Lei 13.465, de 11.07.2017, e o condomínio de lotes, de Hélio Lobo Junior – *RDI*83/571-585 (DTR\2017\6968).



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 grid-like or mesh-like effect, particularly in the lower right quadrant. The circles are larger and overlap each other, creating a sense of depth and movement. The overall aesthetic is modern and technical.

**30 anos de
Constituição Federal e
o Direito Imobiliário**



A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA IMPORTÂNCIA PARA A INTEGRIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

*THE PROPERTY AS FUNDAMENTAL RIGHT IN THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988 AND ITS IMPORTANCE FOR THE
LEGAL ORDER INTEGRITY*

BIANCA CASTELLAR DE FARIA

Doutoranda em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali em Dupla Diplomação com a Delaware Law School. Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pós-graduada em Direito Registral Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul. Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Titular do 1º Registro de Imóveis de Joinville/SC.
bianca@1rijoinville.com.br

Data de recebimento: 13.09.2018

Data de aprovação: 14.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Constitucional; Imobiliário e Registral

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar o direito à propriedade, mencionado em diferentes dispositivos do texto constitucional de 1988, como um dos direitos fundamentais, sujeito ao atendimento de sua função social. Além disso, pretende-se demonstrar que a observância do direito à propriedade pelo Estado e pelos demais particulares é elemento essencial à integridade do nosso ordenamento jurídico. Nesse ponto, o papel desempenhado pelo Registro de Imóveis é ferramenta primordial para a segurança da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade – Direitos fundamentais – Registro de imóveis.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the right to property, mentioned in different provisions of the 1988 constitutional text, as one of the fundamental rights, subject to the fulfillment of its social function. In addition, it is intended to demonstrate that the State's and other individuals' observance of the right to property is an essential element in the integrity of our legal system. At this point, the role played by the Real Estate Registry is a key tool for property security.

KEYWORDS: Property – Fundamental rights – Real estate registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito de propriedade como direito fundamental. 2.1. Direitos fundamentais. 2.2. Direito de propriedade. 2.3. A propriedade como direito fundamental. 3. A importância da propriedade para a integridade do nosso ordenamento. 3.1. A necessidade de observância ao direito de propriedade. 3.2. A propriedade privada e o papel do registro de imóveis. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O direito de propriedade não está apenas previsto no nosso ordenamento infraconstitucional (Título III do Código Civil), mas também em diversos dispositivos do nosso texto constitucional, como também em tratados internacionais. Atualmente, não há mais debate quanto ao fato de a propriedade ser considerada ou não um dos direitos fundamentais. No entanto, há muito debate doutrinário a respeito do sentido e do alcance desse direito fundamental.

Mesmo com significativa oposição que já se apresentou ao *status* do direito de propriedade, essa resistência nunca foi suficiente para afastar sua *condição de direito fundamental da pessoa humana* (LEAL, p. 53).

Um dos objetivos é demonstrar como a observância do direito de propriedade é elemento importante para a integridade do nosso ordenamento jurídico, na medida em que respeitado o resultado do trabalho, as pessoas tendem a produzir e progredir, fortalecendo a sociedade no aspecto social e econômico.

Para tanto, apresenta-se o Registro de Imóveis como guardião desse direito fundamental, garantindo segurança, publicidade e eficácia ao direito de propriedade.

Como forma de sistematizar o estudo, dividiu-se o artigo em dois itens: o direito de propriedade como direito fundamental e a necessidade da observância do direito de propriedade para a integridade do nosso ordenamento jurídico.

O presente estudo se encerra com as Considerações Finais, momento em que são apresentados os pontos cruciais do que foi analisado, com os direcionamentos de reflexão.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1. Direitos fundamentais

Nos séculos XVI, XVII e XVIII tanto a Europa como a América eram governados por regimes autoritários e despóticos, nos quais o uso da *violência política* era necessário para a conquista (MAQUIAVEL, 2004, p. 47). Contrariando esses regimes, importantes movimentos revolucionários eclodiram baseados em

ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, lema da Revolução Francesa (1789 a 1799).

A partir daí que nasce o constitucionalismo, cujo papel principal era introduzir princípios e mecanismos voltados à contenção e à limitação do poder do Estado, de forma a garantir as necessidades básicas no homem. Passa-se a reconhecer a existência de direitos que derivam da própria natureza humana. Seriam direitos universais, uma vez que inerentes à pessoa humana.

Tais princípios vêm arraigados nas principais declarações de direitos que marcaram os aludidos movimentos revolucionários, tais quais o *Bill of Rights* americano, de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, também de 1776, e a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francesa, de 1789.

Essas declarações estabeleciam limites aos poderes dos governantes e declaravam direitos do Parlamento, declarando e reconhecendo direitos na medida em que emanam da própria natureza humana, sendo preexistentes ao Estado e à sociedade (FERREIRA FILHO, 2006, p. 22).

Comparando esses movimentos revolucionários e as declarações por meio deles produzidas, é possível localizar as similitudes de princípios e a defesa à igualdade e à liberdade:

1776 – *Virginia Bill of Rights* (art. 1º): *Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade.*

1776 – Declaração de Independência dos Estados Unidos (art. 1º): *Todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.*

1789 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 1º): *Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.*

Com base nesses mesmos ideais, a convenção constitucional americana aprovou o texto constitucional em 17 de setembro de 1787. No entanto, por força do próprio texto constitucional, a Constituição somente entraria em vigor com a ratificação de nove estados americanos, o que ocorreu somente em 1789 (MAGGS, 2007, p 2.).

A Constituição americana apresentou ao ordenamento vários direitos fundamentais, tendo sido por séculos a grande referência legislativa de muitos países. Como afirmam Mila Versteeg e Emily Zackin, o constitucionalismo americano utilizou a Constituição americana como parâmetro (VERSTEEG, 2014, p. 1641):

The US Constitution is a global outlier. Its omission of positive rights, its brevity, and its remarkable duration and stability make it exceptional by global

standards. The uniqueness of this venerable document has spurred a passionate debate over America's constitutional exceptionalism.

Nessa esteira de positivação dos direitos fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, contribuiu considerando que *o reconhecimento da dignidade inerente a todos é o fundamento da liberdade da justiça e da paz no mundo*. Em seus artigos declara que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (art. 1º)* e que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º), além de todos terem direito à propriedade, não sendo ninguém arbitrariamente privado de sua propriedade (art. 17).

O constitucionalismo liberal, assim, trouxe a definição dos direitos fundamentais, assim como dos princípios de limitação do poder do Estado, em texto constitucional e solene, a Constituição. Segundo Roger Leal, *com a finalidade de impedir seu comprometimento ou violação por outros diplomas e atos normativos, foram estabelecidos procedimentos especiais mais gravosos para a alteração das cláusulas constitucionais do que os adotados na elaboração das demais leis* (LEAL, 2012, p. 56).

2.2. Direito de propriedade

John Locke foi o primeiro autor que dedicou um estudo específico à propriedade reconhecendo que cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. Dessa forma, o produto do trabalho de uma pessoa é sua propriedade, pois “the labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his” (LOCKE, 2009, p. 79). Para Locke (2009, p. 80), tudo que o homem planta, cultiva e melhora pertence a ele:

As much land as a man tills, plants, improves, cultivates, and can use the product of, so much is his property. He by his labour does, as it were, enclose it from the common. Nor will it invalidate his right, to say everybody else has an equal title to it.

Assim, extrai-se desse ensinamento que o resultado que o homem obtém mediante a força do seu trabalho é seu, ou seja, sua propriedade. O direito de propriedade, em sua origem, portanto, importa no domínio sobre o resultado do trabalho do homem.

A Quinta Emenda à Constituição americana¹ – a que também garante o direito de permanecer calado e evitar, assim, a autoincriminação – protege o direito à

1. Texto completo da Quinta Emenda da Constituição Americana: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or

propriedade privada estipulando que *ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal de todos os humanos*:

No person shall be held to answer for [...];

[...] nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

No nosso ordenamento, temos a propriedade garantida tanto no texto constitucional como no ordenamento infraconstitucional. A propriedade consubstancia-se em direito real (art. 1.225 do Código Civil) com definição e regime jurídico definidos pela legislação civil. No nosso ordenamento, o Título III do Código Civil apresenta definição (art. 1.228), alcance (art. 1.231), modo de aquisição (art. 1.238) e de perda (art. 1.275), além de outras nuances tais como propriedade exclusiva e comum (art. 1.331) e propriedade resolúvel (art. 1.359).

Para o direito civil, é proprietário aquele que tem a faculdade de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dispor (*jus abutendi*) da coisa, além do direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art. 1.238 do Código Civil). É o ordenamento civil que também estipula a forma de transferência da propriedade de bem móvel (pela tradição) e do bem imóvel (pelo registro, art. 1.245 do Código Civil).

O direito de propriedade está previsto no texto da Constituição Federal de 1988, não apenas no *caput* do artigo 5º, como em outros dispositivos vinculados à ordem social e econômica.

2.3. A propriedade como direito fundamental

Robert Alexy (2011, p. 199) analisa os direitos fundamentais sob três aspectos: direitos a algo, liberdades e competências. Dentro da categoria do *direito a algo*, o cidadão tem direitos de defesa, por meio dos quais os cidadãos têm direitos contra o Estado. Um dos grupos de direitos a ações estatais negativas é formado pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. Para o jurista alemão, o protótipo de uma posição jurídica complexa é o do proprietário, expondo que o Tribunal Constitucional Federal

indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

alemão observa que a propriedade *para ser praticável na vida jurídica*, [carece] necessariamente de conformação jurídica (ALEXY, 2011, p. 200).

Mais adiante, Alexy afirma que (ALEXY, 2011, p. 201):

Essa conformação se dá por meio de normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade. Às normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade pertencem normas sobre criação e desfazimento da posição de proprietário, bem como normas que prevêm consequências jurídicas a essa posição.

A garantia da propriedade, segundo Hesse (1998, p. 289), é elencada dentro da classificação de direitos fundamentais individuais, na mesma esteira dos direitos de liberdade e dos direitos de igualdade. Segundo o autor alemão (HESSE, 1998, p. 339):

Sob as garantias jurídico-fundamentais, que são essenciais para a ordem econômica e social, desempenha, ao lado do artigo 9º, alínea 3, e artigo 12, alínea 1, da Lei Fundamental, a garantia da propriedade e do direito de sucessão (artigo 14 da Lei Fundamental) um papel relevante.

A propriedade como direito fundamental não é tema novo nas discussões jurídicas e sempre enseja debates fervorosos no meio acadêmico. O direito de propriedade é expressamente reconhecido em nosso texto constitucional:

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

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

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;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

A defesa da propriedade de bens intangíveis é objeto de albergue pela nossa Carta Magna sempre nos limites da sua função social, como preceitua o artigo 5º, XXIII – *a propriedade atenderá a sua função social*.

A nossa Constituição inscreve, ainda, a propriedade privada e a função social entre os princípios que informam a ordem econômica:

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

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

E, ainda, compreende dispositivos que têm como objetivo definir a função social da propriedade de imóveis urbanos e rurais.

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.

[...]

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

[...]

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Como extensão do direito de propriedade, a garantia à herança também consta no rol do principal artigo dos direitos individuais: *XXX – é garantido o direito de herança.*

Mesmo os limites ao direito de propriedade reforçam a importância do instituto em nosso ordenamento: “XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; [...].”

Diversos doutrinadores pátrios e estrangeiros já abordaram os direitos fundamentais sob inúmeros prismas e perspectivas, elencando entre eles o direito de propriedade.

3. A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE PARA A INTEGRIDADE DO NOSSO ORDENAMENTO

3.1. *A necessidade de observância ao direito de propriedade*

Dworkin associa os direitos individuais à dignidade da pessoa humana. Negar a determinada pessoa o exercício de suas prerrogativas fundamentais é excluí-lo de sua condição de membro pleno da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 304):

A primeira é a ideia vaga, mas poderosa, da dignidade humana. Essa ideia, associada a Kant, mas defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto.

O filósofo do Direito estadunidense enfatiza a importância da efetiva proteção dos direitos da parcela da população de menor poder, em comparação àquela que os mais fortes sempre possuem (DWORKIN, 2007, p. 305):

A segunda é a ideia, mais familiar, da igualdade política. Esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade. Não pretendo defender ou desenvolver essas ideias aqui, mas apenas insistir que todo aquele que alega que os cidadãos têm direitos deve aceitar ideias muito próximas a essas.

Violar um direito individual é tratado pelo jurista americano como atitude extremamente grave, pois *se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens* (DWORKIN, 2007, p. 305).

Colocar a segurança do sistema social acima dos direitos individuais é inadmissível. *Somente a concorrência de direitos individuais de igual importância pode justificar a limitação de outro direito individual* (DWORKIN, 2007, p. 307):

Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes.

O simples direito da coletividade ao respeito às leis não pode ser concorrente, pois ele advém da maioria, do Estado em si, e não dos indivíduos. Somente os direitos individuais seriam concorrentes.

Um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada em razão disso (DWORKIN, 2007, p. 307).

Friedman nos ensina que nem todo comportamento pode ser explicado em termos de recompensa e punição. Somos seres sociais e respondemos a pressões sociais, assim, tanto a aprovação como a reprovação afetam nosso comportamento. De igual maneira, nossas crenças internas desempenham um forte papel em nosso comportamento (FRIEDMAN, 2017, p. 223):

To some extent, we are indeed animals that respond to the carrot and the stick. But we are also moral and social beings. We react to messages we get from other people – to what other people think and say – and we also listen to the voice of conscience, to messages from inside. These messages are extremely important in explaining how we respond to legal acts.

Tal orientação concebe a propriedade, a exemplo da liberdade, como direito do homem – pois inerente à condição humana precedente, portanto, ao Estado. Comporia o conjunto de direitos que se encontram na base da ordem política, que constituem seu fundamento, seus direitos fundamentais. Ou ainda, segundo a doutrina contratualista em voga à época, integra a propriedade o resíduo de liberdade natural que restou ao homem em face da liberdade sacrificada para a construção do Estado.

Importante, portanto, para a integridade do ordenamento jurídico, a observância dos direitos fundamentais, inclusive, o direito de propriedade. Como já defendia Locke, (1963, p. 20) a propriedade é o produto da liberdade que o homem tem para produzir.

A propriedade seria pressuposto de configuração de vida livre e autorresponsável (HESSE, 1998, p. 339):

Ela garante a propriedade no sentido de um direito – naturalmente, vinculado socialmente – subjetivo, que fundamenta um direito de defesa e proteção contra os poderes estatais. Por causa dessa tarefa, ela garante, finalmente, a propriedade como instituto jurídico e elemento de ordem objetivo-jurídica da coletividade, ela exclui, com isso, cada configuração político-econômica e político-social que, segundo a forma ou, também, o objeto, abolisse a propriedade privada – o que não significa decisão com força constitucional para um determinado modelo econômico.

Uma sociedade que não tivesse a garantia de se apropriar, defender e garantir o produto do seu labor, certamente seria uma sociedade que não se fortaleceria social e economicamente, na medida em que não teria ambição de prosperidade e de crescimento.

A defesa do direito de propriedade, portanto, é forma de manter íntegro o nosso ordenamento social e econômico, a fim de que as pessoas, com base nessa segurança, permaneçam ativas e fortalecendo a economia.

3.2. *A propriedade privada e o papel do registro de imóveis*

Apesar de o nascimento oficial do registro de imóveis no Brasil ter ocorrido pela Lei 601, de 1850, e seu Regulamento 1.318, de 1854, normas que instituíram o “Registro do Vigário”² (CARVALHO, 1982, p. 15) a legislação hoje vigente é a Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos, que apresenta todo um capítulo³ sobre a publicidade registral imobiliária. Foi somente a partir dela que progredimos de um sistema de cadastro – com os livros de transcrição –, para um sistema de registro – com o advento da matrícula. Ivan Jacopetti do Lago (LAGO, 2018, p. 47) defende que esse novo sistema trouxe maior segurança jurídica:

A Lei 6.015 representa um marco importante na história da publicidade brasileira pela introdução de base real. A partir dela, cada imóvel passa a constar de um determinado fôlio real, o qual é aberto com a matrícula. Independentemente do cadastro, este novo sistema fornece as bases para o desenvolvimento do regime registral brasileiro em direção a uma maior segurança e precisão.

O sistema registral imobiliário brasileiro é de natureza mista, ora constitui direitos reais, ora os declara, ora os extingue, como disposto no art. 172 da Lei 6.015/73⁴. Tal dispositivo da Lei dos Registros Públicos também estabelece que os atos registrares terão validade em relação a terceiros.

Segundo Walter Ceneviva (2007, p. 349), *a grande novidade da Lei dos Registros Públicos (a matrícula) consistiu em apoiar seu foco sobre os imóveis e não sobre*

2. Afrânio de Carvalho apresenta toda uma contextualização de como o nascimento do registro de imóveis no país dependia de que o território estivesse povoado de maneira a surgir a necessidade de demarcar a extensão das terras. Como o “Registro do Vigário”, os possuidores de terras eram obrigados a declarar sua posse perante os vigários de cada freguesia do Império.
3. Capítulo IV – Da Publicidade. BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm]. Acesso em: 23.06.2018.
4. Lei 6.015/73: Art. 172 – No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “*inter vivos*” ou “*mortis causa*” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

as pessoas com elas relacionadas. Tendo efeito constitutivo ou declaratório, o ato registral garante segurança jurídica, na medida em que tem presunção relativa de veracidade, conforme disposto no art. 1.245 e seguintes do Código Civil e art. 252 da Lei 6.015/73.

Mesmo tendo um sistema registral que centra na matrícula as informações relacionadas aos imóveis, *só são eficazes as situações jurídicas que se conhecem* (ALMEIDA, 1966, p. 120). E é em razão disso que a real publicidade registral está diretamente relacionada com a segurança jurídica, a qual é a *pedra angular de todo o ordenamento jurídico e, em especial, do direito das coisas e do direito dos contratos* (PASSARELLI, 2010, p. 93).

Na última década, com as crescentes inovações tecnológicas e com a necessidade, cada vez maior, de as informações serem acessadas de forma mais ágil e rápida, a Lei 11.977/09 criou o sistema de registro eletrônico e permitiu o acesso aos registros públicos pela rede mundial de computadores (*internet*)⁵. Com fins de estabelecer diretrizes gerais para o sistema de registro eletrônico, o Conselho Nacional da Justiça, por meio do Provimento 47, de 18 de junho de 2015, criou as Centrais de serviços eletrônicos compartilhados⁶, plataforma pela qual o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral têm acesso às informações publicizadas pelos registros de imóveis.

Somente se consegue o efeito de oponibilidade *erga omnes* do fato registrado se esse for conhecido por todos⁷ (BUCH, 2017, p. 15). Em razão dessa necessidade de publicidade que o direito registral imobiliário conta com a necessidade de centralizar na matrícula as informações que digam respeito ao imóvel ou aos titulares de direito real.

Em razão disso, mesmo com previsão legal na Lei dos Registros Públicos determinando a concentração, o legislador resolveu detalhar e aclarar ainda mais a

5. O parágrafo único do art. 17 da Lei 6.015/73 estabelece que o acesso ou envio de informações aos registros públicos, quando forem realizados por meio da rede mundial de computadores (*internet*) deverão ser assinados com uso de certificado digital, que atenderá os requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP.

6. Art. 3º. O intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os escritórios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral estará a cargo de centrais de serviços eletrônicos compartilhados que se criarão em cada um dos Estados e no Distrito Federal. *Provimento 47, de 18.06.2015*. Estabelece diretrizes gerais para o sistema de registro eletrônico de imóveis. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2967]. Acesso em: 29.06.2018.

7. BUCH, Aline A. M. Molinari. O objeto da publicidade registral: as situações subjetivas. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, v. 83, ano 40. jul.-dez. 2017. p. 15.

necessidade de centralizar na matrícula do imóvel informações que possam ser oponíveis a terceiros, com a publicação da Lei 13.097/15:

Art. 54. *Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:*

I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O parágrafo único desse dispositivo ainda define que:

[...] não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel⁸.

Apesar de já existir obrigatoriedade de se publicizar na matrícula do imóvel todas as informações que dissessem respeito ao imóvel ou ao titular de direito real, a nova lei ainda outorgou prazo de dois anos para que os registros e as averbações relacionados a atos jurídicos anteriores pudessem ser ajustados⁹, prazo esse que esgotou em 18 de fevereiro de 2017.

Dessa forma, a Lei 13.097/2015 é um segundo marco legal¹⁰, na medida em que ampliou a força do princípio da concentração e a necessidade de uma

8. BRASIL. *Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm]. Acesso em: 23.06.2018.

9. Art. 61. Os registros e averbações relativos a atos jurídicos anteriores a esta Lei, devem ser ajustados aos seus termos em até 2 (dois) anos, contados do início de sua vigência.

10. Apesar de ser o primeiro texto legal que tenha criado inoponibilidade dos atos jurídicos precedentes de forma mais ampla, nas hipóteses em que não tenham sido averbados ou

publicidade registral imobiliária mais ampla. Com a ampliação da inoponibilidade de atos ocultos, o interessado pela publicidade passará a, efetivamente, ter prejuízo, tendo em vista que não poderá opor seu ato precedente (existência de prévia demanda judicial, constrictão judicial, restrição administrativa ou consensual) ao novo adquirente ou titular de direito real.

Uma das expressões em latim mais conhecidas na ciência do Direito é a *Dormientibus non succurrit jus* e esse é o espírito dessa nova legislação¹¹, que fortaleceu a publicidade registral imobiliária, com o objetivo de que as situações jurídicas relevantes ao direito de propriedade não ficassem ocultas, mas sim fossem amplamente publicizadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de propriedade é alicerce de nosso ordenamento jurídico, pois é base de nossa concepção de sociedade. Garantir à maior parcela possível de nossa população meios de obter ou de regularizar sua propriedade é dever do Estado para a efetiva proteção desse direito fundamental.

A importância de que o maior número possível de membros de nossa comunidade se sinta proprietária de bens de considerável valor para elas é forma de pacificação social, pois estimula o senso de pertencimento ao sistema, essencial para um maior engajamento na defesa e na obediência ao nosso sistema jurídico.

registrados na matrícula do imóvel, já existia, no entanto, previsão legal no antigo Código de Processo Civil – art. 615-A, § 3º (hoje art. 828, § 4º, do NCPC) de que somente seria considerada fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação no registro de imóveis da certidão comprobatória do ajuizamento da execução. Entende-se que por meio daquele dispositivo, hoje replicado para o NCPC, a publicidade da existência de ajuizamento de execução afastava a figura do terceiro de boa-fé em uma eventual transmissão ocorrida após a averbação. Além do art. 615-A do antigo CPC, o ordenamento também contava com o § 4º do art. 659 do antigo CPC. O próprio Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 375: “O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

11. A Lei 13.097/2015 teve como origem a Medida Provisória 656/2014, a qual apresentou, em sua exposição de motivos: a) aumento da segurança jurídica dos negócios; b) desburocratização dos procedimentos dos negócios imobiliários; c) redução de custos e celeridade dos negócios; d) afastamento do potencial risco de atos de constrictão oriundos de ações que tramitem em comarcas distintas. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Mpv/mpv656.htm]. Acesso: 28.06.2018.

Assim, deve o Estado e toda sociedade facilitar a regularização fundiária, não somente como forma de garantia de um precioso direito individual, mas também como meio de assegurar a necessária paz social, elemento essencial para uma sociedade ser funcional, pois o ordenamento jurídico deve servir à sociedade e não o oposto.

A propriedade não assume contornos de direito absoluto. Ainda que considerada como direito fundamental inato à condição humana, a propriedade submete-se a diversos condicionamentos e restrições.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.
- BUCH, Aline A. M. Molinari. O objeto da publicidade registral: as situações subjetivas. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 83, ano 40, jul.-dez. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1975*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *American law: an introduction*. Oxford University Press. Kindle Edition, 2017.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- LAGO, Ivan Jacopetti. História da publicidade imobiliária no Brasil. Dissertação de Mestrado defendida em 06.06.2008. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11072011-151552/pt-br.php]. Acesso em: 25.01.2018.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental. Breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, p. 53-64, abr.-jun. 2012.
- LOCKE, John. *Two treatises of government and a letter concerning toleration*. [1689]. Kindle Ebook: 2009.

- MAGGS, Gregory E. *A concise guide to the federalist papers as a source of the original meaning of the United States Constitution*. 87 B.U.L Rev. 801, 2007.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica*. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. American Constitutional Exceptionalism Revisited. *The University of Chicago Law Review*, 2014. Disponível em: [<https://lawreview.uchicago.edu/publication/american-constitutional-exceptionalism-revisited>].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inconstitucionalidade do art. 1.276 do novo CC e a garantia do direito de propriedade, de Adolfo Mamoru Nishiyama – *RDPriv* 18/9-20 (DTR\2004\245);
- A propriedade privada no estado democrático de direito: o papel do estado sobre o prisma da dignidade da pessoa humana, de Luan Raniere Santana Trevizan – *RT* 964/105-123 (DTR\2016\235);
- Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RT* 860/91-133 (DTR\2007\369); e
- Propriedade em face da ordem constitucional brasileira, de Volney Zamenhof de Oliveira Silva – *RDCI* 25/119-133 (DTR\1998\433).



O REGISTRO DE IMÓVEIS E O DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

THE LAND REGISTRY AND THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA

CALEB MATHEUS RIBEIRO DE MIRANDA

Pesquisador de Novas Tecnologias do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB. Oficial do Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos e Registro Civil de Pessoas Jurídicas em Juquiá/SP. Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Civil e em Direito Notarial e Registral. caleb.miranda@gmail.com

Data de recebimento: 30.08.2018

Data de aprovação: 03.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: Os dados registrais imobiliários contêm informações pessoais daqueles que participam dos atos registrais. O acesso, o tratamento e a utilização dessas informações devem ser realizados em conformidade ao direito à proteção dos dados pessoais. O presente artigo analisa a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira aos Registros de Imóveis e os reflexos na atividade.

PALAVRAS-CHAVE: Dados pessoais – Proteção de dados – Intimidade – LGPD – GDPR.

ABSTRACT: The land registry data has personal information about those who are participants of the acts of registry. The access, treatment and utilization of these information should be realized in accordance with the right to protection of personal rights. This paper analyses the applicability of the Brazilian General Data Protection Law to the Land Registries and the consequences in the registry activity.

KEYWORDS: Personal data – Data protection – Intimacy – LGPD – GDPR.

SUMÁRIO: 1. Intimidade e proteção de dados pessoais. 2. O regulamento europeu e a legislação brasileira. 3. Natureza constitucional do conteúdo da LGPD. 4. O regramento constitucional quanto às informações notariais e registrais. 5. As informações registrais imobiliárias e o regramento jurídico brasileiro sobre dados pessoais. 5.1. Princípios aplicáveis aos dados pessoais. 5.1.1. Princípios da finalidade e da adequação. 5.1.2. Princípio da necessidade. 5.1.3. Princípios do livre acesso e da transparência. 5.1.4. Princípio da qualidade dos dados. 5.1.5. Princípio da não discriminação. 5.1.6. Princípios da prevenção e segurança. 5.1.7. Princípio da responsabilização e prestação de contas. 5.2. Das hipóteses de tratamento dos dados pessoais. 5.3. Temporalidade dos dados. 5.4. Direitos do titular. 5.5. Regras específicas relativas ao Poder Público. 5.6. O encarregado pelo tratamento de dados pessoais e as boas práticas de governança. 5.7. Autoridade Nacional e Conselho Nacional. 6. A LGPD e os Registros de Imóveis. 7. A LGPD e o SINTER. 8. Considerações finais.

1. INTIMIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Os direitos à intimidade e à vida privada tem *status* constitucional (art. 5º, inciso X). Para se proteger a pessoa humana e garantir sua dignidade, é fundamental que seja garantido a ela um espaço reservado, cuja escolha em partilhar com outros entes – seja o Estado, sejam empresas ou terceiros – caiba-lhe inteiramente.

Contudo, não obstante esses direitos estejam já previstos constitucionalmente, as expressões intimidade e vida privada tendem a se aproximar, ao menos no plano prático, da noção de conceitos jurídicos indeterminados: não se estabelece claramente o seu significado, e a verificação quanto a se certa conduta infringe ou não a norma constitucional depende de criação de norma posterior que indique mais especificamente seu conteúdo, seja por meio de ato normativo geral e abstrato editado pelo Poder Legislativo, seja na avaliação da situação concreta pelo Poder Judiciário.

Nessa toada, o ordenamento traz disposições específicas com relação a certos aspectos da proteção do direito à intimidade e à vida privada. Algumas dessas disposições foram previstas diretamente na Carta Magna, como a previsão do segredo de justiça (art. 93, inciso IX), do sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), o *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII) e o direito à gratuidade na obtenção de certas certidões das repartições públicas (art. 5º, inc. XXXIV). Outras foram incorporadas ao ordenamento por legislação infraconstitucional, como a previsão de proteção ao nome (arts. 17 e 18 do Código Civil), as restrições à divulgação de escritos (art. 20 do mesmo código) e a previsão de que não se expedirá certidão da adoção (art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Com a evolução da tecnologia, e com a modificação dos atos que podem ser realizados – tanto no aspecto de possibilidade efetiva como de custo – verifica-se que interesses dignos de tutela jurídica, já anteriormente existentes e reconhecidos, precisam ser percebidos e protegidos por um novo enfoque. Entre eles, surge um novo direito decorrente da intimidade e vida privada: o direito sobre os dados relativos à pessoa.

O assunto do tratamento de dados pessoais tem recebido grande atenção da mídia, especialmente com a repercussão do escândalo de dados Facebook-Cambridge Analytica, que resultou nos depoimentos do diretor do Facebook Mark Zuckerberg junto ao Congresso Americano¹ e no encerramento das ativi-

1. New.com.au. *Facebook's Mark Zuckerberg testifies before US Congress on Cambridge Analytica data breach*. Disponível em: [www.news.com.au/technology/online/social/facebook-mark-zuckerberg-testifies-before-us-congress-on-cambridge-analytica-data-breach/news-story/812832e6620a01e6d76eb9a6b43b505e]. Acesso em: 27.08.2018.

dades da Cambridge Analytica². O escândalo existente ressalta a percepção social sobre a necessidade de que seja estabelecido um regime jurídico quanto à utilização e ao tratamento dos dados pessoais, não só para fins comerciais, mas também para fins políticos e ideológicos. Também ressalta a importância de transparência nas informações dadas aos titulares dos dados e da avaliação da extensão do consentimento deles obtido.

2. O REGULAMENTO EUROPEU E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Regulamento 2016/679 da União Europeia, de 27.04.2016, mais conhecido como GDPR – General Data Protection Regulation – é a norma reguladora do uso e tratamento de dados pessoais por entidades privadas da União Europeia³. O GDPR vem substituir a Diretiva 95/46/CE, de 1995, com relação à proteção de dados pessoais, trazendo novidades no seu regramento, como a previsão de regras mais claras quanto ao consentimento do detentor dos dados (arts. 6º a 9º), penalidades mais severas (art. 83) e necessidade de avisar em 72 horas, em caso de violação de dados pessoais, a autoridade pública responsável pelo controle e fiscalização do processamento de dados (art. 33, item 1).

O GDPR tem sua aplicabilidade vinculada a atividades privadas que sejam realizadas na União Europeia (art. 3º, item 1) ou que tenham por finalidade a oferta de bens ou serviços a titulares dos dados na União (art. 3º, item 2, alínea “a”). Contudo, é importante analisá-lo como normativa geral de proteção de dados pela sua importância na definição de conceitos e princípios aplicáveis na proteção dos dados pessoais, facilitando especialmente a compreensão e interpretação das legislações locais sobre o assunto.

Em 14.08.2018, foi sancionada pelo presidente do Brasil a Lei 13.709/2018, que trata da proteção aos dados pessoais no território nacional. Utilizando-se de definições e princípios constantes da GDPR, a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – é a norma aplicável ao tratamento de dados pessoais no Brasil, prevendo os direitos dos titulares dos dados e os deveres de todos quantos realizem seu tratamento. Diferentemente da GDPR, contudo,

2. ElPaís. *Cambridge Analytica, empresa pivô no escândalo do Facebook, é fechada*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html]. Acesso em: 27.08.2018.
3. No âmbito da União Europeia, os entes públicos são regidos quanto ao tratamento dos dados por outro regulamento – o Regulamento (CE) 45/2001. Contudo, no âmbito do presente trabalho, decidimos por realizar a comparação da legislação brasileira com o GDPR, tendo em vista a proximidade dos conteúdos.

a LGPD aplica-se não só às entidades privadas, mas também às públicas (art. 1º), trazendo, quanto a estas, disposições específicas que somente a elas são aplicáveis (arts. 23 a 30).

3. NATUREZA CONSTITUCIONAL DO CONTEÚDO DA LGPD

A LGPD disciplina a utilização de dados pessoais como forma de proteger os direitos à intimidade e à vida privada. Suas disposições sobre o tratamento de dados pessoais possuem o objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade” (art. 1º), de modo que toda pessoa natural tenha “garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei” (art. 17).

Ao regulamentar a utilização de dados pessoais, verifica-se que a LGPD possui, embora aprovada por lei ordinária, conteúdo de natureza constitucional. Disciplina-se um direito fundamental – direito à proteção de dados pessoais –, expressamente albergado pela Constituição Federal, que reconhece a existência de outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (CF, art. 5º, § 2º).

A aproximação da LGPD com o GDPR traz ainda maior reforço à tese de sua constitucionalidade material. Se os direitos humanos são os direitos essenciais às pessoas humanas reconhecidos no plano internacional, o direito à proteção dos dados pessoais é direito humano, reconhecido no plano internacional pelo GDPR. Por outro lado, se os direitos fundamentais são os direitos humanos incorporados a uma Carta Constitucional como fundamentais de certo Estado, ao prever a nossa Carta Constitucional a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais, e sendo a proteção de dados pessoais direito decorrente destes, o conteúdo da LGPD é materialmente constitucional, devendo ser considerado como tal enquanto interpretação dada ao comando constitucional pelo legislador ordinário.

Por essa razão, eventual modificação às disposições da LGPD deve considerar que seu conteúdo não reflete meramente a vontade política momentânea da sociedade, mas uma autorizada interpretação do conteúdo dos direitos da intimidade e vida privada no contexto da proteção dos dados pessoais.

Isso não quer dizer que a LGPD seja imutável em cada detalhe, ou que para lhe alterar seja necessário observar o procedimento constitucional previsto para as emendas à Carta Magna. Mas seu conteúdo só poderá ser modificado atendendo-se à proibição do retrocesso social. É dizer, a diminuição do conteúdo material do direito à proteção de dados bem como o abrandamento de seus princípios só podem ser realizados se não implicarem uma restrição lesiva aos direitos à vida

privada e à intimidade previstos constitucionalmente. As leis devem ser promulgadas para garantir direitos constitucionais e com o intento de dar cumprimento à Constituição, e não para, retirando vigor às disposições que a cumpram, restringir-lhe indiretamente o alcance e a efetividade.

4. O REGRAMENTO CONSTITUCIONAL QUANTO ÀS INFORMAÇÕES NOTARIAIS E REGISTRAS

Antes de adentrarmos na análise da aplicação da LGPD às informações notariais e registras, é importante ressaltar que a Constituição Federal trouxe disposição específica relacionada aos dados decorrentes das atividades notariais e de registro.

Ao tratar da estruturação da execução das atividades notariais e de registro, a Carta Constitucional previu seu exercício em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, *caput*), e, em consequência, acabou por indicar quem são os responsáveis pelo armazenamento e conservação destes dados: os titulares aos quais a atividade é delegada, quais sejam, os Tabeliães e os Registradores⁴. Em consonância com a previsão constitucional, aos Tabeliães e Registradores foi atribuído o dever de conservação das informações notariais e registras tanto pela Lei dos Registros Públicos (arts. 22 a 26) como pela Lei dos Notários e Registradores (art. 46).

Voltaremos a esse tópico no decorrer do presente trabalho. Importa, neste momento, lembrar somente que, quanto às informações notariais e registras, há um específico e importante princípio constitucional a ser considerado: as informações ou dados notariais e registras – objeto principal da atividade notarial e registral – devem ser armazenadas e conservadas pelos serviços notariais e registras, sob responsabilidade dos seus delegados.

4. A Constituição prevê que “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público” (art. 236). Essa previsão reconhece, indiretamente, que a conservação dos dados registras e notariais é atribuída aos notários e aos registradores. E isso porque o que a Constituição atribui aos particulares é o exercício dos serviços notariais e registras, e não a mera recepção ou a prática de parcela dos atos notariais e registras.

O exercício das atividades notariais e registras pode ser subdividido, no plano teórico, em diversas atuações: recepção, qualificação, prática dos atos registras, conservação e publicidade. Contudo, atribuir qualquer parcela dessas atividades a outros entes é desrespeitar o comando constitucional.

5. AS INFORMAÇÕES REGISTRAS IMOBILIÁRIAS E O REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOBRE DADOS PESSOAIS

A proposta do presente artigo é fazer a análise dos principais aspectos do regramento jurídico brasileiro quanto ao armazenamento e tratamento dos dados pessoais, com ênfase especialmente nas informações ou dados registraes imobiliários. As referências ao regramento constante da GDPR serão realizadas com o intuito de permitir uma maior compreensão dos conceitos e institutos previstos na legislação pátria, mas sempre analisada a questão pela ótica do ordenamento brasileiro, constitucional e infraconstitucional.

A LGPD utiliza as seguintes expressões, entre outras, que serão referidas ao longo deste artigo:

- 1) titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais (art. 5º, inciso V);
- 2) controlador: pessoa, natural ou jurídica, a quem competem as decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais (art. 5º, inciso VI); e
- 3) tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, entre as quais: coleta, recepção, armazenamento, processamento, transmissão e modificação (art. 5º, inciso X).

Passemos a análise dos principais pontos de relevância para os Registros de Imóveis.

5.1. Princípios aplicáveis aos dados pessoais

Para proteção dos dados pessoais, a LGPD previu para as atividades de tratamento de dados pessoais, em seu art. 6º, além da boa-fé, os seguintes princípios:

- I – finalidade;
- II – adequação;
- III – necessidade;
- IV – livre acesso aos titulares;
- V – qualidades dos dados;
- VI – transparência;
- VII – segurança;
- VIII – prevenção;
- IX – não discriminação; e
- X – responsabilização e prestação de contas.

Cabe-nos, com a brevidade que o escopo deste trabalho exige, explicar-lhes rapidamente o conteúdo.

5.1.1. Princípios da finalidade e da adequação

O princípio da finalidade indica que o fim ao qual se direciona o tratamento dos dados deve ser legítimo, específico e consentido (art. 6º, inc. I). Essa legitimidade abrange não só uma análise jurídica quanto ao propósito em potencial – se o Direito permite o tratamento proposto – mas também quanto à especificidade do consentimento obtido do titular, vedando-se tratamento posterior para outras finalidades. Ele é complementado pelo princípio da adequação, que expressamente prevê a “compatibilidade do tratamento com as finalidades *informadas* ao titular” (art. 6º, inc. II – destaque nosso).

Os princípios da finalidade e da adequação previstos no ordenamento pátrio correspondem ao conteúdo de dois princípios previstos na GDPR: o princípio da licitude, lealdade e transparência⁵, e o princípio da limitação do propósito⁶. Enquanto o princípio da finalidade indica as situações em que é possível o processamento dos dados, como veremos adiante, o princípio da limitação do propósito prevê que a ocorrência de uma das situações elencadas não legitima o armazenamento e processamento generalizado dos dados, mas somente de acordo com o propósito ao qual especificado.

A limitação do propósito do tratamento dos dados é aspecto muito importante, especialmente quando considerado o tratamento de dados a ser efetivado pelo Poder Público. Em regra, os dados pessoais não são utilizados pelo Estado para um único propósito, mas são coletados e processados em diversos níveis da atuação estatal, e por uma gama de razões, como controle tributário, análise estatística, gestão de espaços públicos etc. Em razão dessa variedade de finalidades, é essencial que cada propósito seja especificado com suficientes detalhes para que seja possível verificar a sua conformidade com o ordenamento⁷.

5. União Europeia, GDPR. O artigo 5º trata dos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais. Em seu item 1, alínea “a”, ele dispõe que “item 1. Os dados pessoais são:”, “alínea a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados (‘licitude, lealdade e transparência’)”.

6. O GDPR assim dispõe sobre o princípio da limitação do propósito: Artigo 5º, “item 1. Os dados pessoais são:”, “alínea b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89, n. 1. (‘limitação das finalidades’)”

7. BERLEE, Anna. Access to personal data in public land registers – Balancing publicity of property rights with the rights to privacy and data protection – Maastricht Law Series, volume 2 – Eleven International Publishing – The Netherlands, 2018. p. 197.

Importa notar, ainda, que se mostra incompatível a utilização de expressões genéricas para burlar o princípio da limitação do propósito, como previsões pelo Poder Público de que os dados serão transmitidos “para os fins legais”, “para os fins de direito”, “para permitir a gestão pública”, “para facilitar a Administração estatal”. O propósito deve ser especificamente determinado – por exemplo: para fins de controle da transmissão de imóveis quanto ao recolhimento do ITBI; para fins de verificação do atual proprietário do imóvel urbano, com vistas à cobrança do IPTU; para permitir uma adequada compreensão do número de unidades em certa parcela do centro urbano, com vistas à organização das vias de circulação – para que se possa avaliar a licitude dos dados com relação aos quais são requeridos a transmissão e o processamento.

Trataremos em tópico próprio das hipóteses de utilização dos dados pessoais, tanto no GDPR como na LGPD, ressaltando desde esse momento, contudo, que os dados pessoais só podem ser recepcionados, armazenados e utilizados de acordo com a(s) específica(s) finalidade(s) à(s) qual(is) são direcionados.

5.1.2. *Princípio da necessidade*

O princípio da necessidade implica na “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades” (art. 6º, inc. III). Isso quer dizer que, em matérias de dados pessoais, só devem ser armazenados e processados os dados que sejam necessários à busca da própria finalidade (lícita) à qual se direciona o tratamento dos dados.

O princípio corresponde, no ordenamento pátrio, ao princípio da minimização dos dados, previsto na GDPR⁸, cujo nome no regulamento europeu descreve melhor a ideia que representa: os dados pessoais só podem ser objeto de tratamento na exata medida do quanto seja essencial ao atendimento da finalidade proposta. Trata-se, ao nosso ver, de faceta do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo, especialmente no aspecto da necessidade ou menor ingerência possível, segundo o qual o cidadão tem direito à “menor desvantagem possível”⁹.

É interessante notar um ponto que merece atenção com relação ao sistema atual de publicidade dos registros imobiliários, já indicado pela doutrina nacio-

8. O GDPR assim dispõe sobre o princípio da minimização dos dados: “item 1. Os dados pessoais são:”, “alínea c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (“minimização dos dados)”.

9. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 269-270.

nal: a existência, nas matrículas, de uma saturação de informações¹⁰. Embora essas considerações sejam mais relacionadas ao aspecto das transmissões sucessivas e ônus cancelados, outra aplicação do princípio pode ser vista agora com relação aos dados pessoais: como deve o Registro de Imóveis lidar com excessivas informações constantes de seu acervo? Poderão ser recebidos e arquivados quaisquer documentos relacionados com o conteúdo registral, especialmente documentos que contenham dados pessoais? Como se procederá quando tais documentos conflitarem com a proteção à privacidade?

A Practice Direction 1, de 18.05.2018, da Law Society of Northern Ireland, traz algumas considerações relevantes sobre o tema¹¹. Ela expressamente determina que certos documentos não devem ser apresentados ao Registro de Imóveis – como Licenças de Motoristas, Passaportes, extratos bancários – e que, se apresentados no original, serão devolvidos à parte, ou, se apresentados em cópia, serão inutilizados. E isso em razão da possibilidade de qualquer pessoa consultar o acervo registral, pelo que se evitaria o acesso indevido aos dados pessoais pela vedação ao seu armazenamento.

O princípio também será aplicável no direito registral brasileiro, quer restringindo-se a entrada dos documentos – como feito no sistema Irlandês – quer restringindo-se a saída. Todo armazenamento e tratamento dos dados pessoais, por cada ente que o realizar, deve restringir-se aos dados essenciais para a realização de sua finalidade. No sistema registral brasileiro, não havendo ainda disposição específica que trate de maneira igualmente assertiva sobre o tema, parece possível o ingresso dos documentos ao acervo, como aliás comumente ocorre, e caberá aos Oficiais, ao analisarem solicitações de certidões de documentos arquivados, verificar se há, entre esses, algum documento que extrapole o princípio da necessidade ou possa atingir direitos pessoais.

Outro aspecto que merece atenção é o fato de que os princípios da necessidade ou minimização dos dados indicam que são ilegais normas que prevejam um repasse global de informações a outros entes para que, posteriormente, sejam analisadas as que serão necessárias à finalidade pretendida. Em matéria de dados pessoais, poder-se-ia dizer que a transferência dos dados é realizada na medida do quanto for “essencial que se saiba”¹².

10. JACOMINO, Sérgio. *Digitalização da matrícula: hiper-saturação textual*. Disponível em: [<https://cartorios.org/2018/08/23/digitalizacao-da-matricula-hiper-saturacao-textual/>]. Acesso em: 27.08.2018.

11. Disponível em: [www.lawsoc-ni.org/DatabaseDocs/med_6883566__practice_direction_1_2018_-_gdpr.DOCX]. Acesso em: 27.08.2018.

12. Em inglês, costuma-se falar em *need to know basis* para descrever as situações em que uma informação só deve ser compartilhada com pessoas que precisem conhecê-la para

5.1.3. *Princípios do livre acesso e da transparência*

O princípio do livre acesso garante aos titulares dos dados a possibilidade não só de conhecê-los, mas também de consultar, de forma facilitada e gratuita, sobre a forma e duração do tratamento (art. 6º, inc. IV). É complementado pelo princípio da transparência, que garante ao titular não só o direito de ser informado, mas de que as informações sobre o tratamento sejam “claras, precisas e facilmente acessíveis” (art. 6º, inc. VI).

Esses princípios vedam as seguintes práticas:

- 1) sigilo quanto aos dados do titular que estejam sendo tratados;
- 2) sigilo quanto à forma e duração do tratamento; e
- 3) informações obscuras quanto ao tratamento dos dados.

5.1.4. *Princípio da qualidade dos dados*

Este princípio garante ao seu titular a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados. Impede-se a manutenção de dados incorretos sobre o titular, garantindo-lhe a possibilidade de sua correção (art. 6º, inc. V).

5.1.5. *Princípio da não discriminação*

O princípio da não discriminação implica a “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (art. 6º, inc. IX). Trata-se de faceta do princípio da finalidade, mas cuja explicitação é importante em caráter afirmativo: o tratamento de dados não pode ter fins que impliquem em discriminação ilegítima entre seus titulares.

5.1.6. *Princípios da prevenção e segurança*

O princípio da prevenção impõe a necessidade de que os controladores de dados adotem medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento dos dados (art. 6º, inc. VIII). Ele é complementado pelo princípio da segurança, que determina a “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão” (art. 6º, inc. VII).

o desempenho de suas atividades. Esse aspecto subjetivo de limitação – “quem precisa saber” – deve ser complementado por um aspecto objetivo – “o que se precisa saber” –, no que me pareceu conveniente denominar, no idioma inglês, *essential to know basis*.

Interessa notar, nesse aspecto, que o legislador não se limitou, quanto à segurança, à determinação de utilização de medidas tecnológicas para proteção dos dados. As medidas tecnológicas, essenciais para a proteção de qualquer informação sensível nos dias atuais, devem ser utilizadas conjuntamente com medidas administrativas direcionadas à proteção dos dados.

Um exemplo na seara registral poderá melhor ilustrar a situação. Os Registros de Imóveis conservam, no acervo de cada cartório, as informações registrais. Seria possível a centralização das informações de todos os Registros de Imóveis em um servidor único, protegido por sistemas de computação adequados? Parece-nos que não. E isso porque, embora se possa falar em um sistema de segurança tecnológico compatível com o estado da arte, é evidente que a evolução tecnológica – essa mais concentrada – bem como a evolução das ferramentas de invasão de sistemas – essa claramente difusa e, de certa forma, caótica – poderão permitir que pessoas não autorizadas superem as barreiras tecnológicas e acessem indevidamente as informações.

Por outro lado, certas medidas administrativas, como a manutenção dos dados armazenados de maneira não centralizada, são muito eficientes em impedir ataques completos às informações registrais. A conjugação de esforços é necessária para que seja dada a maior eficiência à proteção dos dados.

É relevantíssimo, ainda, o escopo dado pelo legislador. Embora tenha sido prevista a responsabilização por eventuais danos a terceiros, conforme art. 42 e seguintes, a responsabilização não é prevista como um dos princípios do tratamento de dados. Ou seja, quando se trata de dados pessoais, é necessário impedir a ocorrência de situações danosas. Não podem ser permitidas atitudes do controlador que impliquem em “assumir o risco” de eventuais danos decorrentes da utilização de medidas inadequadas, ou da não utilização das medidas cabíveis.

5.1.7. Princípio da responsabilização e prestação de contas

Por este princípio, todo o tratamento de dados é considerado gestão de informações que não pertencem ao controlador. Não podendo ele utilizar os dados como se lhe pertencessem, é necessário que demonstre a adoção de medidas eficazes para observar as normas relativas à proteção de dados pessoais, bem como sua eficácia (art. 6º, inc. X).

5.2. Das hipóteses de tratamento dos dados pessoais

Analisados os princípios aplicáveis, buscaremos verificar outros pontos relevantes do regramento de proteção de dados nacional.

Tanto a LGPD como o GDPR dispõem sobre as situações nas quais será lícito o processamento de dados.

Pelo regulamento europeu, o processamento será lícito somente se ocorrer uma das seguintes situações (conforme art. 6, item 1):

- 1) consentimento do titular;
- 2) realização de um contrato entre as partes;
- 3) atender obrigação legal à qual o controlador está sujeito;
- 4) proteger interesses vitais do titular ou de outra pessoa natural;
- 5) realização de atividades para atender ao interesse público ou no exercício de autoridade oficial; e
- 6) atender os legítimos interesses do controlador ou de terceiro, desde que não se sobreponham a interesse ou direitos fundamentais dos titulares.

A LGPD também previu as hipóteses em que poderá ser realizado o tratamento dos dados pessoais (art. 7º). São estas, resumidamente:

- 1) consentimento do titular;
- 2) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- 3) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas;
- 4) para a realização de estudos por órgão de pesquisa;
- 5) para execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- 6) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;
- 7) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- 8) para a tutela da saúde;
- 9) para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; e
- 10) para a proteção do crédito.

Com relação às informações registradas imobiliárias, uma vez que o Registro de Imóveis tem por princípio a publicidade, poderiam ainda ser aplicáveis as seguintes regras previstas na LGPD:

- 1) é dispensado o consentimento com relação aos dados tornados manifestamente públicos pelo titular (art. 7º, § 4º); e

2) eventual dispensa do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas na LGPD, especialmente da observância dos princípios gerais e garantias dos direitos do titular (art. 7º, § 6º), entre os quais o princípio da necessidade dos dados (art. 6º, III).

Dessa forma, analisado os dados registrais pelas lentes da LGPD, podemos obter as seguintes regras quanto à sua utilização:

- 1) os dados registrais são armazenados pelos Registros de Imóveis em atendimento à obrigação legal prevista pela Lei dos Registros Públicos¹³, implícito o consentimento do titular uma vez que os Registros Públicos observam o princípio da publicidade¹⁴;
- 2) os dados registrais podem ser transmitidos:
 - 2.1) à Administração Pública para a execução de políticas públicas (art. 7º, inc. III), na exata medida do quanto necessário para este desempenho (art. 6º, inc. III);
 - 2.2) para a realização de estudos por órgão de pesquisa (art. 7º, inc. IV);
 - 2.3) em atendimento a determinações judiciais, para o exercício regular de direitos em processo judicial (art. 7º, inc. VI); e
 - 2.4) para o exercício regular de direitos em procedimento administrativo ou arbitral (art. 7º, inc. VI).

É importante ressaltar que, em todas as hipóteses de transmissão dos dados registrais, ela só poderá ser realizada com finalidade específica, e na exata medida do quanto necessário para este desempenho. Um exemplo poderá melhor aclarar o âmbito de aplicação dos princípios da finalidade e da necessidade ou minimização dos dados, princípios centrais ao sistema de proteção de dados pessoais.

Imaginemos que certo órgão administrativo solicite ao Registro de Imóveis que lhe faça remessa de todas as informações registrais sobre todos os imóveis que tem em sua circunscrição, porque entende que isso é mais conveniente do que a requisição de informações ao Registro Imobiliário em cada caso concreto. Essa situação afrontaria o princípio da necessidade, causando uma duplicação das

-
13. BRASIL, Lei dos Registros Públicos. “Art. 24. Os oficiais devem manter em segurança, permanentemente, os livros e documentos e respondem pela sua ordem e conservação.” “Art. 26. Os livros e papéis pertencentes ao arquivo do cartório ali permanecerão indefinidamente.”
 14. BRASIL, Lei dos Notários e Registradores. “Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

informações registrais em descompasso com o quanto efetivamente exigido para atendimento da finalidade proposta. Criaria, ainda, um risco à segurança dos dados, ofendendo os princípios da segurança e da prevenção.

Dito de outro modo: não se permite a transmissão indiscriminada dos dados relativos a todas as situações jurídicas imobiliárias a outro ente. Cada solicitação de informações registrais deve vir acompanhada de indicação clara sobre a necessidade de cada informação pretendida, bem como da finalidade à qual se direciona a informação requerida.

5.3. Temporalidade dos dados

A LGPD trouxe limitações à temporalidade dos dados. Os dados serão utilizados, via de regra, até que a finalidade seja alcançada, ou até que deixem de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada (art. 15, inc. I).

É relevante notar que a própria LGPD albergou exceções à eliminação dos dados após seu tratamento (art. 16). São estas:

- 1) estudo por órgão de pesquisa;
- 2) transferência a terceiro, respeitados os requisitos legais;
- 3) uso exclusivo do controlador, desde que anonimizados os dados, e vedado seu acesso por terceiros; e
- 4) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

Quanto à manutenção de dados em cumprimento de obrigação legal ou regulamentar, contudo, é necessário fazer uma ressalva. A previsão de manutenção dos dados para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador deve ser necessariamente interpretada de acordo com os princípios já previstos na LGPD. Entender de outro modo implicaria dizer que qualquer lei ou regulamento futuro poderia restringir de maneira praticamente ilimitada o direito à proteção de dados pessoais.

Voltemos ao exemplo do órgão administrativo: digamos que um Ministério baixasse uma portaria determinando que as informações registrais relativas a todos os atos notariais e registrais deveriam ser remetidos a certo órgão a si subordinado para posterior pesquisa de informações. Nesse caso, podemos dizer que há, em sentido formal, por parte do órgão administrativo, uma obrigação regulatória de manutenção dos referidos dados (o que cumpriria o art. 16, inc. I, da LGPD), mas não há, por evidente, atendimento aos princípios da necessidade (art. 6º, inc. III) e da minimização dos dados (GDPR, art. 5º, item 1, letra “c”).

Esse regulamento seria, portanto, inconstitucional. E, uma vez que o regramento da LGPD sobre o assunto é materialmente constitucional (nos termos do art. 5º, § 2º, da CF), qualquer lei ou ato normativo que fizer previsão em desatenção aos seus princípios será considerado inconstitucional.

5.4. *Direitos do titular*

A LGPD previu, no art. 18, os direitos dos titulares dos dados pessoais. São os principais direitos, relacionados ao Registro de Imóveis:

- 1) confirmação da existência de tratamento;
- 2) acesso aos dados;
- 3) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- 4) anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários; e
- 5) revogação do consentimento.

A lei ainda prevê que os direitos serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou representante legalmente constituído (art. 18, § 3º).

Os direitos de confirmação de existência de tratamento, acesso aos dados e correção de dados parecem ser os de mais fácil assimilação pelos Registros de Imóveis. Os procedimentos de emissão de certidão e de retificação, ainda que possam ter, futuramente, algumas modificações em seu procedimento para uma perfeita adequação à LGPD, já permitem um atendimento a esses direitos.

Quanto ao direito de anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, sua perfeita aplicação exigirá ponderação dos valores envolvidos.

A principal hipótese em que poderá haver um interesse na eliminação de certos dados é no caso de alterações sensíveis relativas ao estado da pessoa. Um exemplo hipotético é de um menor, representado pelos pais, que recebe um bem em doação, e que, posteriormente, é adotado por terceiros e, ainda menor, aliena o bem, com autorização judicial, agora representado pelos novos pais. A menção a pais diferentes na matrícula poderá indiretamente indicar a adoção, situação que deve, quanto possível, ser evitada.

Outra situação, essa prática, mais presente e igualmente merecedora de atenção e cuidado, é a alteração do gênero e nome de pessoa transexual. Havendo imóveis anteriormente adquiridos, a notícia da alteração do nome e sexo não tem relevância para fins do direito real. A exata interpretação de como se dará o direito à eliminação dos dados ainda não está delineada de modo definitivo. O procedimento mais adequado parece ser a apresentação, por parte da pessoa ofendida, de requerimento ao Registro de Imóveis solicitando a restrição quanto

à publicidade destes dados, de tal forma que, analisado e deferido o requerimento, a certidão seja emitida em resumo, exigindo-se comprovação do legítimo interesse por parte de terceiros para a emissão da certidão de inteiro teor.

Quanto à revogação do consentimento em relação aos dados pessoais, não parece possível a sua aplicação isolada no Registro de Imóveis, uma vez que as informações registrais são incorporadas ao fôlio real por determinação legal e não pelo mero consentimento da parte. A revogação do consentimento poderia se dar, contudo, com relação a informações que não mais são relevantes ao registro, como no caso de endereços das partes relacionados a atos pretéritos e já sem efeito, mas sempre condicionada à análise por parte do Oficial, e permitida certidão integral se demonstrado o interesse jurídico naquela informação.

5.5. Regras específicas relativas ao Poder Público

A LGPD trouxe previsões específicas com relação ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Ela reafirma, por sua importância, os deveres de informação e transparência (art. 23, inc. I), bem como a necessidade de observância da finalidade de execução das políticas públicas e atribuições legais (art. 26, *caput*), sempre respeitados os princípios relativos à proteção de dados. A LGPD também determinou expressamente que as regras relativas ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público se aplicam aos serviços notariais e de registro (art. 23, § 4º).

É importante notar a previsão do § 5º do art. 23: “os órgãos notariais e de registro devem *fornecer acesso aos dados* por meio eletrônico para a administração pública” (destaque nosso). Ora, se os serviços de registros públicos devem fornecer acesso a esses dados para a Administração Pública é precisamente porque esses dados não podem ser armazenados pela Administração Pública.

O dispositivo não causa nenhuma estranheza; qualquer disposição em sentido diverso padeceria do vício da inconstitucionalidade, porque se a atividade notarial e registral é exercida por particulares em decorrência de delegação do Estado (conforme art. 236 da CF), não seria coerente que o objeto principal desta atividade – os dados notariais e registrais – ficassem sob a tutela de qualquer ente que não aqueles aos quais atribuído o seu exercício.

Reforça esta compreensão o disposto no art. 25 da LGPD: “os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para uso compartilhado”. Serão mantidos em formato interoperável e estruturado para uso compartilhado porque poderá ser necessária a transmissão de certos dados entre entes diversos. Contudo, a amalgamação ou a duplicação de uma base de dados de um ente por outro é medida que afrontaria aos princípios da necessidade (art. 6º, inc. III) e

da segurança (art. 6º, inc. VII), contrária, em verdade, a toda a principiologia de proteção de dados pessoais.

Ressalta-se, por fim, que é vedado ao Poder Público a transferência a entidades privadas dos dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso (art. 26, § 1º), com duas exceções: “em caso de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado” (inc. I), e nos casos em que os “dados forem acessíveis publicamente” (inc. III). Veda-se, com esse dispositivo, que o Poder Público se utilize, de forma mercantilista, dos dados pessoais aos quais, no exercício de suas atividades, tem acesso.

5.6. *O encarregado pelo tratamento de dados pessoais e as boas práticas de governança*

A LGPD, em seu art. 41, seguindo a previsão da GDPR do Data Protection Officer (arts. 37 a 39), previu expressamente que os controladores deverão indicar encarregado pelo tratamento dos dados pessoais¹⁵. Esses encarregados são incumbidos de servir como intermediários entre os titulares, os controladores e a autoridade nacional, bem como orientar os funcionários e contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais (§ 2º). A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza, porte e volume de operações das entidades (§ 3º).

Importa notar aqui que, no âmbito registral imobiliário, uma vez que o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) será implementado e operado, nacionalmente, pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR), conforme art. 76, *caput*, da Lei 13.465/2017, será de todo conveniente que esta pessoa jurídica realize a indicação do encarregado pelo tratamento dos dados pessoais relativo aos Registros Imobiliários, estabelecendo o regramento aplicável aos dados registrais imobiliários. De antemão, verifica-se que a complexidade do tema de tratamento de dados pessoais exigirá uma atuação do SREI muito organizada em termos técnicos e tecnológicos, que será

15. No âmbito do GDPR, a circunstância de o tratamento ser efetuado por uma autoridade ou organismo público, salvo os tribunais no exercício da atividade jurisdicional, implicam a necessidade absoluta de nomeação de um Encarregado da Proteção de Dados (artigo 37, item 1, alínea “a”). No sistema criado pela LGPD, poderá haver dispensa de necessidade de sua indicação pela autoridade nacional (art. 41, § 3º).

regulamentada pelo ONR e pela Corregedoria Nacional de Justiça, como agente regulador do próprio ONR, em benefício de toda a sociedade.

A LGPD também permite a formulação de regras de boas práticas e de governança relativas ao tratamento de dados pessoais, entre as quais as normas de segurança e padrões técnicos (art. 50, *caput*). Os padrões de governança técnica e tecnológicas com relação aos dados registrais imobiliários serão, igualmente, elaborados pelo ONR.

5.7. *Autoridade Nacional e Conselho Nacional*

O projeto que deu origem à LGPD previa, ainda, a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, como autarquia especial, e de um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Em face do veto aos arts. 55 a 59 pelo Presidente da República, a criação da Autoridade Nacional e do referido Conselho serão feitos por ato posterior, de iniciativa da Presidência da República¹⁶.

6. A LGPD E OS REGISTROS DE IMÓVEIS

A LGPD prevê restrições, balizas e parâmetros para o tratamento de dados pessoais. Os Registros de Imóveis, como entidades às quais são atribuídas as funções de qualificação, conservação e publicização de informações registrais, necessariamente estão sujeitos à disciplina prevista. E com o Registro Eletrônico, que se divisa em um horizonte cada vez mais próximo, garantir a proteção dos dados registrais é prioridade absoluta.

Poder-se-ia questionar como, devido à variação no porte dos cartórios, poderiam os Registros de Imóveis atender aos requisitos legais. É evidente que criar do zero um sistema compatível com a LGPD envolve grande custo; mas a utilização por diversos cartórios do mesmo sistema diminui o custo individual.

O principal ponto a ser observado é que o que a LGPD exige é uma política de tratamento de dados pessoais compatível com seus princípios e regras. Essa política preverá padrões a serem observados para que, por seu atendimento, os dados pessoais estejam protegidos. A importância de uma organização técnica bem como sua dificuldade são reconhecidas pelo próprio legislador, ao prever a formulação de boas práticas e de regras de governança por associações (art. 50). O tema da proteção de dados pessoais deve ser encarado pelos Registros de Imóveis

16. BRASIL. Constituição Federal, art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “b”.

como questão institucional. Pensar-se em uma política de proteção de dados que se limite a um cartório, a uma cidade, região ou mesmo a um Estado da Federação, e que não busque a criação de uma política nacional de proteção dos dados registrais imobiliários, é andar na contramão da modernidade. As normas técnicas e tecnológicas a serem observadas devem observar uma política nacional, o que de nenhuma maneira limitará a competência das Corregedorias Estaduais nem a independência dos Oficiais Registradores. Compare-se com a normalização com a padronização já existente dos sistemas operacionais ou dos programas de processamento de texto.

Verifica-se, claramente, a essencialidade do ONR para que seja possível desenharmos uma política nacional de proteção de dados registrais, a ser observada por todos os Registros de Imóveis.

7. A LGPD E O SINTER

A leitura dos princípios e normas previstos na LGPD levanta um questionamento com relação ao Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (SINTER), instituído pelo Decreto Federal 8.764/2016. Seria compatível com o sistema jurídico brasileiro a criação de um sistema de cadastro multifinalitário, ou seja, de um sistema agregador de dados de diversas entidades (art. 8º) com vistas ao atingimento da genérica finalidade de “gestão pública” (art. 1º)?

O SINTER é instituído como ferramenta de “gestão pública” que integrará os “dados jurídicos produzidos pelos serviços de registros públicos” (art. 1º). Prevê o Decreto que as informações registrais serão repassadas à administração pública federal, sem ônus, por meio de documentos natos digitais estruturados (art. 5º, *caput*), atualizadas a cada ato registral (art. 5º, § 1º).

Não nos deteremos, no presente artigo, à competência legislativa privativa da União para legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV, da CF), nem à determinação constitucional de fiscalização dos atos registrais pelo Judiciário (art. 236, § 1º). Tampouco trataremos do comando legislativo expresso de que o Sistema de Registro Eletrônico será instituído pelos serviços de registros públicos (art. 37, *caput*, da Lei 11.977/2009) e, expressamente com relação ao Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis, pelo ONR, pessoa jurídica de direito privado *sui generis* (art. 76, *caput* e § 2º, da Lei 13.465/2017). Buscaremos analisar a questão somente quanto à constitucionalidade da criação desta base de dados agregadora e multifinalitária perante aos direitos fundamentais relacionados aos dados pessoais, e somente no enfoque do tratamento dos dados registrais imobiliários.

A previsão de remessa dos dados, mesmo antes da LGPD, era já extremamente questionável; ela determinava a duplicação das informações registrais fora

do âmbito dos serviços registrais, em clara afronta ao dispositivo constitucional que prevê o exercício da atividade pelos titulares ao qual delegada a atividade (art. 236, *caput*, da CF).

A previsão do Decreto era também contrária ao que dispõem a Lei dos Notários e Registradores (art. 46) e a Lei dos Registros Públicos (art. 24). É evidente que o dever de conservação não implica somente em manter em ordem as informações registrais; em tempos tecnológicos, implica também o dever de evitar o repasse indiscriminado de dados que possam ser utilizados de maneira indevida.

Não fosse assim, os Registros de Imóveis poderiam publicar todo o seu conteúdo nos jornais e em sites da internet para que qualquer pessoa pudesse acessar. Por questões de segurança e privacidade, esta publicidade indiscriminada não pode ser tolerada. Existe um procedimento específico para publicidade das informações registrais: o procedimento de certidão e de prestação de informações pelos Oficiais (art. 16 e seguintes da LRP).

A transferência de todas as informações registrais à Receita Federal, além de afrontar a previsão constitucional, a LNR e a LRP – e isto atentando-nos somente aos dados registrais –, ofende também os princípios que regem o tratamento de dados pessoais.

Primeiramente, porque há violação ao princípio da finalidade (art. 6º, inc. I, da LGPD). A transferência completa das informações registrais não se coaduna com a genérica indicação da finalidade de “gestão pública” (art. 1º, *caput*, do Decreto). Ainda que se considerasse possível a especificação da finalidade em termo tão abrangente como o indicado – afinal, que atividade faz a Administração Pública que não possa, em maior ou menor grau, ser considerada gestão pública? –, com relação às políticas de gestão, não é aspecto de maior relevância a propriedade e os ônus reais sobre os imóveis, uma vez que interessa mais ao gestor público a sua utilização, quer decorrente da posse, quer da propriedade (razão inclusive do IPTU prever ambas como hipóteses de sua incidência¹⁷). Além, a existência de gravames, direitos reais limitados, financiamentos, etc., não se relaciona com a gestão pública de forma direta. Essa intenção de abranger todas as informações registrais explica-se em si mesma: decorre de uma intenção (e não de uma necessidade) de abranger todas as informações registrais (e não só as essenciais ao

17. BRASIL. Código Tributário Nacional, “Artigo 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.”

atendimento de suas finalidades). E isso é vedado, claramente, por não atender de modo razoável a qualquer finalidade da Receita Federal do Brasil.

Além, a previsão afronta claramente o princípio da necessidade ou da minimização dos dados (art. 6º, inc. III, da LGPD), transferindo mais dados do que os necessários à finalidade proposta. A rigor, a previsão vai tão longe a ponto de implicar um princípio totalmente contrário: o princípio da maximização dos dados. Se um dia se mostrarem necessários, para certa política pública, por exemplo, as informações relativas a todos os financiamentos existentes em certa região, esses dados poderão ser fornecidos pelos serviços registrares imobiliários à Administração Pública. Contudo, até que se evidencie a necessidade, o repasse das informações não é só desnecessário: é totalmente vedado, constituindo-se em indevida atuação relacionada aos atos registrares (transferência) em desacordo aos princípios regentes destes da matéria (finalidade e necessidade).

A previsão afronta, ainda, o princípio da segurança, pois a centralização dos dados junto a servidores da Receita Federal, frise-se, em duplicidade desnecessária, é o exato oposto da “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados” (art. 6º, inc. VII, da LGPD). É a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a deixar mais vulneráveis os dados pessoais, que poderão ser não só acessados, de maneira direta, por funcionário da Receita Federal mal intencionado (e não se deve mencionar que a questão se resumirá à responsabilização posterior, porque em matéria de dados pessoais o que importa é evitar a possibilidade de ocorrência do dano, antes que repará-lo), como também, estando centralizados os dados, serão alvo fácil para ataques por terceiros.

Dessa forma, é de rigor considerar que a transmissão ou duplicação dos dados registrares junto ao SINTER é medida que afronta às seguintes disposições relativas aos dados pessoais:

- 1) afronta à previsão constitucional de que os dados registrares devem ficar sob a guarda dos titulares aos quais delegada a atividade (art. 236, *caput*, da CF);
- 2) desatende ao dever de conservação dos dados por partes dos Registradores (LNR, art. 46, e LRP, art. 24);
- 3) cria forma anômala de publicidade dos dados registrares, em afronta à Lei dos Registros Públicos (art. 16 e seguintes);
- 4) desrespeita o princípio da finalidade dos dados pessoais, uma vez que é desnecessário o repasse de todos os dados registrares para que a Receita Federal possa cumprir suas finalidades (art. 6º, inc. I, da LGPD);
- 5) afronta o princípio da necessidade ou minimização dos dados, e na prática implica uma maximização dos dados registrares transferidos (art. 6º, inc. III, da LGPD); e

6) fere o princípio da segurança, ao serem utilizadas medidas administrativas que, ao invés de serem aptas a proteger os dados pessoais, criam-lhes novas situações de risco (art. 6º, inc. VII, da LGPD).

Por essas razões, tem-se que a previsão de remessa de todos os dados registrais ao Sinter é medida inconstitucional, por afronta ao art. 236 da Constituição, e completamente contrária à política de proteção de dados pessoais consagrada pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. A determinação de remessa de todos os dados registrais à Receita Federal – ressalte-se, de *todos* os dados, e não somente daqueles direcionados a certa finalidade – só pode ser realizada com uma completa desobediência aos princípios regentes da matéria de proteção dos dados pessoais consagrados no plano nacional e internacional.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados é importante documento legislativo que identifica, no plano nacional, como os direitos fundamentais à liberdade e privacidade devem ser compreendidos com relação à proteção de dados pessoais. Seu conteúdo é materialmente constitucional, pelo que é necessária não só a sua observância estrita como também o desenvolvimento de políticas que visem reforçar seus princípios.

As informações registrais, dada sua importância, contam com previsão constitucional expressa quanto a quem são os responsáveis pelo armazenamento e conservação destes dados: os titulares aos quais a atividade é delegada, quais sejam, os Tabeliães e os Registradores. A LGPD reconhece esta atribuição e expressamente dispõe que serão aplicados aos serviços registrais seus preceitos.

Os princípios previstos na LGPD devem ser integralmente observados pelos Registradores de Imóveis. Ao mesmo tempo em que será necessário observá-los no âmbito de sua atuação interna, são de máxima relevância quanto à análise da constitucionalidade de tentativas de duplicação destes dados, especialmente quando feitas de forma maximizada e sem indicação específica da finalidade à qual essa se propõe. Por essa razão, verifica-se que qualquer previsão de que os dados registrais serão integralmente repassados à Administração Pública é totalmente inconstitucional, no que se destaca a inconstitucionalidade da proposta do Sinter nos termos do previsto no Decreto 8.764/2016.

Por fim, é necessário que exista um regramento técnico-tecnológico uniforme quanto ao tratamento dos dados registrais imobiliários em âmbito nacional, de modo a permitir o exato cumprimento da LGPD, a implementação de boas práticas, a instituição de encarregado de proteção de dados apto à colaborar com

a implementação do Registro Eletrônico e à maximização do proveito obtido dos serviços registrais à sociedade. No cumprimento de tal função, andou bem o legislador ao prever o Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis como pessoa jurídica *sui generis* apta a permitir a regulamentação tecnológica, de modo que os Registros de Imóveis possam atingir a plenitude de sua eficiência em prol da sociedade, ao mesmo tempo em que protegem, de maneira legítima e completa, os dados pessoais confiados ao seu cuidado.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Computação Cognitiva e o Registro de Imóveis, de Caleb Matheus Ribeiro de Miranda – *RDI* 83/79-100 (DTR\2017\6962);
- As Novas Tecnologias e o Registro Predial na Sociedade da Informação – Publicidade Versus Privacidade, de Madalena Teixeira – *RDI* 82/375-387 (DTR\2017\2470);
- Publicidade e Privacidade no Registro de Imóveis: A Caminho de uma Ponderação, de Anderson Henrique Teixeira Nogueira – *RDI* 84/15-71 (DTR\2018\14296);
- Publicidade Registral e Direitos da Personalidade Luís Paulo Aliende Ribeiro, de Vários Autores – *RDCI* 59/285-291 (DTR\2011\5326); e
- Publicidade Registral Imobiliária de Atos Efetuados por Transexual: Como Publicitar a Alteração da Qualificação da Pessoa no Registro de Imóveis?, de Bruno Miguel Costa Felisberto – *RDI* 82/313-372 (DTR\2017\2469).



CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

*“CONSTITUIÇÃO CIDADÃ” – SOCIAL FUNCTION
OF PROPERTY AND LAND REGISTRY*

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ em 1986. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC Minas em 2007 e pela Faculdade de Direito da Universidade de Córdoba, Espanha, em 2007. Membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário – ABDRI e do Centro de Estudos Notariais e Registrais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal – CENoR. Defensor Público entre 1988 e 1990. Magistrado no Estado do Rio de Janeiro entre 1990 e 1998. Tabelião e Registrador no 2º Ofício de Teresópolis desde 1998.
eribeirosouza@gmail.com

Data de recebimento: 09.10.2018

Data de aprovação: 09.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, de matiz democrático, elevou o patamar da função social da propriedade a cláusula pética. Em decorrência dessa opção do legislador constituinte, o exercício do direito de propriedade mudou seus contornos, pois a propriedade deve atender à sua função social: ser útil economicamente, produtiva, atender às necessidades da justiça social. A compreensão do estatuto dos bens, a partir do novo comando constitucional, deve dar ênfase ao valor de uso dos bens. Nesse diapasão, e para cumprimento do disposto na Constituição Federal, foram editadas leis aptas a propiciar a efetivação do princípio da função social da propriedade, com ênfase para o Estatuto da Cidade. Por outro lado, a Carta Magna delegou a particulares o exercício em caráter privado, das funções registrais imobiliárias, com acesso a elas pela via democrática do concurso público. A tais profissionais do direito, responsáveis

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988, in a democratic tone, raised the level of the social function of property to substantive limitations of amending power. As a result of this choice of the legislator, the exercise of property right has changed its contours, because property must attend to its social function: be economically useful, productive, meet the needs of social justice. The understanding of the status of property, since the new constitutional command, should emphasize the value of use of the goods. Within this framework, and in compliance with what is provided in the Federal Constitution, laws have been edited to promote the principle of the social function of property, with emphasis on the Estatuto da Cidade. On the other hand, the Magna Carta delegated to private individuals the exercise of real state registration functions, with access to them through the democratic process of public tender.

pela qualificação dos títulos que acedem ao registro imobiliário, cabe compreender o novo sentido do direito de propriedade e colaborar ativamente para que a propriedade cumpra sua função social. O Registro de Imóveis tem, inegavelmente, uma função social e deve colaborar para o alcance da justiça social, com respeito ao direito à moradia e ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal – Função social da propriedade – Justiça social – Direito de propriedade – Moradia – Registro de imóveis – Qualificação dos títulos.

Such legal professionals, responsible for the qualification of the titles that access the real estate registry, must understand the new meaning of property right, and actively collaborate so that property fulfills its social function. The Real Estate Registry undeniably has a social function and must collaborate to achieve social justice respecting the right to housing and the environment.

KEYWORDS: Federal Constitution – Social function of property – Social justice – Property right – Housing – Land registry – Qualification of titles.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Função social – A inovação constitucional. 3. Dispositivos constitucionais quanto à função social da propriedade. 4. A delegação dos serviços notariais e registrais. 5. A atuação do registrador imobiliário quanto à função social da propriedade. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Carta Magna decorrente da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, elaborada para substituir a Constituição de 1967, editada durante o regime militar.

Foi denominada Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, porque ampliou direitos e garantias individuais, sendo considerada a mais democrática Constituição brasileira. Ao assinar o documento original da Constituição, a 05 de outubro de 1988, proclamou Ulysses Guimarães: “Declaro promulgada. O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude que isto se cumpra”.

Decorridos 30 anos da promulgação, que se comemoram durante conturbado momento político, recebe a Constituição críticas por ter concedido direitos sociais em excesso. À Constituição alguns atribuem a responsabilidade pelo momento delicado por que passa o País.

Com a devida vênia, a responsabilidade pelas dificuldades do Estado brasileiro tem outras origens, sendo impertinente tratar delas neste breve texto.

A Constituição de 1988 foi pensada como um trabalho em constante evolução.

O presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães (1916-1992), promulgou o documento chamando-o de “desbravador”. [...] Mais do que isso: ele disse que a Constituição admite e contém, em si, o

espírito das suas futuras reformas, inclusive em previsões explícitas: a revisão constitucional realizada em 1994 foi uma determinação da própria Carta. [...] Quando promulgou a Constituição, em 1988, Ulysses Guimarães observou que o país não desejaria passar novamente pelo processo de formulação de uma Constituição. – Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno. Nosso desejo é o da nação: que este Plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa”¹.

Prevalece entre os especialistas a ideia de que se deva tão somente aperfeiçoar o texto promulgado, partindo da concepção de que nossa Constituição é um trabalho em constante evolução. E o aperfeiçoamento não deve, jamais, passar pela supressão de direitos sociais.

Tecidas essas breves considerações, e voltando os olhos para o Direito Imobiliário, verifica-se que a Constituição Cidadã exerceu relevante papel ao elevar o patamar da função social da propriedade, incluindo-a entre os Direitos e Garantias Fundamentais.

Fortemente positiva a opção do legislador constituinte, fazendo com o que o direito de propriedade passasse a ter novos contornos, de matizes constitucionais, balizados pelos direitos sociais da moradia e do trabalho, pelo meio ambiente, pelo urbanismo, pelo bem-estar social.

E, ao definir no art. 236 que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”, mediante concurso público, a Constituição Federal democratizou o acesso à função registral e notarial que, a partir de então, experimentou avanços altamente consideráveis.

A opção do legislador foi feliz, pois são os registradores imobiliários importantíssimos atores na garantia de segurança jurídica nos negócios imobiliários e participam ativamente para que a função social da propriedade se faça cumprir, como veremos.

2. FUNÇÃO SOCIAL – A INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito de propriedade foi assegurado pela Constituição e a função social da propriedade introduzida como cláusula pétrea², *status* também do direito de

1. Agência Senado. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2018/10/futuro-da-constituicao-entra-em-debate-aos-30-anos-de-sua-promulgacao]. Acesso em: 07.10.2018.
2. Essa a inovação, a inclusão como cláusula pétrea, eis que há referências à função social da propriedade em constituições anteriores, sem, contudo, estar inserida dentre os

propriedade. Vale dizer, se o direito à propriedade foi garantido pelo legislador constitucional, a função social da propriedade deve prevalecer até mesmo com relação à tal garantia, pois a propriedade não deve ficar em órbita dos interesses individuais, deve atender à sua função social: ser útil economicamente, produtiva, atender às necessidades da justiça social. Busca-se uma sociedade mais justa e igualitária, o uso da propriedade deve respeitar o meio ambiente, as relações de trabalho, o bem-estar social. O interesse social, por vezes, pode não coincidir com o interesse do proprietário e, nesse caso, prevalecerá o interesse social, em decorrência da função social da propriedade³.

Quanto ao significado jurídico-constitucional da função social da propriedade, pode-se dizer que há um conceito constitucional de propriedade, conferindo uma determinação qualitativamente diversa dos direitos do proprietário, daquela do conceito tradicional. Na relação jurídica da propriedade há interesses não proprietários (em igualdade de condições ou até mesmo que devam preponderar) a merecer tutela.

Já tive a oportunidade de me referir⁴ à magnífica conferência proferida em 2003, por ocasião do XXX Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em Salvador, pelo professor Paulo Ferreira da Cunha⁵, Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, que ao abordar o tema “Propriedade e função social”, fez com que todos fossem levados a refletir profundamente sobre o direito de propriedade.

Invocando Proudhon, o professor português iniciou a conferência convocando todos à meditação com o tópico “A propriedade é um roubo!”. Prosseguiu citando São Tomás de Aquino e disse que relativamente às coisas exteriores o homem tem dois poderes, o primeiro de administrá-las e distribuí-las (possuindo coisas como próprias), e o segundo o uso delas.

Direitos e Garantias Fundamentais. A Constituição Federal de 1.988 elevou a outro patamar a função social da propriedade.

3. Afirma Melhim Namem Chalhub que “[...] a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, na medida em que, de uma parte, é reconhecida a faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos e, de outra parte, se impõe ao titular da propriedade, na condição passiva de adimplemento, o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse coletivo” (*Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003. p. 312).
4. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza. *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
5. CUNHA, Paulo Ferreira da. Propriedade e função social. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 56, p. 114-126, jan.-jun. 2004.

E, quanto a este, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, de modo que cada um as comunique facilmente aos outros, quando delas tiverem necessidade. Por isso, diz o apóstolo: “Manda aos ricos deste mundo que deem, que repartam francamente”.

Rousseau, ainda segundo Paulo Ferreira da Cunha, afirmou preferir uma sociedade em que “ninguém fosse suficientemente pobre a ponto de se ter de vender a outrem, nem suficientemente rico para o outro poder comprar”.

Concluiu o jurista português:

[...] a propriedade é um roubo sempre que rouba ao homem sua dignidade, quando transforma o próprio homem em mercadoria, o que significa muito mais que a simples escravatura clássica, mas, por exemplo, tem no consumismo desenfreado atual uma das piores formas de auto e heteroescravatura; [...] a propriedade em si mesma não é um roubo [...], mas a propriedade pode tornar-se um roubo, quando se afasta da sua finalidade, dos seus fins sociais [...].

Portanto, tendo em conta a hodierna definição dos elementos caracterizadores dos bens, não poderia nossa Constituição Cidadã deixar de dar à propriedade sua função social.

A compreensão atual do estatuto dos bens, ao dar ênfase ao valor de uso dos bens, impõe que sejam considerados por seu valor de uso, não somente aqueles que se prestam à pertinência proprietária, mas os que vão além dos limites dominiais.

Dessa forma, não obstante a Constituição assegure, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, o direito de propriedade, esse direito deve ser exercido com observância da função social da propriedade. Para alguns autores, o princípio que assegura o direito de propriedade é restringido pelo princípio da função social da propriedade. Para outros, função social da propriedade não é limitadora do exercício do direito de propriedade, senão parte integrante da estrutura do direito de propriedade. O certo é que a propriedade deve atender sua função social, e só assim o direito de propriedade merecerá a garantia constitucional.

Percebe-se, portanto, que o caráter absoluto do direito de propriedade sofre a restrição da função social da propriedade. Entretanto, é importante gizar que qualquer restrição ao direito de propriedade, ainda que motivada pela falta de cumprimento de sua função social, deve observar o devido processo legal, direito igualmente inserto no art. 5º da Constituição Federal (*LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*).

3. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUANTO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, o legislador constitucional definiu, quanto ao direito de propriedade e à função social da propriedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

Assegurado, portanto, o direito de propriedade, no inciso XXII do art. 5º. No entanto, deve ser exercido observando a função social, como disposto logo no inciso seguinte, XXIII. Inovou o Constituinte, ao inserir a função social da propriedade no texto constitucional, e o fez de acordo com o espírito democrático que marcou a nova ordem constitucional, na busca por mais igualdade e justiça social.

E estão, como já afirmado, o direito de propriedade e a imposição que atenda a sua função social, sob o manto das cláusulas pétreas. Reza o § 4º, IV, do art. 60 da Constituição Federal: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”. Portanto, por emenda constitucional não poderão ser abolidos o direito de propriedade ou excluída a imposição de atendimento pela propriedade de sua função social.

Após inserir a função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas, o constituinte se refere a ela, expressamente, em outros dispositivos.

Ao tratar da ordem econômica e financeira e dos princípios gerais da atividade econômica, dispõe que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade [...].

No dispositivo em comento evidencia-se a preocupação do legislador constituinte com uma sociedade mais justa. A livre-iniciativa está assegurada, mas para garantir a todos uma existência digna, com justiça social, deve a propriedade privada observar sua função social.

Quanto à propriedade urbana, logo a seguir o texto constitucional indica quando considera atendida a função social:

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. § 1º 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. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O art. 182 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 10.257/01, Estatuto da Cidade.

No que se refere à propriedade rural, a função social estará cumprida nos termos do art. 186 da Carta Magna:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

E se a propriedade não cumpre sua função social? A própria Constituição Federal prevê sanções. Marcelo Novelino⁶ leciona que “a Constituição estabelece cláusulas restritivas expressas para o direito de propriedade no caso de imóveis urbanos e rurais que não estiverem cumprindo sua função social”.

O autor menciona que, no caso de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, o Poder Público municipal poderá impor sanções progressivas, que vão desde o parcelamento ou edificação compulsórios e IPTU progressivo no tempo até a desapropriação.

É o que está disposto no § 4º do art. 182 da Constituição Federal:

§ 4º 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.

6. NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Constituição Cidadã: a função social da propriedade e o registro imobiliário*. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 127-141. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

No que concerne aos imóveis rurais, o legislador constituinte previu a desapropriação por interesse social, no art. 184:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei⁷.

Para além das expressas referências à função social da propriedade, a Constituição Cidadã contém dispositivos que, embora não mencionem expressamente a função social, dizem claramente respeito à função social que deve prevalecer numa ordem de mais igualdade e justiça social.

No art. 183, previu a aquisição por usucapião, de imóvel urbano para fim de moradia. A prescrição aquisitiva, no caso usucapião constitucional especial *pro morare*, tem na sua gênese o cumprimento pela propriedade de sua função social. Destina-se a quem utiliza imóvel de pequena extensão para sua moradia ou de sua família, não dispondo de outro bem imóvel.

A redação é clara:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Com a ressalva de que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, os requisitos dizem respeito à posse ininterrupta e sem oposição, com *animus domini*, por prazo relativamente curto (cinco anos), e a utilização para moradia.

Está a moradia entre os Direitos Sociais consagrados pela Carta Magna no seu art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

7. Ver Lei 8.629/93, em especial artigos 2º, 5º e 9º.

Por seu turno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, prevê no art. 25 que:

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

O direito à moradia, amparado com importantes inovações pela Constituição Cidadã, pode levar à restrição do exercício do direito de propriedade, por não estar cumprindo esta sua função social. Nosso legislador agiu em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prega “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

E não apenas quanto aos imóveis urbanos há previsão de usucapião constitucional. O art. 191 dispõe sobre usucapião especial rural *pro labore*:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Também ressaltando que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, a previsão de usucapião exige curto prazo, posse com *animus domini* ininterrupta e sem oposição, moradia e produção no imóvel pelo trabalho do possuidor ou de sua família.

A função social, na hipótese de usucapião constitucional *pro labore*, está ainda mais em destaque no que se refere a imóveis urbanos. Deve o possuidor morar no imóvel e torná-lo produtivo, com seu trabalho ou de sua família.

O trabalho, valor social, é fundamento da República Federativa do Brasil (inc. IV do art. 1º da CF). A moradia, como já vimos, é direito social previsto no ar. 6º, assim como o trabalho também o é. O caráter absoluto e perpétuo do direito de propriedade pode sucumbir diante da função social da propriedade e da possibilidade de usucapião que tem, nas espécies em foco, seu fundamento em direitos sociais. Observado o devido processo legal, o proprietário poderá ser privado de seu bem por não ter seu imóvel cumprido a função social.

Vale mencionar que a função social evidencia-se, ainda, na possibilidade de desapropriação prevista no inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal (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), bem como na impossibilidade de penhora da pequena propriedade rural trabalhada pela família (XXVI do art. 5º – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento).

4. A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS

Como já visto, o Constituinte de 1988 optou pelo exercício em caráter privado, por delegação do poder público, das atividades notariais e de registro. O disposto no art. 236 da Constituição Federal inaugurou uma nova etapa no exercício de tão relevantes funções.

Estabeleceu a Constituição, no § 3º do art. 236, o concurso público, democrático e que prestigia a dedicação e a competência, como forma de ingresso na atividade.

O art. 236 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.935/94, que definiu serem os notários e registradores profissionais do direito (*Art. 3º 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*).

Vê-se, pois, que a Constituição, de viés democrático, estabeleceu o acesso a funções tão relevantes (garantidoras de publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia) pela via do concurso público. Embora não seja a panaceia de todos os males, bem como há valorosos profissionais não concursados (que receberam as delegações antes de 1.988), o certo é que houve considerável evolução na qualidade dos serviços prestados.

À opção do legislador constituinte, seguiu-se uma crescente produção bibliográfica na área do Direito Registral e Notarial; o surgimento de inúmeros cursos de pós-graduação versando sobre temas notariais e registrais; a inclusão das disciplinas na grade de cursos de Direito; a realização de muitos congressos, encontros, seminários na mesma seara. Paralelamente, uma evolução tecnológica sem precedentes na prestação dos serviços.

Todo esse contexto favorece para que seja a função social da propriedade devidamente cumprida, pois aos registradores cabe qualificar os títulos que lhe são apresentados para registro (em sentido amplo). E, em decorrência da opção do

Constituinte por um Estado que privilegia o bem-estar social, devem os registradores se adequar à nova ordem jurídico-urbanística, interpretando o Direito Registral sob novo enfoque, com ênfase para o Direito Público.

A qualificação (princípio da legalidade) consiste na atribuição outorgada ao registrador de examinar se o documento cujo registro ou averbação que lhe foi solicitado reúne os pressupostos legais ou imprescindíveis para ingressar no registro, tratando-se de um juízo de valor. É a mais relevante função exercida pelo registrador imobiliário. A qualificação positiva permite acesso ao fólio real e deve decorrer da observância dos requisitos legais para tal, muitos deles vinculados à função social da propriedade.

Quanto mais gabaritados os registradores, mais eficaz será o controle quanto ao cumprimento do preceito constitucional da função social da propriedade.

O registro imobiliário tem como função básica constituir o repositório fiel da propriedade imóvel e dos atos e negócios jurídicos a ela referentes, dando publicidade à situação jurídica dos bens imóveis, com o que se alcançará a segurança jurídica. No entanto, pode-se dizer que o registro imobiliário exerce não somente uma função jurídica, decorrente da publicidade registral, mas também funções econômicas e sociais, ao fomentar o desenvolvimento econômico fornecendo meio seguro para a concessão de crédito e ao colaborar no cumprimento da função social da propriedade, atuando na fiscalização da aplicação de regras de direito urbanístico e ambiental.

5. A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO QUANTO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Ao fincar a função social da propriedade dentre os Direitos e Garantias Fundamentais (cláusula pétrea) e definir o exercício da função registral imobiliária em caráter privado, com o ingresso na atividade por concurso público, o legislador constitucional criou o ambiente adequado para que, no âmbito da situação jurídica dos bens imóveis, exista um eficaz e sério controle quanto ao cumprimento, pela propriedade, de sua função social.

Aos registradores imobiliários, responsáveis pela segurança jurídica quanto aos imóveis, vetores da paz social, com destacada atuação na prevenção de litígios, cabe, como visto, a qualificação dos títulos apresentados para registro (em sentido amplo). E, no importante mister de verificar a legalidade do que deve alcançar o fólio real, cabe ao registrador analisar o cumprimento dos dispositivos legais pertinentes ao que lhe é apresentado, exercendo verdadeira fiscalização, que abrange variados aspectos.

Se tínhamos as cidades sofrendo com a gênese ilegal, a partir da Constituição Federal de 1988 surgiram instrumentos para que o desenvolvimento urbano ocorresse de forma a garantir o bem-estar dos habitantes das cidades. E não somente isso, também a regularização fundiária, medida curativa quanto às ocupações de gênese ilegal, foi contemplada pelo Constituinte.

Medidas preventivas e curativas.

Regulamentando os arts. 192 e 193 da Constituição Federal, foi editado o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, que, nos termos do parágrafo único do art. 1º, “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

No art. 2º, a lei em comento reza que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, e define as diretrizes gerais para tal desiderato.

Edésio Fernandes⁸ afirma, no que concerne à relação entre o Direito Urbanístico e o Direito Registral, que:

uma das tarefas mais importantes colocadas para juristas, urbanistas e registradores no Brasil é sem dúvida a criação de pontes entre o Direito Urbanístico e o Direito Registral: a reflexão crítica sobre o registro da propriedade no mundo contemporâneo – um mundo urbanizado – requer a devida consideração da dinâmica própria do urbanismo. Para tanto, o desafio posto aos juristas, notadamente aos registradores de imóveis, é proceder à releitura das regras de Direito Registral e à reorientação de suas práticas profissionais à luz não apenas dos princípios tradicionais do Direito Privado acerca dos direitos de propriedade imobiliária urbana, mas sobretudo do novo paradigma conceitual, de Direito Público, proposto pelo Direito Urbanístico. Esse é o desafio a ser enfrentado por todos os interessados em compreender o novo lugar do registro imobiliário – e dos registradores – na nova ordem jurídico-urbanística contemporânea.

Vê-se que, na nova ordem jurídico-urbanística advinda da Constituição Cidadã, destaca-se a atuação dos registradores imobiliários, com relevantes funções na ordenação das cidades e no cumprimento pela propriedade de sua função social. Visando a correta produção das cidades, o cumprimento das leis urbanísticas e ambientais deve ser o foco de atuação conjunta de diversas

8. FERNANDES, Edésio. *Questões anteriores ao direito urbanístico*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006. p. 77-85.

instituições, o Município, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Registro Imobiliário, especialmente.

Sendo a publicidade a finalidade do registro, a permitir o conhecimento de tudo que nele se contém (cognoscibilidade), é o registro imobiliário instrumento indispensável para o desenvolvimento econômico e para toda e qualquer política que diga respeito ao uso e ocupação do solo urbano e rural.

Ao registrador incumbe fiscalizar o recolhimento de tributos, a legalidade dos atos que lhe são submetidos para qualificação, a observância de regras de direito ambiental⁹ e urbanístico (na análise de memoriais de loteamento e incorporação, nos requerimentos de averbação de construção, por exemplo), o respeito às reservas florestais etc. Exerce o registrador importante função quanto aos direitos privados e também quanto a interesses públicos. É importante ator no que diz respeito ao crescimento ordenado das cidades, ao qualificar devidamente os títulos que referem ao parcelamento do solo.

Diante de tal quadro, tendo em conta a nova feição das funções sociais e ambientais da propriedade e a possibilidade de concentração dos atos no registro imobiliário (o princípio da concentração foi reforçado pelo disposto no art. 54 da Lei 13.097/15), gerando cognoscibilidade, à nova ordem jurídico-urbanística (decorrente da evolução das normas de direito urbanístico, especialmente a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade) interessa uma nova ordem jurídico-registral, nos moldes sugeridos por Sérgio Jacomino¹⁰. Não basta a modernização tecnológica do serviço de registro, mas uma melhor qualificação técnica de seus profissionais (o que vem ocorrendo desde o início da realização dos concursos públicos para ingresso na atividade); o reconhecimento de sua relevância em todo e qualquer processo que respeite ao direito de propriedade imobiliária; e a conscientização dos registradores de que não devem ser meros espectadores do desenvolvimento urbano e rural, mas sim importantes agentes para um desenvolvimento sustentável.

Vale mais uma vez invocar o escólio de Edésio Fernandes que, com propriedade, afirma que se concedeu autonomia ao Direito Urbanístico,

9. Após a promulgação da Constituição Federal, um novo Código Florestal foi editado, Lei 12.651/12, com dispositivos a serem observados pelos registradores de imóveis, que têm relevante papel também na proteção ao meio ambiente.
10. JACOMINO, Sérgio et al. Por uma nova ordem jurídico-registral no Brasil. In: ALFON-SIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*: diretrizes, instrumentos e processo de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

com o objetivo de materializar os cinco direitos coletivos reconhecidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o direito ao planejamento das cidades; o direito de moradia; o direito à preservação ambiental; o direito à gestão democrática das cidades; e o direito à regularização fundiária de áreas urbanas, públicas ou privadas, de ocupação consolidada.

Pela natureza dos direitos elencados pelo respeitado autor, fica evidente a importância do registrador imobiliário na sua consecução. Conclui o autor:

Se o princípio fundamental do Direito Urbanístico é o da função socioambiental da propriedade e da cidade, os registradores de imóveis não podem mais se furtar a compreender que o princípio fundamental do Direito Registral contemporâneo é o da função social do registro.

Além dos atos que já se continham nas atribuições dos registradores imobiliários, e que devem ser objeto de um novo entendimento, consonante com a função social da propriedade¹¹, novas atribuições surgiram após a Constituição de 1988. Novos instrumentos e institutos previstos no Estatuto da Cidade dependem da atuação do registro imobiliário; a regularização fundiária vem sendo constantemente aprimorada¹²; foi introduzida no ordenamento pátrio a possibilidade de reconhecimento administrativo de usucapião, em todas suas espécies, em procedimento presidido pelo registrador imobiliário¹³.

Pode-se dizer que o registrador imobiliário, que já exercia importantes funções, vem sendo recorrentemente conclamado pelo legislador a participar mais ativamente do processo de ordenamento das cidades e do campo, e não pode se furtar a dar sua contribuição para que a propriedade cumpra sua função social.

6. CONCLUSÕES

Passados 30 anos desde a promulgação da Constituição, é válido afirmar, sem medo de errar, que acertou o Constituinte em enfatizar a função social da propriedade, dando-lhe novo *status* e provocando um novo pensar sobre o direito de propriedade.

11. Exemplificativamente, ao presidir o processo de registro de um loteamento (Lei 6.766/79), não pode deixar o registrador de considerar que o empreendimento integrará a cidade, tem uma função social a cumprir, não significa meramente a criação de lotes de propriedade privada.
12. Ver Lei 13.465/17.
13. Ver Lei 13.105/15.

Exerceu o legislador relevante e positivo papel, com efetivos reflexos no Direito Imobiliário, Urbanístico, Ambiental e Registral.

A Constituição Federal fez previsão de novos institutos e instrumentos para possibilitar a observância da função social da propriedade, a legislação infra-constitucional regulamentou os dispositivos constitucionais, e esta tem sofrido constantes e relevantes alterações no aperfeiçoamento necessário para que se caminhe, sempre, na busca do cumprimento pela propriedade de sua função social.

Os operadores do direito devem atentar para a relevância do que sinalizou a Constituição Cidadã, compreendendo a nova concepção do direito de propriedade e agindo para o bem-estar social.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tipicidade dos direitos reais, de Henrique Ferraz Corrêa de Mello – *RDI* 52/75-135 (DTR\2002\33);
- O direito real de superfície no direito brasileiro, de Celso Luiz Simões Filho – *RDI* 78/171-223 (DTR\2015\3594); e
- Registro e urbanismo: a posição dos adquirentes, de Manuel Espejo Lerdo de Tejada – *RDI* 54/34-83 (DTR\2003\59).



A AUTONOMIA DOS DELEGATÁRIOS DE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO DIANTE DO PODER FISCALIZATÓRIO DO JUDICIÁRIO ESTABELECIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE AUTONOMY OF THE DELEGATES OF THE NOTARY AND LAND REGISTRY SERVICES IN VIEW OF THE FISCALIZATION OF THE JUDICIARY ESTABLISHED BY THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO

Registrador de imóveis.
edusocrates@uol.com.br

Data de recebimento: 02.10.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: Analisa-se, neste trabalho, a natureza do serviço exercido por notários e registradores, o alcance e os limites da autonomia desses agentes públicos em face da fiscalização efetuada pelo Poder Judiciário, consoante o disposto no art. 236 da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Notários e registradores – Autonomia.

ABSTRACT: This paper analyzes the nature of the service executed by notaries and registrars, the limits of the autonomy of these public agents in face of the oversight done by the Justice, according to the article 236 of the Brazilian Federal Constitution.

KEYWORDS: Notaries and registrars – Autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza da atividade exercida por registradores e notários. 3. (Im)possibilidade de fiscalização da atividade notarial e de registro pelo Poder Executivo. A celeuma relativa ao SINTER. 4. Autorregulação. 5. ONR e a autonomia dos registradores. 6. Independência no gerenciamento administrativo e financeiro. 7. Qualificação registral. 7.1. Autonomia e o poder regulamentar. 7.2. Autonomia e a qualificação de títulos judiciais. 8. Poder regulamentar e responsabilidade civil. 9. Dúvida registral e vinculação: precedentes vinculativos.

1. INTRODUÇÃO

As efemérides, tal como os presentes 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, são momentos propícios à reflexão. Trataremos de situar a natureza dos serviços de registros públicos, tal como concebida pelo legislador constituinte no art. 236 da Constituição Federal de 1988, abordando, em especial, a questão da autonomia da atividade praticada por notários e registradores.

Todo Estado necessita de uma Constituição para estruturar seu modo de existir e funcionar, tanto no plano interno, quanto em sua relação com os demais Estados.

A Constituição representa a fundação ou refundação do Estado e, por consequência, do ordenamento jurídico de uma nação.

Cada Constituição possui uma identidade, expressa em uma tábua axiológica (sistema de valores), que deve ser preservada¹, a despeito de eventuais e necessárias reformas legislativas.

Para Gomes Canotilho, a Constituição é um projeto material vinculativo, cuja concretização se confia aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito.

O mister de exercer a atividade de registros públicos coube a notários e registradores, consoante o disposto no art. 236 da Constituição Federal de 1988², que prescreveu diretrizes sabiamente concisas acerca do seu funcionamento, encarregando à lei ordinária a tarefa de regulamentar a matéria.

Pela primeira vez, a atividade foi regulada constitucionalmente, com dignidade elevada, mesmo que, topograficamente, não incluída no capítulo das funções essenciais à Justiça, quais sejam: o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, consoante os arts. 127 a 135 da Constituição Federal³.

1. Para alguns autores, como Jorge Miranda, pode haver mutação de valores, desde que preservado o essencial, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

2. Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

3. AGUIARIAN, Hércules. *Constitucionalização da atividade notarial e registral. Moderno direito imobiliário, notarial e registral*. Quartier Latin, 2011. p. 145. Diz o autor que

A riqueza das situações práticas não é resolvida pela escassa regulamentação constitucional do tema, desafiando um constante esforço interpretativo, de modo a dar sentido ao texto, o que, em grande medida, foi feito pela edição da Lei 8.935/94.

A despeito das críticas, muitas vezes fruto de um preconceito sem fundamento, não se cumpriu o vaticínio de alguns de que os serviços notariais e de registros estariam com os dias contados. Ao revés, o rol de atribuições tem se alargado, com o inegável êxito do fenômeno da desjudicialização, facilitando a distribuição da justiça e diminuindo parte da demanda que recai sobre o assoberbado Poder Judiciário.

Para citar apenas algumas medidas de reconhecido sucesso, invoque-se a possibilidade de retificação administrativa das matrículas de imóveis, do divórcio e do inventário nos tabelionatos de notas, da possibilidade de usucapião extrajudicial, do protesto de créditos fiscais e da retificação de nome no âmbito do registro civil.

Feita essa introdução, passemos a examinar, primeiramente, a natureza do serviço e também dos atos praticados por notários e registradores, para permitir enfrentar, posteriormente, o tema central, relativo à autonomia do registrador face ao preceito constitucional que atribui ao Poder Judiciário a fiscalização da atividade.

2. A NATUREZA DA ATIVIDADE EXERCIDA POR REGISTRADORES E NOTÁRIOS

Na mitologia grega, as Moiras (Parcas, para os romanos) são irmãs que tecem o fio da vida e determinam as características de cada ser humano, atribuindo-lhes, por exemplo, um temperamento irado ou, ao revés, mais ponderado, e assim por diante.

O constituinte de 1988, tal qual as Moiras, determinou a natureza dos serviços de registros públicos, que, intrinsecamente, é uma junção de serviço público com o caráter privado da sua prestação, somadas as peculiaridades no modo de delegação.

Não é tarefa simples definir a natureza da atividade desempenhada pelos delegatários de serviços extrajudiciais, havendo uma majoritária corrente

“Encontrar-se a previsão constitucional dos notários e registradores no final da Carta, no art. 236, não é lhes reconhecer maior ou menor prestígio, maior ou menor essencialidade ou, por fim, maior ou menor essencialidade à Justiça, desde que haja razoável sentido em entender-se que diversas acepções de Justiça existem”.

doutrinária que considera ser o serviço exercido pelo particular em colaboração com o Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, ao longo dos últimos anos, decidiram questões relevantes sobre a natureza da delegação atribuída aos notários e aos registradores, valendo citar, dentre outras, as seguintes:

i) o STF considerou não ser os delegatários desses serviços ocupantes de cargo público, de modo que não estão sujeitos à aposentadoria compulsória (Adin 2602);

ii) preconizou a exigência de lei formal, de iniciativa do Poder Judiciário, para a criação de serventias (Adin 4.140-GO);

iii) entendeu que os atos praticados pelo registrador têm natureza de ato administrativo, estando sujeitos, pois, ao regime do direito público (Adin 1.378-ES);

iv) fixou a natureza tributária dos emolumentos que remuneram o delegatário, enquadrando-os na espécie de taxas remuneratórias de serviços públicos;

v) o Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, decidiu que não há nepotismo na atividade notarial e registral em razão do seu exercício em caráter privado, de modo que é possível contratar parentes do delegatário (Pedido de Providência 2009.10.00.000060);

vi) o Conselho Nacional de Justiça, por outro lado, vedou a contratação de parentes de juizes, de qualquer modo incumbido de fiscalização, assim como de parentes de desembargadores dos Tribunais de Justiça, consoante Resolução 20, de 29.09.2006.

Entre todas as decisões da suprema corte, afigura-se mais preocupante o precedente que, ao nosso sentir, fez tábula rasa do modelo constitucionalmente estruturado dos registros públicos, permitindo uma perigosa e fraturante abertura no sistema, ao proclamar a possibilidade de que outros órgãos ou pessoas jurídicas não constitucionalmente vocacionados para o mister, possam regular e desempenhar determinadas atividades próprias dos registros públicos institucionalizado, desde que a lei ordinária assim o permita⁴.

No regime anterior à atual Constituição, os cartórios eram considerados órgãos públicos, não tendo a atividade assento constitucional⁵. Com o advento da

4. Recurso Extraordinário 611639, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.10.2015. (com repercussão geral).

5. Apenas havia referências à competência da União em legislar sobre registros públicos.

nova ordem, privatizando a exploração dos serviços notariais e de registros, não mais existem órgãos e cargos a serem providos, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁶.

O feixe de atribuições legais recai sobre a figura do delegatário, profissional do direito escolhido mediante concurso público realizado pelos estados da república federativa brasileira, garantindo um serviço público de qualidade, pois os profissionais são arrematados em duros processos seletivos.

O serviço público⁷ é exercido por delegação conferida ao particular em colaboração com o Poder Público. O delegatário do serviço é um agente público, mas não um funcionário público no sentido estrito. Não ocupa um cargo, emprego ou função dentro da hierarquia de nenhum órgão estatal.

A solução alvitrada pelo constituinte, atribuindo um serviço público, sob fiscalização direta do Estado, sem que este precise desembolsar recursos financeiros e, ainda, receba grande parte dos emolumentos cobrados, parece ter sido bastante feliz e adequada.

Ademais, a responsabilidade civil por eventual dano ao utente do serviço é suportado diretamente pelo delegatário e só subsidiariamente pelo Estado.

Por sua vez, os atos praticados por notários e registradores têm natureza de ato administrativo, estando sujeitos, portanto, ao regime de direito público e aos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal⁸.

Tratando-se de ato administrativo, deve, entre outros requisitos, respeitar o princípio da legalidade, no âmbito das competências estabelecidas nos arts. 6º a 11 da Lei Federal 8.935, de 18 de novembro de 1994.

O art. 31, I, da citada lei, estabelece que a inobservância das prescrições legais e normativas são infrações disciplinares, que podem acarretar repreensão, multa, suspensão ou, inclusive, perda da delegação.

-
6. Nada obstante, a redação da Emenda Constitucional no 45 refere-se, no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a fiscalização dos órgãos.
 7. Na ADI 3.643, o Min. Ayres Britto, em posição isolada, afirma que “os serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente dito. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública *lato sensu*, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público”.
 8. Nesse sentido, veja-se decisão proferida na Adin 1.378-ES, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.05.1997.

3. (IM)POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO PELO PODER EXECUTIVO. A CELEUMA RELATIVA AO SINTER

A fiscalização da atividade, segundo a Constituição Federal (art. 236, § 1º), será feita pelo Poder Judiciário.

Obviamente, as serventias estão sujeitas à fiscalização pelo Poder Executivo, em suas diferentes esferas, como, por exemplo, na seara tributária. Todavia, no que toca à atividade-fim dos serviços notariais e de registro, a constituição conferiu atribuição exclusiva ao Poder Judiciário.

A recente criação do SINTER, pelo Decreto Federal 8.764/2016, obrigando os delegatários a franquear à Receita Federal o acesso aos seus bancos de dados interfere, obliquamente, no modo de realizar os registros, trazendo sérios riscos para a atividade e afastando a exclusividade de fiscalização pelo Poder Judiciário⁹.

Sérgio Jacomino¹⁰, com sua habitual visão sistemática dos registros, assevera que “a criação do SINTER representa, claramente, um oneroso *bis in idem* regulamentar, já que busca criar um sistema concorrente, redundante, emparelhado com o criado por ato regulamentar do CNJ”.

A ilegalidade do mencionado decreto foi cuidadosamente demonstrada na Carta de Campinas expedida em Congresso de registradores de imóveis do Estado de São Paulo¹¹.

9. Chegou-se a discutir se a investidura na delegação deveria ocorrer por ato do Poder Executivo, tendo os Tribunais Superiores considerado que tal tarefa cabe ao Poder Judiciário.

10. JACOMINO, Sérgio. O SINTER e os irmãos siameses da gestão territorial. Decretos Federais 8.764 e 8.777 de 2016 em debate. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 81. p. 312.

11. Carta de Campinas, emitida no Encontro de Registradores Imobiliários do Estado de São Paulo. Os registradores, ciosos da grande relevância da função pública constitucionalmente prevista que exercem: Ressaltam a) que o art. 236 da Constituição Federal prevê que a função notarial e registral não será exercida pelo próprio Estado, mas, sim, em caráter privado pelos notários e oficiais de registro; b) que a previsão constitucional de tal função como sendo pública, necessariamente não estatal, representa verdadeira garantia aos direitos individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal (direito ao nome, estado, capacidade, personalidade, propriedade, segurança jurídica etc.) e modo de proteção do indivíduo frente ao Estado ;c) que o art. 236, §3º, indica que os delegatários de tais funções são pessoas físicas aprovadas em concursos públicos de provas e títulos; d) que o exercício privado de tais funções públicas foi instituído pelo Poder Constituinte Originário e nunca compôs da estrutura do Estado brasileiro inaugurado pela Carta Magna de 1988; e) que como o Estado brasileiro inaugurado em 1988 nunca deteve tais funções em sua estrutura, tais não poderão ser por ele avocadas sem a prévia intervenção do Poder Constituinte ;f) que o art. 236, § 1º, indica que lei – em sentido estrito – regulará a atividade notarial e registral; g) que o mesmo art. 236, § 1º, prevê que

O sistema concebido se constitui de um banco de dados formado por diversas camadas, contendo informações jurídicas fornecidas pelos registros de imóveis,

o Poder do Estado incumbido da fiscalização da atividade notarial e registral é o Poder Judiciário; h) que como o exercício dos registros públicos é cometido pela Constituição Federal aos Oficiais de Registro, a eles incumbe não somente a inscrição, mas a gestão e manejo do sistema, sob a fiscalização do Poder Judiciário; i) que o art. 22, inciso XXV da Constituição Federal prevê a competência exclusiva da União para legislar em matéria de Registros Públicos; j) que enquanto titulares da função registral imobiliária, incumbe aos registradores imobiliários a responsabilidade pela criação, custódia, gestão, manutenção e aperfeiçoamento do Registro Eletrônico de Imóveis, incumbindo ao Poder Público, neste ponto, apenas sua regulamentação; k) que a infraestrutura necessária ao registro eletrônico e seus respectivos módulos já existe, tendo sido criada e implementada pelos próprios registradores imobiliários e se encontra em funcionamento sob os auspícios da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – ARISP, regulamentada pelos Provimentos 11/2013 e 37/2013 da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo; l) que tal plataforma foi construída de forma a permitir o armazenamento estruturado de dados relacionais do registro imobiliário brasileiro e o franco acesso a tais informações pelo Poder Público, bem como a fiscalização constante de modo online pelo Poder Judiciário, em absoluto respeito à Constituição Federal de 1988. Alertam Aos Poderes Constituídos da República, à Sociedade Brasileira em geral, aos Oficiais Registradores brasileiros, encarecendo as entidades representativas de notários e registradores especial atenção: a) Que a potencial edição e implementação do Decreto Presidencial regulamentador do denominado SINTER – Sistema Integrado de Gestão de Informações Territoriais, tal como posto, significa grave e frontal ofensa à Constituição Federal em todos os seus dispositivos supra citados; b) Que o SINTER, não se limitando à gestão de dados cadastrais do Poder Público, implica em inconstitucional avocação do serviço registral imobiliário na medida em que abrange a gestão, manejo e custódia de todos os dados registraes definidores do direito de propriedade e direitos reais imobiliários confiados pela Constituição Federal aos Registradores Imobiliários em seu art. 236; c) Que o art. 36 da Lei 11.977/09, ao prever a regulamentação do registro eletrônico, em momento algum modificou ou sugeriu modificar a ordem constitucional vigente em especial o exercício – em sentido amplo – da atividade registral imobiliária; d) Que o SINTER é inconstitucional também na medida em que reforma toda a sistemática da Lei de Registro Públicos (Lei 6.015/73), no que tange ao registro imobiliário, resultando na revogação de grande parte de seus dispositivos via decreto, sem reserva de lei prevista no art. 22, XXV da Constituição Federal; e) Que a avocação de todo o acervo registral imobiliário ao SINTER por via de decreto, sem consulta popular ou ao Congresso Nacional rompe com o ordenamento constitucional e vulnera direitos e garantias individuais; f) Que tal projeto da forma como posto impõe o inafastável solapamento das funções do Poder Judiciário a quem incumbe a fiscalização dos notários e oficiais de registro. Declaram: a) Sua discordância em relação ao encaminhamento das discussões travadas no âmbito do GT-SINTER; b) Sua desaprovação dos termos da minuta de decreto regulamentador do SINTER; c) A convicção de que as gestões necessárias para a implementação do SINTER demandarão recursos materiais e humanos de grande vulto, pouco avaliados pelas autoridades gestoras do projeto. Resolvem:

acrescido de informações de cadastros geridos por diversos órgãos (fiscais, ambientais e geoespaciais, entre outros) da administração pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios.

Com relação aos serviços notariais e de registro e mesmo dos entes federados, a exceção da União, não há subordinação e participação obrigatória, devendo a proposta ser analisada segundo a conveniência dos delegatários.

O que é obrigatório é que os registros públicos possam ser acessados pelos órgãos públicos, como determina o art. 41 da Lei 11.977/2009, coisa diversa de permitir que a Receita crie um “registro paralelo e redundante”.

Sérgio Jacomino adverte que estruturar, como quer a Receita Federal, os registros em documentos nato-digitais, “significará, na prática, a criação de um novo livro fundiário, *a latere* dos livros tradicionais de registro que a Lei 11.977/2009 não ousou abolir e nem alterar”.

O Dec. 8.764/2016 reconhece não haver subordinação, uma vez que no art. 4º, § 5º, prescreve que não poderá a Receita Federal aplicar pena ao oficial que não prestar as informações, limitando-se a comunicar o fato ao Poder Judiciário.

Nada obstante, é saudável que haja uma colaboração negociada, de modo a permitir a realização de políticas públicas, valendo-se das informações contidas nos diversos “cadastros temáticos”¹².

O Manual Operacional do SINTER foi aprovado pela Portaria 1.091, de 20.07.2018, com voto divergente do IRIB, determinando o seu cumprimento no prazo de 12 meses.

4. AUTORREGULAÇÃO

Muito bem-vinda seria a implementação da autorregulação¹³ da atividade pelos delegatários, modalidade privada de regulação, desde que em complementação a

a) Apoiar a convocação de um Fórum Nacional de Registro De Imóveis, envolvendo todos os registradores, suas entidades representativas, autoridades do judiciário, executivo e legislativo e sociedade civil; b) Divulgar amplamente esta Carta para conhecimento de todos os registradores, notários e demais interessados, buscando apoio e engajamento nas discussões sobre tema de transcendente relevância da proteção dos direitos constitucionais à propriedade, à privacidade e à tutela dos interesses privados a cargo dos registros de imóveis.

12. Sobre os benefícios do SINTER e sua legalidade, veja-se artigo da lavra do registrador Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad (*Revista de Direito Imobiliário*, v. 81. p. 215-234).

13. Apesar da desconfiança de que haja isenção por parte daqueles que se autorregulam, havendo boa-fé, afigura-se medida que pode trazer melhoria na prestação do serviço.

regulação estatal, uma vez que a fiscalização pelo Poder Judiciário é constitucionalmente assegurada.

Segundo André Saddy¹⁴,

a autorregulação nada mais é que o estabelecimento, por meio de um documento escrito, de normas de conduta e padrões de comportamento criados por entes extraestatais ou não, cujo cumprimento foi fixado previamente como objetivo a ser seguido por aqueles que elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem a essa autorregulação (pessoa física ou pessoa(s) jurídica(s)). Trata-se, portanto, de um documento produtor de direito, à margem do Estado ou não, no qual as partes efetivamente impõem a si mesmas um elenco de comportamentos, em definitivo, de boas práticas para ditar normas que regiam sua própria atividade. É, resumidamente, a regulação exercida pelos próprios agentes aos quais se destina, realizada, portanto, por pessoas físicas ou jurídicas, ou grupo destas, que autolimitam ou cerceiam suas liberdades de escolhas futuras.

Por dever de justiça, reconhecemos que a fiscalização pelo Poder Judiciário tem sido importante para a correção de eventuais desvios e tem a vantagem de ser feita com um menor nível de influência política, por agentes independentes e conhecedores do sistema jurídico, o que provavelmente não aconteceria na hipótese de a fiscalização ser feita pelo Poder Executivo.

Luis Paulo Aliende Ribeiro¹⁵, sobre a possibilidade de coexistirem a autorregulação com a fiscalização pelo Poder Judiciário na atividade registral, assevera:

No Brasil, à falta de uma organização de notários e registradores que exerça a auto-regulação privada, temos, com relação aos serviços notariais e de registro, apenas uma regulação estatal forte, resultado natural da obrigação de garantia assumida pelo Poder Público ao estabelecer o exercício privado da função pública.

Essa regulação estatal é imprescindível, e não se sujeita a dispensa ou substituição em face da implantação de efetiva auto-regulação privada das atividades notariais e de registro. O que se apresenta viável e necessário na regulação de tais atividades é um acréscimo de regulação, ou seja, a efetiva instituição de

14. SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 87.

15. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. Saraiva, 2009. p. 184.

organismos de auto-regulação que venham acrescer à regulação estatal para alcançar situações nas quais podem se apresentar mais eficientes, o que resultaria em evidente fortalecimento institucional das notas e dos registros.

Há, pois, que se empreender esforços para reforçar o papel na autonomia dos registradores e notários, permitindo a criação de organismos colegiados, sejam locais, sejam de expressão nacional, formados por esses próprios profissionais, para o fim de governo e representação, sem prejuízo da fiscalização, em maior ou menor grau, pelo Poder Judiciário¹⁶.

5. ONR E A AUTONOMIA DOS REGISTRADORES

A Lei 13.465/2017, no § 2º do art. 76, criou um ente privado, denominado Operador Nacional do Sistema de Imóveis Eletrônico (ONR), com objetivo de estabelecer padrões de operação para o Sistema de Registro Eletrônico, sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça.

Não vislumbro qualquer inconstitucionalidade pelo fato de ter sido um ente privado¹⁷, sem fins lucrativos, formada pelos delegatários (IRIB), encarregado dessa missão, pois se trata de medida de normalização e não de normatização, sob supervisão do Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça. Esse foi o entendimento da Advocacia-Geral da União ao sustentar a constitucionalidade do art. 76 da Lei 13.465/17, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.883, cujo relator é o Min. Luiz Fux.

O objetivo do ONR não é concorrer com a atuação dos delegatários. Os atos continuarão a ser praticados no âmbito das respectivas serventias, sendo apenas criada uma plataforma de serviço eletrônico compartilhada¹⁸.

16. GONÇALVES PEREIRA, M. *Notariado e burocracia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 71. O autor sintetiza o modelo espanhol, asseverando que “A organização notarial espanhola assenta nos colégios notarias, de âmbito regional, de criação governamental, independentes e autônomos em relação à Administração e nos quais são inscritos automaticamente todos os notários em consequência da própria nomeação”. Não estamos com essa observação inferindo que haja autorregulação na Espanha, mas demonstrando uma maior autonomia, não obstante sejam os delegatários naquele país considerados funcionários públicos.

17. O rol do art. 44 do Código Civil não é exaustivo, segundo o Enunciado 144 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

18. André Ramos Tavares em parecer sobre o tema esclarece: “Detalho melhor essas últimas afirmações. O SREI deverá promover o encadeamento eletrônico das informações fisicamente escrituradas dos Cartórios de Registros de Imóveis, em relação aos quais nada

A criação da ONR decorre do vácuo legislativo, pois não foi definida a maneira como os serviços eletrônicos, que se tornaram obrigatórios, seriam prestados.

Embora seja possível complementar a fiscalização externa com a atividade autorregulatória, esse não é o escopo do ONR, remanescendo a normatização na competência do Judiciário, pois não visa criar direito novo, como acontece na forma clássica de autorregulação, mas tão somente meios técnicos para prestar o serviço de registro eletrônico, sem ferir a atribuição normativa do Poder Judiciário¹⁹.

muda, no sentido de serem mantidos – como não poderia deixar de ser – sob a gestão e a administração de seus respectivos Ofícios de Registros.

O que de fato precisa ser dito é que será necessário conformar o SREI com um padrão tecnológico próprio para a codificação eletrônica das informações geradas internamente nos Cartórios. Deverá ser dotado de um mecanismo de checagem e atualização de tal modo apurado que, por ele, seja possível e inevitável obter a plena segurança jurídica e a confiança em termos de oferecimento nacional da informação por acesso eletrônico. É preciso que o SREI disponibilize conteúdo exatamente correspondente ao que foi concretamente praticado nos Cartórios de Registros de Imóveis, ou seja, impõe-se a fidelidade de conteúdo. Em termos mais diretos, o resultado deve ser a prestação de serviços eletrônicos oferecidos aos usuários, cujas regras de implementação e operacionalização – e esse é um ponto para o qual chamo a atenção – restaram indefinidas pela legislação.”

19. A primeira dedução é que tal omissão significa, na verdade, a transferência dessa responsabilidade ao ONR, a fim de que este formate e estructure os serviços ofertados pelo SREI. No entanto, a questão não parece tão elementar quando se considera que a MP 759/16 conferiu ao Conselho Nacional de Justiça a “função de agente regulador do ONR”. Poder-se-ia, então, cogitar que, em consequência desta função, haveria de se concentrar no CNJ a competência da criação da normatização de interoperabilidade do SREI, e ao ONR estritamente a sua execução. Essa é uma percepção que estaria ainda mais reforçada diante da determinação legal do dever de o Oficial de Registro “observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente” (inciso XIV do art. 30 da Lei 8.935/94). Conclui o parecerista que “Coloco em evidência esse dilema de atribuições sobrepostas *prima facie* entre o ONR e o Poder Judiciário, sinalizando para um problema que tende a ser cada vez mais relevante nesse momento em que vivemos, de gradual otimização eletrônica das funções judiciais. Refiro-me, em termos relacionados estritamente ao caso aqui analisado, às implicações da diferenciação conceitual entre as normas de direito formal do SREI e as normas técnicas da interoperabilidade do SREI. Superada essa questão, é de fácil percepção que, como já adiantei, inexistem atribuições sobrepostas, mas espaços juridicamente bem resolvidos entre o agente regulador e o operador do SREI. Explico esse importante ponto de maneira incremental” (TAVARES, André Ramos. Disponível em: [<https://circuloregistralfiles.wordpress.com/2017/01/tavares-andrc3a9-ramos-parecer-assinatura-digital.pdf>]).

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 143-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

O ONR é uma entidade privada de colaboração administrativa²⁰ com objetivo de tornar mais eficiente o serviço notarial e registral, estando em linha com a constituição federal, que transfere o serviço a um particular, inserida no binômio público-privado²¹.

6. INDEPENDÊNCIA NO GERENCIAMENTO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

O art. 21 da Lei 8.935/94 garante independência na gestão do serviço, nos seguintes termos:

Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é de responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação do serviço.

Apesar de haver quem considere, com razão, que a fiscalização do Poder Judiciário não poderia se imiscuir nessa seara, é certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem alargado o campo de ação do poder fiscalizador²².

-
20. Expressão cunhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como citado por DANTAS, Rodrigo Numeriano Dubourcq. *Registro de imóveis eletrônico e ORN: entre a eficiência e a segurança jurídica*. Disponível em: [www.migalhas.com.br].
 21. DANTAS, Rodrigo Numeriano Dubourcq. *Registro de imóveis eletrônico e ORN: entre a eficiência e a segurança jurídica*. Disponível em: [www.migalhas.com.br].
 22. Nesse sentido, veja-se a lição de Lucas Almeida de Lima (*O controle da atividade notarial e de registro*). Diz o autor: “Não por acaso, a oposição entre a garantia da independência funcional de notários e registradores e o poder correicional e disciplinar exercido pelo Poder Judiciário têm fustigado interessantes debates no campo do Direito. Qual seria, afinal, a extensão e a amplitude de tal fiscalização? Quais seriam os seus limites? Para determinado grupo de estudiosos, o controle deveria se limitar aos aspectos técnicos dos serviços prestados, e jamais ao funcionamento dos serviços. Nessa linha, Walter Ceneviva preleciona que, “desde a Lei 8.935/94, cabe apenas o cotejo entre os atos dos titulares e a lei, embora preocupada com a rapidez, a qualidade satisfatória e a eficiência dos serviços”. Para outros, contudo, ao Poder Judiciário caberia exercer a fiscalização não apenas sobre os atos praticados como também sobre a estrutura organizacional e administrativa dos serviços. Trilhando esse entendimento, o STF, no julgamento do RE 255.124/RS, oriundo do mandado de segurança impetrado contra dispositivo constante do Provimento 8/95, de 24.03.1995, do Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reiterou o caráter público dos serviços notariais e de registro,

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizador do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 143-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

Não pode a normatização estatal, evidentemente, esvaziar a autonomia administrativa da gestão privada, como fixar número mínimo de funcionários, indicar fornecedores de serviços, determinar que seja submetido às Corregedorias o plano de carreira dos funcionários contratados, estabelecer o valor dos salários, aprovar férias dos auxiliares ou do próprio delegatário.

O recente Provimento 74, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu quais as configurações mínimas dos equipamentos de informática para o exercício da atividade, a fim de garantir a qualidade do serviço, o que demonstra o nível cada vez mais abrangente do poder fiscalizatório.

Não parece, em princípio, que tenha havido indevida interferência, pois a efetivação do registro eletrônico depende de condições técnicas adequadas.

Temos que evitar, contudo, exageros. O art. 9º do referido Provimento estabelece que o não atendimento a essas normas configura crime, o que parece absurdo, por não respeitar o princípio da reserva legal.

Walter Ceneviva, por outro lado, sustenta a derrogação de alguns dispositivos da Lei 6.015/73 que colidam com o rol de atribuições do titular explicitado nos arts. 20 e 21 da Lei 8.935/94, exigindo autorização judicial para simples atos de gestão interna²³.

reconhecendo a possibilidade ampla de fiscalização por parte do Poder Judiciário sobre atos e serviços notariais. Registre-se que, a despeito do entendimento jurisprudencial dominante, tal controle não confere ao Poder Judiciário poderes absolutos para invadir a esfera administrativa do serviço notarial, sendo-lhe vedado, por exemplo, a indicação de funcionários, a alteração da ordem dos serviços etc., tal como se dava antes do advento da Constituição Federal de 1988. É nesse contexto que prevalece inabalável a independência do notário e do oficial do registro, agente público (na modalidade “agente em colaboração com a administração pública”) que possui a prerrogativa de adotar as providências administrativas que entender necessárias para o bom funcionamento do cartório ([www.ambito-juridico.com.br]).”

23. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. Saraiva. p. 133. Diz o renomado autor: “Na mesma ordem de ideias, sustenta-se a derrogação do art. 185 da Lei de Registros Públicos. Mencionado dispositivo subordinou a escrituração do Protocolo pelo substituto do oficial ou por escrevente, ainda que os primeiros estejam na ativa à prévia autorização do juiz competente. Foi derogado porque a escrituração pode ser feita pelo escrevente substituto, independente da interferência judicial, à vista da independência garantida pelos arts. 28 e 41 da Lei 8.935/94.

Retornando à letra e aos espíritos do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil, nenhuma dúvida existe quanto à revogação de textos da Lei 6.015/73 relativos à autorização judicial, com respeito à organização administrativa e funcional dos serviços”.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 143-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

7. QUALIFICAÇÃO REGISTRAL

7.1. *Autonomia e o poder regulamentar*

O delegatário do serviço extrajudicial de notas e registros é dotado de independência, como prescreve o art. 28 da Lei 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal.

A palavra independência provém do latim, resultando do verbo *dependo* agregado ao prefixo *in*, que dá a ideia de negação. Ricardo Dip ensina que com o faixão de negação, advém que “ter independência” é, com expressões de Cicero, *sui arbitrii esse, suum iudicium sequi*, decidir segundo o seu próprio arbítrio ou juízo²⁴.

A autonomia se materializa em variadas dimensões, tanto na gerência do serviço, contratando funcionários para o exercício do seu mister, escolhendo o melhor meio tecnológico para desenvolvê-lo, buscando o meio mais eficiente, equacionando o equilíbrio orçamentário, quanto na atividade de qualificação registral.

Invoque-se o conceito de autonomia proposto por Ricardo Dip:

Em sentido amplo, pode conceituar-se a independência do registrador: a faculdade de ele, no exercício de suas funções profissionais, agir –ou não agir–, ou, ainda, de escolher um meio de ação de preferência a outros, sempre segundo os limites da lei (*secundum terminos legis*).

E, numa acepção estrita, admite-se definir a independência jurídica do registrador, a liberdade de ele, *in suo ordine*, no exercício da qualificação jurídica própria da função registrária, compreender fatos e leis e interpretá-los, decidindo, positivamente ou negativamente, sobre a inscrição de um título, com fruição de imunidade, salvo o caso de dolo.

Além disso, incumbe ainda ao registrador a função de gerenciamento administrativo e financeiro do ofício (no quadro brasileiro, vide o caput do art. 236 da Constituição Federal de 1988 e o art. 21 da Lei 8.935/94).

Tal se verá, a independência do registrador é diversa segundo essas várias funções.

A autonomia, porém, não é ilimitada, pois o delegatário está sujeito à obediência das normas jurídicas e das normas técnicas expedidas pelo poder delegante, muito embora não haja, para muitos doutrinadores, subordinação hierárquica ao

24. DIP, Ricardo. *Registro de imóveis*. Princípios. São Paulo. PrimVs, 2017. t. I. p. 43.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 143-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

Poder Judiciário²⁵. Todavia, mesmo para quem sustenta a ausência de subordinação²⁶, incontornável o exercício da fiscalização, por imperativo constitucional²⁷.

Extrai-se do art. 236 da Constituição Federal de 1988, que o Estado delegante continua investido no poder de fiscalizar a atividade, como preceituam os diversos dispositivos da Lei 8.935/94.

Não há incompatibilidade entre a autonomia e a existência de normas externas²⁸.

Por razões históricas, coube ao Poder Judiciário de cada uma das unidades da Federação o exercício do poder fiscalizatório, assim como ao Conselho Nacional de Justiça, em âmbito nacional.

Em que consiste o poder de fiscalização a que se refere a Constituição Federal?

Ricardo Dip, parece considerar tal tarefa em termos mais estreitos, como se vê da seguinte passagem:

Admitir-se a normatividade *soft* – a expedição de recomendações e de orientações para o gerenciamento dos cartórios –, como indicação da vontade política do poder de superintendência, é muito diverso de permitir a extração de ordens, às quais não tem faltado, alguma vez, um acréscimo de sanção, com que mais elas aparentam conflitar com a ideia de gestão privada do serviço registral e com a de sua responsabilidade exclusiva pelo registrador.

Enxerga o respeitado jurista um risco de perda de autonomia, com inserção de regulamentos muitas vezes concorrentes, de fato, com a reserva constitucional de competência legislativa.

Considera, ainda, que as normas técnicas não podem interferir na autonomia da qualificação e também não podem criar direito novo, mas apenas esclarecer

25. CENEVIVA, Walter. *Lei de Notários e dos Registradores comentada*. Saraiva, 2010. p. 304. Esclarece que “Não há o poder de determinar critérios disciplinares de tais prepostos, ou de impor a adoção de sistemas de trabalho relacionado com o gerenciamento administrativo e financeiro de seus serviços. Há, sim, o poder de fiscalizar e corrigir tanto a obrigação descumprida ou cumprida com ofensa à lei quanto a satisfação irregular dos deveres gerais e especiais previstos nos arts. 31 a 34. A existência do poder referido sujeita o notário e o registrador à hierárquica funcional, perante o Poder Público, através do órgão encarregado de sua fiscalização, que se situa no Poder Judiciário”.

26. BENÍCIO, Hercúles Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do estado decorrente de atos notariais e de registro*. Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

27. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial*. JusPodivm. p. 83.

28. DIP, Ricardo. *A natureza e os limites das normas judiciais do serviço extrajudicial*. Quartier Latim, 2013. p. 37.

normas e complementar procedimentos não explicitamente estabelecidos, sempre nos limites da lei.

Esclareça-se que qualificação registral é o termo consagrado para designar o exame do título apresentado a registro à luz dos princípios, normas jurídicas e normas técnicas editadas pelo juiz competente, decidindo o registrador pelo registro ou pela denegação.

Evidentemente, por meio de processos administrativos (dúvidas registrais) ou por processos judiciais (mandados de segurança ou qualquer tipo de ação proposta para atacar o ato administrativo), poderá haver controle, *a posteriori*, modificando a qualificação realizada pelo delegatário da função pública.

O objeto central da presente investigação, entretanto, está em saber se pode ou não o poder delegante, por meio de normas gerais, regulamentar aspectos jurídicos que interfiram na função qualificadora do notário ou do registrador.

De um lado, Ricardo Dip²⁹ assevera que o

exercício de competência administrativa de instruções (como os códigos de normas judiciais, as volumosas normas de serviço, as resoluções, os provimentos, as sentenças normativas etc.) e a instituição administrativa de tipos infracionais e sanções parecem, com efeito, colidir com a repartição constitucional da competência legiferante e a previsão legal de independência jurídica do registrador.

De outra parte, há uma postura doutrinária, que vislumbra uma maior amplitude de ação na atividade fiscalizatória, admitindo a edição de normas que interpretem as leis, esclareçam procedimentos e orientem a qualificação registral, valendo destacar o ensinamento de Luis Aliende Ribeiro³⁰:

[...] Essa singularidade da atividade notarial e de registros exige a adequação da regulação às suas especificidades, dentre as quais de que o poder de fiscalização, que tem por pressuposto os de normatização e outorga e, por consequência, o sancionatório, os de conciliação e os de recomendação, foi pela Constituição Federal atribuído ao Poder Judiciário, o que veda a atribuição dessas funções a autoridade administrativa independente e externa a esse Poder.

Verifica-se, pois, que o poder fiscalizatório compreende, dentre outros, o dever de expedir normas gerais para o fiel cumprimento da atividade, inclusive de

29. DIP, Ricardo. Op. cit., p. 47.

30. RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. Op. cit., p. 141-142.

natureza técnica, criar serviços, estabelecer horários e condições de funcionamento das serventias extrajudiciais e aplicar pena disciplinar ao delegatário³¹.

Por certo, a norma administrativa não pode, a pretexto de regular, criar direito novo e confrontar as leis.

O legislador prescreveu, para o delegatário do serviço, o dever de observar as normas técnicas estabelecidas pelo juiz competente, consoante estabelecido nos arts. 4º, 30, XIV, 31, I, 37, 38, e 39, § 2º, 46, entre outros, todos da Lei 8.935/94.

Uma primeira observação se impõe sobre essa questão: cabe à Lei de Divisão e Organização Judiciária de cada estado da federação fixar a autoridade competente a que se refere a Lei 8.935/94.

Normalmente, essa tarefa é atribuída de forma sobreposta, desde o juiz até as Corregedorias. Encontramos diferentes designações para a função exercida pelo juiz de primeira instância responsável pelo desenvolvimento desse mister, citando-se, por exemplo, que, no Estado do Rio de Janeiro, incumbe ao juiz de primeira instância com competência em matéria de registros públicos. No Estado do Mato Grosso do Sul, ao juiz diretor do fórum e, no Estado de São Paulo, ao juiz designado por corregedor permanente.

Por sua vez, o art. 2º da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, § 1º, prescreve que os juízes de Direito poderão expedir ou baixar os atos constantes dos incisos II e V (Portarias e Avisos), embora no § 3º sujeite a Ordem de Serviço do Juiz de Direito à prévia aprovação do Corregedor-Geral da Justiça.

Para o fim de efetivar a regulação, cabem, nos estados federativos, às Corregedorias da Justiça desempenhar as tarefas de planejamento, supervisão, coordenação, orientação e fiscalização das atividades administrativas e funcionais dos serviços extrajudiciais.

No âmbito estadual, editam atos, provimentos, portarias, avisos, ordens de serviço e decisões normativas sobre a atividade notarial e registral, com base nas atribuições constantes dos regimentos internos dos respectivos Tribunais.

31. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 73. Diz o autor: “Logo, ao mesmo tempo que a lei assegura ao notário a necessária independência para que possa atuar como um terceiro imparcial, também lhe impõe a observância de normas para que o serviço seja prestado de modo eficiente e harmônico. O notário pode implantar livremente a gestão de sua unidade de serviço, a contratação de prepostos no regime celetista, bem como atuar sem qualquer ingerência estatal na aplicação e interpretação do direito, que é o substrato de seu exercício profissional. Essa liberdade, porém, não é absoluta, até porque não existe direito subjetivo absoluto. A própria Lei 8.935/94 estabelece alguns limites à liberdade de gestão e organização de sua unidade de serviço pelo notário ou registrador”.

Por fim, na esfera nacional, é o Conselho Nacional de Justiça o órgão incumbido da tarefa, na forma do art. 103-B, § 4º, inciso III, da Constituição Federal.

A finalidade do Conselho Nacional de Justiça é ordenar, na medida do possível, os serviços em nível nacional, trazendo uniformidade e previsibilidade para o utente do serviço.

A rigor, as normas do Conselho Nacional de Justiça revogam as normas estaduais que com elas conflitem.

Existe, entretanto, divergência sobre o conceito e o alcance das chamadas normas técnicas.

Para Ricardo Dip, as normas técnicas a que se referem o art. 37 da Lei 8.935/94 são aplicáveis somente à função técnico-registral, como as que se aplicam na produção de certidões, busca de livros, horário de funcionamento das serventias, dentre outras, diferentemente do que ocorre na função por ele chamada de “jurídico-registral” (ou de qualificação), que é típica de profissional do direito, exercida com independência, só submetida à observância da lei.

Todavia, apesar de coerente e sedutora essa doutrina, não se tem notícia de nenhuma importante decisão judicial que considere ilegal a expedição das normativas estaduais (código de normas ou consolidações normativas) que interfiram na qualificação, desde que não afrontem a legislação.

Em alguns casos, a interferência é deletéria, configurando um claro e indevido avanço de competência, criando, inclusive, direito novo, contrário ao texto legal, mas isso não infirma a conclusão de que pode haver, dentro de limites, normas que indiquem uma orientação jurídica a ser observada.

Na maioria dos casos, contudo, a regulamentação tem sido boa, citando-se, por exemplo, o Provimento 35, que cuida do procedimento extrajudicial de divórcio e inventários, e o Provimento 65, que tratou do procedimento da usucapião extrajudicial. Tais normas afastaram uma série de dúvidas quanto a correta aplicação das medidas de desjudicialização tratadas nos referidos regulamentos, ambos emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

7.2. *Autonomia e a qualificação de títulos judiciais*

Doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que os títulos judiciais não escapam à qualificação registral.

São frequentes as ameaças de prisão, determinando a imediata realização do ato. Nesses casos, cabe ao oficial se dirigir ao juiz emissor da ordem, mediante simples ofício, informando, de modo objetivo, as razões pelas quais deixa de fazer o registro determinado.

Se o juiz não se convencer, insistindo na prática do ato, cabe ao registrador praticá-lo, ficando livre de qualquer responsabilidade.

Não há que se fazer distinção entre títulos judiciais e ordem judicial, uma vez que todo título, do ponto de vista material, contém uma determinação.

Parte da doutrina considera que pode o registrador se valer do procedimento de Dúvida para o juiz competente, não ficando, no que concerne aos aspectos registrais, subordinado ao juiz da causa na qual a ordem foi emanada.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vem consolidando posição diferente, entendendo que o magistrado, no exercício da jurisdição, não pode se submeter a uma decisão do juiz dos registros públicos, que atua em caráter administrativo.

Mesmo que a ordem se afigure ilegal, cabe ao delegatário cumpri-la, incumbindo à parte eventualmente prejudicada buscar sua correção pela via judicial cabível.

Evidentemente, o registrador, na sua função qualificadora, não pode ferir o mérito da decisão judicial³².

8. PODER REGULAMENTAR E RESPONSABILIDADE CIVIL

Fixado o entendimento de que as normas administrativas em abstrato, desde que respeitados os mesmos supostos fáticos, possuem caráter vinculante para o delegatário do serviço, resta examinar se o seu descumprimento produz alguma consequência.

Havendo descumprimento estará sujeito a punição disciplinar, a teor do disposto no art. 31, I, da Lei 8.935/94.

Observe-se, todavia, que o registrador pode, no caso concreto, verificar alguma circunstância fática que autorize uma interpretação diferente da norma, ficando isento de qualquer responsabilidade, desde que possa justificar sua decisão.

E, ao revés, obedecendo estritamente a lei e às normas administrativas estaria imune ao pagamento de eventual indenização requerida por dano ao utente do serviço?

Penso que a resposta, a toda evidência, é positiva, no sentido do afastamento de eventual responsabilidade.

32. Para um exame mais detalhado do tema, veja-se SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário*. Juruá, 2018. v. I. p. 255-259.

Não pode haver responsabilidade se houve cumprimento da lei e das instruções normativas, ante a evidente ausência de ato ilícito.

Nada obstante, apenas a título de ilustração, algumas vezes encontramos decisões que afrontam essa inafastável conclusão, havendo absurdas condenações, mesmo diante do estrito cumprimento das leis e de normas administrativas³³.

9. DÚVIDA REGISTRAL E VINCULAÇÃO: PRECEDENTES VINCULATIVOS

Questão sensível e pouco discutida está relacionada à seguinte indagação: quais os efeitos para os demais delegatários das decisões proferidas pelos juízes com competência registral e pelos Conselhos da Magistratura, nos casos concretos, submetidos ao procedimento de dúvida registral?

Aqui não tratamos do poder regulamentar exercido, em abstrato, por meio de portarias, recomendações e códigos normativos expedidos pelas Corregedorias da Justiça, mas sim da vinculação dos notários e registradores à jurisprudência registral, construída, na maioria dos Estados, pelos respectivos Conselhos da Magistratura.

Anote-se, inicialmente, o caráter administrativo do procedimento de Dúvida, como está dito, com todas as letras, no art. 204 da Lei 6.015/73.

A decisão proferida pelo juiz é, pois, administrativa, não fazendo coisa julgada material, como pacificado na doutrina e na jurisprudência, não se sujeitando, assim, aos efeitos da imutabilidade.

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento, em sua obra pioneira sobre o tema, ensina que “o processo de dúvida tem, de particular, a característica fundamental de um controle judicial não contencioso (em oposição, voluntário) da regularidade dos serviços dos Registros Públicos”.

Tem-se admitido, inclusive, a reiteração do procedimento de Dúvida, desde que se supere o motivo anteriormente reconhecido ou que se tenha alterado a jurisprudência a respeito das questões tratadas³⁴.

33. Muitas sentenças de primeiro grau, felizmente revertidas, têm condenado tabeliães de protesto por não examinarem a eventual ocorrência de prescrição do título, a despeito de o art. 9º da Lei de 9.492/97 e as normas da corregedoria expressamente proibirem ao delegatário examinar tal questão.

34. Veja-se que decisões proferidas em outros procedimentos de jurisdição voluntária também podem sofrer alteração. Pense-se na hipótese de modificação de cláusula de visitação de menor. Não haverá desrespeito à coisa julgada. O que mudará são os fatos e as novas circunstâncias alegadas, de sorte que não haverá ofensa ao trânsito em julgado de decisão anterior, em sentido contrário.

Não fazendo coisa julgada material, a mesma questão jurídica objeto da Dúvida pode ser rediscutida na via judicial contenciosa.

Qual seria a via contenciosa para discutir a questão previamente decidida em sede administrativa? Quem seria o réu dessa ação?

Walter Ceneviva aponta as seguintes soluções:

- i) ação de terceiro prejudicado para anular o registro;
- ii) ação ordinária em face do Estado para obter o registro, quando a Dúvida for julgada procedente.

Em sentido inverso, contudo, a dúvida registral, evidentemente, não pode alterar matéria examinada na esfera judicial³⁵.

Podem conviver, perfeitamente, os atributos da autonomia do registrador com o dever constitucional de o Poder Público, por meio do Judiciário, fiscalizar o exercício da atividade, como foi visto nos capítulos anteriores.

Em países como Espanha e Portugal os serviços estão, diferentemente do Brasil, situados dentro da estrutura administrativa do Estado, embora na Espanha a gerência seja bem similar ao nosso modelo.

Na Espanha, as decisões proferidas pelos registradores e notários podem ser objeto de revisão administrativa pela Dirección General de los Notários e de los Registradores (DGNR), embora, ao fim e ao cabo, haja possibilidade também de controle judicial das decisões³⁶.

Em Portugal, órgão similar denomina-se Instituto de Notários e de Registos (INR), que julga os recursos hierárquicos interpostos contra as decisões dos conservadores (registradores).

No modelo espanhol, a DGNR, composta por notários e registradores, tem o poder de emitir um efeito vinculante às suas resoluções (decisões de casos concretos).

35. Sobre a questão atinente aos casos em que se pretende, equivocadamente, ao nosso juízo, utilizar o procedimento de dúvida quando o oficial entende ilegal ordem incidental emanada por juiz investido de jurisdição, adotamos o posicionamento do STJ, considerando a prevalência da decisão proferida pelo juiz investido de jurisdição em relação ao juiz administrativo, que examina o procedimento de Dúvida. Sobre o tema, veja-se obra de minha autoria (*Direito registral imobiliário*. Juruá, 2018. v. I. p. 306-308).

36. §10º do art. 327 da Lei Hipotecária – “Publicada em el BOE la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de que aquella, una vez firme, será publicada del mismo modo”.

Em tese, o sistema tem efeitos positivos, pois uniformiza o tratamento da matéria em todo o território, pois, publicada a resolução, passa a vincular os demais registradores até que seja revogada por decisão judicial.

Na prática, entretanto, há críticas ao regime, uma vez que um órgão administrativo passa a criar normas jurídicas de direito privado, em caráter geral, havendo vinculação mesmo em relação às razões que fundamentam as decisões³⁷.

No Brasil, quem decide as Dúvidas Registrais, que não são recursos, mas guarda similitude finalística com eles, são os juízes com atribuição fixada nos códigos de organização e divisão judiciária dos respectivos estados federativos, em caráter administrativo, cabendo delas recurso para os Conselhos da Magistratura ou para as Câmaras Cíveis dos Tribunais de Justiça.

A questão é: essas decisões, a exemplo do que ocorre no regime espanhol, possuem efeito vinculante para os demais notários e registradores em casos similares?

O tema é pouquíssimo explorada e ainda não adequadamente resolvido.

Diante da ausência de disposição legal expressa, como ocorre no caso espanhol, parece que não pode haver tal vinculação.

É que as decisões, em casos concretos, não têm valor de norma.

Inegável que a jurisprudência registral tem forte influência para balizar a qualificação registral, podendo e devendo ser invocada pelo registrador ou pelo notário.

Parece, contudo, que não têm força vinculante, mesmo porque, em muitos estados da federação, os recursos interpostos nos procedimentos de Dúvida são julgados pelas câmaras cíveis do Tribunal de Justiça, não havendo, portanto, uniformidade no tratamento das questões.

Nada obstante, o Conselho da Magistratura Paulista possui jurisprudência afirmando esse poder vinculante de suas decisões, tese com a qual não concordamos³⁸.

37. Sobre tais críticas, veja-se o trabalho do registrador espanhol Gutiérrez, Vicente Guilarte (El efecto vinculante de las resoluciones singulares de la dirección general de los registros. *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de España. Madrid, 2006). Apresenta o autor uma interpretação diferente para o § 10 do art. 327 da LH, sustentando que a vinculação de todos os registradores seria em relação ao exame do título específico. Pense-se na hipótese de um formal de partilha a ser examinado por vários registradores em razão de existirem bens situados em várias localidades. Estes estariam obrigados a adotar a mesma solução alvitada pela DGNR.

38. Veja-se a AC no 000195874.2014.8.26.0634-TJSP – Rel. Des. José Carlos Xavier, j. 15.12.2002. Ver, ainda, AC no 10129643.2014.8.26.0068, TJSP, Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, voto vencido Ricardo Dip, j. 21.06.2016.

Note-se que, por vezes, pode haver contradição entre a Corregedoria, na sua atribuição de normatização e o Conselho da Magistratura, prevalecendo, no caso concreto, por evidente, a decisão proferida no recurso interposto perante o Conselho ou por uma Câmara Cível do Tribunal de Justiça, dependendo da organização de cada estado da federação.

Em conclusão, não têm força normativa as decisões proferidas nos procedimentos de Dúvida, mas são importante fonte para o registrador, como as súmulas e a jurisprudência dos tribunais são para os juízes³⁹.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil dos notários e registradores e a edição da Lei 13.286, de 10 de maio de 2016, de Demades Mario Castro – *RDI*81/337-361 (DTR\2016\24834); e
- Os notários e registradores e sua atuação na desjudicialização das relações sociais, de Yasmim Leandro Veronese e Caique Tomaz Leite da Silva – *RTSP*4/65-80 (DTR\2014\9403).

39. Refiro-me àquelas que não possuem caráter vinculante.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 143-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.



REFLEXÕES PRÁTICAS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE SOB A ÓTICA MATERIAL E PROCESSUAL

*PRACTICAL REFLECTIONS ON THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY
UNDER THE MATERIAL AND PROCEDURAL OPTICS*

FABIO CALDAS DE ARAÚJO

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa sob a orientação do prof. Dr. Menezes Cordeiro. Professor da Especialização da PUC-SP e da Especialização da UNIPAR e UEL. Professor do Curso de Mestrado da Unipar. Autor de diversas obras e artigos em revistas especializadas com concentração em Processo Civil e Direito Civil. fabiocaldas@prof.unipar.br

Data de recebimento: 25.09.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Imobiliário e Registral

RESUMO: A função social da propriedade deve refletir a evolução do direito material e processual o que permitirá interpretação adequada perante o comando constitucional. A proteção da função social da propriedade está ligada à estabilidade das relações jurídicas o que põe em destaque a figura do terceiro de boa-fé e a força vinculante do sistema registral.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade – Boa-fé – Posse – Sistema registral.

ABSTRACT: The social function of property must reflect the evolution of material and procedural law which will allow adequate interpretation before the constitutional command. The protection of the social function of property is linked to the stability of juridical relations, which highlights the figure of the third party in good faith and the binding force of the registry system.

KEYWORDS: Property – *Bona fides* – Possession – Registry system.

SUMÁRIO: 1. Objeto do trabalho. 2. A transformação histórica da propriedade. Da *res mancipi* à propriedade atomizada. 3. A proteção jurídica da propriedade codificada. 3.1. Do sistema codificado ao registral. 4. O direito de propriedade como direito fundamental. 5. A função social e a proteção processual. 6. A pretensão real e pessoal. A evolução da proteção processual. 7. O rendimento máximo da propriedade: *Petitorium absorbet possessorium*. 8. Proteção da propriedade e duplicação de juízos. 9. Proteção da propriedade e terceiro de boa-fé. A importância da concentração registral. Referências bibliográficas.

1. OBJETO DO TRABALHO

O tema da função social da propriedade é riquíssimo e permite uma abordagem múltipla, não só dentro do campo jurídico, mas dentro de outras Ciências como a sociologia ou a história. O objetivo de nossa abordagem é realizar uma pequena incursão sobre o desenvolvimento histórico da função social da propriedade e a necessidade de revisão sobre a proteção oferecida pela lei processual. Após o período de fortalecimento da posse torna-se necessário reposicionar institutos, como a exceção de domínio na seara processual. A propriedade exerce papel fundamental não apenas para a garantia do indivíduo, mas para o fomento econômico e para a estabilidade das relações jurídicas. Outros institutos eclodiram como reflexo direto do reconhecimento da função social exercida pela propriedade e pelo seu papel na estrutura econômica. O primeiro refere-se à proteção conferida pelo sistema registral moderno. O segundo está relacionado aos novos rumos da relação jurídico-real em vista da proteção crescente conferida ao terceiro de boa-fé.¹

A função social da propriedade moderna não deve ser estudada apenas pelo viés da posse. Este foco marcou fortemente a dogmática do século XX e representou um descolamento da posse em face da propriedade. Se até o período de Savigny e Ihering, a posse era estudada como uma forma de propriedade provisória, no século XX, a posse ganhará autonomia como objeto de estudo próprio e desvinculado da propriedade.² A função social da posse passaria a exercer papel de destaque, ao menos em países em que o sistema registral não oferece proteção integral, como é o caso do Brasil. A comprovação desta assertiva pode ser realizada pela disputa histórica travada sobre o conteúdo da proteção oferecida pelo art. 859 do CCB de 1916 e pela evolução da jurisprudência até a construção da emblemática súmula 84 do STJ.³

1. Sobre a origem do sistema tabular, Hedemann. *Tratado de derecho civil* – Derechos reales. t. II. p. 75 e ss.
2. Destaca-se nesse ponto Antonio Hernandes Gil que representa o grande marco teórico de desenvolvimento da função social da posse no século XX. Para consulta, GIL, Antonio Hernandes. *La posesion*. Obras completas. La posesion como institucion jurídica y social. Madrid: Espasa-Calpe, S.A, 1987. t. 2.
3. Sobre a evolução da proteção da posse e a relativização da eficácia *erga omnes* dos direitos reais, ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* – Texto Introdutório ao livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. XI. p. 393 e ss.

2. A TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE. DA *RES MANCIPI* À PROPRIEDADE ATOMIZADA

Na fase atual, marcada pelo período de globalização e constitucionalização *multilevel* a propriedade tem sua função social modificada porque a sua proteção não tem como foco mais, o indivíduo. A propriedade moderna exerce papel de fomento para o crescimento social e econômico de um país. Ela não está mais sedimentada na proteção no bem de raiz, mas pulverizada em valores mobiliários, portanto, representada por bens desmaterializados e de simples transmissão.

No direito romano já existia uma compreensão nítida da importância da propriedade, embora ela ainda não encontrasse uma sistematização doutrinária e muito menos proteção como direito subjetivo. A título de ilustração, basta relembrarmos que os romanos valoravam a importância dos bens pela sua classificação em *res mancipi* e *nec mancipi*. Os bens de maior repercussão econômica eram dotados de mecanismos de proteção para a sua alienação, sendo representados pelos terrenos itálicos, escravos, animais de tiro e carga e as servidões rústicas, cuja transmissão solene era apresentada pela *mancipatio*.⁴ Os demais bens eram considerados *res nec mancipi* e poderiam ser transmitidos pela mera *traditio*.⁵

A histórica posição de supremacia da propriedade imóvel sobre a móvel retira, desta histórica divisão romana, uma forte base de influência sobre todo o sistema moderno. Em nosso CCB, a questão pode ser exemplificada pela leitura dos arts. 1.245 e 1.247 do CCB. O art. 1267 do CCB reflete a informalidade de transmissão dos bens móveis que podem ser alienados pela transmissão da posse, sem a necessidade de qualquer outra formalidade.

4. Na fase atual podemos comparar essa distinção àquela realizada, *mutatis mutandis*, pelo art. 108 do CCB para a transmissão dos bens imóveis acima de 30 salários mínimos, para os quais se exige a escritura pública, documento hábil a legitimar a transferência da propriedade imóvel.

5. Consideravam-se *res mancipi* os terrenos itálicos, os escravos, animais de tiro e carga e as servidões prediais rústicas e que, como aponta Dernburg, tiveram repercussão no período arcaico, pois no período Justiniano esta distinção deixou de existir: “Für das altrömische Recht war diese Unterscheidung von größter Wichtigkeit; dem Justinianischen Rechte sie nicht mehr an” (Para o período arcaico do direito romano a diferenciação era de grande importância, mas não mais, no período de Justiniano - tradução livre), in *Pandekten*, t. I, § 67, p. 158. A transmissão de bens *mancipi*, pela *traditio*, gerou uma segunda espécie de propriedade, denominada de bonitária ao lado da quiritária. Sua proteção fundamentou o surgimento da Ação Publiciana, cujo conceito já foi anteriormente exposto.

O período moderno não se acomodou a essa distinção, em vista da atomização do direito de propriedade. Os bens móveis assumiram papel crescente com a revolução industrial, como a multiplicação dos títulos de crédito e a atomização da propriedade pela criação dos valores mobiliários.⁶ A possibilidade de fracionamento da propriedade em ações marcou o surgimento dos valores mobiliários, como forma de possibilitar a captação de recursos às empresas e, assim, financiar a atividade industrial, o que exigia grandes somas para alavancar as novas atividades desenvolvidas em larga escala.⁷⁻⁸ Esse novo panorama criado, a partir da revolução industrial, exigiu uma proteção rígida ao direito de propriedade, uma vez que o poder econômico da burguesia tornou-se a principal arma de guerra e fonte de fortalecimento, num regime marcado pela busca irrestrita e desenfreada de acumulação de riquezas. Daí o motivo do direito de propriedade ser considerado um direito inviolável, sacrossanto, ante a dicção do art. 544 do Código Napoleônico,⁹ o que foi confirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, junto ao art. 17.¹⁰

6. O art. 183, I da LSA distingue os títulos de crédito e os valores mobiliários. Sobre as críticas a essa distinção, BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. p. 81.
7. Sobre a distinção entre os títulos de créditos e os valores mobiliários, COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. p. 16-25.
8. “O aparecimento e a surpreendente difusão dos títulos de massa, inicialmente através das ações de emissão das sociedades anônimas, logo encontrando respaldo nas negociações nas bolsas, seguidas de outras obrigações por ela emitidas, além dos chamados títulos públicos de emissão governamental, e, ainda, a difusão no mercado dos títulos cambiais pelo desconto no banco, trouxeram à baila uma nova realidade no mundo, até então restrito às negociações com os títulos cambiários, limitados aos particulares nas feiras e mercados e aos poucos se expandindo” (BULGARELLI, Waldirio. *Ob. cit.*, p. 81).
9. *In verbis*: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.
10. *In verbis*: “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”. A orientação que impulsionou o texto supracitado, bem como o art. 544, deve-se ao liberalismo econômico, que marcava a ascensão da burguesia e da revolução industrial. A proteção da propriedade individual seria essencial para permitir a acumulação indiscriminada de bens, principalmente pela intervenção mínima do Estado como agente regulador. Um dos postulados da revolução era o da plena liberdade e igualdade entre os homens, cabendo ao Estado intervir em situações excepcionais. Esta visão, que orientou a primeira fase do século XIX, iria resultar em trágicas conseqüências para o meio social. A filosofia que marcou a fase do individualismo, e a consagração da propriedade como direito absoluto, levou Leon

A importância dos valores mobiliários trouxe a necessidade de aperfeiçoamento da legislação societária e o desenvolvimento de mecanismo para a proteção do terceiro de boa-fé dentro do direito comercial em vista da importância crescente exponencial do comércio jurídico e da necessidade de proteção do tráfico negocial (*Rechtsverkehr*).¹¹

O papel dos valores mobiliários, como representação jurídica da propriedade societária demonstra o novo papel da propriedade móvel e sua influência sobre a ordem social e econômica. O princípio da conservação da empresa é nada mais do que o reflexo da proteção da propriedade aplicada ao fomento social. O papel da empresa e do empresário no cenário atual é indiscutível na organização, política, econômica e social de um país.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PROPRIEDADE CODIFICADA

A compreensão dos conceitos jurídicos está ligada essencialmente à noção de sistema. A proteção ao direito de propriedade ganharia contornos rígidos no período moderno pela criação dos estatutos jurídicos positivos representados pelos códigos civis.

Essa noção de sistematização e condensação legal como fonte de estabilidade do estamento social foi percebida de modo agudo pela dogmática alemã como forma de construção da pandectística que revolucionou o positivismo no século XIX.¹² A noção de sistema jurídico propicia o que há de mais precioso para uma sociedade moderna: a *segurança jurídica*.¹³

Essa segurança foi obtida no período moderno a partir das grandes codificações. É curioso que o maior combatente desta condensação legislativa acabaria

Duguit a definir o Código de 1804 como *Le Code de la Propriété* (*Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 293). Esse ilustre constitucionalista captou, com grande maestria, o espírito do legislador revolucionário, que não estava preocupado com o papel social da propriedade e sua importância para o bem-estar comum, mas apenas nos benefícios que ela acarretaria ao seu titular, em suas palavras “c’est-à-dire au point de vue des conséquences qu’elle (*a propriedade - inserção nossa*) entraîne, des bénéfices qu’elle assure à son titulaire, et non point en philosophes, en économistes au point de vue de son fondement et de son rôle social” (ob. cit., p. 294).

11. O banco de São Jorge, em Génova, criado em 1407 e que operou até 1805 representaria o marco embrionário das sociedades por ações.
12. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9-258.
13. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, § 1º. p. 18.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Reflexões práticas sobre a função social da propriedade sob a ótica material e processual. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 167-200. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

sendo o seu maior arquiteto teórico. Savigny, ferrenho defensor da escola histórica acabaria fornecendo a estrutura da relação jurídica para auxiliar na formatação dos códigos modernos.¹⁴

A disputa em torno da necessidade da codificação acendeu o espírito dos juristas do século XIX, especialmente após a célebre disputa (dentre tantas outras que marcaram esta fase) entre Savigny e Thibaut.¹⁵ Sabe-se que o primeiro jurista pautou-se por uma defesa férrea pela desnecessidade de um código. Partidário e fundador da escola histórica, Savigny não concebia como útil ou viável engessar o sistema jurídico com um código positivo que eliminaria as fontes vivas da expressão do espírito do povo alemão (*Volksgeist*).¹⁶

Dessa célebre disputa, desnecessário mencionar que a opinião de Thibaut restou vitoriosa. A vitória do seu posicionamento não representou uma simples disputa acadêmica. Não se tratava de um debate alçado ao plano teórico, mas de uma aguçada perspectiva do momento histórico que comprovou a veracidade de sua tese. A necessidade da positivação do direito, num período em que se buscava uma nova identidade para o sistema jurídico, prevaleceu como modelo ideal para o século XIX.¹⁷ O legado da revolução francesa, ancorada nos primados de igualdade, liberdade e fraternidade, centrou-se, no âmbito jurídico, pela positivação do direito costumeiro. A existência de um diploma homogêneo, com tons universal, na forma escrita, seria *conditio sine qua non* para garantir a igualdade na aplicação da lei. Sem a existência de um texto escrito, com acesso público e que garantisse a consulta universal sobre os direitos e deveres de cada cidadão, o ideário revolucionário restaria comprometido.

O diploma francês exerceu grande fascínio em toda a Europa e concitou os próprios alemães a realizar a empreitada. A poderosa influência de Savigny atrasaria em mais de 50 anos o processo de codificação. Este atraso consideramos como benéfico porque permitiu a maturação e a construção de um código

14. Ainda que a primeira codificação tenha sido a napoleônica em 1804, a estrutura científica e a organização sistemática das matérias nasce com a genial criação de Savigny sobre a teoria da relação jurídica. É a relação jurídica que irá permitir a diferenciação entre os ramos do direito pela diferenciação do sujeito, objeto e forma.

15. Vide preciosa lição de história das codificações civis, in Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil – Parte geral*. t. I. p. 73.

16. SAVIGNY, Friederich von Carl. *De la Vocacion de Nuestro Siglo para La Legislacion y La Ciencia del Derecho*. Tradução do alemão por Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946. p. 17 e ss.

17. A evolução das escolas que representaram avanços da metodologia da ciência do direito deve ser consultada na precisa obra de Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ambientado com institutos com construções impensáveis na era napoleônica como a boa-fé voltada para a proteção do tráfico negocial.

Nesse período, o tratamento da propriedade ainda pode ser considerado essencialmente individualista, mas a função social de sua utilização dentro da cadeia econômica apresenta reflexos importantes na disseminação da regra de Bourjon pelas demais codificações como a alemã.

O poder da burguesia dependeria essencialmente da proteção efetiva sobre os bens de raiz e a acumulação patrimonial exigia meios céleres e seguros para a transmissão dos bens móveis.¹⁸ Nesse ponto observa-se a adoção paulatina da transmissão da propriedade móvel pela mera tradição e o fortalecimento da regra de Bourjon que alcançaria a codificação brasileira apenas no ano de 2002 e ainda sob condição. O mesmo não pode ser dito da legislação portuguesa que não recepcionou a regra de Bourjon mesmo após a codificação de 1966.

3.1. *Do sistema codificado ao registral*

No cenário de renovação e codificação do século XIX, a publicidade e a confiança seriam dados essenciais para que a propriedade imóvel pudesse ser objeto de transmissões e onerações com segurança jurídica. Como informa Menezes Cordeiro, em preciso estudo sobre o tema, o registro predial nasce de uma preocupação quanto à sedimentação da garantia hipotecária.¹⁹ Esse dado é interessante porque revela a mesma preocupação do legislador brasileiro que propiciou o nascimento da primeira modalidade de registro, por meio da Lei Hipotecária 1.237, de 24 de setembro de 1864, que foi criada como meio de permitir a expansão do crédito no Brasil Imperial.²⁰ Seria necessário que os credores tivessem

18. Como assevera Carnelutti (*Teoria giuridica della circolazione*, p. 12), o problema da circulação dos bens móveis envolveria uma tríade de difícil compatibilização: liberdade, aparência e segurança. A liberdade conquistada com a queda da Bastilha exigia um compromisso irrestrito com a proteção da propriedade de suas garantias, o que contrastaria com a necessidade de fluidez e dinamicidade quanto à circulação dos bens móveis. Este dado seria um fator de motivação para o desenvolvimento agudo da boa-fé objetiva como meio de fortalecimento do tráfico negocial e que será o modelo guia para iluminar a *lex mercatória: Bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii* (MEYER, Rudolf. *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Band V. Göttingen: Walstein Verlag Göttingen, 1994. p. 15).

19. A ponto de na Espanha a matéria registral ser denominada “Direito Hipotecário”. Como ensina o ilustre civilista, esse também foi o motivo que justificou o interesse e surgimento do tema em Portugal (*Direitos reais*, p. 265).

20. Esse diploma foi regulamentado pelo Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865.

certeza sobre a efetiva garantia que recairia sobre os bens imóveis, o que estimulou a sua adoção em nosso sistema.²¹ O texto chegou a prever a proteção aos credores de boa-fé que tivessem aceito hipoteca sobre bem cujo domínio tivesse sido alvo de aquisição superveniente (art. 2º, § 6º).²²

No direito brasileiro, o sistema de transmissão da propriedade anterior ao primeiro Código Civil de 1916 seguia o modelo romano quanto à necessidade de demonstração do *título e do modo* de aquisição, o qual foi recepcionado pelas ordenações.²³ A transmissão dependeria da conclusão de um negócio jurídico válido, como a compra e venda, no qual seria suficiente o acordo de vontades das partes e da obediência de formalidade legal para valores acima de determinada alçada.²⁴

Acontece que, no direito romano, e mesmo no período de vigência das ordenações, nunca houve a instituição da obrigatoriedade de qualquer forma de registro da propriedade ou mesmo da posse para fins de constituição de direito real ou mesmo de publicidade sobre o bem imóvel.²⁵ Essa situação criou em nosso sistema a necessidade de uma dupla operação jurídica para a transmissão da

-
21. A consolidação de Teixeira de Freitas retratava esta necessidade no art. 884. Embora o Brasil ainda não dispusesse de um Código Civil, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas funcionou como autêntico Código e no art. 1274 determinava: “Preferem outrosim ás hypothecas convencionaes posteriores, mas os efeitos destas só começarão a existir da data do registro em conformidade do art. 1283”.
 22. *In verbis*: “§ 6º O dominio superveniente revalida, desde a inscripção, as hypothecas contrahidas em boa fé pelas pessoas, que com justo titulo possuem os immoveis hypothecados”.
 23. MAGALHÃES, Vilobaldo Bastos de. *Compra e venda e sistemas de transmissão da propriedade*. p. 52 e ss.
 24. O qual seria de duzentos mil réis, conforme art. 11 da Lei 840, de 15 de setembro de 1855.
 25. Sobre o ponto merece menção o art. 905 da Consolidação das Leis Civis: “Todos os possuidores de terras, na conformidade dessas Leis especiaes, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou posse, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuirem”. Essa exigência decorria do Regulamento 1.318 de janeiro de 1854. Como alertou Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Civis*, t. II, p. 537): “Com esse registo nada se predispõe, como pensão alguns para o cadastro da propriedade immovel, base do regime hypothecario germanico. Teremos uma simples descripção estatistica, mas não uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz, demonstrando sua legitimidade, e todos os seus encargos. O *systema cadastral é impossivel entre nós*”. Isso significa que a obrigatoriedade da propriedade ou da posse não possuía natureza atributiva ou constitutiva do direito real de propriedade e tinha como fim reorganizar e demonstrar os títulos dos proprietários, especialmente para o controle das concessões e doações de sesmarias. Como afirmou o jurisconsulto, o sistema registral ainda seria inviável no século XIX, no direito brasileiro.

propriedade. A consumação da alienação pela transmissão consensual seria insuficiente para a transferência do domínio que dependeria da tradição.²⁶

A necessidade de conferir maior segurança nas relações jurídicas e nas operações de crédito é perceptível dentro desse sistema, pois o vendedor poderia simplesmente alienar o mesmo bem para dois compradores, antes de realizar a tradição. Enquanto não realizada a transmissão pela mera tradição (real ou ficta), o comprador apenas teria direito a uma ação pessoal. A ação real apenas seria possível com a implementação da tradição.²⁷

Contra essa insegurança do regime de duplicidade de transmissões a lei hipotecária procurou amenizar o problema pela inserção do *princípio da prioridade do registro*. O comprador que realizasse o primeiro registro seria considerado o titular presumido do domínio.

A proteção ao terceiro, especialmente quanto à aquisição dos bens imóveis, não pode ser examinada sem a análise preliminar dos sistemas de registro. Independentemente da natureza declarativa ou constitutiva do sistema, a publicidade é uma garantia para a circulação do crédito. Mesmo nos sistemas em que a propriedade transmite-se *solo consensu*, como o português, o registro poderá imunizar a posição do terceiro de boa-fé. No Brasil, a recente alteração da Lei 13.097/2015 abre um novo universo que exigira maior atenção da doutrina e da jurisprudência sobre o direito registrário.

A origem referente ao sistema tabular é creditada ao sistema germânico. Os sistemas romano e canônico não dão conta da existência do modelo tabular hodierno. A antiguidade forneceu traços do princípio da publicidade como elemento essencial que garantiria a identificação social da titularidade da propriedade

26. A necessidade de combinação do título e do modo para fins de transmissão de propriedade pode ser antevista pelo Alvará de 4 de setembro de 1810: “sendo sem controvérsia estabelecido pelos Direito Natural, Romano e Pátrio e pelo das Nações cultas e civilizadas, que no contrato de compra e venda, ajustado o preço e entregue ao comprador a coisa vendida e ao vendedor o preço, ou fiando-o ele, não só fica o contrato aperfeiçoado, mas completo de todo que por meio da tradição passa o domínio para o comprador”.

27. Eis a solução expressa determinada pelas Ordenações com base na diferenciação entre o título e o modo de aquisição: “E se o senhor da coisa a vendesse a alguém e recebesse o preço, sem lh’a entregar, e depois a vendesse a outrem e lh’a entregasse, recebendo dele o preço, ou havendo se dele pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor dela e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou pela compra da dita coisa com o seu interesse, pois lhe não entregou a coisa que lhe vendeu, de que recebeu o dinheiro e a vendeu a outrem, e o fez dela senhor pela entrega que lhe dela fez”. Por essa regra, o primeiro comprador apenas teria o direito de reembolso, mas não poderia reivindicar a propriedade.

perante os seus membros.²⁸ Em grande parte dos povos da antiguidade o regime de propriedade era coletiva, o que exigia a transmissão do bem de modo simbólico perante assembleias, ou praças públicas, como meio de legitimar socialmente o ato de alienação.²⁹

Em vista do modelo adotado pelo direito brasileiro, que possui influência nitidamente germânica, ao contrário do modelo português, que possui inspiração francesa, torna-se essencial um exame, *en passant*, quanto ao funcionamento do sistema registral francês e alemão. Esses dois sistemas assumem preponderância quanto ao *modus operandi* do registro predial. Desde já, deve ser asseverado que para o objeto da exposição, ambos os sistemas cumprem com o desiderato essencial para com o terceiro de boa-fé. O sistema alemão por meio da abstração oferece proteção pela eliminação da causa quanto ao negócio jurídico de transmissão e o sistema francês torna essencial o registro do bem imóvel para a eficácia perante terceiros, muito embora o negócio jurídico de translativo independa do registro para sua validade e eficácia *inter partes*.

4. O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A procura dos valores fundamentais que informam a ordem jurídica no campo do direito material ou processual exige a leitura e compreensão da base em que se radica a Constituição. A Carta Magna informa os valores que devem orientar a formação dos textos infraconstitucionais e sua interpretação é renovada pela jurisprudência da Corte Constitucional que traça os parâmetros para a interpretação dos Direitos Fundamentais. A influência da Constituição é marcante e reflete um autêntico fenômeno de constitucionalização das próprias normas do direito privado, ou máxime, a possibilidade de interferência da constituição como fonte de incidência imediata no ordenamento infraconstitucional para suprir lacunas ou corrigir distorções.³⁰

28. Cena histórica sobre o registro e a publicidade pode ser consultada na bela pesquisa de Luzati, *Della Trascrizione*. t. I. p. 51-127.

29. A doutrina com acuidade estabelece que os povos antigos poderiam exigir a publicidade pela invocação metafísica, ou seja, pela agregação de elementos místicos e religiosos no processo de transferência da propriedade imóvel, especialmente pelo fato do alimento ser oriundo do fruto do plantio. No entanto, como assevera, Coviello (*Della Trascrizione*. t. I, p.16), a tese mais plausível decorre da natureza coletiva da propriedade. O registro dominial, neste período, era fruto da posse consolidada pela investidura que era pública, “la proprietá colletiva sia stata conosciuta nè primordi della civiltá umana, non già l'individuale che si trova solo i tempi posteriori, proprietá collettiva di famiglia o di comunitá piú grande”.

30. CANARIS, Claus – Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Lisboa: Almedina, 2006. p. 20.

A propriedade é considerada por grande parte dos ordenamentos jurídicos como um direito fundamental.³¹ A disciplina sobre a forma de apropriação e atribuição da propriedade influencia diretamente a economia de uma sociedade. A disciplina sobre a constituição, alienação e extinção da propriedade é atribuição específica dos direitos reais e consiste em questão nuclear de qualquer estamento social.³² Os sistemas modernos estão longe da visão do modelo liberal que consagrou o direito de propriedade ao lado do direito à liberdade e igualdade. A visão do direito de propriedade ilimitado era apoiada na proibição de violar a liberdade, logo, o direito de apropriação seria uma expressão da liberdade de desenvolvimento e autodeterminação do ser humano. Atualmente, é clara a noção de que inexistem direitos que não sofram inflexão e mesmo as garantias constitucionais são alvo de ponderação e otimização por meio da interpretação constitucional e da aplicação do princípio da proporcionalidade.³³ Como informa a doutrina alemã, a *proporcionalidade* expressa, uma conexão, uma relação de duas grandezas

31. Como no direito alemão, art. 14 da GG, “Das Eigentum wird gewährleistet, Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt- A propriedade é garantida. Seu conteúdo e limitações são estabelecidas pela lei”. Como assevera Kloepfer (*Verfassungsrecht*, II, v. II. p. 498), o direito de propriedade assume dupla perspectiva de proteção: como direito subjetivo (*subjektives Recht*) e como instituto fundamental para a segurança de outros institutos de aplicação geral no sistema civil (*als Garantie des Kerns eines Normenbestandes*).

No direito brasileiro, a propriedade está disciplinada no art. 5º, *caput*, da CFB como garantia fundamental. A sua disciplina conjunta com os demais direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade ainda remete o texto brasileiro a uma clara influência liberal, *ex vi*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. No direito português, a propriedade está disciplinada como um direito fundamental, no entanto sua topologia e ausência de previsão conjunta com a liberdade e igualdade a posiciona no art. 62 da CRP: “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”. Interessante que no modelo português, a propriedade está prevista nos direitos econômicos”. Todavia, a compreensão e extensão das garantias fundamentais elencadas para os direitos primários estabelecidos no título I e II da CRP podem ser estendidos para a propriedade privada pela leitura do art. 17 que permite a aplicação do regime de proteção para os direitos análogos. Para o exame da questão, CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *CRP – Anotada*. v. I. p. 793.

32. BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 17. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999. § 1º. p. 1-3.

33. Vide o denso estudo sobre a função social da propriedade de Rafael Colina Garea. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. p. 93 e ss.

variáveis, uma difícil tarefa de otimização.³⁴ No mesmo sentido é a lição de Zippelius/Würtenberger na análise específica do direito de propriedade: “Por meio do princípio da proporcionalidade orienta-se a ponderação sobre a função da propriedade e sobre o conteúdo normativo a ser garantido”.³⁵

Muito embora a propriedade represente um direito fundamental no sistema brasileiro isto não significa que a própria Constituição não possa estabelecer limites, ou que a lei ordinária esteja impossibilitada de oferecer concreção aos conceitos indeterminados que moldam os limites e o alcance do direito de propriedade (art. 1228, *caput*, do CCB). A concreção não interfere quanto ao caráter absoluto do direito de propriedade. O proprietário tem o direito de usar e fruir de modo exclusivo e sem qualquer interferência de terceiros. Seu direito é absoluto e esta nota característica é fundamental para a garantia de estabilidade quanto ao direito de apropriação sobre os bens. A natureza absoluta é essencial para a segurança jurídica e previsibilidade de posições jurídicas. É necessário que a pessoa tenha confiança no regime jurídico de apropriação para que possa adquirir um determinado bem, com o qual estabelecerá vínculo de titularidade, exclusividade e inerência. A relação jurídica real pode ser analisada sob o prisma interno e externo. Sob a ótica interna são examinados os elementos nucleares que identificam a relação jurídico real. Sob o aspecto externo são enfocados os princípios que qualificam e distinguem a relação jurídico-real daquelas que informam os demais ramos do direito civil.

Mesmo no campo do direito privado, a *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais não pode mais ser ignorada. A questão ganhou grande rendimento com o polêmico julgamento do caso Lüth.³⁶ Pela primeira vez a Corte Constitucional

34. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. do original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). 20. ed. Porto Alegre: Safe, 1998, nota bb, p. 66.

35. “Bei der am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierten Abwägung ist die Funktion des Eigentums in dem oben beschriebenen Sinn zu wahren” (Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, § 31. p. 326).

36. O caso Lüth narra *leading case* na década de 1950 (1958) que inaugurou a aplicação das normas de direito fundamental sobre o direito privado. Erich Lüth realizou protesto contra a exibição do filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal) de Veit Harlan por sua suposta vinculação ao nazismo. Este cineasta teria produzido, na década de 1940, filme antissemita denominado: *Jud Süß* (O Judeu Süß) que o levou a ser processado por crime de guerra. Todavia, Veit Harlan foi absolvido por ficar caracterizada a impossibilidade de conduta diversa, sob risco de morte, uma vez que seguiu ordens de Goebbels, famoso Ministro da Propaganda Nazista. Lüth foi alvo de ação judicial inibitória e foi condenado a uma obrigação de abstenção. Em seu recurso ao Tribunal Constitucional, a

Alemã admitiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com discussão sobre a possibilidade de sua irradiação em relação aos terceiros, nas relações privadas (*Drittwirkung*).³⁷ Até então a construção da proteção dos direitos fundamentais estava sedimentada na relação Estado-cidadão (*Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat*) que marcava a eficácia vertical dos direitos fundamentais.³⁸ Por meio dessa noção a relação de superioridade do Estado em relação ao cidadão (princípio da supremacia do interesse público sobre o particular) seria resguardada pela proteção vertical e imediata dos direitos fundamentais.

Não se está aqui a defender a aplicação da eficácia horizontal sobre o direito privado de modo imediato ao terceiro, mas unicamente apontando-se para a importância da questão e a necessidade de conformação do direito privado à ordem Constitucional.³⁹ O direito brasileiro conheceu muito cedo a incidência horizontal dos direitos fundamentais em virtude do grande tempo de defasagem de nossa legislação. Nosso primeiro CCB entrou em vigência no ano de 1916 e sofreu sua grande reforma apenas no século XXI, com a aprovação do CCB de 2002. A elaboração e promulgação tardia da primeira codificação brasileira poderia ter sido motivo de grande vantagem, pois nesse período o mundo ocidental já contava com o monumental BGB que foi promulgado em 1896 e que contou com longa *vacatio legis* e que entrou em vigência apenas no ano de 1900.⁴⁰

A propriedade é considerada por grande parte dos ordenamentos jurídicos como um direito fundamental.⁴¹ A disciplina sobre a forma de apropriação e

decisão do Landgericht foi reformada e garantiu o direito fundamental à opinião e a possibilidade de influenciar terceiros. A ponderação levou em consideração a primazia do direito de manifestação em face dos bens jurídicos expostos na manifestação de Lüth.

37. Vide a excelente crítica de Canaris sobre a utilização da eficácia da irradiação na decisão histórica (Bverf, 7, 198-230). O ilustre civilista diferencia com propriedade a distinção entre a *eficácia imediata* e a *vigência imediata dos direitos fundamentais* que provocam consequências absolutamente distintas e que não são observadas na nomenclatura jurídica. Isto é comum no Direito Brasileiro em que a expressão *Drittwirkung* é tomada como sinônima para ambas as situações em grande parte dos manuais e cursos de direito constitucional.
38. Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, § 17. p. 177.
39. Sobre a eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, CANARIS, Claus – Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Lisboa: Almedina, 2006. p. 54.
40. O avanço do diploma alemão para a época pode ser visualizado na discussão do projeto do BGB, com a separação clara entre o regime público e privado, in, *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. t. I. p. 2-14.
41. Como no direito alemão, art. 14 da GG, “Das Eigentum wird gewährleistet, Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt- A propriedade é garantida. Seu

atribuição da propriedade influencia diretamente a economia de uma sociedade. A disciplina sobre a constituição, alienação e extinção da propriedade é atribuição específica dos direitos reais e consiste em questão nuclear de qualquer estamento social.⁴² Os sistemas modernos estão longe da visão do modelo liberal que consagrou o direito de propriedade ao lado do direito à liberdade e igualdade. A visão do direito de propriedade ilimitado era apoiada na proibição de violar a liberdade, logo, o direito de apropriação seria uma expressão da liberdade de desenvolvimento e autodeterminação do ser humano. Atualmente, é clara a noção de que inexistem direitos que não sofram inflexão e mesmo as garantias constitucionais são alvo de ponderação e otimização por meio da interpretação constitucional e da aplicação do princípio da proporcionalidade.⁴³ Como informa a doutrina alemã, a *proporcionalidade* expressa, uma conexão, uma relação de duas grandezas variáveis, uma difícil tarefa de otimização.⁴⁴ No mesmo sentido é a lição de Zippe/Zippe/Würtenberger na análise específica do direito de propriedade: “Por meio

conteúdo e limitações são estabelecidas pela lei”. Como assevera Kloepper (*Verfassungsrecht*, II, v. II. p. 498), o direito de propriedade assume dupla perspectiva de proteção: como direito subjetivo (*subjektives Recht*) e como instituto fundamental para a segurança de outros institutos de aplicação geral no sistema civil (als Garantie des Kerns eines Normenbestandes).

No direito brasileiro, a propriedade está disciplinada no art. 5º, *caput*, da CFB como garantia fundamental. A sua disciplina conjunta com os demais direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade ainda remete o texto brasileiro a uma clara influência liberal, *ex vi*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. No direito português, a propriedade está disciplinada como um direito fundamental, no entanto sua topologia e ausência de previsão conjunta com a liberdade e igualdade a posiciona no art. 62 da CRP: “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”. Interessante que no modelo português, a propriedade está prevista nos direitos econômicos”. Todavia, a compreensão e extensão das garantias fundamentais elencadas para os direitos primários estabelecidos no título I e II da CRP podem ser estendidos para a propriedade privada pela leitura do art. 17 que permite a aplicação do regime de proteção para os direitos análogos. Para o exame da questão, CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *CRP – Anotada*. v. I. p. 793.

42. Fritz Baur, *Sachenrecht*, § 1º. p. 1-3.

43. Vide o denso estudo sobre a função social da propriedade de GAREA, Rafael Colina. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. p. 93 e ss.

44. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. do original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). 20. ed. Porto Alegre, Safe, 1998, nota bb. p. 66.

do princípio da proporcionalidade orienta-se a ponderação sobre a função da propriedade e sobre o conteúdo normativo a ser garantido”.⁴⁵

Muito embora a propriedade represente um direito fundamental no sistema brasileiro isto não significa que a própria Constituição não possa estabelecer limites, ou que a lei ordinária esteja impossibilitada de oferecer concreção aos conceitos indeterminados que moldam os limites e o alcance do direito de propriedade (art. 1228, *caput*, do CCB). Na busca da função social da propriedade, no respeito à dignidade e ao princípio da essencialidade, o julgador busca de modo incessante a ponderação de valores para possibilitar a concreção dos mandamentos constitucionais.

Essa concreção não interfere quanto ao caráter absoluto do direito de propriedade. O proprietário tem o direito de usar e fruir de modo exclusivo e sem qualquer interferência de terceiros. Seu direito é absoluto e esta nota característica é fundamental para a garantia de estabilidade quanto ao direito de apropriação sobre os bens. A natureza absoluta é essencial para a segurança jurídica e previsibilidade de posições jurídicas. É necessário que a pessoa tenha confiança no regime jurídico de apropriação para que possa adquirir um determinado bem, com o qual estabelecerá vínculo de titularidade, exclusividade e inerência. A relação jurídica real pode ser analisada sob o prisma interno e externo. Sob a ótica interna são examinados os elementos nucleares que identificam a relação jurídico real. Sob o aspecto externo são enfocados os princípios que qualificam e distinguem a relação jurídico-real daquelas que informam os demais ramos do direito civil.

5. A FUNÇÃO SOCIAL E A PROTEÇÃO PROCESSUAL

A propriedade sob o viés histórico, sociológico e jurídico corresponde a um instituto multissecular que corresponde a base de formação da família, dos grupos sociais e do próprio Estado. O surgimento do direito de propriedade passou necessariamente por uma mudança de atitude na forma de organização social, com o foco voltado para a fixação do homem junto ao solo. Essa fixação, representada pelo cultivo e exploração de uma área (coletiva ou individual), era a forma de garantia de subsistência do clã. Verifica-se, nesta passagem, como observa Pietro Torelli, uma íntima ligação entre o conceito jurídico e sociológico. Essa união de forças entre o direito e a sociologia é essencial, principalmente em vista da ausência de fontes jurídicas fidedignas, o que acaba por exigir a

45. “Bei der am Verhältnismässigkeitprinzip orientierten Abwägung ist die Funktion des Eigentums in dem oben beschriebenen Sinn zu wahren” (Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, § 31. p. 326).

fundamentação sociológica, como embasamento da jurídica, no que concerne ao nascimento da propriedade.⁴⁶

Em seu processo de desenvolvimento social a propriedade sempre foi marcada pela estabilidade e força quanto à sua proteção. Apesar de impensável cogitar-se na existência de um direito fundamental da propriedade no período romano houve uma clara percepção quanto à necessidade de sua tutela processual e material.

Desde cedo o povo do lácio percebeu a importância da propriedade como forma de proteção das cidades para o controle de expansão social que se agravou com o crescimento de Roma.⁴⁷ Nessa fase surge a necessária contraposição entre a posse e a propriedade, sem contornos dogmáticos, mas essencialmente práticos.⁴⁸

Perante os romanos foi possível perceber a tensão entre a função social da posse e da propriedade. Desde cedo os romanos perceberam a essencialidade do direito de propriedade como condição de crescimento de Roma e para proteção de seu povo. A propriedade somente poderia ser adquirida pelo cidadão romano.⁴⁹ Isto não impediu o afloramento da posse, como fato social inevitável.

46. “Ora, è evidente che in questi rapporti è di necessità strettissimo, per il periodo più antico, il nesso dell’indagine giuridici in quella, sociologica: bisognerebbe anzi dire che la deficienza di fonti giuridiche ci costringe ad appoggiarsi pressochè interamente ai risultati raggiunti dagli studi di sociologia” (*Lezioni di storia del diritto italiano*. p. 2 e ss.).

47. Sobre o desenvolvimento das cidades e comunas é essencial a pesquisa da obra de EBEL, Wilhelm. *Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen Mittelalterlichen Stadtrechts*. p. 8-90, Böhlau, Weimar, 1958. A formação das comunas e burgos podem ser diferenciadas pelo juramento. Quando o burgo se forma na propriedade do senhor feudal realiza-se o juramento que forma a relação jurídica que vincula o suserano e o vassalo. Por outro lado, quando desvinculada de um senhor feudal é possível observar a formação de uma associação de pessoas que firmam, pelo juramento, um propósito de vida em comum, sem relação de hierarquia, o que forma a comuna.

48. Essa assertiva pode ser demonstrada pelo fato de que a sistematização dos direitos reais e pessoais é de origem medieval. O direito romano foi representando por um sistema jurídico de ações (*actiones in rem/actiones in personam*). Por não constituir objeto do trabalho, citamos, para fins históricos, a análise de Savigny sobre o surgimento do *Brachilogus* ou *Corpus Legum*, que representou um documento extremamente importante para esta diferenciação entre o *ius in re* e *ius in personam*, assim como para a redescoberta do Direito Romano, in *Histoire du Droit Romain au Moyen Age*. t. II. p. 154. Vide, ainda, GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. p. 28; FERNANDES, Carvalho. *Lições de Direitos reais*. p. 20.

49. No período arcaico e clássico, a aquisição da propriedade romana não poderia ser realizada pelo estrangeiro ou peregrino, os quais não possuíam a capacidade negocial, portanto seriam incapazes de adquirir a propriedade quirítária (*ex iure Quiritum*). Esta

A posse e a propriedade recebem proteção processual desde a fase do direito romano. A natural sedimentação da posse em propriedade revela o reconhecimento da função social de ambos os institutos. Isto é revelado pela proteção processual conferida desde a fase de formação do sistema jurídico moderno.

6. A PRETENSÃO REAL E PESSOAL. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO PROCESSUAL

O sistema romano foi marcado pelo pragmatismo quanto ao tratamento diferenciado entre as pretensões reais e pessoais. Essa sistematização, cuja preocupação nunca foi teórica, teve com único fim buscar a paz social (*Rechtsfrieden*). Deve ser salientada que esta breve digressão não permite visualizar a existência de atividade jurisdicional, mas apenas o seu embrião. A característica principal da função jurisdicional no período moderno reside na centralização dos meios de solução do conflito. Fala-se em centralização e não mais em monopólio porque a função jurisdicional convive com meios paralelos para a solução de conflitos como a arbitragem.⁵⁰ Isso não elimina a atividade jurisdicional como característica

diferenciação quanto à restrição de aquisição em função do sujeito acaba perdendo importância após o edito de Caracalla. Por meio desta legislação do Imperador Antonino, do ano de 212 d.C., todos os habitantes da urbe romana foram considerados cidadãos, sem distinção entre romanos e peregrinos, o que permitiu o acesso à propriedade de modo indistinto. No que toca ao objeto a propriedade em um primeiro momento não poderia recair sobre os terrenos provinciais. Apenas os terrenos itálicos seriam objeto de apropriação. Os terrenos provinciais e que estariam vinculados por conquistas seriam de todo o povo romano (*populi romani*). A atribuição do seu uso era possível mediante o pagamento de uma renda anual denominada de *vectigal*. A aquisição da propriedade ainda deveria ser realizada de acordo com o modo previsto pelo *ius civile*. O principal modo de transmissão era realizado pela *mancipatio* que consistia em formalidade essencial para a validade da transmissão de *res Mancipi*, como os terrenos itálicos. A transmissão de *res Mancipi* por meio da *traditio* não permitia ao adquirente a proteção pela ação reivindicatória, justamente porque se reconhecia um defeito grave que não permitiria a formação do direito de propriedade. Este ponto revela outra faceta de diferenciação do direito real de propriedade. Ao possuidor que tivesse adquirido de boa-fé a posse por meio da *traditio*, mas que não poderia consolidar o domínio pelo defeito da transmissão, concedia-se uma proteção especial por meio da *ação publiciana*. Por meio dessa ação o possuidor que reunisse as condições da usucapião era considerado por ficção como se proprietário fosse e poderia defender sua posição jurídica, em caso desapossamento. Por meio desta ficção, considerava-se que o proprietário teria consolidado o domínio antes de sofrer a interrupção em sua posse (MAYNZ, *Cours de Droit Romain*. t. I. p. 688; GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. p. 360).

50. Para uma visão completa e profunda com a evolução histórica e uma visão ampla do direito comparado, Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem, passim*. A arbitragem

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Reflexões práticas sobre a função social da propriedade sob a ótica material e processual. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 167-200. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

fundamental do século XXI. É possível afirmarmos que os meios alternativos como a autocomposição *endo* ou *extraprocessual* (conciliação e mediação) convivem com a arbitragem e a própria autotutela não pode ser excluída como meio de defesa ainda aplicável, embora excepcional (*Selbsthilfe*).⁵¹

Desse modo, a existência da função jurisdicional dependeria da existência da configuração do Estado, enquanto ente político organizado em funções coordenadas e autônomas, o que somente seria possível após a Revolução Francesa, com o nascimento da divisão política do Estado em três funções básicas: executivo, legislativo e judiciário.⁵² No direito romano, em sua fase clássica, a atividade processual

permite discussões interessantes na seara processual como a possibilidade de as partes abdicarem do direito de ação por meio de negócio jurídico processual (*Prozessvertrag*), por meio da inclusão de uma cláusula *de non petendo*.

51. A proibição da autotutela já teria ocorrido no próprio Direito Romano: “Die Durchsetzung eigenen Rechts durch *Selbsthilfe* wurde schon vom Kaiser Marc Aurel (160-180 n. Chr.) verboten” (A realização do próprio Direito, através da autotutela, já havia sido proibida no reinado de Marco Aurélio - tradução livre), Blomeyer, in *Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren*, § 1, p. 01. No direito português a possibilidade do desforço pessoal está prevista no art. 1277, primeira parte, para a defesa da posse por ato próprio: “O possuidor que for perturbado ou esbulhado pode manter-se ou restituir-se por sua própria força e autoridade [...]”. A previsão do desforço semelhante está incorporada junto ao BGB, nos §§ 859 (*Selbsthilfe des Besitzers*) e 860 (*Selbsthilfe des Besitzdieners*). Observa-se que o desforço pessoal se revela como medida legítima, não só para o possuidor (*Besitzer*), mas também para o detentor (*Besitzdiener*). O Decreto Divino de Marco Aurélio consta do Digesto Livro IV, Título II, 13 de Calistrato: “*Quum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit – tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur?*” (Em vernáculo: “como disse Marciano: não faça força alguma, César disse: crês que tu somente tem força se os homens forem feridos?”), vide Garcia del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tradução do original alemão dos irmãos Kriegel, Hermann e Osenbrüggen, t. I, 1ª parte, p. 347. Blomeyer ainda lembra que a proibição também estava incorporada junto ao antigo direito francês: “In Frankreich führte der alte Satz, Nul ne peut faire justice à soi même” (*ibidem*, p. 1, nota 2). Por outro lado, como reconhece o ilustre jurista alemão, existem exceções, sendo relevante àquela prevista em nosso sistema para a defesa da posse.
52. A jurisdição, como um poder autônomo e independente, resultou de um longo processo de evolução do Estado Moderno. Somente a partir do século XV, como explica Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (1934). Rio de Janeiro: Editora Guanabara. t. II. p. 25), pode-se falar no Estado com a estrutura que hoje se concebe: “O estado tal como o conceituamos hoje, só no século XV teve caracterizada a sua estrutura”. Nem Roma ou Grécia conheceram formas semelhantes de organização, pois naqueles regimes existiam cidades-estado, sem o conceito de soberania, marcadas pela independência política entre as *gens*. O mesmo aconteceu na Pérsia antiga com as sátrapas

(período *per formulae*) era eminentemente privada, pois o juiz poderia, inclusive, negar-se a decidir o caso, bastaria que o declarasse *non liquet*. Isso acontecia pelo fato da atividade judicial ser privada. As partes procuravam espontaneamente o pretor para expor a contenda, a partir da qual nomeava-se um árbitro (*iudex*), entre os cidadãos romanos capazes (ausência de *capitis deminutio*), para solucionar a questão. Em caso de erro, o próprio *iudex* poderia ser responsabilizado.⁵³

Logo, é inviável pensar na existência de atividade jurisdicional pela utilização da *rei vindicatio* ou dos *interdicta*. O caráter privado não impediu que os traços dos *iura in re* fossem esboçados. A ação reivindicatória era uma ação real (*actiones in rem*) e com fórmula específica.⁵⁴ No período romano a invocação do direito do direito de propriedade era poderosa, mas sujeita a um expediente de difícil articulação prática. A demonstração do direito de propriedade exigiria a investigação das causas anteriores de aquisição. Afinal, o título demonstrado pelo proprietário reivindicante dependeria, para sua legitimidade, da validade das alienações anteriores. Para os que tomam o primeiro contato com o ponto, com base na leitura do direito brasileiro, a exigência poderia parecer absurda. Todavia, não se deve esquecer que o modelo romano desconhecia o sistema tabular, cuja criação somente irá aflorar no século XIX, embora seus antecedentes possam ser pesquisados no período medieval.⁵⁵

Os romanos que possuíam um agudo senso prático para a solução das questões materiais perceberam que a força do direito de propriedade não poderia sustentar eficácia adequada para as questões que demandavam solução urgente e que

instituídas por Dario. A formação do Estado Moderno representou o fim do feudalismo, com a eliminação do poder dos senhores feudais, pressupostos essenciais para a consolidação do conceito de soberania. Aliás, o maior desafio ao surgimento do Estado Moderno pode ser expresso pelo ensinamento de Hermes Lima: “o problema foi justamente o de aparecer entre tantos senhores soberanos, só um que fosse soberano” (*Introdução à ciência do direito*. p. 328).

53. Como ensina Kaser (ob. cit., p. 457): “ao iniciar a sua função o juiz deve jurar que actuará segundo o direito e verdade. Tem de adquirir os necessários conhecimentos de direito, se for necessário consultar juristas como conselheiros (*consilium*), cujo parecer não o vincule. Se o juiz não chegar a uma decisão, por não ver clara a situação de facto ou de direito, pode jurar não estar esclarecido sobre o caso (*rem sibi non liquere*)”. Quanto ao aspecto da responsabilidade, considerava-se o erro de julgamento como quase-delito, o que exigia a culpa como suporte fático (ob. cit., p. 290).

54. Ulrich Manthe cita exemplo de fórmula utilizada para a reivindicação da propriedade conforme o Edito Perpétuo que hoje é a base do § 985 do BGB (*Herausgabeanspruch*) que retrata o pedido de reivindicação da propriedade (*Geschichte des römischen Rechts*, cit., p. 67).

55. HEDEMANN, *Tratado de derecho civil*—Derechos reales, p. 73 e ss.

poderiam não estar relacionadas com a discussão sobre o *dominium ex quiritum*. Algumas situações jurídicas sequer diriam respeito ao domínio pela ocupação do *ager publicus*.⁵⁶ A construção da tutela possessória representou o afloramento natural de um instrumento jurídico vocacionado a regular a ocupação do *ager publicus*, uma vez que não seria lícito utilizar a ação reivindicatória que somente poderia recair sobre o *ager privatus*.⁵⁷

A causa dessa proibição é simples. A necessidade de investigar a causa de aquisição provocaria uma busca incerta e demorada quanto às alienações anteriores, o que provocaria a necessidade de uma *probatio diabolica*. Essa regra acompanhou, de modo milenar, diversos sistemas jurídicos como o francês e o português.⁵⁸ No século XIX, por criação do gênio alemão, elaborou-se o sistema

56. Não é pacífica a questão relativa à origem da proteção possessória, sendo possível delimitar duas correntes principais sobre a matéria, representadas pelos pensamentos de Niebuhr e Ihering. A tese de Niebuhr notabilizou-se por ser acolhida por Savigny. Niebuhr sustentou seu posicionamento na concepção de nascimento da defesa possessória pela proteção ao *ager publicus*. Ihering se opôs a esse entendimento e com base em estudo específico de Dernburg não admite a criação dos interditos com base na equiparação do *ager publicus* ao *ager privatus*. Sua primeira objeção é de natureza formal, tomando como fundamento a fórmula utilizada para a concessão do interdito *uti possidetis*. A fórmula referia-se a proteção do “fundus” (*uti nunc possidetis eum fundus*), sem qualquer referência ao *ager publicus*, ou mesmo sobre porção de terras públicas. Sendo assim, não restaria nenhuma comprovação documental que o pretor tenha concedido este remédio para a hipótese do *ager publicus*. Segundo Ihering, o pretor que estendesse a proteção concedida ao *fundus* para o *ager publicus*, demonstraria não conhecer sequer uma palavra da língua latina. A proteção ao *fundus* sempre seria relativa a uma porção delimitada, representada por uma unidade de produção agrícola independente, ou seja, a casa romana (*la ferme romaine*). Por sua vez, o *ager* sempre é citado nas fontes de forma genérica, sendo especificado pelos adjetivos que o acompanham (*publicus, vectigalis, privatus*), o que comprova a designação específica da fórmula do interdito *uti possidetis*. Estas considerações de natureza lingüística e histórica, muito embora atualmente sejam destituídas de efeitos práticos, demonstram o espírito de introspecção que norteou os romanistas do século XIX e que possibilitou a recepção do direito romano no século XX, mediante as codificações adaptadas às instituições modernas. Para uma análise do embate entre as duas teses, conta com boa síntese sobre a querela Cornil, in *Traité de La Possession dans Le Droit Romain*, § 21. p. 291-292; ainda Savigny, *Traité de la Possession en Droit Romain*, § 12. p. 171; Ihering, *Études Complémentaires de L’Esprit du Droit Romain – Du Role de la Volonté dans la Possession*. p. 107. nota 53; MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *A posse: perspectivas dogmáticas e actuais*. 3. ed. atual. Lisboa: Almedina, 2000. p. 16.

57. Mediante a *legis actio sacramenti in rem* (Cornil, *Traité de La Possession dans Le Droit Romain*, § 21. p. 292).

58. Como informa Menezes Cordeiro (*Direitos reais*, p. 592), a situação perante o sistema português se subsume ao ensinamento de Acúrsio (*probatio diabolica*), mas como

tabular como meio de conferir segurança nas transmissões da propriedade. Essa formulação teve como objetivo conferir publicidade adequada pela criação de um cadastro que permitiria a consulta sobre as transmissões anteriores, ou seja, desde a formação da matrícula. A função da matrícula seria paralela à função da certidão de nascimento para as pessoas físicas ou ao registro do ato constitutivo das pessoas jurídicas.

O sistema tabular foi adotado no direito brasileiro com a promulgação do Código Civil de 1916 por meio da redação do art. 859 em torno do qual se acendeu enorme polêmica.⁵⁹ O direito brasileiro, no alvorecer do século XX, estava ainda preso aos ensinamentos romanos que fundamentaram o nascimento do Código Napoleônico. A retirada do projeto do Código Civil de Teixeira de Freitas retirou a chance de o Brasil colher os frutos primevos da renovação sistemática alemã, ainda que de modo incipiente. Clóvis Bevilacqua ainda teve contato com parte desta influência, mas como a gigante tarefa de elaboração do primeiro Código Civil dependia de condições políticas e da influência de vários setores para sua aprovação, a legislação civil não seria fruto de uma única pessoa. Essa amálgama provocou uma onda de incertezas sobre a natureza jurídica de vários institutos e coube à doutrina perfilhar sua origem e extensão para o direito brasileiro. O art. 859 do CCB de 1916 é um exemplo. Sua criação foi salutar e coerente como meio de propiciar maior segurança ao sistema de transmissão da propriedade imóvel. Isso decorre da peculiaridade do território brasileiro que possui dimensão continental. Ao mesmo tempo, como já defendia acertada doutrina, não seria possível afirmar que no ano de 1916 um país, ainda com feições coloniais, tivesse saltado para a perfeição do sistema alemão com a adoção do regime tabular.⁶⁰

O sistema tabular seria impensável no direito romano. Essa é a razão pela qual se formulou um expediente mais simples e rápido que não dependeria sequer da existência de fórmula. Os pretores reconheceram a necessidade de urgência na tutela de ocupações do *ager publicus* e passaram a construir modelos próprios que não seriam *actiones*, mas *interdicta*. Aqui nasce uma diferenciação importante, pois a impossibilidade de equiparar a posse à propriedade também decorre desse período. A propriedade seria um instituto jurídico reconhecido por *actiones*. A posse corresponderia a uma situação fática regulada por *interdicta*. Nessa modalidade, ao contrário das *actiones*, o pretor resolvia diretamente a questão,

informa o renomado civilista, a usucapião pode servir como fator de corte na pesquisa da cadeia, o que facilitaria a demonstração da propriedade.

59. Sobre a origem do sistema tabular, Hedemann, *Tratado de derecho civil – Derechos reales*. t. II. p. 75 e ss.

60. Com precisão, Soriano Neto. *Publicidade material do registro imobiliário*. p. 13.

por concessão direta de exercício do seu poder. A urgência exigia solução rápida para conter as disputas que surgiam para evitar problemas de ordem social. Os *interdicta* foram reconhecidos essencialmente em três modalidades básicas: *interdicta adipiscendae possessionis*, *retinandae possessionis* e *recuperandae possessionis*.⁶¹ A contraposição entre a *rei vindicatio* e os *interdicta* permite antever uma separação entre as pretensões de natureza real e pessoal. Mesmo dentro das *actiones* é possível realizar a diferenciação entre as *legis actio sacramento in rem* e *in personam*.⁶²

7. O RENDIMENTO MÁXIMO DA PROPRIEDADE: *PETITORIUM ABSORBET POSSESSORIUM*

Como bem lembra Hedemann, os ordenamentos modernos não desconhecem que o proprietário poderá ser surpreendido por uma derrota no juízo possessório quando não consiga demonstrar a existência da posse, mas apenas do domínio. Essa é uma consequência natural da separação entre o juízo petitório e possessório (*petitorium* y *possessorium*).⁶³ Essa separação encontraria justificativa na tentativa de evitar o arbítrio por parte do proprietário em se utilizar do direito de propriedade como meio de cometer um comportamento ilícito em

61. Entre as diversas modalidades de interditos, interessam-nos apenas os utilizados para a proteção da posse, classificados, segundo Keller, com base numa subdivisão dos *interdicta rei familiaris*, em *recuperandae*, *retinandae* e *adisciplinendae possessionis*, os quais pressupunham a perda da posse, sua perturbação ou mesmo a ausência da posse ([...] je nachdem sie einen verlorenen oder einen gegenwertigen oder gar keinen Besitz voraussetzen), Keller, *Der Römische Civilprocess und die Actionen*, § 75. p. 377.

62. KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. Ein Studienbuch. 19 Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2008. §13. p. 64-77. A ação sacramental pode ser considerada, *mutatis mutandis*, atual ação declaratória. Era considerada por Gaio como ação genérica que deveria ser utilizada quando um procedimento especial não fosse previsto pela lei, “*Sacramenti actio generalis erat, de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*”. Quanto ao procedimento, a *actio sacramentum* poderia revelar uma pretensão pessoal. O autor do pedido comparecia e afirmava ser credor de uma determinada quantia ou objeto (*aio te mihi dare oportere*). O devedor deveria se contrapor ao pedido formulado, pois caso confessasse o pedido já estaria obrigado e sujeito a *manus injectio*. A *actio sacramentum* ainda poderia revelar uma pretensão real no qual a parte autora solicita a *vindicatio* e a parte ré poderá se opor pela *contravindicatio*. A formalidade exigiria uma simulação de disputa sobre o bem e com relação aos bens móveis encostava-se um bastão (festuca, *vindicta*) sobre o bem para exteriorizar o pedido de entrega. Sobre o procedimento, GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. p. 1045.

63. *Tratado de Derecho Civil- Derecho de Cosas*. t. II. p. 69.

relação ao possuidor. Ambas as pretensões se chocam, o que exige uma solução do sistema para racionalizar a disputa sobre os bens móveis e imóveis.

A propriedade é marcada pela presença do título, cujo fato provoca uma reação natural do proprietário que busca a proteção do bem que lhe está afetado, inclusive com o uso da força. Esse é um dos motivos que provoca a necessidade de separação entre o juízo possessório e petitório. Há uma tendência de o proprietário justificar, de modo ilimitado, o seu poder de interferência sobre o uso de bem atribuído *temporariamente para terceiro* (auf Zeit), com base no título dominial.

A separação entre o tratamento da posse e da propriedade ainda levaria em consideração uma relação de hipossuficiência do possuidor, o que é assinalado pela doutrina alemã como fator de limitação para a alegação do domínio. Desse modo, a proteção processual possessória (*Possessorischer Besitzzschutz*⁶⁴) não permite a fundamentação no domínio ou mesmo em qualquer outro direito real, pois se trata de proteção específica, deferida ao desprotegido. O possuidor seria uma parte enfraquecida na relação jurídica (*Rechtsschutz des kleinen Mannes*).⁶⁵

Por mais que o possuidor mereça proteção e o domínio realmente necessite sofrer limitação quanto ao seu uso, sob pena de serem cometidas injustiças, o direito não pode se afastar de sua real finalidade que é a acomodação social dos conflitos por meio da criação racional de técnicas que possam auxiliar na pacificação (*Rechtsfrieden*).

Tomando-se o sistema alemão como guia, em vista de sua influência no direito brasileiro, pode-se afirmar que a tutela da posse merece um tratamento destacado, o que justificaria a identificação dos interditos possessórios por meio de procedimentos especiais, ou quando inexistente, ao menos, a ressalva quanto à proteção diferenciada entre ambas as esferas. É o que sucede no ordenamento alemão.

Mesmo sem a previsão de procedimento especial o BGB disciplina a existência autônoma da pretensão material possessória perante os §§ 861 e 862, bem como o desforço pessoal no §859, todos do BGB.⁶⁶ A utilização das ações possessórias

64. Vide a crítica de Baur à expressão ‘*possessorische*’ (possessório), in *Sachenrecht*, § 9º, III, p. 84.

65. “Sie sind gewissermaßen der, Rechtsschutz des kleinen Mannes”, der sich nicht auf Eigentum oder ein dingliches Rechts stützen kann” (elas são, por assim dizer, uma forma de proteção ao mais fraco e não podem se apoiar na propriedade ou em outro direito real – tradução livre), Baur, *Sachenrecht*, p. 84.

66. O desforço ainda encontra previsão geral no §§ 229 e 320 do BGB, relativa à autodefesa. O uso da força nunca deve ir além do indispensável para garantir a manutenção da posição fática e jurídica. Vide Jauernig, *BGB-Kommentar*, p. 160.

(*Possessorischer Besitzschutz*) está retratada com as variações conhecidas do direito romano. A previsão do § 861 está relacionada ao esbulho (*Besitzentziehungsanspruch*). O §862 está relacionado à ação de manutenção de posse, pois tem cabimento quando há turbação (*Besitzstörungsanspruch*). A possibilidade de fundamentar a causa de pedir com base em ameaça, o que seria alvo do interdito proibitório está explicitamente englobado pela previsão da segunda parte do § 862, I, do BGB.

No sistema alemão reconhece-se a impossibilidade de que o proprietário se utilize da força como meio de fazer valer o título, ainda que conte com a proteção absoluta. Essa utilização reflete uso arbitrário e permite a proteção possessória por ameaça ou esbulho. Como assinala Wolff, quando o proprietário se utiliza do título para obter a posse poderá se valer de um *meio ilegítimo para obter um resultado legítimo*.⁶⁷

Esse ó motivo pelo qual o título dominial não pode ser utilizado como fundamento exclusivo para a proteção possessória porque no juízo possessório a discussão cinge-se ao *ius possessionis*, e não ao *ius possidendi*. A necessidade de separação do juízo possessório por meio da criação de um procedimento especial tem como base uma referência histórica. Acontece que no sistema alemão não existe vedação ao proprietário em ajuizar uma ação petítória, ainda que pendente qualquer discussão no âmbito possessório. O que não se permite é que o título venha a fundamentar a pretensão possessória porque as matérias são inconfundíveis. Neste ponto o sistema alemão deve ser elogiado, pois na medida em que reconhece a independência entre as matérias, o BGB não engessa o titular dominial. Protege-se a função social da propriedade e seu papel estabilizador.

Nada impede naquele sistema que o proprietário possa, paralelamente, ajuizar uma ação de natureza dominial, ainda que participe de uma ação possessória no polo passivo.

Essa duplicação de juízos é um reflexo histórico da independência das pretensões, o que permite solução diferenciada conforme assinala Hedemann, cuja solução dependerá de qual pedido será finalizado por primeiro. Todavia, o sistema estabelece a prevalência do domínio sobre a posse, quando a demanda petítória seja encerrada com prioridade, o que reflete o princípio “*petitorium absorbet possessorium*”.⁶⁸ Isso não significa, em absoluto que o título de propriedade não

67. “*weil er mit unredlichen Mittel ein rechtmäßiges Ergebnis herbeigeführt hat*” (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Sachenrecht*, § 19, p. 51).

68. “Entonces marchan los dos procedimientos a la par, y todo depende de cuál de los dos termine primero. Si se resuelve antes el procedimiento posesorio con la victoria del

possa fundamentar a proteção possessória. Do contrário estar-se-ia se negando a posição natural e corriqueira de que o possuidor também ocupe a posição de proprietário. Como informa a doutrina italiana, o título poderá assumir função *colorandam possessionis*.⁶⁹

É inegável que o título representará um documento de extrema importância histórica para o processo, já que a definição do início da posse estará, muitas vezes, atrelada à comprovação dos elementos inseridos em sua configuração e que fundamentam a pretensão possessória. Isto não elimina a diferença entre as esferas de discussão, o que revela a necessidade de cuidado para que as partes, ou mesmo o juiz não provoquem confusão quanto à formulação do pedido, ou ao julgamento da causa.

No sistema português, como ilustra Menezes Cordeiro, um dos motivos condutores da supressão do procedimento especial, por meio do Decreto-Lei 329-A/95, residiu na compreensão de que seria desnecessária a separação das ações possessórias apenas para tornar expressa a possibilidade de alegação do domínio como matéria defesa. O tratamento conferido pelo sistema português, antes da reforma e mesmo após a supressão dos arts. 1033 a 1051 não guarda qualquer relação com aquele conferido pelo sistema brasileiro.

É possível afirmarmos que o resultado de maior similaridade alcançado pelo direito brasileiro está retratado pelo conteúdo da Súmula 487 do STF (que é aplicado pelo STJ⁷⁰) com o seguinte enunciado: “Será deferida a posse a quem,

actor, el titular del derecho se ha de someter, al menos provisionalmente, a restablecer el estado posesorio anterior de la cosa, hasta que en proceso petitorio que se continúa se establezca una decisión distinta. Pero si el procedimiento petitorio termina de antemano con la victoria del titular del derecho, entonces se interrumpe en el acto el posesorio, y la pretensión de su actor para exigir la protección posesoria desaparece de un plumazo (§ 864, II, “petitorium absorbet possessorium”) (*Tratado de derecho civil – Derechos reales*. v. II. p. 69).

69. Essa função de realce do título sobre a posse é frisada de modo pontual por Beghini: “*in linea general la funzione dei documenti (come estratti catastali, note di trascrizione ecc.) è solo quella di suffragare una situazione di fatto già delineata*” (*L’Azione di Reintegrazione del Possesso*, p. 29-30).

70. As súmulas que representavam consolidação de entendimento da lei federal passaram, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a serem de competência do STJ. Muitas súmulas estão superadas, a súmula 487 continua sendo aplicada, *ex vi*: “*A rigor, não se encontra dissenso interpretativo nos acórdãos confrontados, pois, em ambos, admite-se a discussão do domínio, em Ação Possessória, se com base nele a posse estiver sendo disputada* (grifo nosso). A propósito, no voto condutor do acórdão embargado, a eminente Ministra Isabel Gallotti expressamente consignou a aplicabilidade da Súmula

evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”. O verbe- te não expressa o cerne do problema que deve ser debatido no direito brasileiro, mas retrata com lucidez a única solução prática e viável quando as duas partes disputam a posse com base no título dominial. O verbete reflete uma solução inusitada para o sistema brasileiro ao permitir que a decisão seja proferida com base no domínio como meio de solucionar um conflito de natureza possessória.

O título assumirá a preponderância, como elemento probatório para deter- minar qual das partes merece proteção possessória, ainda que o fundamento seja possessório. Aqui inverte-se a advertência supracitada de Wolff, pois as partes se utilizam de um meio legítimo (título dominial) para um resultado juridicamente ilegítimo (posse julgada com base em domínio). Na disputa entre dois litigantes, que arrogam o *ius possessionis* com base no *ius possidendi*, há uma autêntica dis- puta entre as partes, com aplicação do princípio *feci sed iuris feci*.⁷¹

Como não existe espaço para análise meramente subjetiva da posse, a Súmu- la 487 do STF encontra aplicação importante para os conflitos que envolvam a tradição *ficta*, com especial relevo para o constituto possessório. A importância decorre do fato de que na tradição *ficta*, há uma atenuação máxima do elemento objetivo que obscureceria a visualização da mutação possessória. Afinal, inexis- te uma transferência efetiva do *corpus possessionis*. As dificuldades são maiores na configuração da relação possessória. A doutrina italiana, analisando os possí- veis efeitos do título nas demandas possessórias, ressalta sua importância como documento de vital importância probatória e cuja pesquisa histórica, na relação processual, terá como objetivo demonstrar o nascimento da relação possessória. A *cláusula constituti* não representa uma cláusula de estilo e sua presença atende

487/STF: “Corroborando essa afirmação, a sentença esclarece que ambos os litigantes disputam a posse com base em títulos exarados pela União, passando, então, a exami- nar a exceção de domínio (fl. 555), a qual resolveu em favor do Estado. [...] Segundo a súmula 487 do STF, “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio se com base neste for disputada”. Para que estivesse configurada a similitude fático-jurí- dica, ambas as decisões teriam que versar sobre a possibilidade, em Ação Possessória, de discussão do domínio útil lastreado em aforamento, instituto, entretanto, que não fora apreciado no acórdão paradigma. Acrescente-se que o caso em tela apresenta pe- culiaridades não constatáveis no acórdão paradigma, a exemplo da controvérsia acerca do título jurídico concedido pela União, em relação ao imóvel objeto do litígio. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EREsp 471.172/SC, rel. Min. Hermann Benjamin, CE, j. 04.03.2015, DJe 07.05.2015).

71. Como anota Wodon: “Il ne suffit pas que le défendeur réponde: *Feci, sed jure feci*” (*Traité Theoriqu e et Pratique de la Possession et des Actions Possessoires*, t. I, p. 136). Sem dúvida, a expressão “fiz, mas tinha o direito de fazê-lo” está ligada ao domínio, sendo invocada como justificativa da ação material espelhada no título de propriedade.

ao reclamo de Ihering quanto à necessidade de elementos objetivos que possam guiar o aplicador na solução prática dos conflitos de natureza possessória.⁷²

8. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE E DUPLICAÇÃO DE JUÍZOS

A valorização expressiva da função social da posse por meio das Súmulas 84, 92 e 308 do STJ apagou discussões relevantes e sobre a proteção da função social da propriedade. A exceção de domínio no sistema processual brasileiro não passou por uma ponderação adequada na revisão do CPC/2015.

A regra do art. 557, *caput*, e parágrafo único vedam a propositura da ação de domínio, bem como a alegação de matéria petitória na pendência de ação possessória entre os litigantes. Essa vetusta proibição de origem romana não leva em consideração a evolução quanto ao tratamento da matéria.⁷³

Primeiro, como já intuído pela descrição histórica realizada, alegar a matéria petitória há dois mil anos exigiria uma complexa prova do direito de propriedade. Ela não se coadunaria com a rapidez e urgência da lide possessória. Os romanos, em seu aguçado senso prático, impediram a introdução da matéria petitória no juízo possessório.

Acontece que no sistema tabular moderno, a situação é totalmente diversa. O sistema registral confere proteção e alto rendimento ao direito de propriedade (art. 1.245 CCB). Atualmente, é mais simples comprovar a propriedade do que a posse. Não há como sustentar a impossibilidade da prova do domínio como fator de impedimento para a sua alegação no juízo possessório. A visão instrumental e de efetividade da tutela jurisdicional impede a visão puramente restritiva e aportada em fundamentos históricos que não guardam mais suporte com o sistema atual. A impossibilidade de defesa com base no direito de propriedade ou de ajuizamento de demanda petitória, de modo absoluto, mutila indevidamente o direito de propriedade e ignora a sua função social.

O que deve ser diferenciado é a existência posse *cum* ou *sine causa*.⁷⁴ A posse sem causa é marcada pela ausência de justificativa na ocupação. É o que

72. Nesse sentido Roberto Beghini: “La prima si verifica nel caso esso costituisca un mezzo di prova *ex se* della situazione di fatto, come ad esempio quando da una clausola, che non sia di mero stile, risulti il fatto storico del trasferimento effettivo del possesso all’acquirente” (*L’Azione di Reintegrazione del Possesso*, p. 32).

73. Vide nossas considerações, *Curso de processo civil*. t. III – Procedimentos especiais. p. 112 e ss.

74. Sobre a distinção, nosso estudo, *Posse*. Forense, 2007. p. 123 e ss.,

caracteriza a formação da posse injusta pela invasão violenta ou clandestina, ou ainda pela tentativa de mudança da precariedade da ocupação.⁷⁵ Não há sentido em duplicar os procedimentos sem qualquer necessidade. O proprietário merece o reconhecimento da força do direito de propriedade e da possibilidade de alegá-lo em face do possuidor violento e injusto, mesmo no juízo possessório.

A situação é totalmente diversa quando a posse possui causa, ou seja, quando a transmissão tenha sua origem causa lícita de ocupação, ou que permita a discussão sobre as condições de desdobramento entre a posse indireta e direta (art. 1.197 CCB). Neste ponto lembramos a clássica diferenciação entre a posse direta e indireta derivada do contrato de locação. Não pode o locador sustentar o direito de propriedade como argumento que legitime atos de turbação provocados contra locatário. O locador não pode se utilizar de uma chave reserva, a pretexto de fiscalizar a ocupação regular do locatário sobre o imóvel, sustentando que é o proprietário. Não há dúvida que a matéria petitória é totalmente estranha ao juízo possessório nesta situação. Conclui-se que há necessidade de ponderação na aplicação do art. 557 do CPC. A interpretação literal do dispositivo esvazia a força do direito de propriedade e sua função social dentro do sistema jurídico com prejuízo para o fomento econômico e para a estabilidade das relações jurídicas.

9. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE E TERCEIRO DE BOA-FÉ. A IMPORTÂNCIA DA CONCENTRAÇÃO REGISTRAL

O registro de imóveis é uma inegável conquista moderna fruto da contribuição francesa e alemã. O estudo do registro é comumente realizado sob perspectiva de proteção do proprietário (art. 1.245 CCB). O panorama atual não permite mais esta restrição pela leitura da lei 13.097/2015.

A Lei 13.097/2015 acabou inserindo modificações importantes para o sistema registral. Nela se destaca a previsão do princípio da concentração e da aquisição *a non domino* pelo terceiro de boa-fé. As alterações provocadas pela redação do art. 54, I a IV, e seu parágrafo único, mostram, sem dúvida, uma das maiores alterações ocorridas no sistema civil desde a promulgação do CCB de 2002. A alteração ainda passa despercebida quanto à sua real importância e seus efeitos. Sua leitura exige uma nova interpretação dos arts. 1.245 e 1.247, parágrafo único, do

75. A mudança na precariedade gera a interversão da posse que deve ser reprimida, sob pena de convalidação. Sobre a *interversio possessionis*, nosso estudo, *Usucapião*. Malheiros Editores, 2015. p. 215.

CCB. Por meio dos arts. 54 e 55 da Lei 13.097/2015 o direito brasileiro ruma, nitidamente, para uma proteção similar à fornecida pelo sistema alemão conforme leitura do § 892 do BGB.

O art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2015 e o art. 1.245 do CCB permitem que os dispositivos do art. 291 do Código Civil Português e do art. 17 do Código de Registro de Portugal possam iluminar a construção do modelo brasileiro. Nosso sistema passa a conferir uma proteção que ultrapassa a figura do art. 1.242, parágrafo único do CCB.

O fato mais curioso é que a proteção conferida pelo art. 54, parágrafo único, pode ser estudada, quanto à origem legislativa, com o foco voltado para o art. 2.652, n. 6 do Código Civil Italiano.⁷⁶ Esse dispositivo possui elementos de influência sobre o nascimento do art. 291 do CCP e do art. 1.242, parágrafo único do CCB. E, por mais que a aquisição *a non domino* pela via do registro esteja configurada pelo art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2015, não foram estabelecidos requisitos específicos para a consumação da posição do terceiro de boa-fé, com base no registro. Entendemos que este parâmetro há de ser fixado pela jurisprudência na construção do *standard* a ser obedecido no caso concreto. Os elementos apontados pelo direito alemão quanto à construção da boa-fé para fins do § 932 do BGB representam certamente uma fonte de orientação para a leitura sobre a boa-fé do terceiro adquirente.

O art. 2.652, n. 6 da lei civil italiana, em sua primeira leitura, parece harmonizar-se com a modalidade da usucapião abreviada do art. 1.242, parágrafo único, do CCB. Todavia, essa aproximação é equivocada. No direito italiano, o dispositivo já havia sido criticado na sua forma de redação, porque foi copiado da legislação austríaca. A solução adotada pelo direito brasileiro, até antes da Lei 13.097/2015, foi linear e forte. Ao inserir a previsão do art. 1.242, parágrafo único no CCB de 2002, o legislador criou um tipo diferenciado para fins de

76. *In verbis*: “le domande dirette a far dichiarare la nullità [1422] o a far pronunciare l’annullamento [1425, 1445] di atti soggetti a trascrizione e le domande dirette a impugnare la validità della trascrizione [2665, 2675].

Se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell’atto impugnato, la sentenza che l’accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Se però la domanda è diretta a far pronunciare l’annullamento per una causa diversa dall’incapacità legale la sentenza che l’accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, anche se questa è stata trascritta prima che siano decorsi cinque anni dalla data della trascrizione dell’atto impugnato, purché in questo caso i terzi abbiano acquistato a titolo oneroso [1445; disp. att. 227].

usucapião. E com sua alocação na usucapião é possível afirmar que o direito brasileiro havia assumido uma posição ainda mais radical do que a do ordenamento português. Esta conclusão advém da conexão entre o art. 1.245 conjugada com a do art. 1.247, parágrafo único do CCB.

Essa questão assumiria maior complexidade. À primeira vista, havia uma tendência natural de transportar para o art. 1.242, parágrafo único, para a figura do art. 2.562, n. 6 do CCI. Essa transposição deveria ser evitada. É possível que seja colhida uma tênue influência quanto ao prazo e escopo de proteção do terceiro, porém, o dispositivo do art. 2.652, n. 6 nasce de uma necessidade de proteção específica da publicidade originada pelo ato de transcrição. Até o advento do art. 54, parágrafo único, da Lei 13.097/2015 esta proteção era inexistente. Até então, os arts. 1.245 e 1.247, parágrafo único, do CCB não permitiam proteção ao terceiro de boa-fé pela existência do registro. A evicção permitiria o ajuizamento de ação de nulidade do registro cumulando-a com pretensão de reivindicação do bem imóvel.

O art. 2.652, n. 6, do CCI nunca revelou uma hipótese de usucapião. Aliás, no próprio direito italiano existe a previsão específica de usucapião ordinária, como modalidade de usucapião abreviada (*usucapione abbreviata*).⁷⁷ Isto exige que as figuras sejam extremadas para que eventual confusão não seja realizada. Esta diferenciação é perfeitamente possível no direito italiano e deve ser transportada para o ordenamento brasileiro. A explicação é simples. No direito brasileiro não havia qualquer previsão, seja na LRP ou mesmo no CCB de proteção para o terceiro que confiou no registro. A inexistência de mecanismos de proteção para o terceiro com base na verdade registral. Logo, nada mais natural que toda a proteção fosse canalizada para a usucapião abreviada, pois o registro de uma alienação onerosa e com boa-fé seriam causas para diminuição sensível do prazo da usucapião. Essa situação era paradoxal, pois apesar do sistema brasileiro trabalhar com um registro público de natureza constitutiva, a proteção concedida ao terceiro de boa-fé era débil.

O sistema italiano possui um mecanismo diferenciado pelo fato de regular de modo minucioso, no Código Civil, as disposições referentes à transcrição da propriedade para fins de publicidade (arts. 2.643 a 2.696 do CCI). O art. 2.652, n. 6 não retrata hipótese de usucapião. O dispositivo prevê prazo específico para o registro da ação de impugnação ao registro, no prazo de cinco anos, do título proveniente do alienante. Não há menção nenhuma no dispositivo de qualquer combinação envolvendo: *posse e tempo*. O terceiro de boa-fé consolida sua

77. Massimo Bianca. *Diritto civile*. v. 6. p. 820.

posição jurídica de modo absoluto, não pelo exercício de posse mansa e pacífica, mas por contar com um título transcrito, de modo oneroso, cuja causa primária não tenha sido atacada em até cinco anos. A aproximação entre a figura da aquisição *a non domino* imediata prevista pelo art. 2.652, n. 6., e a usucapião tabular ordinária, foi alvo de confusão no próprio direito italiano.⁷⁸

Essa confusão não é mais possível sequer no ordenamento brasileiro. A Lei 13.097/2015 muda radicalmente o cenário da aquisição da propriedade no direito brasileiro. Se até o ano de 2015 o direito brasileiro não contava com qualquer dispositivo para a proteção efetiva do terceiro de boa-fé, que confiasse na publicidade do registro de imóveis, o cenário agora é diverso. O direito brasileiro, por meio do parágrafo único do art. 54 da Lei 13.097/2015 mira, de modo claro, para o ordenamento alemão, com opção expressa pela proteção ao terceiro de boa-fé na circulação econômica dos bens imóveis. A proteção conferida pela usucapião ordinária especial do art. 1.242, parágrafo único, deixa de ser a única alternativa viável para a consolidação da posição jurídica do terceiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro – Texto Introdutório ao livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. XI.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 17. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- BEGHINI, Roberto. *Lazione di reintegrazione del possesso*. Padova: CEDAM, 1995.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile (la proprietà)*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999. v. VI.
- BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- BONFANTE, Pietro. *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore*. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1893.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Firenze: G. Barberà, 1899.
- BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii. proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918. t. II.
- BORGES, João Afonso. *O registro torrens no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva: 1960.
- BRANCA, Giuseppe; MARTINO, Francesco de. *Comentario del Codice Civile – Della proprietà*. Libro Terzo, seconda edizione. Bologna: Nicola Zanichelli Editore/ Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1955.

78. Como confessa Mengoni, *Gli Acquisti a non domino*, p. 302. Segundo o mesmo autor fala-se em uma função sanante da publicidade, ainda que relativa.

- CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (Trad. da 2. ed. do original: *Systemdenken Und Systembegriff in der Jurisprudenz*). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANARIS, Claus – Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Lisboa: Almedina, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933.
- CARNELUTTI, Francesco. *Usucapion de la propiedad industrial*. Trad. Francisco Apodaca y Osuna. Mexico: Editorial Porrúa, 1945.
- CARVALHO, Orlando de. *Direito das coisas*. Lisboa: Coimbra, 2012.
- CORNU, Gérard. *Droit civil*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1999.
- CORRAL, Ildelfonso L. García del. *Cuerpo del derecho civil romano* (Digesto-1ª parte). Barcelona: Jaime Molinas, 1892. t. II.
- CORRAL, Ildelfonso L. García del. *Cuerpo del derecho civil romano* (Digesto-1ª parte).. Barcelona: Jaime Molinas, 1897. t. III.
- COVIELLO, Nicola. *Della trascrizione*. Napoli: Eugenio Marghieri, 1897. t. I.
- CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. 14. ed. atual. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.
- CUQ, ÉDOUARD. *Manuel des instituons juridiques des romains*. Paris: Librairie Plon/ Générale, 1917.
- DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. Berlin: Verlag von H. W. Müller, 1892. v. 1.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing, 1923. t. II.
- EBEL, Wilhelm. *Der Bürgereid*. Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1958.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: Quid Juris, 1997.
- FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971.
- FREITAS, Augusto Teixeira. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. v. 1. Nova ed. refundida.
- GIL, Antonio Hernandes. *La funcion social de la posesion*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.
- GIL, Antonio Hernandes. *La posesion*. Obras completas. La posesión como institución jurídica y social. Madrid: Espasa-Calpe, S.A, 1987. t. 2.
- GIL, Antonio Hernandes. *Derechos reales derecho de sucesiones*. Madrid: Espasa-Calpe, S.A, 1989. t. 4.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Sachenrecht des Bürgelichen Gesetzbuches*. B. VIII, Berlim und Leipzig: Walter de Grunter, 1924.
- JAUERNIG, Othmar. *Zivilproze recht*. 26. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2000.
- KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. Ein Studienbuch. 19 Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2008.

- KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. 17. Auflage. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C.F. Müller, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. München: Verlag C. H. Beck, 1997.
- LUZZATI, I. I. *Della trascrizione*. Torino: Unione Tipografico, 1905. t. I.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *A posse: perspectivas dogmáticas e actuais*. 3. ed. atual. Lisboa: Almedina, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. I Parte Geral. t. I.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimp. Lisboa: Almedina, 2001.
- MEYER, Rudolf. *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Band V. Göttingen: Walstein Verlag Göttingen, 1994.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara. t. II.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1934*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.
- RUIZ, Vincenzo Arangio. *Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la 10. ed. italiana*. Napoli: Editotial de Palma, 1949.
- SAVIGNY, Friederich von Carl. *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*. Paris: Chez Charles Hingr'ay, 1839. t. 1.
- SAVIGNY, Friederich von Carl. *De la Vocacion de Nuestro Siglo para La Legislacion y La Ciencia del Derecho*. Tradução do alemão por Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.
- SAVIGNY, Friederich von Carl. *Das Recht des Besitzes*. Reimpressão da edição de Viena (1865): Scientia Verlagen Aalen, 1990.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni de diritto civile*. 39. ed. Padova: CEDAM, 1999.
- TROPLONG, R. Th. *Le Droit Civil Expliqué Suivant L'Ordre du Code, De La Prescription*. Bruxelles: Societé Typographique Belge, 1841.
- TROPLONG, R. Th. *De la propriété*. Paris: Librairie de Firmin Didot Freres, 1850.
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTERNBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht (direito constitucional alemão)*. München, Verlag C. H. Beck, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Função Social da Propriedade e sua Repercussão no Registro de Imóveis, de Henrique Ferraz Corrêa de Mello – *RDI* 61/28-80 (DTR\2006\811).

Veja também Jurisprudência

- *RDI* 64/343 (JRP\2008\60) e 77/385 (JRP\2014\4164); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2018\971856.

A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: OS DESEJÁVEIS NOVOS RUMOS

*REAL PROPERTY IN THE 30 YEARS OF THE BRAZILIAN
CONSTITUTION: THE DESIRABLE NEW DIRECTIONS*

FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA

Professor Titular de Direito Privado da UnB – Universidade de Brasília. Terceiro Registrador Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Distrito Federal.
fhviegas@terra.com.br

Artigo recebido em: 09.10.2018

Artigo aprovado em: 09.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Constitucional; Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente estudo busca analisar a atual conformação da propriedade nos dias atuais e para o futuro. Parte da constatação do modelo proprietário tal como delineado desde o século XIX e desenvolvido no século passado, quando ela 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

ABSTRACT: The present study seeks to analyze the actual conformation of property in our days and also for the future. Part of the evidence of the proprietary model as traced since the 19th century and developed through the past century, when it became seen as a right marked by shapes, plasticity and compression. Structure necessary to fulfill the new social needs. During its evolution it ceases to be considered a relation between a person and an object to be shaped as a relation person to person, bound to a certain object. In its new format, it is indispensable that the State functions in order to guarantee the propriety relations. The new property standard can be obtained through the interrelation between *the institutional theory* and *the democratic model of property rights*, from the study of property rights as an institution, as well as its role in community and society as a way of flourishing of the human being. The constitutional property is functional, being recognized a limit in the interest of its owner, who cannot harm the interests of the community or society. In the structure of civil law, property gains distance from

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. 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.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade imobiliária – Constituição – Nova teoria institucional – Modelo democrático dos direitos de propriedade – Custos de transação e informação.

the concept of being a bundle of rights, to be recognized as an allocation resource, since the same law that protects property must be the same that makes it possible for others to become owners. In this sense, the State should seek balance between individual and social interests, as well as among owners and non – owners. For that, regulatory frames should be established, in order to develop property rules, defining the range of personal privileges upon their things. The development of property rules has the purpose of allowing property to be functional, as well as acting on transaction and information costs. The State is the sole institution capable of regulating the market through rules of enforcement, and accomplishing the concentration of data inherent to property, limiting transaction costs and reducing information uncertainty. This way, allowing to transfer properties from an informal market to a formal one.

KEYWORDS: Real property – Brazilian Constitution – New Institutional Economics (NIE) – Democratic model of property rights – Transaction costs and information costs.

SUMÁRIO: Introdução ao tema. 1. Problematização. 2. Propriedade. 2.1. Noções preliminares. 2.2. A visão estática da propriedade. 2.3. A propriedade constitucionalizada. 2.4. A propriedade no Código Civil. 3. A necessidade do estabelecimento de novos contornos para os direitos de propriedade. Sua moderna dinâmica. 3.1. As instituições. 3.2. O papel do Estado na proteção da propriedade. 3.3. A problemática dos custos de transação e de informação. 3.4. O sistema organizacional para a segurança dos direitos de propriedade. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO AO TEMA

Este¹ *paper*, estudando a propriedade imobiliária a partir da Constituição Republicana de 1988, é permeado de várias ideias e conclusões a que chegamos ao

1. O autor agradece imensamente aos Professores Francisco Amaral (Faculdade Nacional de Direito – UFRJ); Fernando Méndez Gonzáles e Benito Arruñada (Universitat Pompeu Fabra – Barcelona); Joseph Willam Singer e Henry E. Smith (Harvard Law

longo dos últimos dez anos de magistério na UnB – Universidade de Brasília, a partir de um olhar crítico – e por algumas vezes cético – nas discussões travadas com discentes e docentes, do Brasil e do exterior, notadamente na pós-graduação de nossa academia.

Traduz-se em oportunidade única de sintetizar, sistematizar e dar a conhecer tais ideias para a comunidade acadêmica, como forma de lançar um novo olhar sobre a evolução da propriedade imobiliária que ao longo de pelo menos os últimos setenta anos é ensinada em nossas academias de acordo com a antiga manualística. Sempre voltada para a dicotomia *propriedade mobiliária x propriedade imobiliária, função social*, e outros temas que já são por demais conhecidos e exaustivamente estudados. Porém, é de se notar a não introdução, nos dias atuais, das ideias da propriedade em seu sentido econômico que, sem dúvida alguma, é o seu novo enfoque no presente século.

Por evidente, nosso texto não é exaustivo, bem como não é essa nossa pretensão. Entendemos ser uma introdução de novas ideias que devem ser estudadas em paralelo àquelas já sedimentadas em nossa manualística, que tão bem servem aos estudantes que travam o primeiro contato com o direito das coisas e, por consequência, com a propriedade imobiliária.

1. PROBLEMATIZAÇÃO

A estrutura dos direitos de propriedade existente em nossos dias já não é capaz de atender a todas as necessidades da sociedade, fundamentalmente porque todo o complexo desenvolvimento dos mesmos ainda é fundado em uma noção individualista e patrimonialista, que já não refletem o atual estágio das relações humanas, sejam estas individuais ou coletivas, que envolvem as comunidades.

Por evidente, não se pode desconhecer ou fechar os olhos para as transformações e questionamentos existentes ao longo do século passado, principalmente nas escolas europeias quando, já na primeira metade daquele, buscaram-se novas formas proprietárias, condizentes com sua época. Da mesma forma, vivenciamos um crescente aumento das modalidades proprietárias, sendo traduzido não somente a dicotomia mobiliária/imobiliária, com a entrada em cena de novas categorias e categorizações, tais como a propriedade imaterial, intelectual e artística. Categorias essas que foram exaustivamente estudadas e delineadas ao longo dos anos.

School – Cambridge – MA); Bénédicte Föex (Faculté de Droit de Genève) e Paul-Henri Stainauer (Faculté de Droit de Fribourg) pela indispensável ajuda e troca de conhecimentos acerca da propriedade nos dias atuais ao longo destes últimos 15 anos.

Para a propriedade imobiliária, ao contrário do que possa parecer ao intérprete menos avisado, as mutações foram paulatinas, tal como se fosse uma acção física ou intelectual, permitindo que se chegasse aos nossos dias com um delineamento totalmente diverso daquele que fora concebido pelo Código Civil de 1916. Basta tomar como exemplo o fenómeno da verticalização das cidades, constituindo uma modalidade de propriedade totalmente nova e com poucos paralelos nos demais sistemas jurídicos, introduzindo um universo de relações proprietárias extremamente complexas. O mesmo se pode dizer da introdução da multipropriedade ou propriedade por tempo compartilhado (*time sharing*), bem como da eminentemente brasileira alienação fiduciária em garantia, tanto mobiliária como imobiliária. Por fim, a importância do urbanismo, do meio ambiente, do património cultural e artístico trazem para os direitos de propriedade uma nova realidade, impensável no início do século passado, regulamentando e restringindo a utilização do solo e da superfície, cobrando dos titulares do direito real de propriedade um *uso conforme*.

Contudo, se todas essas transformações e a própria capacidade transformadora da *instituição* dos direitos de propriedade foram atingidas e reconhecidas, não retira a necessidade de se começar a vislumbrá-la para um futuro, realizando as correções necessárias, bem como extirpando do universo jurídico aquilo que já não atende às necessidades sociais cotidianas ou que, simplesmente, caíram em desuso. Recorde-se, por oportuno, que tal ou qual direito só se justifica caso tenha uma aplicação prática e que já se superou a discussão entre as jurisprudências teóricas, práticas, e de interesses.

No momento atual, como um carácter idealizador da formulação de novas ideias, a propriedade deve ser vista para o futuro. O novo delineamento da propriedade deve, como ponto de partida, ser visto como um bem escasso. A escassez da propriedade – de certo a mobiliária –, e com muito mais razão a imobiliária, impõe a adoção de uma nova visualização e estruturação dos direitos de propriedade. Tratando-se da propriedade imobiliária, é de fácil percepção que, quando se fala em recurso escasso, está se referindo ao próprio solo. O solo é o produto escasso, mesmo porque, por questões amplamente conhecidas, não tem a possibilidade de ser aumentado ou estendido. Sua extensão se dá unicamente no sentido vertical – sob e sobre o solo – noções e conceitos que não revelam quaisquer novidades, visto que já estão plenamente identificados desde o direito romano e que foram, sempre, objeto de largos estudos ao longo dos séculos.

Sendo o solo um recurso escasso e, por outro lado, havendo o aumento populacional sempre crescente, torna-se cada vez mais difícil equilibrar a equação entre o acesso ao bem escasso e o número de pessoas que desejam esse acesso. Como consequência direta disso, o valor do solo tende a cada dia que passa ser

maior, funcionando como um filtro indesejável para que um bom número de pessoas tenha uma utilização individual do mesmo. Assim, estaríamos de volta à situação dos séculos passados, dentro do caráter individual da propriedade. Entretanto, não é o modelo a ser perseguido nem o mais adequado.

O acesso ao solo por um maior número de pessoas possíveis só pode ser garantido com a atuação do Estado. Ao Estado cabe regulamentar a utilização desse recurso escasso e sua realização se faz de diversas maneiras. Porém, muitas das atuações estatais se dão mediante a simples expropriação do solo e mediante a conversão deste em um *open field*, traduzindo uma utilização em comum ou de *common utilization*. Situações que, também, não são as ideais para que se tenha o atendimento das relações de direitos de propriedade. Para evitar os inconvenientes dessa única forma de atuação do Estado, impõe-se a adoção de um termo médio, que se situa entre o liberalismo proprietário e a total intervenção estatal. O liberalismo proprietário, como já visto, permite a distorção quase que completa do mercado, ao deixar no livre-arbítrio das partes contratantes a definição dos modelos proprietários, seu conteúdo e alcance. Da mesma forma, o intervencionismo completo ou quase completo do Estado, inevitavelmente leva à extinção da propriedade privada e à sobrevivência unicamente da propriedade coletiva. Modelo que também não merece ser seguido. Portanto, deve ser buscado um novo modelo que atenda às necessidades sociais cotidianas, principalmente dentro das relações – extremamente tensas, por certo, – entre proprietários e não proprietários.

O Estado deve intervir no mercado para facilitar as transações sobre os direitos de propriedade, dotando a sociedade de determinados mecanismos que, por um lado, garantam o direito de propriedade e, por outro, facilitem tais transações, mediante a redução dos custos desses direitos. A redução dos custos das propriedades só pode ser conseguida quando o Estado colocar à disposição dos cidadãos, dentro de um sistema organizacional, instituições que possibilitem a redução dos custos de transação e de informação. A partir destes resultará o fortalecimento de um mercado proprietário formal, e ainda, permitindo que diversas propriedades informais possam migrar para o mesmo.

Um dos alicerces indispensáveis para toda essa transformação e inovação é a definição de *property rules*, ou seja, de regras de propriedade. Os direitos de propriedade, de tradição multissecular, devem ter a capacidade de se autorregulamentar e gerir, como *instituição* que são, com conformação própria e independente de todo e qualquer outro instituto jurídico. Dessa forma, sua separação das regras de responsabilidade – *liability rules* – tem um importante papel nesse novo modelo. Mesmo porque não se pode admitir que um direito de propriedade, para sua existência e atingir sua finalidade, necessite atuar em conjunto com um direito obrigacional, tal como o contrato de seguro, por exemplo.

Os direitos de propriedade, apesar de ideias preconcebidas em contrário, estão intimamente ligados a uma função econômica. Essa função econômica se justifica em diversos graus e níveis, a começar pelo preço da propriedade. Uma propriedade tem custo, seja ele custo de aquisição, seja de manutenção. No presente momento, interessa tão somente a análise do custo de aquisição, porque a primeira análise se circunscreve ao acesso à propriedade. No custo de aquisição influenciam diversos fatores, tais como o custo de informação e o custo de transação. Pelo custo de informação, que desempenha papel preponderante e primário, temos o acesso às informações relativas à propriedade. Informações que devem ser potencialmente as mais fidedignas possíveis e de fácil acesso a toda pessoa que deseje realizar um negócio jurídico. Para tanto, torna-se indispensável a centralização informativa, evitando que seja necessária uma consulta ampla em diversos locais para que se possa conhecer a situação dos direitos de propriedade. De igual sorte, essas informações devem ser compreendidas por todos aqueles que as solicitam, evitando que seja necessária a intervenção de um terceiro, tal como um advogado, um contador ou um corretor, cuja tarefa seja unicamente desvendar o *mistério da propriedade*. Um sistema de direitos de propriedade eficiente é o que contém as informações de maneira simples e que estejam disponíveis da forma mais rápida possível. Entretanto, os atuais modelos, por certo até mesmo anacrônicos, são custosos. E o custo desses valores serão necessariamente agregados ao custo de transação.

A eficiência informativa tem a capacidade, também, de reduzir as assimetrias informativas que existem quando nos deparamos com uma parte mais informada e outra menos informada acerca do negócio jurídico que se pretende realizar. A situação ideal está na quase total simetria informativa, possibilitando que ambas as partes conheçam por completo e na mesma medida o negócio que será realizado. Por fim, a redução de assimetrias informativas melhora o tráfego jurídico quando, ao possibilitar o reconhecimento da real situação da propriedade, o negócio jurídico tenha uma confiabilidade quase ideal, afastando futuras discussões que podem ser levadas ao poder judiciário.

Todas essas situações, que devem ser garantidas, – tal como preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXII –, são dependentes da atuação do Estado. O Estado deve atuar de maneira a regular o mercado proprietário, garantindo o mercado e a própria *instituição* dos direitos de propriedade. O correto funcionamento do mercado é dependente, diretamente, das regras e mecanismos que o Estado provê para a sociedade. Regras essas que devem ser balanceadas e estruturadas até mesmo através de organizações, possibilitando a redução das tensões entre proprietários e não proprietários. Para tanto, essas regras devem ter a capacidade de coerção (*enforcement*), pois esta é a única maneira de se ajustar a conduta da sociedade.

Na história podemos encontrar algumas passagens que demonstram a necessidade da atuação do Estado e o poder de coerção do mesmo. E por que a história? Porque, como demonstra North *history matters* (1990, p. vii). Descreve Greif (2006, p. 3) que em 28 de março de 1210, Rubeus de Campo de Gênova concordou no pagamento de 100 libras esterlinas em Londres em favor de Vivianus Jordanus de Lucca. Tal transação era extremamente normal na Europa na época, e milhares de pessoas faziam. Porém, revela que Rubeus vivia em um período de crescimento econômico que podia ser medido, dentre outros fatores, pela segurança dos negócios. Nessa época as transações com os direitos de propriedade eram suficientemente seguras para permitir esse comércio. E a base dessa segurança era a atuação dos Estados que permitiam o crescimento econômico.

Em outro sentido, North e Thomas (1973, p. 3) ilustram duas passagens acerca do poder de coerção do Estado nas navegações oceânicas. Durante séculos as relações entre os piratas e os privados eram opostas e não permitiam o comércio regular. A atuação dos piratas aumentou os custos do comércio e reduziu sua extensão. Uma solução foi o pagamento de propinas e assim a Inglaterra evitou as depredações que vinham acontecendo em seus navios no norte da África e no Mediterrâneo. Essa prática se estendeu por muitos anos. Esse sistema era eficiente, pois com o livre comércio as propinas podiam ser pagas, permitindo o crescimento da sociedade. Apesar de essa tática ter sido amplamente utilizada e ser menos custosa do que uma proteção naval, logo se passou a outro modelo, o de realizar os transportes em comboios de navios ou com esquadras. Situações que na atualidade já não se justificam, dada a coercibilidade dos direitos de propriedade no plano internacional.

Por fim, recordemos, ainda, como fazem Alexander e Peñalver (2010, p. xvii), que o ponto central de preocupação de toda a teoria proprietária está nas relações entre os indivíduos e as comunidades, principalmente com o Estado. E que as faculdades inerentes aos proprietários, sobretudo no tocante à utilização de seu direito real, está intimamente ligada às decisões do Estado acerca dos mesmos. Assim, fica estabelecido o poder do Estado, por um lado, e os limites da individualidade, por outro. Sempre atuando de acordo com a moral, que deve permear as relações entre proprietários e não proprietários.

Porquoi la propriété? O enigmático título do livro de Henri Lepage sintetiza o espírito do presente estudo. Qual seria a razão de se estudar a propriedade – notadamente a imobiliária – nos dias de hoje. A todo instante, na esfera civilista, lemos e escutamos que a propriedade não possui maior importância, seja por sua hipotética migração para a esfera do direito público, a partir das restrições e intervenções que o Estado realiza, seja pelo quase total desinteresse em seu estudo na esfera privada. Ao contrário desses posicionamentos, nosso objetivo é

demonstrar a importância da propriedade em nossa sociedade, como um meio de realização da dignidade da pessoa humana – afinal todos devem ser proprietários de algo –, da efetivação de uma sociedade mais justa e solidária, e como uma via indispensável para a troca de riquezas.

A história demonstra que a propriedade evoluiu de um caráter eminentemente individualista, cujo apogeu pode ser situado na metade do século XIX, para possuir modernos contornos a partir de uma transformação iniciada na metade do século passado e que ainda não se finalizou. Para tanto, o aspecto social da mesma foi colocado em destaque pelas escolas europeias, quando os atributos da mesma foram relidos e realçadas as novas formas de utilização.

Esses estudos não se revelaram suficientes, tendo em vista que a propriedade é muito mais que isso. É um importante elemento da sociedade que busca a troca de riquezas entre as pessoas, sejam elas proprietárias ou não proprietárias. Essa outra forma de se entender a propriedade levou-a ao encontro da economia, principalmente para se estabelecer qual seria o papel econômico da mesma, de maneira a proporcionar um incremento econômico-social. Como um dos suportes dessa aproximação conceitual, podemos constatar que nossa Constituição Republicana insere a propriedade na ordem econômica e social. Por certo, isso não foi por acaso. Desde outra faceta a se investigar, é justamente a partir dessa união que a propriedade deve ser estudada e analisada, mediante um freio e um contrapeso entre tais elementos.

Inicialmente, podemos dizer que a matriz proprietária é o direito civil. Ou se preferirem, tal matriz é a Constituição e seu delineamento se encontra na esfera civilista, sem que se possa esquecer a unidade sistêmica, delineada em nossos dias. Desse marco inicial é necessário o estabelecimento de trocas com outras Ciências, tal como a econômica, com a finalidade de permitir que o sistema proprietário ou a *instituição* dos direitos de propriedade possa atender, corretamente, às necessidades civil e econômica, duas finalidades que reputamos indissociáveis e que estão presentes nesses direitos.

Desde o direito civil encontramos uma série de mutações e transformações idealizadas nas escolas europeias, tal como o sentido plural *propriedades* em oposição ao secular sentido singular, tão bem expressado por Josserand, Ripert e Rodotà². De igual modo, a possibilidade de compressão e expansão dos atributos da mesma, como meio de se justificar o surgimento de outros direitos proprietários,

2. Nessa colocação do tema (problematização) não temos a preocupação de indicar as obras e páginas dos autores, uma vez que durante o texto as referências serão expressas. Dessa forma, preferimos um texto escurrito.

como ensinam Diez-Picazo e Gullon, Steinauer e Piotet. Em maior ou menor medida no *common law* se abandona a noção de *bundle of rights* para se chegar à idealização de *entitlement*, como justificativa dos poderes inerentes aos proprietários, culminando com a importante noção de que a propriedade revela direitos e deveres entre proprietários e não proprietários. Noção e característica que, por certo, são permeadas de inúmeras tensões.

Em outra ponta, em um mesmo viés, o sentido clássico de Blackstonian da propriedade vista como a *sole and despotical relationship between a person and a thing* já não encontrava eco no *common law*. Assim, desde o ideal econômico expressado por Adam Smith, nos primeiros anos do século passado se iniciou uma interação entre direito e economia, tendo Ronald H. Coase como um dos principais idealizadores do que mais tarde passou a ser denominada *law and economics theory*, erigida na Escola de Chicago. Partindo dessa constatação, para o normal desenvolvimento das relações proprietárias, dois elementos são decisivos: o Estado e o Mercado. E a análise do desenvolvimento dos direitos de propriedade nesses dois universos é importante para a sobrevivência da própria propriedade. Coase, em toda sua obra, realiza a análise dos custos econômicos e, por conseguinte, dos custos de transação das propriedades. Assim, em *The problem of social cost*, escreve que o “mercado possui um custo de transação”, que posteriormente vem a ser caracterizado como “custo de transação” (*transaction cost*) e que se desdobra numa necessidade de verificação de “custo de cobrança ou exigência” (*enforcement cost*). Já ao discorrer sobre o mercado, Coase estabelece que este é uma instituição que tem por finalidade facilitar o intercâmbio. Mas é no artigo *The problem of social cost* que é revelado o “teorema de Coase” (*Coase Theorem*), a mais polêmica de suas análises e que virá de certa forma a desconstruir o estudo da propriedade na *law and economics*. Pelo teorema, deve-se assumir que os custos de transação são zero, isto é, inexistentes. Porém, na realidade, conforme estabelecido pela doutrina posteriormente, nas transações proprietárias sempre há um custo, em maior ou menor escala, mas é sempre existente. Assim, o foco para a análise da propriedade em um sentido econômico é a busca da redução dos custos de transação, sem que com isso haja um desequilíbrio no mercado.

Para tanto, a redução dos custos de transação é um elemento preponderante para que um maior número de pessoas possa ter acesso à propriedade, e com isso ela possa cumprir, em maior ou menor medida, uma parte de sua função social. Tal redução, juntamente com a redução dos custos de informação ou custos informativos, são um papel importante para que exista uma maior segurança jurídica quando se contrata com direitos de propriedade.

A partir dessas constatações, Gregory Alexander, em 1997, escreve o já clássico *Commodity & Property*, estabelecendo, a partir da análise de direito e

economia, que a propriedade, dentro do sistema legal, ao ser vista como um bem comercializável, não confere à mesma outro papel senão a satisfação de preferências individuais. E mais, que o Estado tem o importante papel de facilitar tais preferências, além de assegurar que as transações devem estar imunes a fraudes e que os indivíduos necessitam respeitar a propriedade dos terceiros, porque ao Estado não interessa a maneira como a propriedade é utilizada. O que interessa é a visão que cada proprietário tem de sua própria propriedade e não a visão que advém da sociedade. O mercado, ao contrário do sistema legal, é o árbitro final dos conflitos sobre os valores ou sobre a moral. Concluindo, que as mudanças devem ser acompanhadas pela estabilidade. E as concepções de propriedade devem se interpenetrar, juntamente com os fatores sociais externos, políticos e econômicos, de maneira conceitual e discursiva, atingindo as mudanças.

Contudo, coube a Douglass C. North estabelecer que os direitos de propriedade são uma *instituição*, uma vez que as organizações eficientes buscam o estabelecimento de arranjos e direitos de propriedade para a criação de um canal individual e econômico de esforços para que uma atividade possa retribuir os benefícios privados de maneira bastante aproximativa à retribuição dos benefícios sociais. E isso só é possível ao se examinar as diferenças entre os custos e benefícios quer sejam os privados quer sejam os sociais. Para tanto, impõe-se o necessário entendimento das instituições e como estas influenciam os custos de transação e de produção. Assim, Yoram Bazel, quebrando o mito conceitual, estabelece que os direitos de propriedade estão muito próximos e relacionados com os custos de transação, entendidos estes como os custos de transferência, de captura e de proteção dos direitos.

A propriedade não existe isoladamente, como afirmou Joseph Sax, mas o seu exercício afeta os proprietários e os não proprietários. Nesse cenário, Joseph Singer, na obra *Entitlement*, afirma que “propriedade privada e regulamentação não são inimigos mortais”, mesmo porque pela mesma muitas pessoas detêm o seu poder de controle em vários aspectos sobre a mesma propriedade e que esta deve ser vista como uma relação entre pessoas e não entre a pessoa e uma coisa. Nesse sentido, os direitos de propriedade impõem obrigações de respeito a esses direitos e que a liberdade de uns pode interferir nos direitos de outros. Situação que deve ser evitada, porque, como estabelece Eduardo Peñalver, o proprietário consciente dela pode se utilizar da maneira mais ampla, sem se descuidar de seu caráter econômico, porém condicionado a um forte conteúdo moral.

A proteção da propriedade deve ser realizada mediante uma regra. O direito reconhece duas espécies de regras protetivas, as “regras de propriedade” (*property rules*) e as regras contratuais ou obrigacionais (*liability rules*), que se diferenciam, como aponta Arruñada, através do grau de proteção. E, no sistema

proprietário, as regras de propriedade têm maior impacto porque estas são a garantia que possui seu titular de não ver seu direito afetado sem o seu consentimento. Por isso mesmo que Guido Calabresi e A. Douglas Melamed no clássico *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral* estabelecem que um contrato estaria protegido por regra de responsabilidade e a propriedade por uma regra de propriedade. E, ainda, podemos considerar que as regras de responsabilidade só atuam nos direitos de propriedade de maneira subsidiária.

A propriedade, para que possa garantir os direitos de seu titular, gera uma série de custos, sendo o principal deles o custo de transação. Por custo de transação deve ser entendido todas as despesas inerentes à realização do negócio jurídico e que devem ser arcados por seu titular. Tais custos podem ser decompostos, quando então chegamos ao custo de informação. É o custo que tem o titular para conhecer a verdadeira situação do imóvel, compreendendo assim, os desmembramentos dos direitos de propriedade e eventuais constringências que pesam sobre o mesmo. Ocorre que, saber com exatidão qual é a situação da propriedade não é fácil, uma vez que as informações estão espalhadas em diversos locais e não existe um caráter simplificador dessas informações, permitindo que qualquer pessoa possa corretamente entender a situação jurídica do direito de propriedade. Para tanto, os adquirentes devem se valer de profissionais especializados e, mesmo assim não se pode afirmar que a situação jurídica é inatacável por terceiro. Disso resulta a existência de assimetrias informativas, nas quais uma das partes, normalmente o vendedor, possui melhor informação a respeito do imóvel que o comprador. Podendo, inclusive, atuar de má-fé tendo em vista seu conhecimento superior e dele tirar vantagem no negócio jurídico. Com o objetivo de tentar evitar tal situação, mediante a concentração de todas as informações em um único local, é possível que passemos das assimetrias para as simetrias. Segundo Fernando Méndez Gonzáles, a simetria informativa funcional é aquela que limita a informação necessária para que se possa contratar, estabelecendo determinados atributos essenciais, de forma a impedir que a parte mais informada possa utilizar-se dessa diferença a seu favor. Consegue-se, portanto, a neutralização dos efeitos das assimetrias informativas. E, tal atividade, função essencial do Estado, deve ser desempenhada em um único local, como é o caso do registro imobiliário.

A estrutura da propriedade parte do reconhecimento do atual estágio da propriedade e dentro de uma visão estática se busca a caracterização da mesma na Constituição Federal e no Código Civil. A propriedade constitucionalizada é funcionalizada, ou seja, vinculada a uma função social. Embora seja extremamente difícil a conceituação do que vem a ser a função social da propriedade, é na reserva legislativa, introduzida a partir de limitações no exercício e das faculdades da mesma que a funcionalização tem sentido. Já no Código Civil, a

propriedade parte de um caráter eminentemente individual para sofrer redefinições destinadas ao atendimento das necessidades modernas. Assim se fala em modulações e plasticidade dos direitos de propriedade que, juntamente com a compressão, podem ser vistos como alguns dos principais avanços atingidos no decorrer do século XX. De acordo com tais novas características, a propriedade estaria apta a criar verdadeiras condições para que uma maior parte da sociedade possa passar a ser proprietária. Na sua moderna concepção, a propriedade, vista como um recurso escasso, destina-se a promover um equilíbrio ou balanceamento das necessidades políticas, mediante o reconhecimento desta como uma *instituição* e a sua inserção no mercado. Atividades que só podem ser realizadas com a atuação do Estado, ao realizar um conjunto de normas mínimas e o cumprimento da função social a partir de regras fundadas na liberdade proprietária e na possibilidade dos não proprietários também alcançarem esse direito. Todas essas características revelam que a *instituição* dos direitos de propriedade não pode permanecer isolada, quer das normas civilistas, quer do próprio Direito. Dessa maneira, a unitariedade sistêmica possui importante papel a desempenhar, uma vez que os direitos de propriedade devem dialogar com as demais fontes do Direito e de outras ciências.

O delineamento da propriedade para o futuro tem a finalidade de estudar a propriedade a partir de seu reconhecimento como *instituição* e demonstrar como esse bem escasso necessita da atuação do Estado para que possa se desenvolver corretamente no mercado. Para tanto, estuda-se o papel das instituições como um sistema organizativo a partir dos limites de estrutura dos direitos de propriedade e como essa instituição tem a capacidade de garantir um determinado direito, em exclusividade, a certa pessoa. Características que se movem entre os direitos e deveres dos proprietários e dos não proprietários, na apropriação das riquezas que a propriedade produza e no direito de alienação e de transferência desse recurso escasso para um terceiro. Atividades que se encontram dentro um mercado formal, fundado na previsão constitucional, nos estatutos e nas decisões judiciais. Dessa maneira, é através do estabelecimento do Estado que se determinam quais são os atores que devem intervir no sistema econômico para que seja possível a distribuição do bem-estar dentro da sociedade.

O papel desempenhado pelo Estado importa no reconhecimento da propriedade adquirida de acordo com o ordenamento jurídico. Essa é a sua primeira função: a de reconhecer a propriedade formal e dotá-la dos mecanismos indispensáveis para que a mesma possa ser objeto de troca de riquezas. Em sua segunda função, o Estado não pode desconhecer a existência de um mercado informal de propriedade, realizado à margem da legalidade e que necessita de uma transposição para o mercado formal. Portanto, devem ser buscados mecanismos jurídicos para se tentar modificar essa situação.

No mercado podemos identificar a existência de mecanismos de segurança dos direitos de propriedade, mediante a utilização de “regras de propriedade” (*property rights*), de caráter legal e absoluto, de forma a afastar a existência de regras de responsabilidade (*liability rules*). Isso porque o sistema proprietário e a *insti-tuição* dos direitos de propriedade são incompatíveis com tais regras de responsabilidade. Esses direitos existem com autonomia e não necessitam de qualquer outro mecanismo protetivo do que aqueles existentes em sua própria estrutura. Afastando, por conseguinte, institutos do direito obrigacional ou contratual, como é o caso dos seguros, na sua modalidade de seguro de títulos. Ademais, como já mencionado, as regras de responsabilidade só podem ser relacionadas aos direitos de propriedade de forma excepcional e subsidiária.

A perfeita inserção dos direitos de propriedade no mercado, mediante a garantia do Estado, possibilita que os mesmos possam desempenhar uma importante função: a de redução dos custos de transação, à semelhança do idealizado por Coase, muito embora tais custos nunca possam ser zero. Contudo, podemos estabelecer a existência de três custos na área de atuação dos direitos de propriedade, para dotar o mercado de uma maior segurança jurídica e como meio facilitador do intercâmbio de riquezas: custos de transação, custos de informação e custos de manutenção. E, a partir dessas atuações se consegue a redução das assimetrias informativas, elemento indispensável para que uma contratação sobre um direito de propriedade possa existir.

A imperiosidade de revisão de mecanismos indispensáveis para um novo modelo proprietário é destinada à verificação de duas situações que devem ser modificadas, como forma de se garantir o futuro da propriedade imobiliária. Por um lado, a mitigação do sistema de *numerus clausus* de direitos reais. De outro, a garantia da eficiência dos direitos de propriedade, mediante o registro das situações proprietárias. No tocante aos *numerus clausus*, é de perfeito conhecimento, seja nos países de tradição romano-germânica, seja no *common law*, que a regra unitária criada pela doutrina alemã do século XIX já não pode persistir com todo o seu vigor. Dessa forma, torna-se indispensável a busca de soluções para a atenuação da mesma, permitindo que um direito, desde que perfeitamente conformado e aceito socialmente, possa receber a caracterização e a proteção de um direito real. Qualquer que seja o sistema jurídico em análise, é de fácil percepção que uma situação intermediária deve ser buscada. Já a eficiência dos direitos de propriedade, tanto em seu surgimento, quanto no conhecer suas características específicas e individuais, necessitam da concentração em um único local, onde estas possam ser acessadas pelas partes que desejam realizar um negócio jurídico. Essa concentração tem como principal finalidade a redução das assimetrias informativas, vale dizer, que ambas as partes tenham a mesma informação a respeito

do objeto do direito que desejam transacionar. O largo caminho entre as assimetrias e as simetrias informativas depende de uma transformação no sistema de aquisição da propriedade imobiliária atualmente existente. O sistema de registro imobiliário deve ser fortalecido para que toda e qualquer mutação jurídico-real de uma propriedade se realize perante o mesmo. Isso porque a segurança jurídica e a segurança do mercado são diretamente dependentes dessa sistemática. É impossível continuarmos a conviver com um sem número de informações que estão espalhadas nos mais diversos locais, gerando, assim, um aumento no custo de informação e, por consequência direta, no custo de transação. As transações serão mais custosas na medida em que o custo informativo é grande. E não é difícil de verificar que para a realização dos negócios jurídicos na grande maioria das vezes devem intervir advogados, corretores, despachantes, tudo em prol do conhecimento da verdadeira e real situação de uma propriedade. Ainda, muitas vezes, tais transações possuem uma insegurança tal, que essa situação reflete, diretamente, no preço da mesma ou, ainda, na não conclusão do negócio jurídico. Portanto, a concentração informativa e uma modificação na sistemática imobiliária são duas medidas indispensáveis para a garantia da propriedade no mercado e como *instituição*.

2. PROPRIEDADE

2.1. Noções preliminares

A propriedade provoca um sentimento ambíguo nas pessoas e nas academias. Desde a infância nos é legada a ideia de posse e, por consequência, de propriedade, ao nos ser ensinado o sentido do *meu e isso não é seu*, que atravessam, em maior ou menor grau, toda a nossa vida. Em nossas faculdades de direito, tal como ocorre em outros países³, existe um desinteresse quase total no estudo e no entendimento do que é a propriedade, principalmente pelo antiquado método de ensino, iniciado na tradição oitocentista e que atravessou longos séculos praticamente sem maiores transformações. Tal inércia levou os professores a seguir ensinando os direitos de propriedade da mesma forma como se fazia no início do século passado, demonstrando de maneira estática o que é a posse, as formas de aquisição da propriedade e os direitos reais restringidos, sobretudo os de garantia, tal como a hipoteca.

Portanto, permanecem com surpreendente e assustadora atualidade as lições de Orlando Gomes (1983, p. 27), quando verificou que na segunda metade do

3. Merrill e Smith (2001, p. 357) reconhecem o mesmo fenômeno nos Estados Unidos.

século passado o ensino do direito em geral, e da propriedade em particular, ainda era feito mediante a análise descritiva de compêndios e manuais, tal como prelecionado na França do século XIX. Revelando um anacronismo institucionalizado, segundo a orientação, o método e a lógica da escola que floresceu sob a influência do *Code Civil* e que tinha a propriedade como uma de suas instituições centrais, ao lado dos contratos e da responsabilidade civil. Nesse contexto, também impressiona a lição de Diez-Picazo (2006, p. 13), ao narrar que desde a época em que ele era estudante, o tema e a lição de propriedade eram bastante banais nos programas de direito civil, impondo uma exposição de difícil organização, que se movia entre os atributos da propriedade e a exposição das doutrinas filosóficas ou pseudofilosóficas que buscavam explicar a instituição. Atividades que oscilavam entre o direito natural e o direito positivo, descuidadas de um caráter de neutralidade.

No entanto, em nossa era, como bem salienta Ackerman (1977, p. ix), deve ser reconhecida uma série de *inovações* no estudo dos direitos de propriedade, de forma que tal estudo se torne *relevante*, tendo em vista a introdução de um sem número de conceitos sofisticados, que necessitam de uma detida análise para bem responder aos problemas revelados pela propriedade. A modificação desse cenário sombrio pode ser conseguida com um moderno estudo dos direitos de propriedade e a forma de regulamentação da propriedade imobiliária, tendentes a evitar crescentes dificuldades que emergem da maneira tradicional de se tratar a matéria, que se revelou há muito tempo obsoleta e merecedora de profunda reforma. O seu estudo deve ir além das categorias antes relacionadas, no caminho de se ensinarem as modernas formas de transação – por certo um tanto complexas – nos quais os direitos de propriedade estão envoltos na atualidade.

Até porque a *instituição* dos direitos de propriedade, vista como uma organização econômica, deve ser devidamente investigada, principalmente a partir dos marcos de um novo desenho, tal como a redefinição das relações entre os indivíduos e os comuns sobre esses recursos escassos, bem como qual é o papel do Estado no acesso, na manutenção e na conservação da propriedade, tanto para a coletividade quanto para os indivíduos.

No entanto, até o presente momento é de fácil verificação que continuamos na reafirmação do caráter individualista da propriedade, bem como dos atributos que a mesma possui, e que quase nunca foram questionados, ou melhor, criticados. Porém, é certo que nos dias atuais a propriedade é bem mais que isso e deve ser vista além das normas hermeticamente fechadas, que são fixas e imutáveis, e que se forem comparadas aos contratos, revelam uma extrema dificuldade de utilização.

De outra parte e como reafirmação da mudança que a propriedade vem experimentando, recordemos que Rawls (1999, p. 54-55 e 78), ao tratar dos bens, introduz a categoria dos *bens primários sociais*, aqueles que presumivelmente um indivíduo almeja alcançar, em maior ou menor medida, representativo no plano racional. Tais bens variam em distribuição, podendo ser prerrogativas de autoridade a renda ou a riqueza. Para tanto, espera-se que essa distribuição seja feita de forma igualitária, vantajosa para todos. E isso pode ser garantido através do *vêu da ignorância*, permitindo que ninguém possa ser favorecido ou desfavorecido como resultado do acaso natural ou pelas circunstâncias sociais.

É justamente no caráter intrínseco de utilização que a propriedade deve ser vista nos dias atuais, dentro de um desenho moderno e necessário para que essa *instituição* possa cumprir seu papel em sociedade. Para tanto, impõe-se o abandono da tradicional concepção da propriedade tida como *o poder de direito que alguém tem sobre alguma coisa e que é oponível a todos*, mesmo porque já em Hobbes (2007, p. 88-89) podemos encontrar a preocupação com a utilização de bens escassos e a necessidade de preservá-los para o futuro.

Por tudo isso, inquestionavelmente, a propriedade está na agenda do dia. A cada momento vivenciamos sua crescente importância, notadamente quando as relações proprietárias se tornam cada vez mais complexas, não somente naquelas entre os indivíduos, mas também nas coletivas, tais como as de meio ambiente e de proteção histórica, artística e cultural. Em um estudo pontual, podemos situar sua magnitude em dois eventos totalmente distintos, mas que merecem uma análise detida, com a finalidade de tentar construir um alicerce para o futuro das relações proprietárias. De um lado, no plano externo, mais especificamente no final de 2008, o mundo começou a vivenciar uma crise econômica que teve por primeiro fundamento o colapso do mercado imobiliário norte-americano, a partir da “bolha imobiliária” das hipotecas naquele país. Evento que desencadeou uma crise econômica global, para muitos fundada no liberalismo exacerbado dos Estados Unidos.

De outro lado, no plano interno, em nosso País, nas últimas décadas experimentamos duas mutações legislativas, que deveriam transformar o conceito e as características da propriedade. Contudo, não foi isso que ocorreu. A Constituição Republicana de 1988 simplesmente repetiu os preceitos de outras Cartas, asseverando que o direito de propriedade é garantido e que a propriedade deve cumprir sua função social. Essa repetição legislativa, desde logo, fez com que os estudiosos do direito não vislumbrassem maior importância no estudo da propriedade. E, com isso, as repetições seculares, muitas vezes fundamentadas no liberalismo europeu do século XIX, sempre estiveram em voga. De forma quase idêntica, o Código Civil de 2002 trouxe poucas modificações no direito de

propriedade, relegando seu estudo para um segundo plano, uma vez que outras matérias inovadoras foram acolhidas no novo texto.

Contudo, já é hora de se repensar a propriedade – ou bem mais os direitos de propriedade – possibilitando seu correto entendimento e permitindo que se possa idealizar um novo modelo, capaz de atender às necessidades do mundo atual, tendo em consideração não somente as relações pessoais de proprietários e não proprietários, mas também os aspectos econômicos que esse direito encerra. As relações sociais da propriedade desempenham um importante papel na nova moldura que se pretende idealizar, assim como a *instituição* da propriedade, em seu sentido econômico, deve ser uma ferramenta capaz de auxiliar um desenvolvimento porque não dizer social da mesma. Para tanto, basta se tomar como exemplo a redução dos custos de informação e transação, que sem dúvida alguma são peças indispensáveis para que se tenha uma sensível redução de custos na aquisição ou oneração da propriedade, sobretudo a imobiliária.

Desde um primeiro momento podemos verificar, pelo menos no tocante à propriedade, a superação da doutrina ou teoria do *law and economics*, erigida na Escola de Chicago. Na atualidade, identificamos o surgimento e a sustentação de duas novas teorias: a) *new institutional economics* e b) *democratic model of property law*. A primeira analisa a propriedade como *instituição*. *Instituição* voltada para o desenvolvimento social, impondo a redução de custos de transação e a confiabilidade de informação em todo negócio jurídico que envolva a propriedade, conseguida mediante a atuação do Estado, que influi diretamente no mercado. Realizando, ainda, um caráter aproximativo da propriedade formal e da propriedade informal, pois ao fim e ao cabo, ambas não deixam de ser propriedade. A segunda, parte do princípio de que a propriedade revela direitos e obrigações para proprietários e não proprietários, dentro de uma relação eminentemente pessoal, impondo normas de obrigação social, que só podem ser conseguidas mediante uma equilibrada atuação do Estado, ao criar normas mínimas para a regulamentação do mercado, tal como a intervenção nos custos de transação.

Nesse ponto reside o desafio em tentar moldar uma situação de direito interno em que se possam colher pontos importantes de uma e de outra teoria. Por certo, para nós o aspecto social da propriedade merece especial relevância não somente pelo texto constitucional, mas também pela necessidade de se garantir o acesso à mesma pelo maior número de pessoas. Recordemos que em nosso País convivem cotidianamente as duas espécies de propriedade: a *formal* e a *informal*. Esta última vem merecendo especial atenção do Estado, até porque o *sistema proprietário informal* possui características e sofisticções semelhantes ao *sistema proprietário formal*, sendo a principal diferença que aquele se move à margem da legalidade e, por conseguinte, do Estado. Mas, mesmo assim, possuem um importante

aspecto econômico e de riquezas. De igual maneira, há de se repensar as relações proprietárias, abandonando o secular dogma de direitos que se desenvolvem entre pessoa e coisa, para se estabelecer o desenvolvimento pessoal como o principal eixo dessas relações, passando as relações das pessoas com seus bens para um segundo plano. Tal como desde há muito Caio Mário da Silva Pereira sustenta, invocando a pura ciência e a moral como determinantes para que as relações proprietárias sejam inicialmente pessoais (2006, p. 4). Mesmo porque o sentido desmaterializador que encontramos atualmente nos direitos de propriedade impedem que a visão unitária desenvolvida a partir dos estudos na Alemanha do século XIX seja capaz de responder a todas as necessidades que tais direitos necessitam em nosso cotidiano.

Para atingir seus modernos contornos, os direitos de propriedade, que exigem um delineamento de *property rights*⁴, são uma *instituição*, e muito mais que isso, um dos alicerces da sociedade. Portanto, as *regras de propriedade* – e o perfeito conhecimento das mesmas – são de particular importância para o desenvolvimento da sociedade. Hoje em dia é impossível serem concebidas as relações de propriedade a partir de uma noção eminentemente liberal, tal como pode ser reconhecido no direito dos contratos. A excessiva liberdade é contrária à noção de direitos de propriedade, porque estes devem ser plenamente conhecidos além das partes contratantes, bem como necessitam de regras imperativas que possibilitem sua coercibilidade (*enforcement*), sendo necessário, para tanto, a atuação do Estado, ainda que mínima. A atuação do Estado, com *standards* mínimos de intervenção, não somente nas regras contratuais, mas também nos custos de transação e de informação, são elementos importantes para o novo delineamento da propriedade.

A junção desses elementos, em um primeiro momento, é suficiente para que se lancem as primeiras bases para um novo fundamento dos direitos de propriedade, de forma a ajudar na busca de uma sociedade mais equilibrada no tocante às relações proprietárias, mediante a proteção daqueles que intervêm diretamente no negócio jurídico, bem como os terceiros alheios aos mesmos. A clareza das relações dos direitos de propriedade possui ainda a finalidade de uma pacificação do mercado. Quanto mais claras e precisas forem as informações e as transações, menor será o custo da propriedade. Conseguindo, com isso, o acesso do maior número de pessoas à mesma e, por conseguinte, que possa se firmar como um *bem social primário*.

4. De agora em diante utilizaremos os termos *property rights* e “direitos de propriedade” indistintamente, pois todo o desenvolvimento deste estudo é no sentido de caracterizar o direito de propriedade como um verdadeiro sistema proprietário, composto, fundamentalmente, de “regras de propriedade”.

Mas voltemos aos problemas atuais da propriedade, a partir de um ponto de vista estático.

Por certo, na atualidade não podemos mais admitir o direito de propriedade tal como fez Proudhon ao negar a possibilidade do mesmo, lançando oito proposições (1997, p. 138-194) e concluindo que *a propriedade é o roubo*. Ao contrário, como adverte Lepage, a propriedade, por ser um bem escasso, tanto no solo, no espaço como nos recursos naturais, seu proprietário tem o exercício de suas prerrogativas naturalmente limitadas por direitos equivalentes de outros, sempre dependente de *regras de propriedade*, que visam definir as regras do jogo e dos procedimentos, tais como a arbitragem para a resolução de conflitos (1985, p. 15-18).

Disso 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.

A recente crise imobiliária 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, conhecidas 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*⁵. Culminando com o que Posner (2009, p. 1) denomina de emer-

5. 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

gência 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.

Essa espiral foi baseada em uma série de acontecimentos originados dos bancos americanos, notadamente os bancos imobiliários, que estabeleciam uma hipoteca de *subprime*⁶. Por estas os devedores não tinham a obrigação de efetuar uma entrada no financiamento, sendo este usualmente de 100% do valor da compra, e até mesmo não tinham condições de pagar os juros mensais. Estes inicialmente eram baixos, mas os contratos previam sua flutuação de acordo com o mercado, fazendo com que o credor pudesse subi-los no futuro, caso o mercado os aumentasse. A euforia imobiliária era tanta que na grande parte desses contratos as taxas de juros eram zero nos dois primeiros anos, porque os devedores não podiam suportar mais. Contudo, os saldos devedores em vez de se reduzirem com o passar do tempo – a partir do pagamento dos juros mês a mês e da reposição do capital –, aumentavam em função do não pagamento dos juros que eram agregados ao principal da dívida.

Esses fatores fizeram com que os credores e quaisquer outras pessoas interessadas nas hipotecas *suprimes* passassem a *patinar no gelo* como afirma Posner (2009, p. 25), pois aqueles em vez de serem credores com segurança, passaram a ser parceiros no mercado imobiliário, atados ao risco de os devedores não pagarem seus débitos e estarem à mercê da flutuação – sempre negativa – do mercado imobiliário. Como o valor dos imóveis foi sempre decrescente e as dívidas sempre crescentes – pelo não pagamento dos juros e do principal –, na grande maioria das vezes estas superaram o valor dos imóveis, levando seus proprietários a abandoná-las ou entregá-las ao credor.

Ainda, essa espiral fez com que os credores e todas aquelas pessoas vinculadas ao mercado das hipotecas *subprime* ficassem insolventes, dado o risco das mesmas e porque a “bolha imobiliária” se rompeu antes que as hipotecas fossem

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, dessa forma, perceber valor superior à dívida que compunha seu crédito.

6. Para Posner (2009: 23-24), a denominação *subprime* é um eufemismo para a denominação de empréstimos hipotecários para pessoas com o risco de não pagamento, também denominados de *Ninja loans* porque os devedores não possuem renda, emprego, investimentos, significando que estes não têm o histórico de crédito verificado anteriormente à concessão do novo empréstimo.

pagas. Deve-se notar que os números desse mercado eram impressionantes: em 2006, 40% das hipotecas nos Estados Unidos estavam no mercado *subprime*, totalizando cerca de aproximadamente 1.400.000.000.000 de dólares. Sendo que todos esses créditos possuíam devedores de perfis duvidosos.

De outra parte, havia o risco na securitização dos créditos. Os credores do mercado imobiliário, em vez de os reterem em suas próprias empresas, negociaram seus créditos no mercado secundário de títulos. Como tais créditos eram duvidosos, esse mercado secundário ou de securitização também se tornou duvidoso, pois não tinham *lastro*, uma vez que seus valores superavam – e muito – o valor dos bens que os garantiam. Por outro lado, a securitização, que possui a capacidade de espalhar o mercado creditício em grande extensão geográfica, tinha a possibilidade de *mascarar* as deficiências do mercado, porque o rompimento da “bolha imobiliária” se deu de maneira descontínua e não uniforme em vários estados norte-americanos. No entanto, tal situação se agravou ou ficou extremamente aguda quando os valores dos imóveis, vale dizer das garantias, caíram a menos da metade dos créditos, ocasionando o aumento das vendas extrajudiciais e o abandono dos imóveis⁷. Essa situação, para Posner (2009, p. 48-54), põe em xeque o mercado de securitização imobiliário, inclusive afugentando investidores estrangeiros que não estão preocupados em saber quem é o proprietário do crédito imobiliário ou qual é a complexidade do mercado secundário de títulos.

Sabe-se que esse evento norte-americano foi a origem de uma crise tornada global, com reflexos na economia mundial. E, portanto, passou a dar novos rumos na economia e nas relações proprietárias. Dessa maneira, para nós, que nas últimas décadas não tivemos um aprofundado estudo do atual estágio dos direitos de propriedade – *property rights* –, passamos a ter um cenário quase que ideal de reflexão e de busca do futuro de tais relações.

Em artigo mais recente, Singer (2010, p. 78) analisa esse evento de uma outra perspectiva. Ele narra que o Congresso norte-americano fez aprovar uma lei de falências que permite ao juiz estabelecer as novas bases para uma hipoteca de *subprime*, reduzindo o valor do principal da dívida. E tal posição se deve ao fato dos efeitos devastadores dos milhares de *foreclosures*, que tiveram pesados reflexos tanto na economia americana quanto mundial. Evento que afetou não somente os devedores, mas a sociedade em geral.

7. Note-se que mesmo neste ano ainda existem vendas em *foreclosures* em que os imóveis estão sendo vendidos por valores muito baixos, revelando que a crise imobiliária ainda persiste. Por exemplo, uma casa em Orlando, Estado da Flórida, cujo valor era de US\$ 482.000,00, encontrava-se em subasta com o lance inicial de US\$ 90.000,00. Fonte: *Orlando Sentinel*, 11.02.2010, caderno imobiliário. p. 24.

A vizinhança dos imóveis que foram a leilão também sofreu os efeitos dos mesmos, experimentando uma redução considerável nos seus valores, sendo, na expressão de Singer “dilapidados”, como resultado da falta de manutenção dos imóveis que foram abandonados pelos bancos, funcionando como uma barreira para a reconstrução econômica, afetando, por conseguinte, a comunidade. A face externa da prática dos empréstimos *subprime* é evidente e visível para qualquer pessoa, sendo impensáveis os efeitos devastadores do evento, que se constitui em um verdadeiro pesadelo. De outra parte, o mercado financeiro vai diminuir o número de empréstimos hipotecários que realizará e aumentará a taxa de juros, atingindo potenciais compradores e a comunidade em geral.

A proposta legislativa também trouxe consigo a discussão, fundada na quinta emenda da Constituição norte-americana, quando determina que ninguém será privado de sua propriedade sem a justa compensação, uma vez que os bancos emprestaram o dinheiro e têm o direito a recebê-lo de volta integralmente. Dessa maneira, uma legislação tal como idealizada, faria um dano patrimonial aos bancos, que receberiam menos do que o devido. E tal situação também possui previsão legal. Estando, portanto, criado um impasse. Uma vez que os bancos, desde sua perspectiva, só realizam empréstimos para as pessoas que eles desejam, estão preocupados somente com seus próprios atos. Relegando a um segundo plano toda a sociedade, que já sofre com a recessão econômica originária dos empréstimos advindos da indústria de hipotecas (SINGER, 2010, p. 79).

Por certo, tanto o abandono das antigas ideias do *ancien* liberalismo como do *nouvelle* estado liberal são pontos marcantes para uma investigação. Primeiramente, temos como certo que as regras proprietárias advindas da leitura de nossa Constituição e de nosso Código Civil devem ser relidas. De outra parte, os modelos proprietários desenvolvidos no final do século passado – tal como justificado anteriormente – não podem persistir. Como acontece nos Estados Unidos, nosso mercado imobiliário, notadamente o de hipotecas ou de outras garantias reais, padece das mesmas deficiências. Há um mercado irreal, que pratica preços irreais, revelando uma tensão indesejável entre proprietários e não proprietários, bem como entre credores e devedores. Acrescente-se uma tendência – muitas vezes tímida – da criação de um mercado de securitização de títulos desenvolvida a partir do final da década passada, fazendo surgir um mercado emergente de títulos secundários ou de *subprime*, para tomarmos emprestada a expressão norte-americana. Mercado esse que, sem dúvida alguma, possui as mesmas características de seu modelo, principalmente a capacidade de se irradiar em grande extensão demográfica, dadas as dimensões de nosso País.

A irrealidade de nosso mercado imobiliário é o cenário ideal para a proliferação de um mercado informal, desenvolvido à margem do direito e da estatalidade.

Portanto, é bastante usual o estabelecimento de relações jurídicas assemelhadas às negociações com direitos de propriedade e que possuem uma denominação e uma “roupagem” desses direitos, mas que em realidade não os são.⁸ Por fim, as assimetrias informativas, os custos de transação e de informação são fatores que incentivam a proliferação de um mercado imobiliário informal.

2.2. A visão estática da propriedade

Podemos iniciar o moderno estudo da propriedade a partir dos ensinamentos de Hardin no já clássico *A Tragédia dos Comuns* (*The Tragedy of the Commons*) (1968, p. 48). Nesse existem conclusões acerca da necessidade de uma limitação do caráter individualista dos direitos de propriedade, diante da constatação da existência de bens escassos e, portanto, que devem sofrer uma regulamentação do Estado em contraposição a uma liberdade irrestrita.⁹

De igual maneira, nos Estados Unidos há aproximadamente dez anos os estudiosos do *democratic model of property law* indagavam *what is property?* (SINGER, 2000, p. 2; 2005a, p. X; 2005b, p. 2; UNDERKUFFLER, 2005, 11). No atual cenário, o tema retorna com debates mais aprofundados, diante da necessidade de estabelecer uma regulamentação pelo Estado das modalidades de relações a ela inerentes, abandonando – ou pelo menos mitigando fortemente – a autonomia e a liberdade contratual, mediante a proposta do estabelecimento da nova teoria da *propriedade como norma de obrigação social* em contraposição à teoria do direito e economia (ALEXANDER, 2009, p. 745; PEÑALVER, 2009, p. 822; PURDY, 2009, p. 949; SINGER, 2009, p. 1010), conseguida a partir da necessidade da agregação de valores sociais e humanos além do econômico, mesmo porque a propriedade é uma *instituição* política e social.

De outra parte, revela-se até graciosa a análise que faz Guilarte Gutierrez (2006, p. 10), ao estabelecer que a atual propriedade, dentro do marco do direito

-
8. Esse fenômeno pode ser facilmente verificado nas favelas da cidade do Rio de Janeiro. Estas têm origem na ocupação do solo urbano, não existindo vínculo jurídico algum entre o ocupante e o verdadeiro titular do direito de propriedade. A complexidade das comunidades fez surgir associações de moradores, bem como, infelizmente, grupos paramilitares e pessoas que controlam tais comunidades. Essas estruturas, para aumentar o seu poder e o seu controle, passaram a intervir diretamente no mercado imobiliário informal, criando verdadeiros “cartórios das comunidades”, onde os negócios jurídicos imobiliários são realizados com características quase idênticas às da atividade do Estado. E nesses locais é possível se encontrar um elevado custo de transação, normalmente superiores à prestação de serviço estatal.
 9. Mattei (2000, p. 1) afirma que nas Universidades nos Estados Unidos e na Europa o estudo dos direitos de propriedade se inicia com este texto.

civil, está cada vez mais longe de seu modelo quirritário, mesmo porque vem em um processo desmaterializador, abandonando o *corpus* e sendo introduzida no virtual. E, para tanto, nessa tarefa confluem civilistas e quiromantes, estes cada vez mais presentes no futuro legislativo das instituições jurídico-privadas.

O questionamento acerca do que vem a ser a propriedade, notadamente a imobiliária, não pode passar despercebido em nosso País, muito embora ainda não tenhamos uma profunda reflexão doutrinária concernente às mudanças que a mesma vem sofrendo ao longo das últimas décadas quando, fundamentalmente, somente se reafirmam os antigos conceitos e categorias, sem existir a devida atenção às suas transformações.

Os novos contornos da propriedade imobiliária devem ter como ponto de partida as noções contidas na Constituição Federal nos incisos XXII e XXIII do seu artigo 5º, bem como a estampada no § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, sem descuido do artigo 182 da mesma Carta Política, com o lançamento de seus pressupostos teóricos segundo a perspectiva civil-constitucional, abandonando uma noção e categoria individualista, fundada na necessidade da mesma em atender mais às necessidades da coletividade, impondo ao seu titular uma série de restrições ou limites, chegando, finalmente à conclusão de que a mesma é bem mais um *poder restringido*.

Até hoje os estudos da propriedade imobiliária sempre se voltaram ao estabelecimento da mesma como uma garantia, a partir da repetição do mesmo texto nas diversas Constituições do País. Dessa forma, sempre se preservou o seu caráter individual, que bem pode ser traduzido no *poder de direito que alguém tem sobre alguma coisa e que deve ser respeitado pelos terceiros*, prestigiando de maneira exacerbada o *ter* em contraposição ao *ser*. Essa maneira de pensar, quase imutável, desconhece que o correto, em nossos dias, é a visualização da propriedade mediante relações pessoais, que devem atuar em prol da sociedade ou da coletividade. Portanto, desde logo, deve-se repensar as relações básicas e fundamentais da propriedade, ou seja, aquelas inerentes ao sujeito em conjugação com a coisa ou com o bem. Já não se pode admitir que tais relações detenham a categorização de reais, desenvolvidas entre o sujeito e a coisa, mas, sim, mediante uma evolução do pensamento para se chegar à conceituação de que a propriedade é, em realidade, dotada de relações pessoais, ou seja, entre pessoas. Culminando com o entendimento de que a mesma vem a ser uma relação entre pessoas que as vincula a determinado objeto ou bem.

Nesse compasso, Orlando Gomes (1983, p. 31) estabelece que a propriedade de sempre foi o núcleo central de todas as codificações editadas até o século passado, mas que a partir das guerras deixou de ter seu eixo principal no direito civil, migrando para o direito público, mas o ponto de partida do estudo desse

instituto, para qualquer finalidade, até mesmo a econômica, sempre será a normativa civilista. E é a partir dessa base civilista que podemos visualizar seu perfil e sua concepção, fundada no individualismo e no caráter sagrado do instituto. Sendo, inclusive, o alicerce para a sua transposição constitucional que permite a sua moderna fundamentação.

Entretanto, como explica o autor, a codificação realiza a definição da propriedade a partir da análise descritiva de seus atributos. E, mediante direitos elementares, realiza a enunciação das características descritivas desse direito, tido como pleno e que é exercido sobre a coisa ou o seu objeto mediante: a absolutividade, a inerência, a exclusividade e a perpetuidade. Desconsiderando a importância social da propriedade, muito embora desde o início do século passado esta sempre foi o centro do sistema jurídico privado, em torno da qual, mesmo nos momentos de crise, as mudanças na experiência jurídica e as soluções dogmáticas sempre gravitaram juntamente com outros institutos de direito privado.

Uma das principais transformações da propriedade privada, experimentada a partir da segunda metade do século passado e que teve seu apogeu na década de setenta, foi a sua migração para o direito constitucional, fenômeno existente também em outros países como a França, Suíça, Itália e Alemanha. À parte disso, no período começaram a proliferar leis especiais de direito público, que completam a transferência de uma boa parte da instituição para o território constitucionalizado.

Para Orlando Gomes (1983, p. 33-34), o marco inicial dessa transição foi a Constituição de 1934, quando esta se afastou do conceito estático da propriedade consagrado no Código Civil de 1916 e substituiu-o por um conceito dinâmico, tendo em consideração sua função social. E, em uma curva ascendente, eleva à categorização constitucional o condicionamento à função social, à dignidade da pessoa humana, bem como um princípio basilar da ordem econômica e social, sempre possibilitando a intervenção do Estado no sistema proprietário. O dualismo *propriedade e economia* é um fenômeno do capitalismo, que muito embora possa sofrer críticas, alçou a disciplina da propriedade privada para a regulamentação no capítulo da ordem econômica e social das constituições modernas.

Acerca da disciplina do direito civil que acolhe a Carta constitucional, é de fácil reconhecimento que o novo direito civil brasileiro somente trata de matérias já amplamente consagradas e desenvolvidas, tais como a família, a responsabilidade civil e o direito sucessório, deixando de lado um estudo mais aprofundado e racional da propriedade privada, reafirmando conceitos seculares ou multisseculares em relação à mesma.

A tradução constitucional dos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição Federal, quando estabelecem a garantia do direito de propriedade e que esta deve

atender sua função social, é tida como um dogma imutável, não necessitando maiores estudos. Mas, é certo que tais conceitos – envoltos em fluidez extraordinária –, mereceram, até os dias atuais, poucos estudos por parte da doutrina. Os juristas preferem reafirmar a conceituação de tudo aquilo que já foi examinado em relação à propriedade privada, deixando de enfrentar suas novas características – multifacetárias, por certo –, ao argumento de uma consolidação conceitual e de sua natureza jurídica, ao longo de vários séculos, atingindo seu mais alto grau na segunda metade do século passado.

Nesse, a propriedade deixou de ser considerada um direito pleno, no qual seu titular tinha a *feixe de faculdades* ou *atributos* traduzidos em uma verdadeira *plena in re potestas*, passando a ser limitado a partir da supremacia do *social* sobre o *individual*. O proprietário pode se valer de seu direito desde que exista um uso conforme as necessidades da sociedade e de acordo com as limitações impostas pelo Estado em relação à mesma.

2.3. A propriedade constitucionalizada

Nossa Constituição adota uma posição intermediária entre a restrição de propriedade privada e sua quase completa liberdade. O modelo escolhido foi de uma *propriedade funcionalizada*. Dada essa *funcionalização*, o texto constitucional busca, em primeiro lugar, a distribuição equitativa desse recurso escasso em sociedade sem se preocupar com o conteúdo da propriedade. Entretanto, essa inserção contém um significado que não se encontra em conformidade com a disciplina do direito civil, que possui um significado envolto da técnica proprietária e que busca seu desenvolvimento e forma de aplicação (MATTEI, 2001, p. 93).

A propriedade constitucionalizada reconhece o direito de propriedade e o condiciona a uma função social, delimitando seu conteúdo de acordo com as leis. O reconhecimento da *instituição propriedade privada*, na filosofia política e social, é a tradução da mesma mediante sua afirmação como peça essencial que, por uma parte constitui o substrato necessário para o desenvolvimento e o exercício das liberdades individuais e, em especial, para o desenvolvimento da personalidade, sendo, portanto, uma peça essencial nas constituições econômicas, mediante o reconhecimento de um sistema econômico do qual a propriedade privada faz parte (DIEZ-PICAZO, 2006, p. 17).

O reconhecimento da propriedade privada ou dos direitos de propriedade como parte de um sistema econômico, impõe que a propriedade constitucionalizada seja reconhecida em vários aspectos ou facetas, que dessa forma possam ser reservados ao Estado, sem que com isso a mesma se converta em um bem público, tal qual os de produção. Mesmo porque a propriedade constitucionalizada

e integrante do sistema econômico permite, ao mesmo tempo, o reconhecimento da liberdade de empresa e a liberdade de iniciativa econômica. Portanto, a propriedade é um suporte para a liberdade individual e de dignidade da pessoa humana.

Vista dessa forma, mesmo o inciso XXII, do art. 5º da Constituição Republicana, ao garantir a propriedade privada, não faz nenhuma alusão a seu possível conteúdo. Unicamente, o inciso subsequente indica que a mesma deve estar sujeita a uma função social estabelecida pelas leis. Nesse aspecto, Diez-Picazo (2006, p. 18) realiza a crítica pela qual entende não haver uma inteira remissão do conteúdo do direito de propriedade a uma simples ação legislativa. O fato de se reconhecer o direito com um nome e um sobrenome que remetem à tradição jurídica pré-constitucional parece significar alguma coisa, e que de nenhum modo cerceiam a possibilidade da atuação do legislador, antes que possa entrar em jogo a denominação de função social. Para tanto, o autor se posiciona no sentido de que o direito de propriedade privada faz parte de uma atribuição de bens, que não somente os coloca nos termos econômicos daquilo que se possa denominar de setor privado, mas também coloca-os nas mãos dos particulares, permitindo que estes possam adotar medidas e decisões a respeito do destino de tais bens ou a forma de extrair deles os seus rendimentos e benefícios. Portanto, somente nesse sentido é compreensível uma instituição denominada propriedade privada.

Como consequência lógica dessa reflexão, fica a indagação se a propriedade privada deve, para cumprir sua função social, ter seu conteúdo submetido à delimitação da lei. Ou ainda, se há reserva de lei para que possa haver a assignação da função social da propriedade e, por conseguinte, de seu conteúdo. A resposta a tais indagações pode ser encontrada em outra pergunta: o que se deve entender por função social da propriedade?

Primeiramente é importante considerar que a *funcionalização* da propriedade privada é um tema extremamente difícil e delicado, dada a sua extrema fluidez, aliada à necessidade de sua colocação dentro do tempo e do espaço, bem como as considerações sócio-políticas existentes em um determinado momento em que se estuda. Estes motivos fazem com que os autores evitem defini-la (RODOTÀ, 1990, p. 213; DIEZ-PICAZO, 2008, p. 57)¹⁰ sem, contudo, deixarem de reconhecê-la como uma importância central de uma ideia nova.

A doutrina sempre indicou que a função social da propriedade tem origem, provavelmente, na chamada doutrina social da Igreja Católica (DIEZ-PICAZO, 2006, p. 18; RODOTÀ, 1990, p. 216), sendo uma formulação que nunca dei-

10. Mattei (2001, p. 105) chega a dizer que a função social da propriedade é um tema espinhoso.

xou de possuir certa ambiguidade, porque, de uma parte pode se constituir em uma justificação de invasão ou da intervenção na propriedade privada e, por outra parte, em um jogo para a manutenção da instituição. Porém, mesmo a partir de uma visão extremamente individualista, nesta é possível o reconhecimento de direitos dos proprietários e dos não proprietários. De igual modo, pode-se visualizar a função social do direito de propriedade como uma instituição reconhecida pelo Estado, e como tal, nada mais resta ao seu proprietário senão cumpri-la. Da junção desses posicionamentos e dentro de um Estado social de direito, poderíamos chegar à conclusão de que a função social dos direitos de propriedade é uma via para permitir ao legislador intervenções no direito de propriedade privada, de acordo com os interesses inerentes a esta, mediante a combinação entre direitos dos proprietários e dos não proprietários. Porém, certo é que nenhuma dessas formulações atende por completo à tentativa de se definir o que vem a ser a função social da propriedade. Segundo uma ou outra visão, podem-se acrescentar argumentos que busquem a sua melhor definição, dentro de um critério espaço-temporal.

De outra parte, importa considerar que de nada serve a conceituação do condicionamento da propriedade à sua função social nos contornos atualmente existentes, posto que é inadmissível que esta esteja vinculada a uma atuação do *político*, possibilitando que exista uma verdadeira incerteza conceitual fluida, mutável e transformadora com o decorrer dos tempos, sujeita às intempéries do momento institucional da Nação. Com isso, é fundamental que a noção de função social seja separada da noção política, possuidora de cunho ideológico, mesmo porque a conceituação de função social deve existir, tal como a Constituição, de forma perene, e ser dotada de segurança jurídica, mesmo que mínima, ou composta de *standards* previamente definidos, possibilitando que esta atravesse os anos sem modificações constantes, abruptas e periódicas.

A função social possui, também, a finalidade de se colocar um limite na tradicional absolutividade do domínio, conforme salienta Diez-Picazo (2008, p. 65), mesmo porque ainda possui a função de dever moral e por se configurar um dado externo da estrutura proprietária que busca balizar os atos e condutas dos proprietários em relação ao exercício de seu direito. Igualmente, é um importante método de se demonstrar a forma de proteção de sua estrutura e de garantir sua sobrevivência. A propriedade não está vinculada ao exclusivo interesse de seu titular, pois existem os interesses de terceiros e, em última análise da coletividade. Portanto, o exercício da propriedade não pode lesionar interesses sociais e esta não pode ser utilizada de maneira contrária à coletividade.

Por todos esses sentidos, cremos que a razão está com Diez-Picazo (2006, p. 21), ao concluir que muito mais importante que a realização de uma definição

hermética é a necessária decomposição dos contornos inerentes à propriedade privada que realiza o texto constitucional. Para tanto, a Constituição realiza uma reserva legislativa pela qual podem ser introduzidas limitações no exercício das faculdades determinantes do direito de propriedade. Do mesmo modo, possibilita o estabelecimento de deveres especiais de conduta dos proprietários e dos não proprietários. E, por fim, abre a possibilidade de criação de categorias especiais de bens e, por conseguinte, de regimes jurídicos diferenciados e especiais.

Dessa forma, a garantia constitucional do direito de propriedade transcende sua simples função social. Indo mais além, deve ser vista também como um limite da propriedade, devendo-se sempre ter em consideração as necessidades de eficiência do mercado. Permite que o *bem da vida* proporcione o desenvolvimento econômico e social, porém tal caráter econômico passa a ser redefinido, não mais se admitindo a noção multissecular até então desempenhada, sendo bem mais que uma maneira ou modalidade de sujeição do bem a uma finalidade que transcenda as fronteiras de seu próprio titular e tenha um sentido coerente para a coletividade.

2.4. A propriedade no Código Civil

Ao admitirmos no direito civil a divisão em planos – superior e inferior –, as noções de propriedade existentes na Constituição e no Código Civil são distintas. Portanto, além da análise inerente à propriedade constitucionalizada, impõe-se o reconhecimento das características de técnica jurídica envoltos nesse último texto legal. As afirmações até aqui estabelecidas do caráter estático e pouco transformador da propriedade no último século revela, no entanto, a tentativa de mutação do instituto ao longo das décadas, com a finalidade de adequação e resposta às necessidades sociais. Muito embora boa parcela delas ter sido realizada à margem dos marcos legais, sendo muito mais fruto da utilização cotidiana de determinadas modalidades proprietárias existentes na sociedade.

Com essas bases encontramos diversas formas de *propriedades*, tais como as superpostas, justapostas, divididas, enfim, com as *modelações* indispensáveis ao mundo atual, olhando o direito para o futuro, a partir das experiências adquiridas no passado, de modo que as *redefinições* possam integrar o ordenamento jurídico da maneira menos traumática possível, como forma de conservar o existente e agregar novas *modelações*, sem, contudo, romper com todo o *sistema* vigente.

Portanto, como foi dito, a situação conformista e a idealização da imutabilidade do direito de propriedade permeiam a doutrina atual. Carecemos de estudos de maior amplitude para definir se essa conceituação, multissecular, não

está merecendo um novo contorno, para atingir as necessidades da sociedade em nossos tempos, deixando de lado as amarras tradicionais, já plenamente visualizadas e debatidas.

O abandono do caráter eminentemente individualista dos direitos de propriedade, mediante o ingresso de novos elementos que os conformam, já foi verificado no decorrer do século passado. Por diversas vezes se falou em limitações a esse direito, contudo, tal conceito ou atributo é totalmente equivocado pois, muito mais que limitar a propriedade, o que em realidade existe é uma nova maneira do seu reconhecimento. Dessa forma, o *feixe* de atributos de um proprietário não é mais o fator determinante para se saber qual é o conteúdo do direito de propriedade, e de igual maneira, no *common law*, o denominado *bundle of rights* deixou de ser elemento essencial para a conformação desses direitos.

Em realidade, o que existe são novos elementos que buscam conformar as relações de direitos de propriedade, estabelecidas a partir da atuação do Estado no mercado, discriminando uma série de faculdades mínimas que podem ser vistas e apropriadas pelo titular do direito. Os elementos intrínsecos dos direitos de propriedade devem ser estabelecidos a partir da alocação desses recursos escassos, permitindo, em maior ou menor escala, a adequada justificativa para a sociedade, onde algumas pessoas detêm muitas propriedades e outras nenhuma (WALDRON, 2002, p. 5). Da mesma maneira, Singer (2000, p. 6) entende que a lei que protege a propriedade deve ser a mesma que cria as condições para os outros se tornarem proprietários. Isso porque o conteúdo dos direitos de propriedade pode ser visto de diversos ângulos, tal como a motivação pela qual uma propriedade em particular deve ter seu conteúdo restringido, enquanto outra floresce com um conteúdo maior.

Portanto, um conceito moderno de propriedade tem que ser o de um sistema de regras que governem o acesso e o controle dos recursos materiais. E por recursos materiais devem ser entendidos os objetos capazes de satisfazer as necessidades ou os desejos humanos. Como aponta Waldron (2002, p. 31), em todos os tempos e em todos os locais os recursos materiais sempre são escassos, de acordo com a demanda que o ser humano tem em relação aos mesmos. Sendo óbvio, ainda, que alguns recursos são mais escassos que outros.

Por tudo isso, a propriedade deixa de possuir uma caracterização até então reconhecida de direito absoluto e irrestrito para ter contornos de um direito restringido, mediante a atuação do Estado exercendo um maior controle sobre as relações privadas de propriedade, que tem a possibilidade de dotá-la de *modelações*, haja vista sua *plasticidade*, reforçando o sentido estabelecido pelo Código Civil da supremacia do plural frente ao individual.

Para tanto, desde o final do século passado se pensou em duas importantes características da propriedade: o *conteúdo mínimo* e a *elasticidade*. Com isso, idealizou-se um *conteúdo mínimo* ao direito de propriedade, sendo este traduzido – aqui em breves palavras –, como aquele conteúdo indispensável para que a propriedade possa sobreviver como tal. A interferência do *Estado Social* na propriedade garante a existência desse conteúdo mínimo e, diante da *elasticidade e plasticidade* do instituto, este é capaz de se modelar e mover dentro de parâmetros situados entre seu conteúdo mínimo e o conteúdo máximo. O conteúdo mínimo, estabelecido como garantia constitucional, deve ser entendido como o conteúdo necessário e indispensável para a manutenção da propriedade como tal e evitar o seu desaparecimento.

A elasticidade, prevista no Código Civil, vem a ser a capacidade da propriedade de se modelar e se ajustar em determinados momentos para a constituição de outras modalidades de direitos reais. Sendo, portanto, um direito dotado de *plasticidade*, permitindo que se ajuste para atingir seus objetivos, podendo, ainda, sofrer *compressão*, metaforicamente comparada a um balão de borracha, sem com isso deixar de ser considerada uma verdadeira propriedade.

De igual maneira, é certo que dentro dessa zona ou baliza – mínimo e máximo – situamos o conteúdo da propriedade privada e, onde podemos encontrar o poder inerente ao proprietário. Assim, os atributos em relação à mesma, bem como a possibilidade de se estabelecer direitos e obrigações, estão ali contidos.

Deixar de lado a tentativa do estudo de uma redefinição do direito de propriedade, bem caracterizada pela noção francesa do *redéfinir le droit de propriété*, foi o caminho perseguido pela maciça maioria da doutrina. Revelando, dessa forma, um paradoxo, a nosso aviso, inadmissível, sob a frágil argumentação de que acerca da mesma já se tratou de tudo. Comodismo que, em um sentido laico, pode ser traduzido adágio: *as coisas são porque elas são*.

Se admitirmos tal aforismo, devemos deixar de considerar a disciplina do direito de propriedade segundo um conceito plural, da existência de *propriedades*, para admitir, unicamente, o seu conteúdo singular, *propriedade*.

Resultante dessa análise encontramos o direito de *propriedade* ou os *direitos de propriedades*, como bem já definia Jossierand no início do século passado e tão bem compreendido por Rodotà ao denominá-lo *il terribile diritto*, dada sua profunda capacidade de se transformar, modificar ou ser relido e revisto, como acontece com o art. 544 do *Code Civil*, que permanece com seu texto inalterado por mais de 200 anos. Contudo, possui uma moderna feição, afinada com a *plasticidade* desse *instituto*, conseguindo sobreviver nos dias atuais aos ataques que lhes são desferidos, mas sempre saindo adiante, como a mitológica ave fênix.

O estudo das novas transformações do direito de propriedade não é recente. Josserand (1927, p. 1), no início do século XX, já admitia uma *relativização* necessária ao conceito de propriedade. Sentido questionado e reconhecido, também, por Ripert (1988, p. 210) já na década de 50, ao idealizar um conceito de *propriedades* em oposição ao clássico entendimento de *propriedade* “Peut-on présence de tant de formes nouvelles parler encore du droit de propriété? N’est-il pas plus just de dire, em usant du pluriel, les propriétés, tant elles sont different les unes des autres”.

Tais considerações são, também, evidenciadas por Pugliatti (1954, p. 146), quando, na mesma época, já percebia a necessidade de se repensar as relações jurídicas do homem com seus bens, abandonando sua concepção individualista e buscando a relativização do conceito de *propriedade*, a partir do deslocamento do sujeito da noção de propriedade. Partindo dessas premissas, Grossi (2006, p. 5-6) propugna uma reconsideração teórica, afastando-se de um modelo individualista centrado no *meu jurídico*, no sentido de atingir uma pluralização proprietária relativizadora.

Entra em jogo, então, o princípio da autonomia privada, agora sem o caráter absoluto de outras épocas, mas, como adverte Carbonnier, em sua obra de referência (2004, p. 2036), como um princípio sistemático, que existe com o auxílio da *normatização*, em função das limitações que sofre, sobretudo originárias da *sistematização* da ordem pública, pela moral e pelas normas imperativas. E, é principalmente a partir desse princípio que surgem os novos direitos reais, ligados às exigências e necessidades de interesses concretos, existentes na realidade do tráfego jurídico negocial.

A autonomia dos direitos de propriedade vem sendo freada paulatinamente, sobretudo mediante a atuação do Estado quando retira de seu titular parte do poder de controle que tem sobre a mesma. Tal redução se dá sem que com isso haja um dano para com os terceiros, mas em sentido contrário, é para a própria defesa destes. Para Singer (2000, p. 28), a atuação estatal, em maior ou menor escala, visa regular as relações em prol da sociedade.

É impossível se pensar que *os direitos de propriedade* vêm perdendo importância, sobretudo com as indicações constitucionais tendentes a sua garantia ou um deturpado entendimento sobre o que é sua função social. É correto vislumbrar sua modelação, dentro das novas necessidades sociais, podendo-se, até mesmo, enquadrá-lo como uma garantia ou direito fundamental, como hoje vem sendo discutido, tomando como *matriz* não somente o texto constitucional, mas, principalmente, a sobrevivência da sociedade como um todo e, da pessoa humana individualizada, em particular.

Justamente por serem os *direitos de propriedades* uma verdadeira garantia constitucional, na atualidade, o instituto jurídico cobra uma especial relevância, merecedor de estudo desse novo formato, com a *redefinição* de determinadas facetas que lhes integram, deixando introduzir o *direito novo* não à custa de uma eterna luta prolongada ao longo dos séculos como se refere Ihering, mas, simplesmente, diante das novas realidades sociais e humanas.

A atribuída acomodação acerca das propriedades, no entanto, não é verdadeira. Tampouco pode ser admitida sem maiores questionamentos pela doutrina. Relegar o estudo do direito de propriedade a um segundo plano ou, mais concretamente, a um direito civil de segunda categoria, é deixar de lado o estudo de uma das partes mais importantes do direito das gentes, pois, o acesso à mesma, conduz a uma sociedade mais justa e igualitária.

Por isso, muito embora, também, seja uma conceituação estática e sem maiores questionamentos, a propriedade privada gravita dentro da ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal.

Nessas primeiras linhas buscamos estabelecer como marco teórico a noção de que a propriedade é bem mais um direito recorrente, que se amolda à nova sociedade que, em nossos dias, necessita cada vez mais da redefinição dos institutos jurídicos para que os mesmos possam realizar o direito de uma forma mais justa e objetiva, estreitando as diferenças entre as pessoas e garantindo, sempre, uma melhor condição da vida humana, principalmente em sociedade.

A essas reflexões devemos acrescentar o sentido inovador do Código Civil ao modificar em seu art. 1.225, e não por acaso, a denominação da tipicidade dos direitos reais. É de clara percepção que, ao contrário do Código revogado, o novo texto não fala de *propriedade plena*. Preferiu o legislador, seguindo a nova *modelação* estabelecida na segunda metade do século passado simplesmente denominá-la *propriedade*, como forma de paralelismo às demais formas e categorias de *propriedades* existentes e reconhecidas no sistema de direito civil.

A seu turno, a doutrina alemã, bem como a suíça, estabelece que a moderna propriedade, desde seu princípio estruturador, antes de se conformar como uma plenitude, possui um caráter absoluto (*absolutheit*) (BAUR; STÜNER, 1999, p. 29; TUOR; SCHNYDER; SCHMID; RUMO-JUNGO, 2006, p. 730). Porém, não se entenda por caráter absoluto, segundo Steinauer (2002, p. 336-337), a influência do antigo direito alemão, que entendia ser a propriedade uma individualização já não se justifica, bem como a possibilidade de constituição de um direito real mediante a transferência de direitos a ela ligada. Argumenta que, em realidade, existe um retorno à categoria romana de sua estruturação, em que esta é um conjunto de faculdades que podem ser *destacadas* ou *comprimidas* porque *la propriété est fondamentalement une et elle reste toujours semblable à elle-même*.

Ao estudar a estruturação dos direitos reais e qual seria a moderna tradução desse caráter absoluto, o mesmo Steinauer (2007, p. 41-43)¹¹ os estabelece como um direito subjetivo que confere a seu titular o poder de direção ou controle de forma direta, sem intervenção de terceiros, valendo-se de todas as funções que a coisa pode oferecer. De acordo com tal poder de controle ou direção, o direito pode ser total ou parcial. Sendo total, estamos diante da propriedade, e sendo parcial estamos perante os demais direitos reais ou direitos reais limitados. Dessa forma, esse sentido absoluto não guarda relação com o desenvolvimento individualista da propriedade, reconhecido como seu *abusus*. Na atualidade, estabelecer as propriedades como direitos absolutos significa, estruturalmente, reconhecer as suas plasticidades, modelações e elasticidades. Elementos capazes de serem separados ou comprimidos para oportunizarem o surgimento de novos direitos reais. Mesmo porque estes, como afirma Gondinho (2001, p. 90), revelam uma tipologia aberta, indispensável para a sobrevivência do próprio sistema, admitindo que a autonomia da vontade possa modelar novas espécies típicas.

Vale lembrar o entendimento de Henrique Mesquita (1991, p. 87) de que a constituição de um direito real limitado pode ser derivada de uma limitação ou *compressão*, de modo a afetar os poderes do proprietário da coisa, sendo que essa compressão é indispensável para o surgimento do direito real limitado.

Na interpretação de Díez-Picazo e Gullon (1997, p. 383), hoje em dia a relação entre a propriedade e os direitos reais está submetida à ideia de elasticidade. Há a *compressão* enquanto a propriedade encontra-se limitada, sendo que ocorre a descompressão quando o direito real desaparece, recuperando o direito sua figura e conteúdo. De outra forma seria bastante difícil a explicação dos direitos reais limitados, sobretudo nas suas relações obrigacionais. Assim, Piotet (1978, p. 9), metaforicamente, compara a *compressão* do direito de propriedade com a pressão que um corpo externo realiza sobre um balão de borracha.

Para Piotet (1978, p. 9), a *elasticidade* se diferencia do tradicional conceito de desmembramento que a propriedade pode sofrer, negando a existência, na atualidade, da teoria da separação ou da possibilidade de destaque de um direito desmembrado da propriedade. Donde se conclui que a *elasticidade* é um direito plenamente harmônico com a nova definição de propriedade, pois ela é plena quando os direitos reais que a limitavam desaparecem. A seu turno, Steinauer

11. O Professor suíço assim define: “Le droit réel (das dingliche Recht, il diritto reale) est un droit subjectif privé qui confère à son titulaire, à l’exclusion de tout autre personne, la maîtrise total ou partielle d’une chose ou d’une animal”, (2007, p. 39). Para Cornu, por *maîtrise* deve ser entendido o “poder efetivo de direção e controle sobre uma coisa” (2004, termo: *maîtrise*).

(2007, p. 41-43) estabelece que pela *elasticidade*, quando um direito real cessa, a propriedade recupera todo o seu volume.

Esse é o atual contorno dos direitos de propriedade. As inquietações reveladas no século passado são significativas e importantes, traduzindo uma reação ao inconformismo acerca da histórica estrutura estática da propriedade e a busca de soluções inovadoras para que essa *instituição* possa se *modelar* às necessidades sociais. Contudo, análises realizadas, em sua grande maioria, sempre buscam preservar e conservar o aspecto individualista da propriedade. E, em nossos dias se deve ir um pouco mais além, abandonando em um grau máximo as noções e conteúdo individuais, para estabelecer uma outra faceta dos direitos de propriedade. A proteção da sua individualidade está diretamente relacionada com a utilidade e utilização coletiva. Dessa forma, a técnica proprietária deve ter em consideração a coletividade, não só mediante as exigências do funcionamento do mercado, mas também mediante a coordenação dos interesses individuais e coletivos, proporcionando a sobrevivência da *instituição*.

3. A NECESSIDADE DO ESTABELECIMENTO DE NOVOS CONTORNOS PARA OS DIREITOS DE PROPRIEDADE. SUA MODERNA DINÂMICA

Na verdade, a propriedade deve ser vista como um meio de alegria, demonstrando as preferências pessoais de seu titular, pondo de lado as demonstrações de posses e riquezas, assim como o caráter de exercício das liberdades. Para tanto, deve possuir uma razoável regulamentação destinada a assegurar a legitimidade dos interesses coletivos, mediante uma legislação que defina a estrutura na qual as relações sociais e de mercado devam se mover, mediante a fixação de parâmetros de base para a mesma.

Ainda, muito recentemente, passou-se a entender que a limitação à propriedade não existe somente com a compressão, realizada de cima para baixo (*crushing*), mas também com a elevação do *solo* sobre o qual a propriedade se funda, mediante a determinação de parâmetros (*standards*) mínimos, destinados a dotá-la de funções política, ética e social. Muito mais que atuar na limitação da mesma (*crushing*), deve-se dotar esse direito de uma base, um *solo*, previamente definido, que permita a vida em comum em condições de decência humana (SINGER, 2009, p. 1062).

Em um primeiro momento, importa considerar que um moderno sistema de regras de propriedade, ao contrário do que existia em épocas anteriores, é composto de um número crescente de indivíduos e de organizações, agregados ao longo dos tempos em função da complexidade que tal sistema passou a ter. Esse crescente número de atores está diretamente relacionado com a competição

destes recursos escassos e se destina a que cada grupo possa fazer suas escolhas a respeito dos modelos proprietários. Dessa forma, desde logo identificamos que na atualidade as regras de propriedade são complexas, bem como complexos são os grupos de pessoas que nela intervêm, usualmente possuidores de interesses antagônicos entre si.

Essa conformação atende à funcionalização social da propriedade privada, reconhecendo e protegendo os direitos individuais de propriedade como uma questão principiológica. Porém, não se pode negar a existência de uma restrição, tanto no seu exercício quanto em sua forma de aquisição, destinados a evitar uma iniquidade social. Portanto, a atuação do Estado para equilibrar o mercado se revela extremamente importante na manutenção da estabilidade entre proprietário e não proprietário.

Entretanto, a importância desse papel estatal no cumprimento principalmente do texto constitucional não pode ser exagerada, mesmo porque as regras de propriedade devem buscar um balanceamento entre as necessidades políticas, a redistribuição e a estabilidade. Para Mattei (2000, p. 31), o ponto de equilíbrio existe nas modernas organizações políticas e é conseguido entre o puro mercado e as economias planejadas, e dessa forma seria atendida sua função social. Portanto, os direitos de propriedade devem ter sua parcela de responsabilidade social.

Os modernos sistemas legais, como é o nosso, tendem a regular fortemente os direitos de propriedade, mediante um sem número de normas centradas, em primeiro lugar na primazia de um Código Civil, onde mais que regras, existe a caracterização desses direitos. A partir dessa matriz se irradiam outras normas, tais como as urbanísticas, de meio ambiente, de edificações, dentre outras. Mas é no Código Civil que temos o suporte jurídico e técnico destinados à distribuição da propriedade. Mesmo nos países do *common law*, como advertem Hansmann e Kraakmann (2002, p. 3), na atualidade há uma enorme quantidade de textos legais concernentes aos direitos de propriedade, à semelhança dos sistemas de tradição romano-germânica.

Com isso, o caráter individualista dos direitos de propriedade existente no Código Civil deve ser balanceado com regras e normas externas, que possibilitem sua correta inserção no mercado, mediante uma atuação também correta do Estado. A situação ideal é a busca de uma liberdade proprietária que deva conciliar a organização da propriedade privada com o acertado funcionamento do mercado, como forma de gerar um benefício para os terceiros, o que vale dizer, em sociedade.

A necessidade de um correto balanceamento das regras do Código Civil sinaliza para uma leitura de seu texto devidamente inserido no próprio sistema proprietário. Como foi mencionado, o direito civil atual não lançou o olhar devido

para os direitos de propriedade, e isso se deve principalmente pela repetição normativa quase exaustiva que o código em vigor faz da legislação passada. Porém, é certo que sem um novo delineamento dos direitos de propriedade existentes no Código Civil tais regras não estão aptas a cumprir seu papel constitucional. Existe a necessidade da leitura desses direitos de acordo com as bases e fundamentos da normativa civil, bem como a realização de trocas e influxos com outros ramos do direito e, até mesmo, de outras Ciências.

Da mesma forma, a nova teoria americana da propriedade como norma de obrigação social (ALEXANDER, 2009, p. 745-746) entende que todos os proprietários possuem a obrigação com os demais não proprietários, destinada a proporcionar a liberdade indispensável, capaz de acolher as necessidades humanas a partir do compartilhamento do excesso produzido pelas mesmas. Todo o excesso da propriedade deve ser transferido para a coletividade, de forma a oportunizar o desenvolvimento dos demais.

Essas noções ou metas devem ter como fundamento um mercado em que a propriedade, dotada de uma complexidade intrínseca e de relações também complexas entre as pessoas, afaste por completo o entendimento da mesma como um valor singular de mercado, combinando, porém, o impacto de sua durabilidade com a estabilização de suas consequências na sociedade. Dessa forma, o proprietário consciente pode dela se utilizar de uma maneira ampla, sem se descuidar de seu caráter econômico, mas condicionado a um forte conteúdo moral (PEÑALVER, 2009, p. 821).

Daí podemos visualizar a propriedade imobiliária muito além de sua função social estabelecida pelos atuais parâmetros. E, também, sem descuidar de sua noção econômica, vinculá-la ao estabelecimento de um modelo de liberdade e democracia voltado para a sociedade. Para tanto, impõe-se, a partir da atenta leitura do § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, submetê-la a uma base mínima – doutrinária ou legislativa – que proporcione o correto estabelecimento visando atender às necessidades ambientais, de preservação do patrimônio histórico e artístico e impedindo que a mesma seja um meio, a mais, de condução de poluição dos recursos naturais.

A seu turno, o Código Civil, em radical mudança com o sistema anterior, abandona o período da racionalidade jurídica para passar a se exprimir por *princípios*, *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados*, buscando a *funcionalização* de certos institutos – os direitos de propriedade –, com vistas a atender às necessidades da sociedade moderna (AMARAL, 2008, p. 130). Dessa forma, é perfeita a *lição preliminar* deixada por Miguel Reale (2005, p. 37), ao afirmar ser extremamente prejudicial tentar-se a interpretação do novo texto com a mentalidade *formalista e abstrata* que permeou – até sua entrada em vigor – o Código Civil revogado,

bem como todo o *sistema* do direito civil. Para tanto, esclarece que o Código Civil tem como diretrizes dominantes a *eticidade*, a *sociabilidade* e a *operatividade*, valores que reputa essenciais. Esses novos rumos traçados pelo Código Civil demonstram, por si só, a imperiosidade do estudo do direito das *propriedades* com um norte distinto daquele até então vigorante. Dessa feita, abandonar determinados conceitos e preceitos tidos como imutáveis e concretos é de essencial importância.

A propriedade, inegavelmente, é, por garantia constitucional, um *direito fundamental* e uma *liberdade* (AUER; MALINVERNI; HOTELLIER, 2006, II, p. 29-30) e a sua utilização ocorre de acordo com as regras fixadas pelo direito ordinário. Consideram-se, sempre, as relações econômicas e sociais, permeadas de densidades variadas, conformadoras da noção de propriedade. Igualmente, é certo que a noção de direitos patrimoniais não pode ser reduzida aos conceitos definidos pela ordem jurídica, posto que são muito mais *condições de existência* de direitos e obrigações. A mobilidade inerente à propriedade constitui um *elemento central do sistema econômico*, fundado no mercado e na concorrência. A propriedade deve ser vista de forma variada, adaptada às circunstâncias e particularidades das trocas e influxos maciços e frequentes que caracterizam o mercado e a economia moderna. Dessa forma, a função econômica da garantia da propriedade é o elemento essencial integrante do *princípio da liberdade econômica* garantido constitucionalmente e que não pode ser derogado, a não ser mediante uma disposição constitucional expressa.

Contudo, não pode passar despercebida a crítica de Underkuffler (2005, p. 159-160), ao estabelecer que a constitucionalização da propriedade individual como garantia é controversa, entendendo que essa categorização é inapropriada. Isso porque tal visão se aproxima a uma idealização de um mercado livre que acentua a barreira referente a público-privado. Sendo que a inclusão da propriedade privada como um direito constitucionalizado reforça a noção desta como uma instituição pré-política, definida por regras e normas privatísticas que são legitimadas por demandas públicas. Para a autora, a crítica não se funda na constitucionalização em si mesma, mas que esta não seja suficientemente capaz de realizar aquilo que foi idealizado pelo Estado, mesmo porque a propriedade é uma das principais, senão a principal, pretensão individual. Entretanto, não há como considerar, ainda que se demonstre paradoxal, que a constitucionalização da propriedade é uma questão que deve ser compreendida para sua utilização social contemporânea e da vida política.

Esse posicionamento não pode prevalecer, mesmo porque os países que possuem uma Constituição que reconhece e protege a propriedade privada como um princípio, tendem a restringir a sua aquisição e o seu exercício como forma

de evitar uma excessiva iniquidade social (MATTEI, 2000, p. 31). Assim, como pondera Epstein (2007, p. ix), a sensibilidade nas transações importa na atuação do Estado na minimização dos muitos conflitos que possam existir entre várias pessoas, mas é por meio das *instituições* – tal como a *instituição* dos direitos de propriedade –, que se consegue resolver a dicotomia público-privado. Assim, a alocação da propriedade para vários grupos, tal como os individuais e os comuns, permite um maior desenvolvimento dos recursos escassos.

A garantia constitucional da propriedade privada revela a existência de uma pluralidade de funções que vão muito além da noção clássica de uma *função individual* e de uma *função institucional*. Segundo a *função individual*, a garantia da propriedade protege direitos patrimoniais concretos, tradicionalmente reconhecidos na doutrina, como a alienação, a conservação e a fruição. Porém, muito mais do que isso, e em superação ao modelo individualista tradicional, a proteção constitucional de cada um dos proprietários não implica que o exercício desse direito sobrepasse o domínio da vontade individual. A *função institucional* está fundamentada no sistema econômico, em consonância com as disposições infraconstitucionais. Por essa função, o sistema econômico é visualizado como um *sistema liberal*, com apoio na ordem econômica do mercado. Expressar essas relações em termos positivos significa que a economia repousa, principalmente, na iniciativa das partes privadas e na autonomia dos particulares. Por sua vez, a *garantia da propriedade*, assim como a *liberdade econômica*, por serem espécies de liberdades clássicas, estão dirigidas ao direito positivo.

Por essa razão, podemos concluir que na atualidade os direitos de propriedade em geral e as propriedades, em particular, cobram um novo formato.

Primeiramente a propriedade – dentro do mais puro sentido econômico –, deve cumprir seu papel no mercado, a partir de uma atuação do Estado, em maior ou menor grau. Tal atuação permite que dentro de um contexto social, um maior número de pessoas possa ter acesso à mesma. Para tanto, a instituição proprietária, ou melhor, o *property rights*, é um marco institucional destinado ao benefício comum.

De igual modo, as necessidades sociais da atualidade evidenciam a imperiosidade de abertura sistêmica dos *numerus clausus*, permitindo que novos direitos, embora não advindos de uma norma em sentido formal, desde que perfeitamente delineados, possuam a capacidade de serem incorporados à categoria de direitos reais.¹² Sobretudo se pensarmos na superação da categoria de direitos reais como

12. Em julgado ainda recente, o STJ – Superior Tribunal de Justiça admitiu a multipropriedade (*time sharing*) como um verdadeiro direito real, superando o sistema de *numerus*

as relações das pessoas e das coisas – relações reais – e formos ao encontro da noção de que estes direitos possuem, em realidade, relações pessoais, desenvolvidas de pessoa a pessoa. No momento atual as propriedades devem ser unicamente restringidas e justificadas por uma causa ou uma função econômico-social útil, de maneira a responder afirmativamente ao seu enquadramento.

A propriedade imobiliária vem se tornando, paulatinamente, um bem escasso, tento em vista o crescente aumento populacional, bem como a industrialização nas diferentes partes do globo (MÉNDEZ, 2008b, p. 1450). Sendo um bem escasso e não renovável, sua utilização deve ser feita mediante o respeito a determinadas exigências que dobam a eficiência e sua correta distribuição entre as pessoas.

Dessa forma, devemos criar mecanismos destinados a conciliar o ideal hegeliano pelo qual “todo mundo deve ter uma propriedade” com a escassez do solo, antes referida. Mesmo porque, consoante ensinam Gray e Gray (2008, p. 3) em um universo de bens limitados e de pouco altruísmo, os direitos reais devem sofrer uma regulamentação. Para tanto, o Estado deve conceber limites regulatórios aos proprietários para fruir e transacionar suas propriedades (WALDRON, 1988, p. 5), sem que com isso seja privado de sua liberdade e livre gerenciamento dos bens que se encontram em seu poder. Contudo, tais limitações concebidas pelo Estado devem, fundamentalmente, garantir a propriedade e regulá-la de forma a permitir o maior acesso de pessoas à titularidade desse bem escasso, dentro de um sistema de propriedade, sem o qual esta desapareceria, tal como ocorreu e ocorre em determinados países socialistas.

Nesse contexto, impõe-se o delineamento de um sistema de regras organizadas a partir do reconhecimento – mesmo porque é um direito fundamental – da propriedade privada, moldando seus contornos, seja para o atendimento às necessidades sociais, seja para garantir o acesso do maior número de pessoas à mesma, como forma de permitir o crescimento econômico da nação.

Para tanto, é imperativo o estabelecimento de um marco *institucional* (NORTH, 2005, p. 88), fundado em uma organização econômica eficaz e de uma estrutura de propriedade capaz de canalizar os esforços econômicos individuais para atividades que permitam a aproximação de taxa privada de benefícios em relação à taxa de benefícios (NORTH; THOMAS, 1973, p. 1). Nesse sentido, Greif (2008, p. 30) ensina que uma *instituição* é um sistema de fatores sociais que, em conjunto, geram a regulação do comportamento. Sendo a mesma formada por regras, normas, formas de comportamento, destinadas a regulamentar

clausus. Veja-se: STJ – 3ª Turma. REsp 1.546.165-SP. rel. p/ acórdão Min. João Otavio de Noronha. DJe 06.09.2016.

determinada situação social. Para os direitos de propriedade, vistos como uma *instituição*, consegue-se o respeito dos direitos privados, da identificação proprietária, da designação proprietária e dos meios de defesa da propriedade. De outra parte, seu delineamento importa na redução das imperfeições do mercado, derivadas da insegurança e dos custos de informação. Como forma de implementar tal modelo, podemos vislumbrar: a) a correta conceituação dos direitos reais, no sentido de *property rights* em oposição aos *liability rights*; b) a redução dos custos de transação e de informação; c) o meio eficaz de segurança da propriedade a ser proporcionado pelo Estado.

O estudo dos direitos de propriedade demonstra uma zona cinzenta na sua categorização, ao colocar de um lado a propriedade e, de outro, os demais direitos reais. Tal diferenciação foi, pelo menos no âmbito legislativo, dissipada com a redação do artigo 1.225 do Código Civil, que ao menos sob esse prisma, promove a igualdade de todos os direitos reais. Contudo, o simples avanço legislativo não é suficiente para atingir a transformação necessária à moderna caracterização dos direitos reais, principalmente quando aplicados às necessidades econômicas da sociedade.

Para tanto, por direitos reais devem ser entendidos todos aqueles direitos que contenham, no mesmo intervalo de tempo: a) o poder direto e imediato sobre a coisa; b) a exclusividade de sua utilização, sem que com isso sejam irrestritos. Tudo no sentido aproximativo da conceituação de *property rights* existente no *common law*. Mesmo porque, como estabeleceram Calabresi e Melamed (1972, p. 1072), os direitos reais só podem ser objeto de transação com o consentimento de seu titular.

A redução dos custos de transação e de informação são dois elementos essenciais para que a propriedade passe a ser funcionalizada. De um lado, a diminuição dos custos de transação pode ser alcançada mediante a atuação de agentes capazes de realizar a operação de aquisição ou de constituição de um direito real limitado de maneira mais eficiente possível, reduzindo os riscos a ele inerentes. De outro, as informações inerentes à propriedade – seja sua titularidade, sejam as limitações existentes – devem ser proporcionadas de maneira mais rápida, com extrema segurança e a custo menor. Dessa forma, os direitos reais podem ser úteis para a contratação de diversos usos da terra, como garantia de obrigações, principalmente creditícias (ARRUÑADA, 2004, p. 47; 2012, p. 43-44).

O Estado, ao realizar um controle – em maior ou menor grau – no mercado, deve pôr à disposição meios que garantam a segurança das operações de direitos reais. Quanto maior for a segurança obtida pela atuação estatal, menor será o custo da propriedade. E, por conseguinte, um maior número de pessoas pode ter acesso à propriedade.

Nas transações imobiliárias impõe-se a redução das assimetrias existentes entre as informações que o vendedor possui e as que o comprador deveria ter (MÉNDEZ, 2008a, p. 38), sendo tais assimetrias um dos pontos nodais de uma equação *segurança x insegurança* jurídica que dificultam o livre trânsito das propriedades. Esse fenômeno não é novo, bastando a análise da necessidade de superação do direito comum europeu com a introdução da *lex mercatória*, criada pelos próprios comerciantes para minimizar os riscos de uma insegurança jurídica. Já em outro momento, a necessidade do Estado em regular o mercado, sobretudo o mercado imobiliário, cria instituições voltadas para a segurança do tráfego, a exemplo dos registros imobiliários na Alemanha e em outros países europeus.

Para tanto, tende a ser ideal o sistema de registro de direitos, como é o caso brasileiro. Neste, pelo *iter* de aquisição de propriedade, o registro imobiliário é um registro de direitos, em contraposição a sistemas de outros países, que são registro de títulos. A existência de um sistema de registro de direitos diminui a assimetria e, por conseguinte, o custo de transação, quando evita que esta tenha que ser acompanhada do estabelecimento de direitos obrigacionais, tal como o seguro sobre a transação.

O delineamento da propriedade imobiliária para o futuro deve ter como fundamentos básicos as necessidades impostas pelo mercado e pela sociedade. Os requisitos acima apontados integram a instituição dos direitos reais, os *property rights*. E, como tal, a propriedade funcionalizada, para seu surgimento e manutenção, necessita que a instituição contemple esses elementos.

3.1. As instituições

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 (2008, p. 29), 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 im pessoais. 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 (NORTH; THOMAS, 1973, p. 1).

Os direitos de propriedade, conforme já assinalado anteriormente, são uma *instituição*. Torna-se necessário definir qual o papel dessa conceituação para o correto conhecimento dos direitos de propriedade nos dias atuais. Para tanto, em um primeiro momento, voltemos às definições expostas anteriormente por Grief (2006, p. 30), 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.

Assim, North (1990, p. 27), ao descrever sua teoria institucional, observa

My theory of institutions is constructed from a theory of human behavior combined with a theory of the costs of transacting. When we combine them we can understand why institutions exist and that role they play in functioning of societies.

[...]

The costliness of information is the key to cost transacting, which consists of the cost of measuring the valuable attributes of what is being exchanged and the costs of protecting rights and policing and enforcement agreements. The measurement and enforcement costs are sources of social, political and economic institutions.

Portanto, a teoria institucional se fundamenta em uma dupla base: a) a teoria do comportamento humano¹³; 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

13. A teoria do comportamento humano é explicada por North no capítulo 3 (1990, p. 17-26). Para nosso estudo interessa somente a teoria dos custos de transação.

(*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.

Para Greif (2006, p. 4), os benefícios sociais das instituições são os de promover o bem-estar, a cooperação e permitir as ações. Elas estabelecem os fundamentos do mercado, de forma eficiente, mediante a atribuição, a proteção, a alteração dos direitos de propriedade, bem como incentivam a especialização e a troca. Elas mantêm um nível sustentável de crescimento da população e atuam, através do Estado por *motivação*¹⁴, realizando a mobilização de recursos, bem como um plano de ação, voltados para os bens públicos.

A propriedade privada atua sobre um amplo espectro de bens e pode envolver uma pluralidade de direitos, incluindo a possibilidade de exclusão dos não proprietários, o auferimento de rendimentos, a realização de investimentos dos recursos e, finalmente, a possibilidade de transferência do bem para um terceiro. De outra parte, importa considerar, também, que a *instituição* dos direitos de propriedade alcança tanto o mercado formal como o informal. Dentro do mercado formal submete-se a previsões constitucionais, legais e judiciais, enquanto que no mercado informal se move dentro das convenções e dos costumes. Por intermédio da instituição pode-se definir o que os indivíduos podem fazer, e ao mesmo tempo, aquilo que lhes é proibido. No momento em que os direitos de propriedade são submetidos a uma definição e decisões da autoridade, podem ser determinados quais são os atores que nele vão intervir, bem como a forma de distribuição de riquezas na sociedade. Dessa maneira, tendo em vista sua importância social, os direitos de propriedade desempenham importante papel na economia (LIBECAP, 2004, p. 1). Do mesmo modo e sentido, o desempenho da *instituição* dos direitos de propriedade funciona como um elo entre a organização econômica e as premissas fundamentais do sistema jurídico (ACKERMAN, 1975, p. x). Portanto, a instituição dos direitos de propriedade se destina ao respeito dos direitos privados, da identificação proprietária, da designação

14. A. Greif prefere a utilização do termo “motivação” (*motivated*) no lugar de *enforcement*. E justifica que as ações podem ser induzidas tanto pelo medo de uma punição quanto por seguir as regras (2006, p. 8, n. 5).

proprietária e dos meios de defesa da propriedade. Dessa forma, os direitos de propriedade, tal como outras instituições, têm a capacidade de intervir nos custos de transação e de produção (NORTH, 1990, p. 5). A atuação da *instituição* proprietária deve influenciar, diretamente, na redução das imperfeições do mercado e buscar como resultado diminuir as incertezas na contratação desses direitos, bem como reduzir os custos de informação.

Tais incertezas permitem um maior grau de especialização, exigindo formas mais complexas de cooperação que elevam os custos de transação, se comparadas a universos reduzidos e menos especializados. Nesses universos reduzidos a cooperação tende a ser mais fácil porque existe um conhecimento mútuo entre as pessoas e, por consequência, existe menos desconfiança, reduzindo as incertezas. Isso porque as instituições nesses universos tendem a ser mais simples, produzindo um menor custo de transação, tendo em vista o conhecimento existente entre as partes que interagem. Entretanto, quando estamos diante de um ambiente mais amplo e especializado, a incerteza é maior, assim como também é maior o desconhecimento e a desconfiança, impondo que as instituições tenham uma maior complexidade. Tal complexidade revela um maior custo de transação ao ser comparada a universos reduzidos e menos impessoais. Contudo, mesmo nesses casos, as instituições conseguem seus objetivos de eliminação de incertezas e de desconfiança, embora à custa de uma elevação de custos de transação, conseguindo incrementar a produção e, com isto, o bem-estar social (MÉNDEZ, 2008b, p. 34-35). Igualmente, North (1990, p. 91) observa que o aumento de complexidade das relações proprietárias eleva o número de atores que devem intervir nas mesmas, tais como advogados, contadores e corretores, destinado a facilitar o intercâmbio em um universo econômico complexo. Assim, a passagem dos negócios jurídicos pessoais para os impessoais geralmente aumenta os custos de transação, mas possibilita a diminuição dos custos de produção, gerando um aumento econômico.

Para Méndez (2008b, p. 35), uma das razões das instituições são as *tecnologias defensivas contra as tentativas de engano*. Uma informação enganosa é inevitável devido à presença de uma desconfiança gerada pelo desconhecimento, usualmente estabelecida a partir da atuação do transmitente em relação a outra parte do negócio jurídico. Isso porque esta última é menos informada sobre os atributos jurídicos e economicamente relevantes do bem que deseja adquirir, levando o primeiro a ocultar qualquer informação ou característica que possa beneficiá-lo diretamente. Atitude que pode ser um importante obstáculo à concretização do negócio jurídico. Como forma de se evitar tais situações, nas economias que são fundadas em um intercâmbio impessoal, baseadas em uma contratação complexa e necessária para a realização do negócio jurídico, impõem-se a existência

de um terceiro que atue coercitivamente (*enforcement*) no cumprimento obrigatório das partes. Essa é a função essencial do Estado, que possui uma gama de possibilidades para fazê-los objetivamente através do sistema judicial (NORTH, 1990, p. 54).

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 isso 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 (NORTH; THOMAS, 1973, p. 5) Dessa forma, para Libecap (1993, p. 4-5), 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.

O novo arranjo institucional antes referido, segundo North e Thomas (1973, p. 6), permite que possa haver a redução das imperfeições do mercado e serve para aumentar a eficiência. Para eles, é possível a criação de novos direitos de propriedade, sem que isso signifique a alteração dos já existentes, que alguns sejam criados pela vontade das partes e outros mediante atuação do Estado. Portanto, os direitos de propriedade, vistos como uma *instituição* tem a capacidade de se modelar de acordo com as necessidades individuais e coletivas, e são um instrumento econômico útil para atender às modernas necessidades e os anseios da sociedade.

3.2. *O papel do Estado na proteção da propriedade*

A importância dos direitos de propriedade está intimamente ligada à existência da própria sociedade. Já se tornou célebre a passagem de Demsetz (1967, p. 347), quando estabelece *in the world of Robinson Crusoe property rights play no role*. Isso porque os direitos de propriedade são um instrumento da sociedade e têm seu significado na exata medida em que eles ajudam o homem a possuir expectativas em relação aos mesmos e que podem razoavelmente opor-se a outras pessoas. E tais expectativas se encontram nas leis, nos costumes e na moral de uma sociedade. Daí o acerto de Rawls (1999, p. 79), ao concluir que:

o bem de uma pessoa é definido por aquilo que para ela representa o plano de vida racional a longo prazo, dadas as circunstâncias razoavelmente favoráveis. Uma pessoa é feliz quando ela é mais ou menos bem-sucedida na realização desse plano.¹⁵

A propriedade, sobretudo a imobiliária, para que possa cumprir seu papel institucional, necessita da atuação do Estado, sobretudo para a aplicação de mecanismos coercitivos (*enforcement*) destinados ao cumprimento desses direitos. A melhor compreensão dessa atuação deve ser vista a partir de uma tentativa aproximativa de definição do que vem a ser a propriedade, muito embora, conforme já adiantado anteriormente, a grande maioria dos autores não realizam tal definição, dadas as múltiplas facetas da própria propriedade e ao caráter dinâmico que a mesma possui na atualidade. Para tanto, iremos nos valer de modernas caracterizações existentes na propriedade e reconhecidas pela doutrina, para a partir de então, estudar a própria atuação do Estado.

Assim, a definição conceitual de Waldron (2002, p. 31), 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,

15. Para Paul Dolan, professor de ciências comportamentais na London School of Economics e no Imperial College London, a propriedade traz propósito e felicidade. Cf. DOLAN, Paul. *Felicidade construída*. Trad, Rafael Montovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

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 (2002, p. 328) 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 (SINGER, 2005, p. 8, UNDERKUFFLER, 2005, p. 2-3). Tudo compoendo a gama de recursos e feixe de alocações que deve o Estado realizar.

Por último, surge a problemática dos recursos escassos. Tratando-se 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 (1977, p. 12), 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 diante das 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 (NORTH; THOMAS, 1973, p. 6). Disso 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 (MÉNDEZ, 2008a, p. 160).

Visto sob outro ângulo, Mattei (2000, p. 4-5) possui uma visão singular a respeito da atuação do Estado sobre os direitos de propriedade. Para ele, as regras de propriedade não necessitam da existência de um Estado, pois devem ser consideradas como produto “natural” de uma ordem espontânea cuja ideia pode ser concebida pelo termo *customary law*. Na verdade, prossegue o autor, as regras que presidem a alocação de recursos escassos é muito antiga, precedendo a ideia de Estado. Dessa maneira, há uma dupla origem de surgimento para a propriedade privada: uma, mediante a criação por uma lei, originária da atuação do Estado por seus órgãos competentes. Outra, surgida de forma espontânea, quando os sistemas sociais, nas várias fases de seu desenvolvimento, realizaram regras destinadas a regulamentar os direitos de propriedade, principalmente diante de conflitos envolvendo esses recursos escassos. Tais regras variavam de conteúdo, de local para local e de organização para organização, demonstrando a existência de uma lei natural concernente à propriedade individual, dotada de imutabilidade no tempo e no espaço (MATTEI, 2000, p. 5).

Diante de tais observações, Méndez (2008a, p. 162) 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.

3.3. *A problemática dos custos de transação e de informação*

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 (NORTH, 1990, p. 27). 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 (1967, p. 350), *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 (FURUBOTN; RICHTER, 2005, p. 47).

A primeira vez que se falou em custo de transação foi em 1937, quando Coase, no *The problem of social cost* (1988, p. 102), 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 (1973, p. 93), 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 (2005, p. 48) 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 (1990, p. 32). 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, destinado ao correto funcionamento da sociedade. Para tanto, deve contar com uma infinidade de mecanismos, de forma a atingir o maior número de cidadãos. Com isso 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.

3.4. *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 posam intercambiar seus direitos, permitindo que haja um aumento significativo de seu valor.

Com a especialização, esclarece Arruñada (2004a, p. 47), 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 (ARRUÑADA, 2004c, p. 140; 2012, p. 232). 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 (MÉNDEZ, 2008a, p. 38).

Para North (1990, p. 63), 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 (MÉNDEZ, 2008a, p. 40).

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. Nesse 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 (2008a, p. 40), 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 (1990, p. 64), 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 (2008b, 41)

[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 repute 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 desconfianças 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 (2001, p. 60) 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 têm 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. Nesse 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.

CONCLUSÕES

No presente estudo não se pretendeu tratar exaustivamente da matéria, mesmo porque no Brasil, como em outros países, a temática ainda é objeto de análise e debates, sem que se possa estabelecer – com o acerto semelhante ao ótimo de Pareto –, qual é o novo modelo do direito de propriedade. Simplesmente se buscou lançar ideias coordenadas como um início de um novo enfoque para o estudo da propriedade. E recordemos que em nossas Academias, seguimos ensinando a propriedade tal como a herdamos no início do século passado, calcados sempre na manualística que, por certo, já não consegue explicar todas as facetas da mesma. Para tal estudo, entretanto, deparamo-nos com a quase inexistência de trabalhos em nosso País, razão pela qual a comparação foi largamente utilizada, procurando sempre que possível dosá-la, pois, como afirma Joaquín Garrigues, *não se pode transportar um instituto de um país a outro como se fosse um trator ou uma geladeira*.

Com tais motivações, e dentro de um espírito destinado a contribuir com o lançamento de novas bases para o estudo dos direitos de propriedade, notadamente a propriedade imobiliária, entendemos que sua nova visualização tenha seu início em um tripé: *propriedade, estado e mercado*. De pronto, deve-se analisar o atual estágio da propriedade, apontando alguns problemas que devem ser solucionados para garantir o seu porvir. Em segundo lugar, demonstrar novos contornos da propriedade e indicar a definição do papel do Estado nas relações proprietárias, bem como os seus limites e forma de intervenção. Finalmente, a atuação do mercado como forma de garantir o acesso desse bem escasso a uma maior parcela da população, impedindo a continuação de tensões já plenamente detectadas entre proprietários e não proprietários.

A temática é extensa, como também são inúmeros os desdobramentos que o estudo indica. Portanto, não seria adequado tentar esgotá-lo no presente ensaio, mesmo porque se revelaria pretensioso e sujeito a equívocos e erros. O que se busca é uma primeira análise da matéria, mesmo porque, como já assinalado, carecemos de modernos debates sobre os direitos de propriedade, principalmente na sua modalidade imobiliária. De outra parte, entendemos importante a inserção dessa moderna discussão, a exemplo de outros países como Estados Unidos, Espanha e de certo modo a Suíça. Disso resulta que, muito mais que conclusões, almejamos um primeiro delineamento para que se possa, no futuro, dar continuidade e sedimentar tais ideias.

Já salientamos que não deveríamos chegar a conclusões, mas sim, um caminho a mais que possam percorrer os direitos de propriedade. Portanto, estamos diante do um início de novas ideias, permitindo que as mesmas possam – e devam – ser complementadas. Porém, é certo que o mito da propriedade e sua imutabilidade já não podem prevalecer nos dias atuais, porque a propriedade é muito mais que aquilo colocado nos manuais e que estão prontos a serem explicados nas Academias.

Do longo desenvolvimento da propriedade no século passando, existe a certeza de sua transformação e evolução, na medida em que a mesma passou a ser visualizada como um direito dotado de modelações, plasticidade e de compressão. E isso não foi por acaso. Tais elementos integrantes da propriedade se destinam ao atendimento das novas necessidades sociais que se reclama da mesma e, também, para que novos direitos, categorizados como reais, possam surgir e possuir a autonomia indispensável ao seu desenvolvimento. Dessa maneira, a propriedade de serve de um instrumento de troca de riquezas.

Na mesma direção, já se inicia a evolução no significado das relações proprietárias, quando se passou a observar que essas devem se desenvolver entre as pessoas, ou seja, relações pessoais de pessoa a pessoa, que tem por objeto um determinado bem. Assim, a propriedade deve ser vista como o *poder de direito que alguém tem sobre determinado objeto escasso capaz de satisfazer determinado desejo ou necessidade humana*. Devendo ser perfeitamente inserida na sociedade e na comunidade. Para atingir tais objetivos, é indispensável a afirmação do papel do Estado nas relações proprietárias, mediante um mínimo de intervenção e regulamentação normativa, conseguindo, dessa forma, também, a correta inserção e influência no mercado. Como forma de se estabelecer o desejável modelo proprietário, podemos ter como parâmetro a inter-relação da *teoria institucional* e a *democratic model of property rights*, onde são estudados a propriedade como instituição e seus mecanismos para a redução dos custos de transação imobiliária, bem como o papel da propriedade na comunidade e na sociedade como meio de desenvolvimento do ser humano, permitindo o acesso de um maior número de pessoas ao direito de propriedade e a redução das indesejáveis tensões entre proprietários e não proprietários.

O marco inicial de um estudo sobre os direitos de propriedade deve ser uma visão estática e atual desse direito, conseguida a partir da análise da inserção no ordenamento jurídico, onde a propriedade constitucionalizada é *funcionalizada*, sendo peça essencial de um sistema econômico e estando sujeita a uma função social, estabelecida por legislação ordinária. A função social da propriedade, longe de se tentar defini-la, impõe o reconhecimento de um limite no domínio, pois a mesma não é de interesse exclusivo de seu titular, mas sim da coletividade, não podendo esta lesionar os interesses sociais e da comunidade. A reserva legislativa

presente no texto constitucional possibilita a definição do campo de atuação dos proprietários e dos não proprietários, mesmo porque a propriedade é um direito fundamental e uma liberdade. Como direito fundamental cobra do Estado uma atuação com mais vigor para que o maior número de pessoas possa ter acesso à mesma. Como liberdade, o acesso à propriedade é um importante elemento para o desenvolvimento da pessoa humana, sendo também dever do Estado o cumprimento dessa finalidade.

Desde a visão civilística e, partindo do suposto que deve haver uma unitariedade sistêmica da normativa de direito civil entre si e com outras Ciências, na propriedade pode ser observada a superação de sua caracterização como um *feixe de direitos* no qual estão reunidos os diversos direitos que a compõem, bem como no *common law* também já se superou a caracterização de *bundle of rights*. Os direitos de propriedade devem ser redefinidos. Para tanto, a propriedade deve ser vista no sentido plural e não mais no sentido absoluto de outros tempos. O correto é o estabelecimento da propriedade a partir da alocação desses recursos escassos, de forma adequada, permitindo a justificativa de sua existência, e tendo como diretriz que a lei que protege a propriedade deve ser a mesma que possibilita a outros se tornarem proprietários.

A nova feição da propriedade revela seu aspecto dinâmico, porém complexo, visto que nas relações de direitos de propriedade intervêm diversas pessoas e diversos grupos. Para tanto, é tarefa do Estado buscar o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, bem como de proprietários e não proprietários. Para que esse equilíbrio possa ser cumprido, torna-se indispensável a existência de uma legislação coerente, formada a partir do Código Civil, englobando normas urbanísticas, de meio ambiente e de edificações, permitindo o correto balanceamento dentro da normativa, e a convivência das normas do Código Civil com o acertado funcionamento do mercado. É de se observar que a propriedade funcionalizada atende à moderna estrutura do Código, desenvolvida entre princípios e cláusulas gerais, no sentido despatrimonializante e repersonificante do mesmo, a partir da unitariedade sistêmica antes referida. Portanto, a complexa estrutura dos direitos de propriedade deve atender a todos esses requisitos, não podendo uma norma existir sem estar integrada no sistema proprietário específico.

O caminho dos direitos de propriedade é o seu reconhecimento como *norma de obrigação social*, onde os proprietários possuem direitos e deveres com os não proprietários, bem como com a comunidade, entendida esta em um sentido amplo ou restrito. Seu sentido econômico deve ser a adequada utilização individual associada às necessidades morais e sociais.

O novo formato dos direitos de propriedade deve se iniciar com a atuação do Estado para garantir o acesso de um maior número de pessoas à mesma, que pode

ser equacionado através das instituições, tal como foi reconhecida a *instituição* dos direitos de propriedade. O Estado deve estabelecer os limites regulatórios para que os proprietários possam usufruir de seu direito dentro de um marco institucional onde uma organização econômica eficaz e uma estrutura proprietária adequada possam ser capazes de trazer benefícios sociais. Assim, entra em jogo a necessidade da correta compreensão das regras de propriedade, em oposição às regras de responsabilidade. Isso porque, o sistema proprietário deve ser sempre independente, uma vez que possui uma conformação própria e completa, não necessitando, para a proteção dos direitos inerentes à propriedade, de quaisquer elementos externos que compõem o direito das obrigações ou o direito contratual.

A *instituição* dos direitos de propriedade é composta de fatores sociais destinados a regulamentar um comportamento, sendo formada por regras e normas de comportamento destinadas a uma regulamentação social, definindo e delimitando o alcance e os privilégios dos indivíduos sobre seus bens. As regras de propriedade, ao permitir que a propriedade possa ser funcionalizada, devem atuar na redução dos custos de transação e de informação, reduzindo as assimetrias informativas. Para tanto, a atuação impõe a aferição de todos os custos que envolvem o negócio jurídico, permitindo que possam sofrer uma sensível redução nos mesmos, sendo uma forma a mais de garantir o acesso de um maior número de pessoas à propriedade. Ao atingir esses objetivos há a promoção do bem-estar social, a correta alocação do recurso – propriedade – em sociedade, bem como o incentivo à especialização da propriedade e sua troca. Dessa forma, torna-se possível a transposição de um mercado proprietário informal para um mercado formal. Essa transposição permite a troca de riquezas e que os titulares dos novos direitos de propriedade possam ter a segurança jurídica inerente a esses direitos e, também, possam transferi-los corretamente para terceiros.

Ao cumprir seus principais objetivos, a *instituição* dos direitos de propriedade funciona como um elo entre a organização econômica e o ordenamento jurídico. Para tanto, essa é uma tarefa que essencialmente compete ao Estado, pois ele é a única instituição que detém a capacidade coercitiva – de *enforcement*, na literatura do *common law* –, elemento indispensável para o correto funcionamento do mercado e do sistema proprietário como um todo. Dessa forma, o Estado intervém no mercado, atuando como concentração de dados inerentes a propriedade, impondo limites aos custos de transação e reduzindo as incertezas informativas, ao estabelecer a simetria informativa.

Toda essa nova visão dos direitos de propriedade pode ser vista na prática, quando determinados mecanismos expostos no presente estudo foram corretamente aplicados no rearranjo da propriedade, principalmente em locais de alta

densidade populacional e baixa renda dos habitantes. Sendo indispensável para tais modificações estruturais a presença do Estado, principalmente por meio de seus órgãos, como forma de coerção para que a transposição de um mercado informal para um mercado formal fosse possível.

Dessa forma, a razão está com Alexander, Peñalver, Singer e Underkuffler (2009, p. 744) ao estabelecerem

Property confers power. It allocates scarce resources that are necessary for human life, development and dignity. Because of the equal value of each human being, property laws should promote the ability of each person to obtain the material resources necessary for full social and political participation.

É inegável o poder da propriedade no desenvolvimento social e das pessoas. Para tanto, impõe-se a efetivação de uma moderna conceituação e o delineamento dos direitos de propriedade, com o abandono do modelo oitocentista, seja na doutrina, seja em nossas Academias. O Estado desempenha um papel indispensável para a conformação desse direito, atuando corretamente no mercado, balanceando-o, sem que com isso realize um papel intervencionista. E, é a partir dessa atuação que podemos conseguir o acesso de um maior número de pessoas à propriedade, permitindo, como finalística, o progresso econômico e social.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. *Economic foundations of property law*. Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1975.
- ACKERMAN, B. *Private property and the Constitution*. New Haven/London: Yale University Press, 1977.
- ALEXANDER, G. S. *Commodity & Propriety. Competing visions of property in american legal thought. 1776-1970*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- ALEXANDER, G. S. The social-obligation norm in American property law. *Cornell Law Review*, v. 94 n. 4, p. 745, may 2009.
- ALEXANDER, G; PEÑALVER, E. (Org.). *Property and community*. New York: Oxford University Press, 2010.
- ALEXANDER, G; PEÑALVER, E; SINGER, J.W.; UNDERKUFFLER, L. A statement of progressive property. *Cornell Law Review*, v. 94 n. 4, p. 743, may 2009.
- ALSTON, L. J; LIBECAP, G. D.; MUELLER, B. *Titles conflict, and land use – The development of property rights and land reform on the Brazilian Amazon frontier*. Michigan: The Michigan University Press, 1999.
- AMARAL, F. Uma Carta de Princípios para um Direito como Ordem Prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito e o tempo*

- (*embates jurídicos e utopias contemporâneas*). Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDERSON, T.; McCHESNEY, F. *Property rights*. Cooperation, conflict and law. Princetown: Princetown University Press, 2003.
- ARCE y FLORES-VALDÉS, J. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.
- ARRUÑADA, B. *Sistemas de Titulación de la propiedad* (un análisis de su realidad organizativa). Lima: Palestra, 2004a.
- ARRUÑADA, B. Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 27, n. 56, jan.-jun. 2004b.
- ARRUÑADA, B. *La Contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: CRPME/ Fundación Beneficentia e Peritia Iuris, 2004c.
- ARRUÑADA, B. *Institutional foundations of impersonal exchange (theory and policy of contractual registries)*. Chicago/London: The University Of Chicago Press, 2012.
- ASCENÇÃO, J. O. *direito civil*. Reais. 5. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ATIAS, C. Destins du droit de propriété. *Droits*, jun. 1985.
- AUER, A.; MALINVERNI, G.; HOTTELIER, M. *Droit constitutionnel suisse*. 2. ed. Berne: Stämpfli, 2006. t. II. Les Droits Fundamentaux.
- BARZEL, Y. *Economic analysis of property rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2009.
- BAUR, F; STÜRNER, R. *Sachenrecht*, 17^a neubearbeitete auflage, Munchen: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- BEVILÁQUA, C. *Direito das coisas*. v. I. fac- simile. Brasília: Senado Federal/ Superior Tribunal de Justiça, 2003.
- BRUCE, J. *Real State Finance (In a Nutshell)*. St. Paul (Minn): West, 1991.
- BRUCE, J; ELY JR., J. *Case and material son modern property law*. 3. ed.. St. Paul (Minn): West, 1994.
- CALABRESI, G.; MELAMED, A. Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, p. 1089-1128, 1972.
- CARBONNIER, J. *Droit civil*. Les biens. Les obligations. Paris: PUF, edition "quadrige", 2004. v. II.
- CENEVIVA, W. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COASE, R. H. *The firm, the market and the law*. Chicago/London: Chicago University Press, 1990.
- CORNU, G. *Droit civil*. Introduction. Les personnes. Les biens. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2001.
- DAHLMAN, C. *The open field system and beyond (a property rights analysis of an economic institution)*, New York: Cambridge University Press, 2008.

- DE SOTO, H. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.
- DEMSETZ, H. Toward a theory of property rights. *American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 347, 1967.
- DESCHENAUX, H. *Traité de droit privé suisse, le registre foncier*. 2. Fribourg: Editions Universitaires, 1983. v. II. t. II.
- DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial, introducción, teoría del contrato*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993. t. III.
- DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial, las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. 5. ed. Cizur Menor: Civitas/Tompson, 2008. t. III.
- DIEZ-PICAZO, L. Propiedad y Constitución. In: GUTIERREZ, Vicente Guilarte (Org.). *Propiedad y derecho civil*. Madrid: CRPME/Fundación Registral, 2006.
- DIP, R. *Registros públicos*. Campinas: Millenium, 2003.
- EPSTEIN, R. A. *Takings (private property and the power of eminent domain)*. Cambridge (Ma)/London: Harvard University Press, 1985.
- EPSTEIN, R. A. (Org.). *Economics of property law*. Northampton (Ma): Edward Elgar, 2007.
- FOËX, B. *Le "Numerus clausus" des droits réels en matière mobilière*. Lausanne: Payot/Collection Romande, 1987.
- FURUBOTN, E; RICHTER, R. *Institutions & economic theory. The contribution of the new institutional economics*. 2. ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.
- GARCIA URBANO, J.M. Crisis actual del derecho de hipoteca. *Libro homenaje a José Maria Chico y Ortiz*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- GOMES, O. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GOMES, O. Balanço resumido do direito civil. *Novos estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONDINHO, A. P. *Direitos reais e autonomia da vontade (o princípio da tipicidade dos direitos reais)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRAY, K.; GRAY, S.F. *Elements of land law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- GREIF, A. *Institutions and the path to the modern economy (lessons from medieval trade)*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- GROSSI, P. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GUTIÉRREZ, V. G. Presentación. In: GUTIERREZ, Vicente Guilarte (Org.). *Propiedad y derecho civil*. Madrid: CRPME/ Fundación Registral, 2006.
- HANSMANN, H.; KAAKMANN, R. 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, p. 1, 2002.

- HARDIN, G. The tragedy of the commons. *Science*, n. 162, p. 1243, 1968.
- HELLER, M. The tragedy of the anticommons. *Harvard Law Review*, n. 111, p. 621, 1998.
- HENRIQUE MESQUITA, M. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina, 1991.
- HOBBS, T. *Leviathan*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- IRTI, N. *Introduzioni allo studio del diritto privato*. Padova: CEDAM, 1990.
- JOSSERAND, L. *Lesprit des droits et de leur relativité*, Paris: Dalloz, 1927.
- LEPAGE, H. *Porquoi la propriété*. Paris: Hachette, 1985
- LIBECAP, G. D. *Contracting for property rights*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- LIBECAP, G. D. *Contracting for Property Rights. Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*. Anderson e McChesney (Org.) Princetown: Princetown University Press, 2003.
- LIMA, F. *Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/IRIB, 2004.
- MATTEI, U. *I diritti reali, la proprietà*. Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 2001. v. 1.
- MATTEI, U. *Basic principles of property law (a comparative legal and economic introduction)*. Westport (Ct) e London: Greenwood, 2000.
- MAULARIE, P.; AYNÈS, L. *Les biens*. Paris: Defrénois, 2003.
- MÉNDEZ GONZÁLES, F. Estado, propiedad, mercado. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 708, p. 1497, 2008a.
- MÉNDEZ GONZÁLES, F. *De la publicidad contractual a la titulación registral (el largo proceso hacia el registro de la propiedad)*. Cizur Menor: Thomson/Civitas, 2008b.
- MERRILL, T; SMITH, E. Optimal standardization in the law of property: the *numerus clausus* principle. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 1, 2000.
- MERRILL, T; SMITH, E. What happened to property in law and economics?. *Yale Law Journal*, v. 111, p. 357, 2001.
- NORTH, D.C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, D.C. *Understanding the process of economic change*. Princetown/Oxford: Princetown University Press, 2005.
- NORTH, D. C.; THOMAS, R. P. *The rise of the western world (a new economic history)*. New York: Cambridge University Press, 1973.
- NORTH, D. C.; WALLIS, J.J.; WENGAST, B. R. *Violence and social orders*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- OSTROM, E.; GARDNER, R.; WALKER, J. *Rules, games, & common-pool resources*. Ann Arbor: University Michigan Press, 2009.

- PALANDT, O. *Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kommentare*, 64 neubearbeitete auflage, Munchen: Verlag C.H. Beck, 2005.
- PEÑALVER, E. Land virtues. *Cornell Law Review*, v. 94, n. 4, p. 821, may 2009.
- PEREIRA, C. M. S. *Instituições de direito civil, direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. IV.
- PEREIRA, L. R. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. I. fac-simile.
- PIOTET, P. Les droits réels limités en general. Les servitudes et les charges foncières. *Traité de droit civil suisse*, v. V, 3, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, 1978.
- POSNER, R. A. *A failure of capitalism*. Cambridge (Ma)/London: Harvard University Press, 2009.
- POSNER, R. A.; PARSI, F. *Economic foundations of private law*. Cheltenham (UK)/Northampton (Ma): Edward Elgar, 2002.
- PROUDHON, P.J. *O que é a propriedade?*. Trad. portuguesa de Marília Caeiro, Lisboa: Estampa, 1997.
- PUGLIATTI, S. *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffrè, 1954.
- PURDY, J. A few questions about the social-obligation norm. *Cornell Law Review*, v. 94, n. 4, p. 949, may 2009.
- RAWLS, J. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- REALE, M. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RIPERT, G. *Les forces creatrices du droit*. 2. ed. (reprint 1995), Paris: LGDJ, 1998.
- RODOTÀ, S. *Il terribile diritto*. Studi sulla proprietà privata. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1990.
- ROMAN GARCIA, A. *La tipicidad en los derechos reales*. Madrid: Montecorvo, 1994.
- SANTOS JUSTO, A. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- SAVATIER, R. *Les methamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. Troisième serie. Paris: Dalloz, 1959.
- SAX, J. Takings, private property and public rights. *Yale Law Journal*, n. 81, p. 149, 1971.
- SINGER, J.W. How property norms construct the externalities of ownership. In: ALEXANDER, Gregory; PEÑALVER, Eduardo (Org.). *Property and community*. New York: Oxford University Press, 2010.
- SINGER, J.W. Democratic estates: property law in a free and democratic society. *Cornell Law Review*, v. 94, n. 4, p. 1009, may 2009.
- SINGER, J.W. *Property law – Rules, policies, and practices*. 4. ed. New York: Aspen, 2005a.

- SINGER, J.W. *Introduction to property*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2005b.
- SINGER, J.W. *Entitlement – The paradoxes of property*. New Heaven/London: Yale University, 2000.
- STEINAUER, P-H. *Les droits réels*. 3. ed. Berne: Stämpfli, 2002. t. II.
- STEINAUER, P-H. *Les droits réels*. 4. ed. Berne: Stämpfli, 2007. t. II.
- TUOR, P; SCHNYDER, B, SCHMID, J; RUMO-JUNGO, A. *Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. 12. ed. Zürich/Basel/Genf: 2002, atualizada em 2006.
- UNDERKUFFLER, L. S. *The idea of property (it's meaning and power)*. New York: Oxford University Press, 2005.
- WALDRON, J. *The right to private property*. New York: Clarendon Press/Oxford, 2002.
- WIEGANG, W. Eigentumvorbehalt Sicherubggesübereignung und Fahrnispfand. *Berner Bankrechtstag (BBT) Band 5, mobiliarsicherheiten*, p. 75, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social, de Elimar Szaniawski – *RDPriv*3/126-156 (DTR\2000\366);
- Função ética da propriedade imobiliária no novo Código Civil, de Antônio José de Mattos Neto – *RDPriv*11/18-24 (DTR\2002\696); e
- Não basta ser proprietário, tem que participar algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro, de Helen Cristina Leite de Lima Orleans – *RDPriv*46/99-146 (DTR\2011\1599).

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

THE SOCIAL ROLE OF REAL PROPERTY AND THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

GUSTAVO D'ACOL CARDOSO

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP-SP), Largo de São Francisco. Diretor Jurídico da CoreNet Global (Chapter Brazil). Associado à Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI). Ex-Membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico da OAB/SP. Advogado. gustavocardoso@dcadvogados.com.br

Data de recebimento: 06.08.2018

Data de aprovação: 03.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: Ao ser realizado um exame da legislação pátria, a gradual ruptura com o sistema de propriedade trazido pelo Código Civil de 1916 se deu pela introdução dos ideais da função social em microsistemas legais, como o Estatuto da Terra (1964), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (1979) e o Estatuto da Cidade (2001). Os modernos conceitos sobre propriedade e sua função social no Brasil foram efetivamente cristalizados na Constituição Federal de 1988, que colocou a *função social da propriedade* entre aqueles elementos que integram o conceito de dignidade da pessoa humana, além de ainda integrar o Capítulo da Ordem Econômica. Nesse esteio também o Código Civil vigente (2002). Além do Direito Urbanístico e Rural, completam ainda as ideias de propriedade imobiliária, inserida em sua função social, as normas ambientais e trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade – Constituição Federal – Dignidade da pessoa humana – Direito urbanístico e rural – Normas ambientais e trabalhistas.

ABSTRACT: A thorough analysis of the Brazilian legislation has unveiled a gradual departure from the property system embedded in the 1916 Civil Code, thanks to the introduction of the social role of property as an ideal in lesser legal systems, such as the Land Statute (1964), the Urban Land Parceling Law (1979), and the City Statute (2001). Modern concepts about property and its social role in Brazil eventually materialized into the 1988 Federal Constitution, in which the *social role of real property* took a pride of place when defining the dignity of the human being, also including such concept in the Chapter on the Economic Order. The current Civil Code has followed suit (2002). In addition to urban and rural property laws, this work also portrays the *social role of real property* within the realm of environmental and labor rules.

KEYWORDS: Social role of real property – Federal Constitution – The dignity of the human being – Urban and rural property laws – Environmental and labor rules.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A propriedade imobiliária atual. 3. Conceituação da propriedade de maneira estática e dinâmica. 4. A propriedade e sua função social. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Procurando resgatar ideais e conceitos que colocam a dignidade da pessoa humana em primeiro plano, o legislador pátrio incorporou definitivamente o conceito, cláusula geral e princípio da *função social da propriedade* ao nosso ordenamento e à vida civil, ao inscrevê-lo na Constituição Federal de 1988 (no capítulo das garantias fundamentais e no da ordem econômica) e no Código Civil vigente. Representa uma tendência humanitária e, de certa forma, intervencionista do Estado na propriedade privada.

Mais do que uma cláusula geral ou princípio jurídico a ser observado, determinando a interpretação de normas que lhe sejam subordinadas, agregando ônus específicos ao proprietário, ou mesmo enquanto parâmetro para integração e preenchimento de lacunas no direito, a *função social da propriedade* tem por objetivo último evitar os abusos que a falta de utilização adequada da propriedade acarreta, dirigindo e coordenando os poderes públicos nesse sentido.

A atuação objetiva do Estado para implantação adequada desse princípio é fundamental. Nesse sentido, o legislador procurou assegurar-lhe algumas ferramentas, como a desapropriação, a tributação (progressiva) da propriedade, e ainda, no Estatuto da Cidade, a preempção e o direito de superfície direcionado, entre outras.

Além disso, a *função social da propriedade* deve ser especialmente considerada como fonte irradiadora de orientação na interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas postas relacionadas à propriedade imobiliária. Ademais, representa simultaneamente um comando inequívoco, praticamente uma cláusula geral, determinando comportamentos específicos dos proprietários de imóveis e estipulando sanções (e.g., a desapropriação como sanção prevista nos artigos 182, § 4º, III, e 184 da Constituição Federal de 1988) no caso da sua inobservância.

A aplicabilidade da *função social da propriedade* como princípio jurídico, que deve atingir as normas postas da melhor forma possível, buscando o equilíbrio entre as pretensões humanitária e econômica, coincide, desta forma, com a própria busca da justiça, que deve ser, em última instância, o objetivo de todos os operadores do Direito.

2. A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA ATUAL

Dentro da teoria dualista que rege o nosso ordenamento, naquilo que poderíamos chamar de “normalidade” dos Direitos Reais, não há como ser determinado

o sujeito passivo, porquanto os mesmos são aplicáveis *erga omnes*. Se houver desrespeito ao Direito Real, faz-se possível identificar um “sujeito passivo”.

O regime jurídico dos Direitos Reais no nosso ordenamento jurídico é norteador por um princípio que se poderia denominar de *ordem pública*, que concentra diversos outros princípios que tornam os Direitos Reais bastante rígidos, pouco afeitos a alterações ou criações particulares, entre os quais:

(i) o *princípio da exclusividade*, segundo o qual um Direito Real deve ser exercido de maneira exclusiva por seu titular, não se admitindo, em regra, a titularidade simultânea do mesmo por mais de um titular.

Esse princípio é aplicável também ao condomínio edilício, porque, nesse caso, apesar de haver uma variedade de titulares de domínio sobre um mesmo bem, estes exercem o seu direito de propriedade de maneira exclusiva;

(ii) o *princípio da tipificação* ou *numerus clausus*, no sentido de que não existem Direitos Reais além daqueles que a lei menciona, como no art. 1.225 do Código Civil vigente;

(iii) o *princípio da especialização*, no sentido de estabelecer uma relação entre o sujeito e a coisa, relação essa que é identificadora da *senhoria* do sujeito sobre a coisa, ou seja, no caso mais comum, é a própria incidência do direito de propriedade sobre a coisa.

Quanto à propriedade, o nosso Código Civil define essa relação no artigo 1.228, estabelecendo-lhe o conteúdo ao dizer que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa;

(iv) ainda como aspecto da já comentada rigidez do regime jurídico dos Direitos Reais, tem-se a *predominância das normas de ordem pública*, ou seja, em geral os dispositivos que tratam dos Direitos Reais não são passíveis de alterações pelos particulares.

Os limites dessa rigidez normativa estão pautados pela disponibilidade patrimonial das mesmas. Sendo possível dispor ou alienar um determinado direito, esse poderá ser renunciado ou restringido voluntariamente pelo seu titular. Não é dado aos particulares, contudo, criar novos Direitos Reais ou interferir com a estrutura dos mesmos.

3. CONCEITUAÇÃO DA PROPRIEDADE DE MANEIRA ESTÁTICA E DINÂMICA

À luz do exposto, conforme orienta Orlando Gomes¹, seria possível definir o conceito formal e estrutural de propriedade em vista do pensamento clássico

1. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 85.

CARDOSO, Gustavo D'Acol. A função social da propriedade imobiliária e a Constituição Federal brasileira de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 265-284. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

de forma (i) sintética, em consonância com Windscheid, como sendo a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, (ii) como o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, (iii) como o direito complexo (direito de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa), absoluto (no sentido de o seu titular poder utilizar-se da coisa como bem entender, e, ser oponível *erga omnes*), perpétuo (não se extingue pela falta de uso) e exclusivo (porque terceiros estão impedidos de utilizá-lo), pela qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

O conteúdo e o exercício do direito real de propriedade, como todo direito subjetivo, contudo, pode ser limitado pela lei ou pelos negócios jurídicos.

Ao tratar da relação que ordena titulares de direitos reais e os próprios direitos reais entre si, José de Oliveira Ascensão², indica que as relações jurídicas reais se referem a relações entre direitos reais, e não entre o direito e a relação jurídica real.

Pelo exposto, não podemos nos ater a concepções absolutistas desse direito subjetivo de propriedade (que se refere à afetação jurídica de um bem para fins da realização de fins relativos aos seus titulares/relação sujeito-objeto-causa), para as quais os direitos subjetivos não se tocam, sendo independentes entre si. Tampouco devemos ser retidos pelo outro extremo, relativista, que indica que o direito subjetivo seria apenas um reflexo do direito objetivo.

Uma relação jurídica prescinde de dois ou mais seres que mutuamente se referem.

Em um contexto de direitos e relações absolutos, José de Oliveira Ascensão³ insere as posições de Kelsen e Demogue para tentar justificar a coletividade perante o direito real, quer para “procurar unificar de qualquer modo a massa dos sujeitos passivos” (sujeito passivo universal) (Kelsen) ou “decompor a relação absoluta num feixe de relações relativas” (Demogue).

Parecem mais adequadas, contudo, as ideias de Gierke e a evolução de Betti, para os quais a relação passa a existir quando um sujeito passa a ter contato com a coisa. Para Carnelutti também não parece ser correta a ideia de um grande sujeito passivo universal. José de Oliveira Ascensão conclui, nesse sentido, dizendo que “a relação jurídica é, pois, uma relação entre sujeitos determinados”, ou seja, “a situação de cada um só se define em referência à do outro. Há, pois, a mútua

2. ASCENSÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1962. p. 13.

3. ASCENSÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1962. p. 31.

referência de dois seres, e é nessa referência mútua que a relação consiste”. Nessa linha indica também que:

não há nenhuma relação entre o titular dum direito real e os terceiros, todos ou cada um, por força da qual o titular do direito possa exigir a abstenção destes. Há apenas um dever genérico de cada um respeitar a esfera jurídica alheia – simples emanação do *neminem laedere*⁴.

Em sentido diverso, Perlingieri⁵ destaca que da propriedade decorre não um dever genérico de abstenção, mas um *direito subjetivo complexo*.

De todos esses pensamentos, contudo, deve decorrer o exame das obrigações *propter rem*, como elementos amortecedores entre dois direitos reais em conflito, quer decorrentes de direitos de vizinhança, quer da sobreposição de direitos reais ou de partes destes. “A função da relação real é idêntica, quer a sua origem seja legal, quer voluntária. Em ambos os casos se trata de solucionar um conflito de direitos”⁶.

A esse amálgama de relações reais coordenado é possível denominar uma relação jurídica complexa.

Além das restrições legais clássicas impostas ao Direito Real de Propriedade, como os Direitos da Vizinhança e as Restrições Edilícias, foram impregnados aos conceitos formais e analíticos da propriedade ideais de movimentos como o da sua humanização e cristianização, que, de certa forma, tornaram mais “pública” a propriedade, os quais foram coroados pela Constituição Federal de 1988. Tais movimentos procuraram fazer com que os mesmos conceitos vistos acima fossem interpretados e revistos com enfoque diferenciado, a favor da coletividade, limitando o exercício da propriedade e redimensionando os conceitos de Direito Civil.

Com o declinar do individualismo, a preocupação legislativa de assegurar um pretenso carácter absoluto ao direito subjectivo foi cedendo o passo, nos países ocidentais, a uma preocupação diversa: a de conseguir que o exercício dos direitos se fizesse de molde a satisfazer simultaneamente o interesse individual e o interesse colectivo⁷.

4. *Ibidem*, p. 45, 54 e 81.

5. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* – Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 201-241.

6. ASCENSÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1962. p. 203.

7. *Ibidem*, p. 14.

A questão da *função social da propriedade* transcende, contudo, a discussão acerca das obrigações *propter rem*, por ser forma de intervenção legal que procura direcionar as atividades dos proprietários para aquilo que for socialmente condizente, propiciando o que na tradição Portuguesa se define como uma cooperação econômica e de solidariedade entre o capital, o trabalho e a propriedade.

Nesse sentido, seria possível dizer que a *função social da propriedade* está para o direcionamento e solução de conflitos entre a iniciativa privada e o interesse coletivo como as obrigações *propter rem* estão para o direcionamento e solução de conflitos entre direitos reais.

Na medida em que esses conflitos entre interesses particulares e coletivos assumem uma característica multidisciplinar e complexa, recorre-se ao entendimento e exame das relações jurídicas complexas para sua solução, cuja principal ferramenta é a *função social da propriedade*.

Edmundo Gatti⁸ identifica a *função social da propriedade* como um dos elementos para classificação dos direitos civis. Para o autor, o caráter de função social de que são revestidos os direitos de família e os elementos de regulação e limitação dos direitos reais justificam a distinção entre poderes e faculdades.

A propriedade tem assim limites e está restrita em função de outras propriedades e interesses (e.g., artigos 187, 188 e 1.228, §§ 1º e 2º, do Código Civil vigente), mas, além disso, a coerção ao *abuso de direito* que, ao estabelecer esses limites, no pensamento clássico atingia apenas o excesso no exercício da propriedade, agora agrega um necessário uso que seja socialmente condizente.

O desvio da *função social da propriedade* deve acarretar também o *abuso de direito*.

Essas ideias incorporam a discussão da *função social* como elemento indissociável da propriedade (a função social é a razão de ser da propriedade), haja visto o conjunto de direitos e obrigações derivados da propriedade, do seu uso, gozo e fruição.

Existe corrente doutrinária que considera que a propriedade incorporou a *função social* de tal modo que pode ser considerada como uma função em si mesma.

Independentemente da discussão sobre ser ou não a propriedade uma função, essas ideias outorgaram um caráter mais humano à propriedade e modificaram o modo desta ser exercida.

8. GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. p. 56.

Assim, todos os conceitos clássicos, formais e analíticos da propriedade aduzidos nesse capítulo continuam presentes, mas agora devem ser observados sob a lente da *função social da propriedade* ao tratar do seu exercício.

A conceituação sintética à luz da *função social da propriedade*, deve agora indicar que a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa estará sujeita à observância, quando do seu exercício, da sua função social, incluídos seus aspectos econômicos e ambientais, sem o que, seu proprietário poderá ser privado da coisa. A ideia de que o seu titular possa usar a coisa como lhe convenha sofre a restrição da *função social da propriedade*. Nesse mesmo sentido, a possibilidade de abandonar, destruir, alienar, restringir, desmembrar também está sujeita à *função social da propriedade*, à supremacia do interesse público frente ao particular.

O exame analítico também se modifica à luz da *função social da propriedade*. Assim, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua somente poderá ser exercitado plenamente se a propriedade estiver cumprindo a sua *função social*.

Uma verificação descritiva em vista da *função social da propriedade* aponta agora para um direito subjetivo complexo (direito de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa sujeitos à certas obrigações ou o exercício da *função social*), e, dessa forma, não mais tão absoluto (o seu titular não pode mais utilizar-se da coisa como bem entender, sendo restrito o seu uso pelo princípio da *função social*, até para possibilitar o seu pleno exercício, *erga omnes*, das demais faculdades e conteúdo da propriedade).

A perpetuidade da propriedade também passou a ser relativa em razão da *função social da propriedade*. A falta do seu uso ou seu uso inadequado podem implicar em sanções que a limitem ou provoquem sua extinção, quer pelo desforço particular de terceiros, como é o caso da usucapião *pro labore* ou da desapropriação como sanção. A configuração de tipo penal que tem por base um bem imóvel também pode sujeitar o seu proprietário à sua perda, conforme princípio consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988.

O princípio da *função social da propriedade* é aplicado, desse modo, à toda legislação pátria pertinente à propriedade, justificando diretamente certas limitações impostas à mesma, como é o caso das restrições ambientais, do uso racional e socialmente adequado do solo (urbano e rural) e das normas para utilização e parcelamento do solo urbano e rural.

A *função social da propriedade* também passa a coordenar um conjunto maior de limitações impostas à propriedade imóvel, orientando-as e integrando-as, como é o caso das restrições impostas a imóvel tombado, dos direitos de vizinhança e das restrições edilícias.

O objetivo das limitações diversas que procuram estabelecer os parâmetros que norteiam o uso adequado da propriedade imóvel, nem sempre derivadas diretamente do princípio constitucional da *função social da propriedade*, muitas vezes até anteriores ao mesmo, e que também impõem restrições ao seu exercício, por vezes se confunde e coincide com o comando direto da *função social*. Tome-mos exemplo similar de Pontes de Miranda, qual seja, uma indústria pesada e poluidora implantada em zona eminentemente residencial⁹. Ao contrariar o Plano Diretor do Município e a Lei de Zoneamento contraria-se a *função social da propriedade*. Além das consequências decorrentes do não exercício adequado da propriedade em vista da não observância da *função social da propriedade*, o barulho e perturbações potenciais ao sossego dos moradores em razão da instalação dessa indústria também podem ser enfrentados pelas regras jurídicas que norteiam os Direitos de Vizinhança, restringindo o uso da propriedade ao estabelecer horários de funcionamento, níveis de ruído aceitáveis, volume e horários para carga e descarga de materiais, entre outras medidas.

Assim, nos termos do art. 1.277 (*caput*) o proprietário ou qualquer possuidor de um prédio tem o direito, ou legitimação ativa, de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Esse mau uso, como alude Pontes de Miranda, abrange desde o uso material (físico), como também o moral, como se o vizinho transforma a casa em bordel, salão de jogo, ou a emprega em atividades que tornam frequentes as visitas ou batidas policiais.

Continua Pontes de Miranda indicando que usa mal a propriedade quem atira pelas janelas cigarros ou papéis, quem põe nos peitoris das janelas dos andares superiores plantas ou vasos que facilmente caiam, ou cria cães que tornam desagradável a vizinhança e sem sossego os habitantes das outras casas.

A respectiva ação para fazer cessar um ato nocivo ao Direito de Vizinhança, que é, em última instância, integrado pela *função social da propriedade*, trata da atribuição de responsabilidade objetiva, que foge de qualquer discussão sobre culpa.

Pode-se notar, nesse caso, visível intersecção dos objetivos e comandos derivados da *função social da propriedade* com aquelas normas e regras do Direito de Vizinhança. Conforme o art. 1.277, parágrafo único, do atual Código Civil, a aplicação das regras de vizinhança fica claramente subordinada às normas que distribuem as edificações em zonas, típica regra do Direito Urbanístico e que in-

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. XIII. p. 49.

tegra indissolúvelmente o comando da *função social da propriedade* por força do art. 182, § 2º da Constituição Federal de 1.988.

Outro exemplo de interferência da *função social da propriedade* no direito de vizinhança se refere à necessidade do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) quando da implantação de empreendimento urbano. O EIV está inscrito no Estatuto da Cidade, que é ferramenta ímpar do Direito Urbanístico.

Além disso, examinando o § 2º, art. 1.228 do Código Civil vigente, que é o cerne dos Direitos de Vizinhança, também poderia ser possível identificar o tipo civil que configura desvio do uso racional e socialmente condizente da propriedade e, conseqüentemente, da própria *função social da propriedade*.

Como verdadeiro “comando” ou regra jurídica, a falta de aplicação ou desvios no exercício da *função social da propriedade* pode implicar em sanções, como é o caso da desapropriação como sanção no caso do desvio da finalidade social da propriedade (e.g., artigos 5º, XXIV, 182, § 4º, III, 184 e 243 da Constituição Federal de 1988).

Nesse sentido, seria possível considerar efetivamente que à propriedade são agregadas certas obrigações e deveres decorrentes e justificados pela *função social da propriedade*, que também coordena, integra e representa fonte inequívoca de interpretação das demais normas aplicáveis à propriedade, inclusive no que tange a outras limitações não derivadas diretamente desse princípio, mas também aplicáveis a ela, como as regras de Direito de Vizinhança.

Em resumo, a aplicação da *função social da propriedade* implica na (i) eliminação ou restrição de algumas faculdades antes conferidas ao proprietário, não mais tão absolutas, (ii) na configuração de determinadas condições para que o mesmo possa utilizá-la e exercer o seu domínio de maneira plena, (iii) na determinação de deveres, obrigações ou ônus. Nesse sentido, seria possível fazer um paralelo entre a *função social da propriedade* e as obrigações reais. As últimas servem de anteparo para resolver disputas entre dois direitos reais em conflito, sendo, pois, inerentes a determinado direito real. Por outro lado, o princípio da *função social da propriedade*, que configura sentido social mais amplo, envolvendo inclusive aspectos ambientais, serve de anteparo para resolver de maneira decisiva disputas entre o interesse social e o particular. (iv) A consequência direta pelo não uso ou desvio do exercício da propriedade conforme determina a *função social da propriedade*, implica na não manutenção (no caso da desapropriação) ou imposição de restrições (no caso da graduação tributária e parcelamento compulsório do solo) à propriedade.

Cada situação específica em que se encontra determinado bem (imóvel) pode implicar em uma interpretação diferente do conceito de propriedade e da forma

pela qual essa mesma propriedade deve ser usada. É por essa razão que alguns autores indicam a existência de inúmeras modalidades de propriedade, cada qual com uma tutela e tratamento específicos, como é o caso da distinção entre a propriedade imobiliária urbana e rural (destinação) e sua potencialidade econômica (ser ou não produtiva).

Outro critério que poderia ser usado para distinguir a aplicação da *função social da propriedade* passa pela determinação dos bens de uso, bens de consumo e bens de produção.

Existem autores que limitam a aplicação da *função social da propriedade* àqueles bens inerentes à atividade empresária, delimitando sua aplicação em vista da vocação social do bem e o interesse social que o atinge. Não podemos, contudo, excluir os “bens de uso” desse princípio, especialmente quando são empregados em sentido contrário ao que determina a *função social da propriedade*. Podemos citar, por exemplo, a utilização criminosa de determinada propriedade justificadora da sua perda, pelo seu titular, por afrontar princípios constitucionais, entre os quais também está o da *função social da propriedade*.

Nesse sentido, sem qualquer distinção, toda a propriedade, mesmo as de uso, pelo seu próprio uso, notadamente em razão do fato da discussão da *função da propriedade* resvalar exatamente na parcela que se refere ao seu uso e não na estrutura da propriedade, tem um sentido ou função social que devem ser observados e preservados. O princípio da *função social da propriedade* deve assim permear todo o nosso ordenamento e todas as modalidades de propriedade.

Cria-se, portanto, um complexo de condições e situações para que o proprietário possa exercer plenamente a sua propriedade, conforme definido acima. Esse complexo de condições deve ser interpretado, integrado e aplicado à luz da *função social da propriedade*, princípio maior que inclui, orienta e por vezes restringe a aplicação de outras modalidades de limitações impostas à propriedade imobiliária, como aquelas decorrentes dos Direitos de Vizinhança e restrições edilícias.

Essa subordinação das demais limitações à propriedade que não derivam dos comandos diretos da *função social da propriedade*, é evidenciada no texto do art. 1.278 do Código Civil vigente. O direito de fazer cessar as interferências consideradas prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos moradores de um prédio, provocadas pela utilização de propriedade vizinha (típica regra do Direito de Vizinhança) não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público.

Os Direitos da Vizinhança são limitados e têm aplicação mais restrita em face da *função social da propriedade*. Isso é bastante visível no caso de algumas exceções à sua aplicabilidade, como no do prejuízo provocado ao vizinho ser muito

menor do que aquele que seria imposto ao agente que estivesse perturbando a vizinhança. A aplicação exclusiva dos princípios que norteiam os Direitos de Vizinhança passaria pela simples indenização do vizinho prejudicado pela atividade de terceiros. Este tipo de restrição imposta aos Direitos de Vizinhança não foi colocada, de maneira inversa, para aplicação da *função social da propriedade*.

As sanções colocadas pela inobservância da *função social da propriedade* podem ir mais além do que aquelas previstas no Direito de Vizinhança. É o caso do art. 182, § 4º e respectivos incisos e art. 184 da Constituição Federal de 1988, podendo culminar, inclusive, com a própria perda da propriedade.

A *função social da propriedade* à luz da Constituição Federal de 1988, do atual Código Civil e legislação infraconstitucional, como o Estatuto da Terra e o Estatuto da Cidade, passa assim, de maneira definitiva, a ser integrada ao nosso ordenamento como fonte irradiadora de interpretação e comando jurídico inequívoco.

4. A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Como verdadeira revolução, ou mesmo evolução dos princípios expostos pelos movimentos do séc. XVIII, esteve em curso movimento contínuo tendo por objetivo flexibilizar e limitar o instituto da propriedade, observado o interesse coletivo, especialmente quanto ao seu uso abusivo pelos respectivos titulares de domínio e observada a sua *função social*.

Essa contínua evolução tem sido preconizada por diversos autores, entre os quais José de Oliveira Ascensão, ao afirmar que “a ordem jurídica não é uma estrutura estática e acabada, mas uma ordem evolutiva, uma resposta diferente a cada nova situação social”.¹⁰

Os pensadores católicos na Idade Média podem ser considerados os precursores das ideias que indicavam não ser o direito real de propriedade um preceito tão absoluto.

Os ideais defendidos por Morus, em que a sociedade deveria ser dividida em castas e o esforço individual revertesse à coletividade foram, em certa monta, abraçados pela Igreja Católica. Nesse sentido também São Tomás de Aquino já indicava que a propriedade, decorrente de Deus, deveria ser destinada ao bem geral da coletividade na qual estava inserida.

10. José de Oliveira Ascensão. O direito, introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira), p. 504. Apud FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 621, ano 76, jul. 1987. p. 16.

Foi, contudo, Augusto Comte, o primeiro após os pensadores católicos a dar destaque à ideia da *função social da propriedade*, contrapondo-se ao conceito individualista e natural da propriedade.

Igualmente premido por sua realidade característica e sua tendência constante a consagrar a razão ao serviço do sentimento, o positivismo é, indiscutivelmente, obrigado a sistematizar o princípio do comunismo sobre a natureza social da propriedade e sobre a necessidade de se a regular¹¹.

Alessandra Queiroga¹² cita também Gierke, na Alemanha, em discurso sobre “A missão social do direito privado”, tendo tal autor afirmado que se deveriam impor deveres sociais à propriedade e que esta não deveria servir apenas ao interesse egoístico do proprietário, devendo ser ordenada no interesse de todos.

É preciso também destacar as palavras precursoras de Leon Duguit, no começo do Século XX, que popularizou o conceito de *função social da propriedade*, para o qual

a propriedade deixou de ser direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.¹³

Para Duguit, a propriedade se constitui para atender a uma necessidade econômica que se tornou a sua finalidade, sendo, pois, uma *função social*.

Conforme também destaca Alessandra Queiroga, Duguit partiu dos ensinamentos de (i) Comte, que negava a existência de qualquer direito subjetivo, afirmando que as pessoas em sociedade só têm deveres recíprocos, e (ii) dos trabalhos de Emile Durkheim, para concluir que os cidadãos não têm direitos, mas funções dentro da sociedade, sendo, para Duguit, *função social* objeto de utilidade social.

11. Auguste Comte. *Science sociale*. Paris: Gallimard, 1972. p. 252. Apud LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 54.

12. QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 77.

13. DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. t. 3. Apud GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 98.

Já naquele momento os ideais individualistas da Revolução Francesa haviam sido duramente questionados. Para Duguit a propriedade encerrava deveres para com a coletividade e para as gerações futuras, prenúncio também das preocupações ambientais relacionadas à propriedade.

Essa pressão para limitar a propriedade, em face da coletividade, se agravou em razão da crescente industrialização e convulsões sociais no Séc. XX. Exigiu-se do Estado uma certa intervenção na esfera privada para regular a circulação de riquezas e socorrer determinada camada marginalizada da população.

A Constituição Alemã de Weimar foi precursora ao adotar o pensamento de Duguit de maneira integral.

Cumprir destacar que a propriedade continua privada, não tendo sido modificada a sua estrutura e não tendo sido colocados obstáculos à sua livre transmissão.

É preciso também diferenciar a *função social da propriedade* discutida neste trabalho do conceito italiano/fascista de produtividade que a motivou originalmente no Brasil¹⁴. A produtividade, de maneira isolada, não visa, em última instância, o mesmo objetivo trazido pela *função social*.

Dentro do que se poderia considerar um pensamento voltado exclusivamente para a produtividade, é possível destacar uma aparente infelicidade do legislador pátrio ao redigir o art. 185, II, da Constituição Federal de 1988, excluindo da desapropriação para fins de reforma agrária a propriedade meramente produtiva, em contraposição aos artigos 184 (*caput*), que determina sejam desapropriados para fins de reforma agrária os imóveis rurais que não estejam cumprindo com

14. “Invece la proprietà, se non interviene l’usucapione a favore di un terzo più diligente, dura indefinitamente, anche se non esercitata. Inutile indagare in questo luogo le ragioni di questa sopravvivenza della concezione mitica della proprietà come di una sovrannità. Oggi i tempi sono forse mutati: ma l’imprescrittibilità dominicale è rimasta nel nuovo código civile. Cosicché dall’art. 948, comma ult., risulta oggi confermato anche nel nuovo Codice fascista il principio per cui, rispetto alla proprietà, l’inerzia è, nel sistema durato fino ad oggi, facoltativa (próprio nel senso cui alludeva il precedente art. 688, a proposito degli “atti facoltativi”). In questo senso si può sempre ritenere, con un rigore di logica puramente astratta, che è indifferente che il proprietario non goda il suo diritto, perchè “anche l’inerzia del titolare rispetto al godimento è attività di diritto”. Fortunatamente – se non ci pensa la diligenza di un terzo usucapiente e senza attendere che vi sia chi tal modo si sostituisca al proprietario, sottolineando con ciò l’inerzia di quest’ultimo che può fargli perdere il diritto – si deve ammettere che in regime fascista la proprietà ha pure una funzione sociale che, se non è riuscita anche nel Codice civile a subordinarne il riconoscimento all’effettivo esercizio, può tuttavia determinare reazioni amministrative previste nello stesso Código civile” (BARASSI, Lodovico. *I diritti reali nel nuovo Código Civile*. Milano: Gott. A. Giuffrè, 1943. p. 37).

sua *função social da propriedade* e 186, que define os critérios a serem observados para cumprimento da *função social da propriedade* rural, entre os quais: (i) o aproveitamento racional e adequado, (ii) a utilização adequada de recursos naturais e do meio ambiente, (iii) observância das disposições que regulam as leis do trabalho, e, (iv) o bem-estar dos trabalhadores e proprietários.

O parágrafo único desse mesmo art. 185 procura remendar a situação ao indicar que a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva, fixando normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Mais do que o aspecto produtivo, contudo, o exercício da propriedade também deve abranger um uso socialmente adequado. Nesse contexto localizam-se as questões ambientais e trabalhistas.

Assim, mesmo à luz do art. 185 e da antinomia com os artigos 184 e 186 (caso uma propriedade produtiva não esteja cumprindo sua função social), por estar este adstrito a questões de reforma agrária, queremos crer que a desapropriação por desvio da *função social da propriedade*, justificada pelos arts. 5º, XXIV, e 184 ainda se faz possível.

Conforme indica Carlos Frederico Ramos de Jesus¹⁵, ao referir-se ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, “a disciplina constitucional leva-nos a entender que só é garantida a propriedade cumpridora de sua função social, porquanto esta exigência é ínsita a todo o domínio. A propriedade sem função social, em suma, não é propriedade”. O autor prossegue indicando que

à regra da desapropriação subjaz claramente o princípio da função social da propriedade. Este princípio, por sua vez, é moldado de sorte a tender outros de nossa Constituição, como a dignidade humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a erradicação das desigualdades (art. 3º, III), a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I), a valorização do trabalho humano – em contraposição ao lucro especulativo – (arts. 1º, IV e 170, *caput*) e a proteção ao meio-ambiente (art. 225, *caput*). A função social da propriedade é, portando, princípio largamente estribado na Lei Maior brasileira, legitimando, assim, a regra do art. 184, *caput*.

Destaca também Gustavo Tepedino que:

a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não

15. As terras rurais produtivas podem ser desapropriadas para reforma agrária? Carta Brasileira (15 anos de Constituição Cidadã), uma publicação do C.A. XI de Agosto. p. 15.

CARDOSO, Gustavo D'Acol. A função social da propriedade imobiliária e a Constituição Federal brasileira de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 265-284. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

atenderá sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República¹⁶.

Mesmo com esse embasamento, a solução a essa antinomia, contudo, não é fácil, especialmente à luz dos princípios que norteiam a ordem econômica e ao tratamento dispensado à propriedade produtiva pelo art. 185, II. Deve-se examinar cada caso e verificar quais princípios estão sendo efetivamente contrariados, haja visto que a ordem econômica também pressupõe a observância à dignidade humana. A desapropriação embasada no 184 seria amplamente aplicável, por exemplo, no caso de propriedade produtiva em que se emprega trabalho escravo.

Indo mais além, o art. 243 da Constituição Federal, autoriza o confisco de propriedades rurais nas quais seja empregado trabalho escravo, tal e qual quando encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Na Itália atual, acompanhada, entre outros, pelo BGB alemão e pelo Código Civil Suíço, a propriedade, inviolável, é um dos princípios constitucionais assegurados, juntamente com o conceito da sua *função social*.

Assim, apesar da fórmula francesa ser repetida no Código Civil Italiano (Art. 832: Conteúdo do Direito. O proprietário tem o direito de gozar e de dispor (Código Civil 1.060) da coisa de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e com observância das obrigações estabelecidas no ordenamento jurídico), a Constituição Italiana de 1947 (art. 42), em título destinado às relações econômicas, reconhece a propriedade e indica que leis específicas deverão regular as formas de aquisição, uso, gozo e limite de fruição da propriedade para que essa atinja a sua *função social* e seja acessível a todos.

A utilidade social da propriedade é, desta forma, admitida pelos italianos.

Pietro Trimarchi, citado por Erik Gramstrup¹⁷, indica que,

quanto à função social, está unida seja à exigência de eficiência econômica, seja à de instaurarem-se relações sociais “piu equi”, de onde às menções à

16. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 274.

17. TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. Milano, Giuffrè, 1991. Apud GRAMSTRUP, Erik Frederico. Por uma definição dogmático-constitucional de função social da propriedade. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Caderno 2, Prof. Dr. Renan Lotufo (Coord.). p. 102-103.

distribuição da propriedade e ao propósito de torná-la mais acessível a todos. A fim de adequar-lhe o regime jurídico com tais princípios, pode o legislador infraconstitucional subtrair ao proprietário algumas faculdades, ou ainda impor-lhe controles; pode impingir-lhe alienações coativas, ônus e obrigações. A possibilidade de limites quantitativos foi jungida à propriedade agrária, com evidente referência ao problema dos latifúndios na Itália central e meridional. É claro, sobretudo, que a função social reveste os bens que, por sua natureza ou utilização, atraem os interesses de sujeitos diversos do proprietário.

Conforme Massimo Bianca¹⁸, procura-se associar à ideia da *função social* o acesso de todos à propriedade, ao interesse público/coletivo. A propriedade e sua utilização devem ser vantajosos para a sociedade em que se encontra.

Além disso, conforme destaca Bianca, na Itália contemporânea busca-se o conceito da solidariedade social para também justificar a ideia da *função social da propriedade*.

Bianca indica justamente a busca do equilíbrio ante a coexistência do interesse particular e do interesse público, notadamente no que tange a propriedade de determinado bem. Observa-se, assim, uma limitação do direito do particular ante o interesse público, observadas determinadas condutas que o primeiro deve tomar em vista do bem, para nortear a busca pela correta utilização da propriedade, inclusive aquela detida pelo poder público.

O BGB alemão indica, no seu § 903, que “o proprietário de uma coisa, enquanto a lei ou os direitos de terceiros não se oponham, pode proceder com a coisa segundo sua vontade e excluir os outros de toda intromissão”.

Decorrente das ideias e princípios da Constituição de Weimar (11.08.1919) e de tradição do Direito Alemão, a interpretação dada ao parágrafo 903 deve ser feita sob a ótica da *função social da propriedade*, considerada entre aqueles princípios jurídicos máximos que deverão ser observados.

Para os alemães a propriedade obriga, ou seja, seu uso deve necessariamente servir ao bem do todo (interpretação decorrente do art. 153 da Constituição de Weimar), mesmo tendo sido exigido, no momento político entre guerras, da Constituição de Weimar, uma interpretação mais moderada do art. 153. Assim, para Hattenhauer¹⁹, conferia-se uma interpretação dupla ao mesmo, qual seja, a

18. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile – La proprietà*. v. VI. p. 170-183.

19. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987. Apud GRAMSTRUP, Erik Frederico. Por uma definição dogmático-constitucional de função social da propriedade. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Caderno 2, Prof. Dr. Renan Lotufo (Coord.). p. 101.

de obrigar ao exercício do direito, e, a de obrigar a um exercício segundo o interesse geral.

A atuação do legislador pátrio poderia assim representar uma reação da própria sociedade ao responder a questões prementes que a afligem, especialmente se tais medidas contiverem princípios que atacam a propriedade privada absoluta em vista de uma adequação a conceitos “socializantes”, praticamente uma ruptura com toda uma tradição civilista no Brasil, baseada em fórmulas rígidas e estáticas no que tange a bens imóveis, que demonstra estarem as relações entre os particulares incrivelmente mais dinamizadas.

Podem ser destacados como exemplos estrangeiros dessa reação “socializante” e acolhimento da *função social da propriedade* ao longo do Século XX a (i) Constituição Alemã de Weimar (1919), bem como, (ii) a Carta das Nações Unidas, de 1945, (iii) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, (iv) as Constituições Mexicana (1948), Colombiana (1936), Equatoriana (1945), Venezuelana (1945) e Cubana (1940).

Assim, toda a evolução legislativa ao longo do século XX, representativa de uma reação das sociedades ocidentais contra o uso absoluto e sem restrições da propriedade imobiliária, decorrente, por sua vez, dos movimentos burgueses contra as monarquias absolutistas feudais, consolidou pensamento corrente que imprime uma série de limitações e obrigações ao uso dessa propriedade, ou seja, à propriedade foi efetivamente incorporada uma *função social*, entre outras limitações desde sempre aplicáveis à mesma, como os direitos de vizinhança.

Dessa forma, não basta ser titular de determinado bem imóvel, deve-se utilizá-lo de maneira socialmente adequada. As faculdades do seu titular serão medidas com base no uso que este efetivamente exercer sobre a sua propriedade.

Cumprir reiterar que a *função social* não se refere a uma alteração na estrutura da propriedade, direito subjetivo que é, mas do seu conceito e do exame de uma parcela que decorre da sua utilização.

Essa propriedade imóvel, antes basicamente justificada e legitimada pelo seu título aquisitivo, agora também prescinde formalmente da sua utilização socialmente adequada para ser justificada, utilização essa que também pode estar profundamente relacionada com a subsistência do seu titular.

Mesmo não tendo sido alterada a estrutura da propriedade, a tendência ora indicada, caso não haja rupturas bruscas que visem eliminar o mundo como o conhecemos, aponta para a generalização de ideias derivadas da *função social da propriedade*, adequando-a a questões prementes fruto das convulsões sociais, explosão populacional mundial e esgotamento dos recursos naturais. Questões como a da favela e do cortiço, migração e imigração, concentração de renda, entre

outras que impliquem na racionalização do uso de recursos escassos, deverão ser enfrentadas. Um dos institutos insipientes no Brasil, decorrente dessa evolução no modo de utilizar a propriedade e valorização da dignidade humana é a “multipropriedade” ou *time sharing*, já estudada por inúmeros autores pátrios, entre os quais Gustavo Tepedino.

A incorporação de uma função social à propriedade, apesar de ainda não poder ser confundida com a própria propriedade (propriedade-função), tende a transformá-la. Em sentido inverso, a própria sociedade deverá moldar esse conceito.

Num mundo em que a propriedade tradicional cada vez mais cede espaço àquela propriedade imaterial, difusa e intelectual, essa é uma tendência natural. Os valores patrimoniais sociais, antes apegados aos imóveis por si só (idade média), passam lentamente, em face da evolução social e tecnológica, a prestigiar agora um complexo de conceitos, serviços e usos agregados, ou seja, à valores intangíveis.

O bem tangível, apesar de ainda extremamente relevante, cede importância, à passos largos, às funções que o integram, aos serviços que a ele se agregam, ao exame das consequências que o seu uso acarreta.

Nesse contexto, a *função social da propriedade* indica que o exercício de determinada propriedade não seja voltado apenas para um interesse individual, mas, além disso, como parte de um contexto mais amplo, essa propriedade não poderá ser usada ou retida em detrimento de um interesse social maior.

5. CONCLUSÃO

A incessante busca do ser humano pela justiça nos leva a rever determinados conceitos e princípios jurídicos periodicamente.

São justamente os princípios jurídicos que norteiam nosso ordenamento e o mundo ideal que deveria efetivamente ser. Entre as ideias e princípios jurídicos fundamentais na sociedade contemporânea brasileira encontra-se a *função social da propriedade*.

O foco de irradiação desse princípio tão fundamental encontra sede na Constituição Federal Brasileira de 1988, que assumiu o papel antes reservado ao Código Civil de 1916, iluminando toda a legislação infraconstitucional, orientando-a, preenchendo suas lacunas, inclusive no tocante ao Direito Civil.

A inversão dos eixos é tão pujante que há quem entenda existirem agora diversas modalidades de propriedade, inclusive uma de natureza constitucional.

Esse tipo de pensamento não deve prevalecer. O instituto da propriedade, que incorpora o direito real na sua essência, é único e encontra definição nas cadeiras de Direito Civil ao se examinar o Direito das Coisas.

A mudança preconizada pela Constituição Federal de 1988 na esfera da propriedade se refere, na verdade, à parcela desta última que trata de sua fruição. O princípio da *função social da propriedade* atinge assim o modo pelo qual o titular do direito de propriedade deve usá-la e gozá-la, não modificando sua estrutura clássica.

A *função social da propriedade* é princípio que passa a reger uma série de restrições ao uso da propriedade, a qual deverá ser necessariamente exercida pelo seu titular de uma maneira socialmente condizente, sob pena de aplicação das diversas ferramentas colocadas à disposição do poder público para orientar tal uso.

Esse é o caso, por exemplo, da progressão (i) edificação e parcelamento compulsórios, (ii) tributação progressiva e (iii) desapropriação da propriedade urbana, no caso da não observância da *função social da propriedade*.

Agrega-se, dessa forma, às restrições clássicas da propriedade (direitos de vizinhança e restrições edilícias), uma série de outras restrições que procuram orientar o proprietário na busca pelo uso adequado que venha a favorecer o bem comum.

O direito subjetivo da propriedade passa assim a incorporar diversas e complexas relações entre os seus titulares e o proclamado sujeito passivo universal quando do seu exercício.

Trata-se de uma tendência geral do interesse coletivo imiscuir-se na esfera privada, especialmente em razão do fato da relativamente recente tomada de consciência global de que os recursos naturais são finitos e escasseiam.

Foi justamente através de uma sucessão de movimentos de conscientização, frutos das convulsões sociais dos séculos XIX e XX que, paulatinamente, foram produzidas normas, conceitos e princípios jurídicos que visam restringir e limitar a ideia da propriedade “absoluta”, entre os quais está o princípio jurídico da *função social da propriedade*.

A Constituição Federal de 1988 é o resultado maior desses movimentos no Brasil, haja visto que, além da manutenção da *função social da propriedade* no capítulo da Ordem Econômica, esse princípio foi incluído entre os elementos componentes da própria dignidade da pessoa humana.

Mais do que um princípio jurídico, contudo, a *função social da propriedade* pode ser considerada também uma cláusula geral, traduzindo verdadeiro comando ao prescrever condutas e determinar sanções no caso de sua inobservância.

6. BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1962.

- BARASSI, Lodovico. *I diritti reali nel nuovo Codice Civile*. Milano: Gott. A. Giuffrè, 1943.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile – La proprietà* (v. VI). Milão: Giuffrè, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 621, ano 76, jul. 1987.
- GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Por uma definição dogmático-constitucional de função social da propriedade. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Caderno 2, Prof. Dr. Renan Lotufo (Coord.).
- LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LOTUFO, Renan. *Cadernos de direito civil constitucional*. Caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. XIII.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado atualizado por Wilson Rodrigues Alves*. Parte Especial – Direito das Coisas: Propriedade/Aquisição da propriedade imobiliária. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. t. 11.
- QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função social da propriedade: uma análise do relatório nosso futuro comum e a influência na Constituição Federal de 1988, de Aline Aparecida Santos Costa Peghini e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – *RDT* 189/135-153 (DTR\2018\12713);
- A função social dos imóveis públicos à luz do direito urbanístico, de Felipe Mêmolo Portella – *RTSP* 5-6/281-304 (DTR\2014\18597);
- O princípio da função social da propriedade e sua repercussão na evolução da regularização fundiária urbana no ordenamento jurídico brasileiro, de Cintia Maria Scheid – *RDI* 83/423-454 (DTR\2017\6965); e
- Propriedade e contrato: função social, de Rachel Sztajn – *ReDE* 9/453-459 (DTR\2015\9145).

A MAIS INTELIGENTE ESTRATÉGIA DO CONSTITUINTE DE 1988

THE 1988'S CONSTITUINTE MORE INTELLIGENT STRATEGY

JOSÉ RENATO NALINI

Reitor da Uniregstral. Corregedor Geral da Justiça – 2012/2013.

Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo – 2014/2015.

jose-nalini@uol.com.br

Data de recebimento: 05.10.2018

Data de aprovação: 05.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: O autor aborda a questão da delegação aos particulares dos serviços notariais e de registro sob a ótica Constitucional e de como tal medida beneficiou a sociedade, eliminando a burocracia, o anacronismo, a ineficiência, a lentidão e o baixo índice de lisura dos serviços prestados pelo Estado, bem como permitiu a desjudicialização de determinadas funções.

PALAVRAS-CHAVE: Cartório – Desjudicialização – Delegação.

ABSTRACT: The author approaches the issue of delegating to private individuals notarial services and registration under the Constitutional view and how such a measure has benefited society, eliminating bureaucracy, anachronism, inefficiency, slowness and low standards of service provided by State, as well as allowing the assignment of certain functions.

KEYWORDS: Registry – Unfairness – Delegation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As delegações extrajudiciais. 3. Um exemplo de eficiência. 4. O futuro das delegações. 5. O que falta ao setor. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os 30 anos de vigência e de resiliência da “Constituição Cidadã” privilegiam a enxurrada de artigos e de ensaios produzidos por esta Nação bastante singular. Não é demais recordar que o Brasil possui, sozinho, mais Faculdades de Direito do que o restante do Planeta.

O dado é significativo. Como observam Ernani Carvalho e Leon Victor de Queiroz Barbosa, a sociedade brasileira é extremamente marcada pela presença dos operadores do direito:

Alguns dados são contundentes para expressar o tamanho dessa influência. Segundo dados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), existem em atividade mais de um milhão de advogados, este número só não é maior pelo controle exercido pela OAB através do exame de ingresso. O número de Faculdades de Direito no período pós-Constituição de 1988 também sofreu um aumento assustador, mais de 800%. Eram 165 em 1995. Em 2001, 505 faculdades já formavam bacharéis e em 2014 os cursos de direito estavam presentes em 1240 estabelecimentos de ensino¹.

Isso explica a judicialização da vida brasileira, mas também justifica a sensação de que todo brasileiro é muito cômico de seus direitos – não igualmente de seus deveres ou obrigações – pois há profissionais da área jurídica sempre à disposição para reivindicar em juízo a observância de dispositivos garantidores de todo e qualquer interesse.

Não faltam “operadores” do direito. É uma questão lógica.

Para se ter uma ideia da dimensão destes números, os Estados Unidos que possuem uma sociedade fortemente judicializada e uma população de 313 milhões de habitantes, possuem 232 faculdades em todo o seu território. Segundo a OAB: “O Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os países no mundo, juntos. Existem 1.240 cursos para a formação de advogados em território nacional enquanto no resto do planeta a soma chega a 1.100 universidades. Os números foram informados pelo representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Conselho Nacional de Justiça, o advogado catarinense Jefferson Kravchychyn: “Temos 1.240 faculdades de direito. No restante do mundo, incluindo China, Estados Unidos, Europa e África, temos 1.100 cursos, segundo os últimos dados a que tivemos acesso”, disse o conselheiro do CNJ².

Duas observações adicionais: os dados já estão desatualizados. Não consta que tenham sido fechados cursos jurídicos nos últimos anos. Depois, o número não coincide com o das Faculdades em efetivo funcionamento, mas guardam pertinência com o nome da instituição de ensino. Esta pode manter vários *campi*

1. CARVALHO, Ernani, BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. A judicialização do Brasil sob abordagem institucional. *Cadernos Adenauer*, XVIII, 4, 2017. p. 141.
2. CARVALHO, Ernani, BARBOSA, Leon Victor de Queiroz, op. cit., citando a fonte: [www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados].

em localidades diversas ou na mesma cidade, como uma espécie de *franchising* disseminadora do aprendizado em direito.

Uma formação anacrônica e superada é ainda a característica básica de todas as Faculdades de Direito brasileiras. Ressalvadas raras e honrosas exceções, elas priorizam a visão adversarial do universo jurídico. Ainda consideram o processo a mais civilizada maneira de se solucionar um conflito. Com isso, o Brasil chega a mais de 100 milhões de processos judiciais em curso, para uma população de 207 milhões de pessoas. O que levaria à falaciosa conclusão de que todos litigam contra todos, eis que cada processo possui, ao menos, duas partes: autor e réu. Sem falar que hoje são comuns as lides coletivas, as *mass actions* que incorporam no polo ativo de uma demanda uma coletividade de pessoas que se consideram injustiçadas e vão lutar pelo reconhecimento de seus direitos na única arena disponível: o processo em juízo.

A massa dos estudiosos, dos estudantes e dos profissionais do Direito faz com que o Direito Constitucional seja uma área hoje popular. A tanto contribui o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, cujas sessões transmitidas pela TV Justiça, em rede aberta, mas também pelas mídias sociais, compete com a programação mais atraente para o telespectador.

Ressalve-se a posição pessoal deste observador da realidade: não seria ruim que todos os brasileiros tivessem noção do que é o direito, para que serve e que isso os conduzisse a uma observância espontânea do ordenamento. Não é isso o que acontece. O ensino jurídico, tal como ainda propiciado, estimula a beligerância. Litigar em juízo é o esporte mais prestigiado desta Nação.

Pois bem. Os inúmeros textos com visões bastante singulares do que significou a *Carta Cidadã* para esta Nação, não têm se detido sobre aquilo que, em posição pessoal, mas com a experiência de mais de quatro décadas no sistema Justiça, considero a mais inteligente das estratégias adotadas pelo constituinte de 1988.

2. AS DELEGAÇÕES EXTRAJUDICIAIS

O artigo 236 da CF dispõe: *Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.*

Essa a fórmula inspiradora que deveria servir para conferir eficiência e racionalidade à Administração Pública.

A solução é a mais inteligente. Outorga a um particular a realização de uma atividade estatal, para que a exerça em *caráter privado*. Isso significa: sem a burocracia, o anacronismo, a ineficiência, a lentidão e a suspeita de baixo índice de lisura, tudo o que representa o séquito daquilo que o Estado realiza diretamente.

Proposta inovadora e sábia, porque a Administração Pública se isenta de qualquer compromisso direto em relação ao êxito da delegação. O § 1º do artigo 236 é bem explícito: *Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*

É o Judiciário, a função estatal cuja proximidade com os antigos *cartórios* é histórica, longa e evidente, que terá a incumbência de acompanhar essa atividade que, embora denominada *extrajudicial*, é a mais íntima e pertinente à missão que o Estado de Direito de índole democrática está a confiar ao sistema Justiça.

O Estado *não coloca um centavo* para o desempenho das atividades e serviços prestados pelos delegatários. Ao contrário, arrecada significativo percentual daquilo que é remunerado pelos destinatários, sob a roupagem de *emolumentos*. A Constituição também prevê, no § 2º do artigo 236: *Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.*

Se outros serviços estatais, hoje desempenhados pela Administração Direta, merecessem tratamento análogo, a República Federativa do Brasil seria outra. Não haveria a sensação de desencanto que é generalizada numa Pátria que desenvolveu um sistema político impregnado de pouca seriedade, que fez ruir a já escassa credibilidade na Democracia Representativa³.

O constituinte cuidou também de inserir o conceito meritocrático ao lado de um critério democrático, para que todos os brasileiros preparados possam se desincumbir dessa relevantíssima delegação. Por isso é que o § 3º do artigo 236 dispõe: *O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.*

O Poder Judiciário, que recruta de maneira análoga os seus próprios quadros, em certames bastante concorridos, disputados por milhares ou até dezenas de milhares de candidatos, especializou-se no recrutamento profissional de

3. Pesquisa Datafolha realizada em 02.10.2018 apurou que 68% dos brasileiros tem raiva quando pensa no Brasil. A maioria dos eleitores brasileiros está pessimista e os mais enfurecidos são os mais jovens. Entre os que têm entre 16 e 34 anos, 74% responderam sentir raiva. Das seis situações de sentimentos apresentadas, em todas a avaliação negativa superou a positiva. O maior índice é o de insegurança. São 88% os que se sentem inseguros no país, ante 11% que se sentem seguros. A tristeza também tomou conta dos brasileiros: 79% estão tristes, ante 18% que estão felizes. 59% sentem mais medo do que esperança. Entre os mais jovens, esse índice é de 63% (PASSOS, Úrsula. Para maioria, pensar no país gera tristeza. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 03.10.2018, p. A6.

notários e de registradores. Isso resultou em uma nova geração provida de todos os atributos para que as delegações extrajudiciais se tornassem a atividade estatal mais respeitada na Federação.

Pode-se mencionar o exemplo de São Paulo, que vem de realizar 11 concursos de outorga de delegações e que transformou esse estamento num padrão de eficiência e de sucesso. Orgulha os paulistas e, muito mais ainda, quem quer que tenha atuado no sentido de conferir mais eficácia à sistemática de recrutamento, constatar o elevado salto qualitativo verificado desde o advento da nova sistemática.

Foi o que transformou a desgastada concepção de “cartório”, seus derivados “cartorial”, no âmbito qualificativo e “cartorialismo”, na esfera substantiva, em outra realidade. Ante os fatos, não há como negar o avanço que as delegações extrajudiciais impuseram a suas atividades, ainda situadas a anos luz de vantagem, se comparadas com os préstimos estatais. A informatização, a utilização da eletrônica, a implementação das mais contemporâneas TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação tornam as delegações extrajudiciais um padrão de qualidade incomparável com aquilo que se constata nos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado. Aí incluído o próprio Poder Judiciário, que tem se servido da experiência extrajudicial para suprir suas deficiências.

3. UM EXEMPLO DE EFICIÊNCIA

O reconhecimento da excelência do sistema adotado pelo constituinte de 1988 não é apenas pátrio. Há muitas coisas boas ocorrendo no universo das delegações extrajudiciais.

Mencione-se, para exemplificar, que neste ano de 2018, a ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo foi apontada como merecedora de um prêmio entregue em Ljubiana, capital da Eslovênia, ao Registrador Francisco Raymundo, Presidente da entidade.

Perante autoridades eslovenas e brasileiras, o Presidente da ARISP foi apontado como alguém que estava a enfrentar os desafios da 4ª Revolução Industrial com criatividade e pioneirismo. O homenageado teve oportunidade de explicar que

o sistema ou estrutura ARISP congrega 316 Oficiais de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo, ao mesmo tempo que disponibiliza acesso para outros 10 estados da Federação, permitindo a utilização das plataformas e ferramentas eletrônicas para mais de 1.800 cartórios de Registro de Imóveis do Brasil, de um total de 3.540 Cartórios do território nacional⁴.

4. RAYMUNDO, Francisco. Entrevista em *The Winners – Prime Leaders Magazine*, out. 2018. p. 23.

Foi no âmbito da Arisp que se implementou a Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados, que:

constitui uma plataforma de serviços eletrônicos integrados, a congrega hardwares e softwares para execução do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis – SREI, na forma prevista na Lei 11.977/2009 e no Provimento CNJ 47/2015. A plataforma de Serviços congrega sete módulos de serviços especializados por categoria de usuários e serviços preferenciais, a saber: Ofício Eletrônico, Registradores, Penhora Online, SEIC – Serviço Eletrônico de Intimação e Consolidação, CNIB – Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, RCDE – Repositório Confiável de Documentos Eletrônicos e o serviço de correção *on-line*⁵.

Com tal providência, a Arisp oferece agilidade, segurança e ampliação da confiabilidade dos serviços prestados pelos registradores. Há uma enorme economia de tempo e de recursos, pois a Arisp dispõe de cadastros próprios de usuários, que acessam ferramentas específicas e padronizadas. Elas convertem solicitações via *web* em pedidos funcionais para as diversas delegações de registro imobiliário, ou seja, com todos aqueles conveniados com a Plataforma.

Muitos outros préstimos são oferecidos pela Central Registradores de Imóveis e tudo é fiscalizado e controlado pela Corregedoria Geral da Justiça. A elevada qualidade dos quadros pessoais no desempenho da delegação estatal dos serviços extrajudiciais garante que os desafios da 4ª Revolução Industrial não encontrarão as serventias inertes. Ao contrário, elas foram pioneiras ao adentrar no universo digital e mantêm permanente estudo, reflexão e diálogo, para que os préstimos continuem a ser cada vez mais seguros e confiáveis.

Sem ignorar muitas outras iniciativas levadas a efeito por titulares de delegações com vocação empreendedora, o trabalho desenvolvido pela Arisp é evidente testemunho de que a coesão entre responsáveis por desenvolver serviços estatais que o constituinte entregou à iniciativa privada é um nicho promissor para a urgente reestruturação do Estado.

A par de se empenhar no contínuo aperfeiçoamento de suas funções específicas, a Arisp desenvolve um projeto ambiental que se compatibiliza com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável do milênio, propostos pela ONU. Estimula os titulares dos inúmeros registros imobiliários a protagonizarem liderança ecológica em suas áreas territoriais de atuação. Promove educação ambiental formal e informal, intensifica projetos de uso racional da água e demais recursos

5. Idem.

naturais, cuida de aproveitamento de detritos, de reciclagem, de mitigação de emissão de CO₂, mediante compensação consistente em plantio de árvores.

4. O FUTURO DAS DELEGAÇÕES

Tudo aquilo que se destaca chama atenção e desperta uma variedade de reações. Se existem os *stakeholders* que reconhecem a excelência dos serviços prestados pelas delegações extrajudiciais, não deixam de surgir setores interessados em se apropriar de suas atribuições.

O aceno do *eficientismo* vale-se da deterioração semântica do verbete *cartório*, para propor a substituição das delegações por outras entidades. Argumenta-se com a redução dos custos, com celeridade maior e tal discurso pode sensibilizar quem não conhece a realidade dos serviços.

Ora, o Registro de Imóveis brasileiro é o responsável pela pacificação fundiária num país continental que poderia ser um palco de guerra, tantas as reivindicações e interesses em confronto. O sistema das inscrições e das transcrições não garantiu a paz na terra. Já a implementação do sistema do fôlio real, ou da unidade matricial, veio contribuir para trazer segurança ao regime da propriedade imóvel, um dos mais importantes direitos fundamentais de primeira dimensão, explicitamente contemplado no *caput* do artigo 5º do pacto federativo.

O trabalho hercúleo dos registradores, a produção de doutrina consistente, a especialização dos quadros funcionais, o acompanhamento das Corregedorias Permanentes e Corregedorias Gerais produziram um quadro admirável. Tanto que os Estados Unidos se interessam por importar o que for possível do nosso modelo, com a promessa de que, melhor conhecido naquele país gigante, gerará importante subproduto: implicará em substancial retorno do investimento ianque no Brasil.

Quem se propõe assumir os serviços registraes não tem a delegação estatal, figura jurídica adotada pelo constituinte e que importou em nova fisionomia do sistema. Também não terá por si o sinete da *fé pública*, apanágio dos titulares registraes e dos tabeliães, garantida pelo Estado delegante.

Ocorre que as delegações extrajudiciais nem sempre se apercebem do perigo que ronda a sua subsistência. Muita vez, personalismos e vaidades separam inteligências que, unidas, poderiam evitar o prosseguimento dos projetos insistentes e reiterados de absorção da atividade *cartorial* por outros órgãos e até sua substituição por novas estruturas que, primeiro, se sobreporiam às atuais e, num futuro próximo, importariam em seu descarte e eliminação.

É urgente, essencial e questão de sobrevivência, que as várias especialidades se unam. E que se articulem para evitar a continuidade de uma tendência cada

vez mais frequentes. Isso poderia ser feito mediante a criação de uma só Universidade Corporativa, que cuidaria de preparar os quadros funcionais das delegações, seria uma incubadora das novas ideias para o registro e o tabelionato do século XXI e poderia preparar os futuros titulares, treinando-os para os concursos públicos de provas e títulos.

Uma iniciativa como essa poderia contribuir também para propor, de forma convincente, tanto ao CNJ como aos Tribunais de Justiça, ou até mesmo ao Parlamento, uma revisão dos critérios de seleção para a outorga das delegações.

Não faz mais sentido priorizar a memorização de disciplinas jurídicas que sequer tangenciam a atividade delegada – v.g., processo penal – em detrimento de práticas de serviço e de preparo para a gestão.

Os concursos públicos realizados pelos Tribunais de Justiça para outorgar delegações extrajudiciais padecem das mesmas deficiências dos demais certames. Prioriza-se a capacidade mnemônica. Não se avalia a prática, o conhecimento do serviço, nem se preocupam as Comissões *ad hoc* em adotar práticas que evitem a ocorrência de infortúnios em relação a concursados despreparados para a administração do cartório.

Os registradores imobiliários de São Paulo já dispõem de uma Universidade Corporativa, a Uniregstral que, no dizer do Presidente da Arisp,

é um projeto prioritário para a ARISP, porque enxergamos na educação um valor fundante para a sociedade brasileira. Ela nasce com o propósito de ser uma universidade corporativa voltada à capacitação de recursos humanos dos registros imobiliários, fornecendo cursos livres e de aperfeiçoamento capazes de atender às exigências do mundo contemporâneo, especialmente no manejo das tecnologias de informação e comunicação (TICs)⁶.

Mas o importante é congregar todas as especialidades que estão submetidas a um idêntico tratamento normativo e, mais importante ainda, sujeitas aos mesmos riscos postos por uma sociedade complexa e competitiva.

A proposta de uma união decorre da urgência de uma instituição voltada ao ensino, ao aprendizado e ao contínuo aprimoramento do sistema de delegação dos serviços extrajudiciais, aperceber-se de que o mundo hoje é outro e que o inesperado está à espreita. Não existe mais estabilidade, a futurologia fracassa ao prever o que acontecerá no futuro próximo. Uma iniciativa no âmbito da educação deverá incorporar as

6. *Ibidem*, p. 23.

interfaces motivacionais, atitudinais – fundamentais numa política moderna de gestão de recursos humanos – e a formação de recursos humanos por meio de pós-graduação lato sensu, em fase de estudos. Tudo nas modalidades presencial e à distância. O importante é esclarecer que, se o assunto é educação, não há limites de atuação, e é esse o caminho que estamos empenhados em percorrer⁷.

Outra reflexão importante deve mirar novas atribuições das quais as delegações possam se desincumbir, seja para consolidar sua imprescindibilidade, seja para amenizar a caótica situação do Judiciário. É patológica a circunstância de existirem mais de 100 milhões de processos judiciais em curso, por todos os foros e tribunais brasileiros.

Houve tempo em que os antigos “cartórios” se encarregavam também dos serviços judiciais. Sou desse tempo e posso testemunhar que a qualidade dos préstimos era notória. A oficialização trouxe incremento quantitativo, multiplicação de cargos e funções, sofisticação de estruturas. Mas não houve aceleração na outorga da prestação jurisdicional.

Houve até necessidade de inclusão de um novo direito fundamental à longa enunciação dos mais de setenta incisos do artigo 5º da Constituição da República. Talvez nem houvesse necessidade de se explicitar aquilo que, implicitamente, já constituía direito/dever desde a Emenda 19, de 1998, que inseriu a *eficiência* como princípio da Administração Pública. Ora, o Poder Judiciário integra a Administração Pública e tem a obrigação de ser *eficiente*. E o conceito de eficiência abrange o da oportuna outorga da prestação jurisdicional.

Mas o constituinte derivado quis tornar muito nítido, escancarar a necessidade de se propiciar uma justiça a tempo oportuno aos desesperados que a ela recorrem. Daí a dicção do inciso LXXVIII ao artigo 5º: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*⁸.

Foi para atender a esse comando fundante que se procurou transferir para as delegações extrajudiciais funções tipicamente judiciais. Não colaboram os processualistas para distinguir o que seja a *jurisdição voluntária* da jurisdição contenciosa. Assim fora e um número muito maior de atribuições hoje entregues ao juiz, poderia ser melhor apreciado no âmbito dos serviços registrais ou tabeliães.

7. Idem.

8. Inciso LXXVIII acrescentado pela Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004.

Algo já se fez. Em cartório se faz separação, divórcio, arrolamento, inventário. Usucapião em alguns casos, embora a legislação que acabou vigendo ainda propicie mais dúvidas do que certezas.

Quando Corregedor Geral da Justiça, editei o Provimento que institucionalizou função ínsita às delegações, no âmbito da conciliação, mediação e outras alternativas de composição consensual de conflitos. Lamentavelmente, a representante da OAB junto ao CNJ, acionada por sua corporação, monocraticamente suspendeu a vigência da normativa. Só em 2018 foi que o CNJ cuidou do assunto, ainda sem a mesma amplitude pretendida pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo.

Pondere-se que a CGJ-SP nada *criou*. O tabelião já exerce a missão de *conferir à vontade da parte formatação jurídica*. O registrador já atua como orientador, conselheiro e solucionador de conflitos daquele interessado em regularizar sua situação real. A lei de regência dos titulares das delegações extrajudiciais já prevê essa atribuição. Mas é muito difícil fazer com que o óbvio venha a ser reconhecido por quem não quer mudar o status quo.

Penso que muita coisa dispersa e de enfrentamento pouco eficiente, ainda relegada à administração direta, poderia merecer uma alavanca de aperfeiçoamento se viesse a ser entregue aos serviços delegados.

Quem melhor do que o Registro de Imóveis para ser o guardião dos bens ambientais? Tudo aquilo que hoje ainda impõe a peregrinação do interessado por inúmeros setores e órgãos, poderia ser centralizado junto à delegação em que matriculado o imóvel sujeito a uma especial tutela ecológica.

Haveria necessidade de lei para que os juízes remetessem as partes para a tentativa conciliatória junto às delegações extrajudiciais e só voltassem se o acordo não fosse obtido?

O Registro Civil das Pessoas Naturais é a instância ideal para acolher tudo aquilo que interessa à pessoa física. Obtenção de RG, de CPF, de CNH, de título de eleitor. Por que não centralizar naquela conservatória dos dados pessoais do indivíduo, tudo o que o Estado ainda exige para que ele comprove estar vivo e em atividade?

Sobre as serventias do registro civil das pessoas naturais, a experiência em São Paulo é que os esforçados aprovados em concursos desanimem ao tomar contato com a realidade. O Estado, em relação a essa, que é a mais democrática dentre as delegações, é bastante injusto ou incoerente. Obriga o particular a exercer uma função estatal e depois torna gratuita a prestação.

Não há almoço grátis, berram os americanos. Há um custo para a realização de tais serviços. O correto seria o Estado remunerar o registrador, compensando-o

da gratuidade estabelecida. Não. Ocorre que os paulistas formaram um “Fundo”, evidência da solidariedade entre as diversas categorias. As delegações que sobrevivem colaboram para a subsistência das delegações deficitárias. A continuar tal situação de evidente injustiça, talvez seja melhor que as serventias rentáveis se encarreguem daquelas que permanecem vagas, diante do desalento de quem supera provas árduas e depois vem a constatar que “tem de pagar para trabalhar”.

5. O QUE FALTA AO SETOR

Reafirmo que a solução do constituinte para as delegações extrajudiciais foi a sua mais inteligente estratégia. Mas essa é a percepção da sociedade?

Afora alguns *stakeholders* que experimentam a elevadíssima qualidade dos préstimos das serventias, a mídia espontânea faz coro com as cassandras que propõem a extinção dos “cartórios”, valendo-se da concepção superada nutrida ao tempo em que eram *concessões do soberano* a seus vassalos prediletos.

De quando em vez um nome respeitado propõe a eliminação do *cartorialismo*, merecendo aplauso de alguns que costumam se manifestar na seção de “cartas ao leitor”. Ainda recentemente, o Embaixador Rubens Barbosa, em artigo publicado no Espaço Aberto do jornal *O Estado de São Paulo*⁹, considerou o sistema um anacronismo e teceu pesadas críticas à opção do constituinte. O Desembargador Ricardo Henry Marques Dip, sem dúvida a maior autoridade doutrinária em Direito Registral e Notarial e este seu acólito escreveram um artigo-resposta¹⁰. *O Estado de São Paulo* não publicou o artigo, abrindo mão do contraditório, que é uma regra muito aplicável à mídia, já que é preciso ouvir ambas as partes interessadas.

As Associações que congregam os Notários e os Registradores também deixaram de se manifestar. Isso evidencia quão necessária se mostra uma atuação institucional que se preocupe também com a *imagem* das delegações extrajudiciais.

O espaço extrajudicial dispõe de luminares em doutrina, a cada dia mais sofisticada e resultado de uma experiência praticamente milenar. Mas nada existe em termos de RH ou de comunicações aptas a restaurar a verdade, quando ela vier a ser vulnerada. Ou mesmo para produzir, no seio da sociedade a que serve, uma noção mais exata e consistente sobre a relevância dos serviços prestados.

A Instituição Corporativa que eventualmente vier a ser implementada, com a congregação de todas as especialidades, poderia cuidar, não apenas de qualificar

9. BARBOSA, Rubens. *Cartórios, uma jabuticaba nacional*. OESP 24.07.2018. p. A2.

10. DIP, Ricardo Henry Marques; NALINI, José Renato. Faltam mais jabuticabas. *Correio Popular de Campinas*, 29.10.2018.

os quadros, de capacitá-los, de reciclar os já integrantes do sistema e de preparar os candidatos aos concursos realizados pelos Tribunais de Justiça, da *imagem* das serventias extrajudiciais.

A crônica das Corregedorias, seja a permanente, seja a Geral, está repleta de episódios em que os titulares das delegações se viram obrigados a contratar advogados e a exercer defesa por práticas nas quais falhou a comunicação. Comunicar-se com todos, daí a denominação genérica *stakeholder*, é um fator importante de permanência do sistema na estrutura da Justiça brasileira.

Não basta aparelhar-se e desempenhar serviços em nível de excelência crescente. Cuidar com empenho e profissionalismo do conceito de que o setor desfruta no seio da cidadania é uma questão de subsistência sem ameaças ou atropelos.

Até porque pouca gente reconhece o acerto da Constituição de 1988 ao formatar de maneira inovadora e corajosa os serviços extrajudiciais. Mera amostragem daquilo que se está a produzir para a celebração dos trinta anos da *Carta Cidadã* é o suficiente para evidenciar que as delegações estatais para o exercício das atividades confiadas anteriormente aos *cartórios*, não foi objeto de qualquer mínima ou remota menção.

Oscar Vilhena Vieira, Diretor e Professor da Faculdade de Direito da FGV-SP, no artigo “Resiliência constitucional”, aponta as *virtudes* da Constituição balzaquiana, a partir de sua origem:

resultou do mais amplo e democrático pacto firmado entre os múltiplos atores políticos, institucionais, classes sociais e setores da sociedade, ao longo de nossa história. A reconstitucionalização brasileira não decorreu de um processo de ruptura com o antigo regime, mas foi parte essencial do processo de transição a que deu forma jurídica¹¹.

Embora o pacto federativo não tenha superado a alegação de ineficácia material, padeça de conflitos interpretativos e foi excessivamente reformada, “contra todos os vaticínios, no entanto, a Constituição sobreviveu, a democracia se estabilizou e os seus ambiciosos objetivos foram sendo paulatina e incrementalmente implementados”¹².

O balanço do jovem constitucionalista é positivo. Considera a capacidade de adaptação dentro das regras do jogo democrático a virtude intrínseca ao modelo constitucional adotado em 1988.

11. VIEIRA, Oscar Vilhena. Resiliência constitucional. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 30.09.2018, Ilustríssima. p. 4.

12. Idem.

Também elogiosa é a postura de Marta Arretche, professora do Departamento de Ciência Política da USP e diretora do Centro de Estudos da Metrópole. Para ela,

[...] a Constituição de 1988 mudou muito o desenho das políticas sociais brasileiras. Até ali, só tinha direito a aposentadoria e a assistência médica quem tivesse carteira assinada, cerca de 40% da força de trabalho no final dos anos 80. Até ali, o mundo escolar era praticamente inacessível para a maioria da população¹³.

Com a promulgação da *Cidadã*, implementou-se um processo inclusivo de redemocratização e ela,

[...] não foi obra dos partidos de esquerda, que eram francamente minoritários na Assembleia Constituinte. Foi resultado da percepção, também entre os conservadores, de que a democracia não seria sustentável no Brasil sem que um mínimo de proteção social fosse provido à massa dos excluídos¹⁴.

O mesmo aspecto *resiliência* é o foco no editorial da *Folha de S. Paulo* de 04.10.2018, ao observar que houve pelo menos dois períodos de intensa turbulência política, ambos a desaguar em impeachment. “Tudo transcorreu, porém, conforme os cânones da Carta”¹⁵.

Elogia-se, na Constituição, a ampliação – até exagerada – do rol dos direitos e garantias individuais e sociais, o fortalecimento do sistema Justiça, o tratamento conferido ao meio ambiente. Nenhuma letra se escreveu para aplaudir a transformação dos antigos *cartórios* em eficientíssimas delegações estatais extrajudiciais.

Se alguém tiver de assumir tal defesa, será o próprio setor. Ele dispõe de cérebros capazes e de discernimento para recorrer a profissionais da área, para que a Nação toda tenha ciência da relevância, da eficiência e da imprescindibilidade de preservação do modelo. Sempre sujeito, entretanto, às atualizações decorrentes da mutação acelerada a que a 4ª Revolução Industrial submete o ser humano e o seu convívio.

6. CONCLUSÃO

Os 30 anos de vigência da Constituição de 05.10.1988 merecem reflexão e servem à revisão conceitual e estrutural a respeito de um texto que se propôs ser

13. ARRETCHE, Marta. Redistribuição e polarização política. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30.09.2018, Ilustríssima. p. 7.

14. Idem.

15. Editorial da *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 04.10.2018. p. A2.

dirigente, que abusou de princípios e escolheu verbetes indeterminados, vagos, imprecisos e até ambíguos.

Nada obstante, o modelo preservou a frágil e incipiente Democracia Brasileira, resistiu a dois *impeachments* e, muito embora submetido a 105 alterações, continua a merecer observância geral. As críticas que a comunidade jurídica endereça nunca foram suficientes à conclusão de que ela tem de ser inteiramente revogada. A ideia de Constituinte sempre reaparece, mas a ponderação de que a *Cidadã* se presta a modificações de uma parcela mais flexível de seu texto, enquanto mantém incólume o núcleo *duro* de que a República não pode abrir mão tem prevalecido.

Ratifico a opinião pessoal, tantas vezes manifesta, de que a solução do constituinte para os antigos “cartórios” não foi apenas imaginosa e pioneira. Foi inteligente e seu êxito é evidente. Entrega-se uma atividade estatal a um particular que a exercerá por iniciativa privada, mediante delegação do Poder Público. A seleção, fiscalização, acompanhamento, orientação, controle e corregedoria permanente fica a cargo do Poder Judiciário, a função mais próxima àquilo que, embora denominado “extrajudicial”, tem tradição ínsita de intimidade com o sistema Justiça.

O Estado não investe um centavo na atividade. Mas leva dele considerável percentual dos emolumentos com que os interessados remuneram os préstimos obtidos.

Em virtude do caráter privado da gestão das delegações, estas conseguiram avanços escancarados na modernização, notadamente em relação ao universo digital. Há muitos exemplos de excelência dos serviços, mencionado apenas para evidenciar que eles funcionam, o trabalho desenvolvido pela Arisp – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo.

Nada obstante o sucesso da opção, há setores pretendendo se apropriar das atribuições desenvolvidas pelas delegações, sob argumento de maior eficiência e menor custo. Não se tem conseguido demover a tendência a se extinguir o setor, alicerçada na velha concepção de que “cartório” é uma instituição arcaica, a prestigiar o favoritismo, quando não o nepotismo e que o mundo precisa se adaptar à contemporaneidade.

Incumbe ao próprio setor defender-se. Mediante comunicação adequada e divulgação de sua obra contínua e de crescente especialização. Uma Instituição de ensino que cuidasse de preparar os profissionais da área, capacitar os que já estão em exercício, reciclar para a assimilação das mais novas tecnologias e dos incessantes avanços científicos, poderia também se desincumbir dessa atuação de permanente comunicação das delegações com os stakeholders.

Os artigos em celebração aos 30 anos da Constituição Cidadã contemplam vários aspectos do pacto, exploram diversas vertentes, mas não se encontra mera menção, quanto aos seus méritos, da solução que o constituinte de 1988 cometeu a um universo multissecular e cuja denominação foi sofrendo mutação semântica, até adquirir tonalidade pejorativa.

Incumbe às lideranças e aos privilegiados cérebros das várias especialidades uma coesão para melhor cuidar do futuro das delegações. Assumir o protagonismo interessado não só em prestar o melhor serviço, mas em provar à população, destinatária dele, de que ela está muito bem servida com a preservação do sistema, é providência urgente e salvífica.

A tarefa, que até ontem parecia impossível, adquire vertente auspiciosa, quando se contempla a preocupação brasileira com a educação. Um dos artífices do constitucionalismo contemporâneo, também chamado *neoconstitucionalismo*, o pensador Luís Roberto Barroso, atuante julgador do STF e, portanto, um dos encarregados da *guarda precipua* à Constituição, contempla três itens relevantes na agenda brasileira. Indica

um pacto de integridade e republicanismo para substituir o modelo oligárquico de apropriação privada do Estado; um choque de livre iniciativa, com mais sociedade civil e menos oficialismo, sem desmonte dos programas sociais de proteção destinados a garantir dignidade e oportunidade para os menos favorecidos; e uma opção verdadeira e engajada em favor da educação¹⁶.

É exatamente a educação que o Ministro Barroso considera a agenda mais importante e sobre a qual se detém, aduzindo que a educação precisa ser transformada em projeto nacional, suprapartidário e patriótico: “não um slogan, mas uma obsessão construtiva”¹⁷. O foco na educação infantil e na educação básica é também o diagnóstico de todos os que enxergam no déficit do ensino a maior tragédia brasileira. Isso refletir-se-á no despreparo do jovem e do adulto para o desempenho de atividades laborais que hoje sequer têm nome.

Daí a urgência e a relevância extrema de se realizar um projeto consistente de educação corporativa, algo de que as delegações extrajudiciais se desincumbirão com a eficiência evidenciada ao transformar os velhos escaninhos num universo virtual com registro eletrônico, atendimento online imediato, *backup* na *cloud* e adoção das mais promissoras táticas de oferecer os melhores préstimos, função para a qual as serventias extrajudiciais foram preordenadas.

16. BARROSO, Luís Roberto. A República que ainda não foi, *Folha de S. Paulo*, 05.10.2018. p. A3.

17. Idem.

Comemorar 30 anos de uma nova ordem fundante e mostrar à sociedade que ela – a vontade constituinte – trouxe algo que conferiu inegável salto qualitativo aos serviços extrajudiciais é missão da qual todos os integrantes do estamento devem se desincumbir. Conseguirão fazê-lo, desde que unidas, sem deixar flancos vulneráveis para a exploração de parte dos interesses localizados. Não fazendo, será mais fácil ao adversário dessa estratégia vir a substituir a mais inteligente e exitosa estratégia adotada em 1988, por quem promete fazer melhor, com maior rapidez e menor dispêndio, aquilo que as delegações realizam há muito tempo e com clara evolução de metodologia, segurança e confiabilidade.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A autonomia registral e o princípio da concentração, de Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva – *RDI* 49/46-52 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/419-426 (DTR\2000\351);
- Função notarial criadora de direito, de José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa – *RDI* 2/209-263 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/511-573 (DTR\2002\39);
- O notariado no Brasil e no mundo, de Tullio Formicola – *RDI* 48/85-92 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 8/1265-1274 (DTR\2000\60);
- Os notários e registradores e sua atuação na desjudicialização das relações sociais, de Yasmin Leandro Veronese e Caique Tomaz Leite da Silva – *RTSP* 4/65-80 (DTR\2014\9403); e
- Qualificação registral – Sua independência e responsabilidade civil e administrativa disciplinar do registrador de imóveis, de José de Mello Junqueira – *RDI* 81/383-400 (DTR\2016\24837).

PROPRIEDADE E DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE PRAGMÁTICA DA FUNÇÃO SOCIAL

PROPERTY AND DEVELOPMENT: PRAGMATIC ANALYSIS OF ITS SOCIAL FUNCTION

LUCIANO BENETTI TIMM

Advogado. Pós-Doutor pela U.C. Berkeley, EUA. *Master of Laws* (LLM) pela Universidade de Warwick. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Adjunto da PUCRS e da ULBRA. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Professor de Direito e Economia da FGVSP e UNISINOS/RS.
ltimm@cmted.com.br

RENATO VIEIRA CAOVIALLA

Pesquisador do Grupo de Direito e Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
renatocaovilla@gmail.com

Data de recebimento: 02.08.2018

Data de aprovação: 03.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Civil

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância dos direitos de propriedade, legalmente formalizados, para o processo de geração de capital e, em consequência, de maior renda e riqueza, porque apto a promover a inclusão, no sistema legalizado de trocas (mercado), dos cidadãos que à margem do mesmo atuam. O resultado desse processo é a promoção de maior bem-estar social. Assim, analisar-se-á a previsão constitucional acerca da função social da propriedade no Brasil em consonância com essa constatação, conferindo-lhe interpretação pragmática, através do método da análise econômica do direito, e em contraste com o posicionamento expresso no modelo "solidarista" vigente na doutrina

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the importance to a country to establish a formal system of property rights. Because a system of property rights is able to convert "dead" assets in capital, it is also able to generate wealth, including in the market place people who get used to negotiate at its margins. By observing that, we will nurture a pragmatic interpretation to the principle of the social function of property rights through the law and economics' lenses, in opposition to the so-called "solidarist" model. Our conclusion is that the public welfare is best achieved by first entitling people to property, and then protecting the fundamental property rights. Abuses will be corrected by the doctrine of abuse of rights.

: brasileira, que propugna pela utilização do Direito Privado como mecanismo de justiça distributiva e de justiça social. Conclui-se que o "interesse coletivo" resulta melhor atendido quando, em primeiro lugar, formalizado e, após, respeitado o fundamental direito de propriedade individual, sendo eventuais excessos corrigidos via instituto do abuso de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade – Capital – Função social – Desenvolvimento – Bem-estar social.

KEYWORDS: Property – Capital – Social function – Development – Public welfare.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos de propriedade: o processo de conversão do ativo subcapitalizado em capital ativo. 3. Instituições fortes: a adequada estrutura de incentivos à atividade produtiva. 4. A propriedade e sua função social no Brasil. 5. Um fundamental direito como direito fundamental. 6. Conclusão. Bibliografia. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

Qual fator é capaz de explicar as diferenças entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, em termos de riqueza? Em 1900, Japão e Filipinas apresentavam renda *per capita* semelhante, enquanto, hoje, a renda *per capita* do Japão é seis vezes superior à das Filipinas. Da mesma forma, em 1900, Argentina e Canadá equivaliam-se quanto à renda *per capita*, ao passo que, nos dias de hoje, a renda *per capita* do Canadá é mais do que o triplo da renda *per capita* da Argentina (COOTER et al, 2006, p. 2).

Cabe indagar, por oportuno, se tal discrepância adviria das diferenças culturais dos povos. O economista Hernando De Soto assevera, contudo, não ser o fator cultural o responsável pelo sucesso ou insucesso de países tão diferentes e que a disparidade de riqueza entre o Ocidente e o resto do mundo é por demais ampla para ser justificada com base, tão somente, na cultura (DE SOTO, 2001, p. 18).

De Soto ressalta, ainda, que, na última década, Rússia e América Latina “têm compartilhado os mesmos problemas políticos, sociais e econômicos: desigualdades gritantes, economias subterrâneas, máfias ubíquas, instabilidade política, fuga de capital, desrespeito flagrante à lei”, e questiona: “alguém saberia apontar traços ‘culturais’ comuns entre os latino-americanos e os russos?” (DE SOTO, 2001, p. 24).

Inobstante os países do Terceiro Mundo e os países que integravam o bloco comunista terem adotado receitas capitalistas (as quais são bem-sucedidas no Ocidente), tais como o equilíbrio no orçamento, o corte dos subsídios, a atração de investimento estrangeiro e a redução das tarifas, não conseguiram prosperar.

Aliás, De Soto afirma que os esforços desses países “foram recompensados com amargas decepções. Da Rússia à Venezuela, os últimos cinco anos foram tempos de sofrimento econômico, de queda nas receitas, de ansiedades e ressentimentos [...]” (DE SOTO, 2001, p. 23).

Diante desse quadro, o que explica o fato de os países pobres (onde vivem cinco sextos da humanidade), embora ágeis na adoção de todas as outras invenções ocidentais, “do clipe de papel ao reator nuclear” (DE SOTO, 2001, p. 22), terem sido incapazes de alcançar maior riqueza e maior bem-estar social? Seria algum tipo de conspiração monopolista ocidental, contra os países em desenvolvimento, a causa deste indesejável efeito?

Não é assim que entendemos o problema.

O maior obstáculo para que o resto do mundo atinja os níveis de riqueza alcançados pelos países desenvolvidos é a sua incapacidade de gerar capital (DE SOTO, 2001, p. 19).¹ Nesse sentido, deve-se perscrutar pela fonte que, de modo mais eficiente, conduz à geração de capital e, via de consequência, ao desenvolvimento econômico.

Alan Greenspan, Presidente da Reserva Federal americana (FED), por 18 anos consecutivos, em sua *A era da turbulência*, cita que, de modo geral, o caminho mais curto e mais direto para a prosperidade de um país contém os seguintes elementos (Greenspan, 2007, p. 242 e 243):

1. A extensão da concorrência na economia interna e, ainda mais para as nações em desenvolvimento, a extensão da abertura de sua economia e a integração com o comércio internacional;
2. As instituições de um país e sua qualidade para contribuir com o funcionamento da economia;
3. A eficácia das medidas necessárias à estabilidade macroeconômica.

1. Por *capital* entende-se a representação das potencialidades que um bem deve possuir, capacitando-o para ser objeto de troca em uma economia de mercado. Nesse sentido, um bem que se encontra na extralegalidade, somente portará a característica de ser um bem físico (um *ativo morto*, na expressão de Hernando de Soto), subcapitalizado. Ao reverso, um bem que reúne condições de ser objeto de troca, por estar devidamente registrado, assume uma dimensão dinâmica (*invisível*, mas profícua), em oposição à mera situação física, estática. Assim, um bem pode ser usado como colateral em empréstimos bancários, ser terminal de recebimento de serviços públicos (água, luz, telefone, TV, Internet), servir para integralizar quotas ou ações em sociedade empresárias, ser fonte de tributos etc. Vale dizer, com as palavras De Soto: “o capital é a fonte que aumenta a produtividade e gera a riqueza das nações” (DE SOTO, 2001, p. 19).

Contudo, assevera Greenspan que a ordem de importância de tais elementos, bem como a ênfase a ser dada a cada um deles varia, e que, de acordo com sua experiência pessoal, a fonte precípua da prosperidade é a garantia dos direitos de propriedade e o império da lei. Assim, pontifica que “sem essa certeza [propriedade], de pouco adiantariam o livre-comércio, os enormes benefícios da competição e as vantagens comparativas” (GREENSPAN, 2007, p. 243).

Mas essa noção não é unisonamente compartilhada por todas as noções, principalmente por aquelas em desenvolvimento. Aliás, nas palavras de Greenspan:

Infelizmente, a noção de direito de propriedade ainda é fonte de conflitos, sobretudo em sociedades que questionam a moralidade da busca pelos lucros. [...] O direito de propriedade não é defensável em sociedades que ainda mantenham qualquer resíduo significativo do conceito marxista de que propriedade é roubo (GREENSPAN, 2007, p. 244).

Para ilustrar a conexão existente entre a proteção dos direitos de propriedade e a geração de riqueza e bem-estar social, recorre-se ao exemplo das discrepantes trajetórias percorridas pela comunista República Democrática da Alemanha (parte oriental) e a República Federal da Alemanha (parte ocidental). Ao final da II Grande Guerra, precisamente após a Conferência de Potsdam, de agosto de 1945 (MOTA E BRAICK, 1997, p. 517), a Alemanha resultou dividida em áreas de influência. Criou-se a República Democrática da Alemanha, sob influência da União Soviética, e a República Federal da Alemanha, conectada com o Ocidente. À época, ambas as Repúblicas se equivaliam em características, tais como, população e educação. Após 40 anos de divisão, as Repúblicas apresentaram situações econômicas distintas. Em período antecedente à reunificação, o PIB *per capita* da Alemanha Oriental, sob influência soviética e com a negação da propriedade privada, equivalia a 1/3 do PIB *per capita* da Alemanha Ocidental, esta estribada em economia de mercado, com respeito à propriedade (CASS, 2006, p. 88).²

Outrossim, ponto peculiar e “comprometedor” do planejamento central então em voga na União Soviética referia-se à constatação de que a maior parte de suas colheitas terem sido fruto de terras privadas, que representavam uma pequena fração da área agricultável (GREENSPAN, 2007, p. 243). Ainda, na China, embora somente 250 milhões, do total de 1,3 bilhão de habitantes, sejam dotados de propriedade privada e detenham o direito de titularizar ativos no setor

2. Ver, também, RICHEL, Richard. Germany's Postwar Growth: economic miracle or reconstruction boom?. *Cato Journal*, v. 21, n. 3, p. 440. Disponível em: [www.cato.org/pubs/journal/cj21n3/cj21n3-5.pdf].

privado, o país apresenta taxas de crescimento real de 10% ao ano, e a conclusão a que chega De Soto sobre este fato é: “os, relativamente, poucos têm sustentado 10% de crescimento real, enquanto que o bilhão restante da população não faz parte do sistema legal” (SOTO, 2004).³ Vale dizer, 25% da população fazem com que o crescimento econômico de sua economia seja de 10%. A questão, então, passa a ser não retirar a propriedade desses 25%, mas, ao reverso, fazer com que os outros 75% tornem-se, também, proprietários.

Em vista disso, nevrálgica resulta a análise de como a propriedade privada tem o condão de gerar capital e, por conseguinte, contribuir para a promoção do bem-estar social. Esse é o ponto central do presente trabalho.

Para tanto, partiremos da análise de um ambiente institucional em que não há direitos de propriedade, a fim de constatar a sua consequência no estímulo à produção e, por conseguinte, na promoção de bem-estar social.

Ao depois, enfrentaremos o problema da diferença de riqueza e bem-estar entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, apontando a sua causa e observando que, principalmente no Brasil, o tratamento dado à propriedade tem o condão, tão-somente, de ampliar, ao invés de reduzir, tamanha discrepância.

Nessa esteira, examinaremos as consequências da flexibilização dos direitos de propriedade no desenvolvimento econômico, percebendo que tal atitude não é o meio idôneo para atingir os fins a que se destina.

Por fim, versaremos sobre o direito da propriedade como um direito fundamental do cidadão.

2. DIREITOS DE PROPRIEDADE: O PROCESSO DE CONVERSÃO DO ATIVO SUBCAPITALIZADO EM CAPITAL ATIVO

Alguns países são mais desenvolvidos do que outros pelo fato de suas economias crescerem mais do que a economia dos outros, vale dizer, há países em que as instituições fornecem uma estrutura de incentivos que orienta a alocação de recursos à atividade produtiva, ao passo que as instituições em outros países, geralmente menos desenvolvidos, estimulam a alocação de recursos escassos à atividade apropriadora. Isso significa que enquanto alguns países estimulam a sua

3. Alan Greenspan refere que “quando a China concedeu formas altamente diluídas de propriedade aos residentes de áreas rurais que cultivavam lotes pertencentes à comunidade, a produtividade agrícola e os padrões de vida ostentaram aumentos substanciais” (GREENSPAN. Op. cit., p. 243).

população a inovar e a produzir, outros incentivam os seus cidadãos a dissiparem renda na apropriação do pouco que é produzido.

Nesse sentido, com o intuito de demonstrar, ao final, a importância da propriedade, como parte das instituições formais de um país, para conferir o necessário incentivo à produtividade, partir-se-á da análise, primeiramente, de uma economia, hipoteticamente considerada, na qual não há propriedade formalmente reconhecida e, portanto, não respeitada pelo ordenamento jurídico.

Na hipótese de não haver direitos de propriedade, os indivíduos que se dispõem a concretizar uma atividade produtiva terão, para além de alocar tempo e recursos à produção, alocar tempo e recursos à preservação daquilo que possuem. Por não existirem direitos de propriedade protegíveis pelo ordenamento jurídico, a dimensão da propriedade de um indivíduo será proporcional à sua capacidade de fornecer proteção àquilo sobre o que detém a posse. Por conseguinte, alguns indivíduos, em vez de produzir, preocupar-se-ão com a apropriação de recursos e aqueles interessados na produção, deixarão de produzir mais porque os recursos à esta atividade destinados terão de competir com a finalidade de assegurar aquilo que já possuem.

Dessa forma, os indivíduos produzirão até o ponto em que o benefício marginal adveniente da proteção do montante produzido igualar-se-ia ao custo marginal da atividade de proteger. Dito de outra forma, os recursos serão empregados na proteção daquilo que os indivíduos possuem até o ponto em que proteger uma unidade adicional seja igual ao benefício adveniente de manter esta unidade produzida.

Com base na Figura 1, anexo 1, intitulada Produção v. Apropriação, considere que os indivíduos desejam produzir P^H , vez que este é o montante de produção que julgam necessário para o atendimento de suas necessidades. A linha CMg corresponde ao custo marginal de produzir uma unidade a mais do produto de sua atividade. A linha BMg representa o benefício marginal adveniente da produção desta unidade adicional. O eixo vertical representa o montante de recursos empregados na atividade produtiva. O eixo horizontal representa a quantidade de produção.

Note-se que, se os indivíduos produzirem qualquer quantidade à esquerda de P , não estariam maximizando a sua produção, vez que o benefício adveniente da produção de uma unidade adicional superaria o custo de proteger esta unidade uma vez já produzida. Então, poderiam continuar na atividade produtiva. Caso os indivíduos desejarem produzir mais do que P , o montante de recursos necessários para proteger esta unidade adicional produzida seria maior do que o benefício do resultado dessa produção adveniente. Em outras palavras, para que

pudessem proteger esta unidade a mais, teriam de deixar desprotegida outra unidade produzida.⁴

Portanto, envidarão esforços até o montante em que consigam, ao mesmo tempo, produzir uma unidade e protegê-la (CMg = BMg).

Mas tal situação, em termos de eficiência produtiva, seria socialmente eficiente? Cooter e Ulen demonstram que um processo produtivo é considerado eficiente quando ocorre qualquer uma das seguintes situações (COOTER E ULEN, 2000, p. 12):

- a) Não é possível manter o mesmo nível de produção valendo-se de menos ou mais baratos insumos;
- b) Não é possível aumentar o nível de produção com a mesma quantidade insumos.

Assim, há algum mecanismo que permita aos indivíduos alocarem menos recursos na defesa daquilo que possuem e, ainda assim, contarem com o mesmo nível de proteção? Fatos demonstram que sim.

O economista Hernando De Soto, Presidente do Institute for Liberty and Democracy, sediado em Lima, no Peru, assevera que em projeto que neste país realizou, com o intuito de fazer com os que indivíduos pobres tivessem acesso à propriedade, a ativos e ao capital, constatou que nas residências que estavam formalmente registradas, ou seja, de cuja propriedade as pessoas eram titulares, havia, no mínimo, duas fontes de renda (e, por conseguinte, as pessoas gozavam de maior bem-estar), ao passo que nas residências sobre as quais não se reconheciam direitos de propriedade, havia, tão-somente, uma única fonte de renda (SOTO, 2004). Por quê?

A resposta, embora simples, assume larga dimensão. As pessoas que têm certeza de que a sua propriedade estará protegida e será respeitada não necessitam deixar alguém (o marido deixar a mulher, ou o inverso) tomando conta da casa enquanto trabalham. A partir do momento em que tal certeza se esvai, a melhor opção é deixar alguém tomando conta da propriedade, o que reduz as possibilidades de trabalho dessa pessoa encarregada.

Destarte, as pessoas podem alocar mais tempo e recursos na atividade produtiva e, ainda assim, terem os seus ativos protegidos. Fora de dúvida que uma pessoa a mais trabalhando faz com que a renda da família recrudesça.

4. Por esse motivo, de acordo com o gráfico apresentado, os indivíduos jamais chegariam ao nível P^{II} de produção, embora seja este o nível necessário para o atendimento das necessidades.

Tal constatação reveste-se de grande importância, porquanto com a percepção de maior renda (o que se refletirá em maior bem-estar social) os filhos dos proprietários das residências registradas podem passar a frequentar a escola, diminuindo, dessa forma, o número de crianças praticantes de trabalho infantil (SOTO, 2004).⁵

Com efeito, a situação fática da posse, sem assento registrário referente ao imóvel ocupado, significa manejar “ativo morto”, incapaz de gerar capital. Pelo próprio fato de os direitos de propriedade não poderem ser legalmente reconhecidos, os respectivos ativos não comportam a transformação em capital e não se constituem como bens de comércio, “senão em estreitos círculos locais, onde as pessoas se conhecem e confiam umas nas outras” (SOTO, 2001, p. 20).

Cabe notar, por oportuno, que nos Estados Unidos, as empresas iniciantes têm como a mais importante fonte de captação de recursos a hipoteca da casa do empresário. Nesse mesmo sentido, De Soto assevera que o título de propriedade privada significa conferir a um ativo uma função profícua e que é invisível, concernente às oportunidades que gera para o seu titular.

Assim, o direito de propriedade fornece, ao titular do bem correspondente, a possibilidade de “ser utilizada com facilidade como garantia em empréstimos, como endereço de cobrança de dívidas, impostos e taxas; como localização que identifica os indivíduos para motivos comerciais, judiciais ou cívicos; ou como terminal responsável para o recebimento de serviços públicos, tais como energia, água, esgoto, telefone ou TV” (SOTO, 2001, p. 64).

Com tal diagnóstico, De Soto propugna pela inserção social de 80% da população mundial que se encontra fora do sistema de comércio formal e legalizado, através, em primeiro lugar, do reconhecimento de direitos de propriedade e, ao depois, com o respeito ao mesmo.

Alan Greenspan comenta em seu livro, *a Era da turbulência*, que, no ano de 2003, recebeu De Soto no FED, e que este lhe apresentou uma proposta “para elevar o padrão de vida de segmentos significativos dos pobres do mundo” (GREENSPAN, 2007, p. 245). Asseverou De Soto, em tal oportunidade, que se fosse possível conceder a propriedade sobre os bens que a maioria das pessoas já detinha a posse, “liberar-se-ia muita riqueza”.

O montante total de “ativo morto”, i.e., sem expressão econômica e social, foi estimado em US\$ 9 trilhões. Esse é o valor que corresponde à integralidade dos imóveis de posse extralegal dos pobres do Terceiro Mundo e nas nações do extinto bloco comunista (SOTO, 2001, p. 47).

5. Essa conclusão foi referida por De Soto no *International Development Seminar*. The Hudson Institute, 2004.

De posse de tais dados, nota-se que os países do chamado Terceiro Mundo carregam alta dose de responsabilidade sobre a situação socioeconômica de sua população. Para ilustrar, corriqueiras mostram-se as manifestações dos países em desenvolvimento contra a globalização, asseverando que os lucros de tal processo são percebidos, tão-somente, pelos países ricos. Ressalta-se, nessa esteira, que o Presidente da Tanzânia asseverou, em 2001, que o único benefício que o seu país recebe da globalização é poder participar da Copa do Mundo. Todavia, ao se analisar a quantidade de pessoas que exercem qualquer atividade no setor legal desse país, constata-se que o número é de 2%. Vale dizer, 98% das pessoas atuam na ilegalidade. E como afirma De Soto, não se pode comerciar a menos que o indivíduo seja capaz de assinar um *bill of lading* (conhecimento de embarque) ou operar uma transferência bancária. Para tanto, requer-se do comerciante, no mínimo, um endereço (SOTO, 2006).

Por fim, o homem criou diversas formas de representação ao longo de sua existência, com o intuito de compreender com a mente aquilo que, com as mãos, não se consegue tocar. Nesse sentido, o direito de propriedade, segundo todas as funções que exerce, não pode ser visto apenas em sua perspectiva estática, isto é, a dimensão que expressa, tão-somente, a posse direta de um bem. Mas, ao reverso, a propriedade é poderosa ferramenta que, principalmente por seus *invisíveis* atributos, capacita-se para tornar os ativos, comercial e financeiramente, *visíveis*, retirando-lhes a condição de subcapitalizados.

Após a análise e constatação da importância dos direitos de propriedade formal e legalmente reconhecidos, passa-se a expor a relevância assumida pelas instituições no desenvolvimento econômico de um país; instituições as quais os direitos de propriedade compõem.

3. INSTITUIÇÕES FORTES: A ADEQUADA ESTRUTURA DE INCENTIVOS À ATIVIDADE PRODUTIVA

Com a introdução da propriedade privada, resulta elucidado quem é proprietário do que. A alocação dos recursos à produção, o que é incentivado com a proteção pelos direitos de propriedade, faz com que o bem-estar da população resulte mais elevado do que quando, concomitantemente, ocorre a dissipação da renda (retirada de recursos da produção). “Em especial, a formalização da propriedade privada e a sua defesa pelo Estado permitem que, em vez de gastar parte do seu tempo defendendo o que possuem, as pessoas podem se concentrar inteiramente em produzir e gerar renda” (PINHEIRO E SADDI, 2005, p. 95).

Por exemplo, Harold Demsetz, em um artigo seminal intitulado *Toward a theory of property rights* refere uma experiência com índios no Canadá. Aduz a existên-

cia de duas áreas, uma em que existiam direitos de propriedade e outra em que tais eram ausentes. O resultado percebido foi o de que na área que foram assinalados direitos de propriedade, os recursos eram mais bem explorados. Mais recentemente, Douglass North, ganhador do Prêmio Nobel, em 1993, refere que as instituições de um país são um fator mais importante para o desenvolvimento do que as riquezas naturais, o clima favorável ou a agricultura. Afirma North que “as instituições são as regras do jogo, tanto as formais quanto as informais e também as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado [...]” (NORTH, 2000). Assim, as leis compõem as instituições e não há direitos de propriedade sem Lei que os protejam (NORTH, 2004, p. 361).⁶

Como já referido *supra*, a previsão e a proteção dos direitos de propriedade têm o condão de promover a eficiência produtiva. Aliás, Cooter e Ullen asseveram que o regime de propriedade privada é criado visando a encorajar a produção, desincentivar o roubo e reduzir os custos de proteger os bens (COOTER E ULEN, 2000, p. 77).⁷

Nesse sentido, direitos de propriedade claramente assinalados fazem diminuir o montante de externalidade gerado. A externalidade é um conceito econômico. Define-se como a geração de um benefício (externalidade positiva) ou a causação de um dano (externalidade negativa) em que o *proveito* (adveniente do benefício gerado) não é usufruído por quem o gerou e o *custo* (decorrente de um dano) não é suportado por quem o causou. Tratando-se de custos, quando não há a definição hialina dos direitos de propriedade, aquele agente que causa o dano não leva em conta, ao agir (seja produtor ou consumidor), os custos deste dano advenientes. E se não recair sobre o ofensor a responsabilidade pelo dano causado não haverá incentivos para que o reduza. Dessa forma, o nível de externalidade negativa gerado estará sempre acima de um ponto ótimo, sendo o dano causado e ninguém pelo mesmo responsabilizado. Assim, uma função da propriedade, que é a de satisfazer o princípio da reparação, não será atendida caso os direitos de propriedade não sejam claramente definidos.

6. O mesmo autor, Douglass North, assevera que as instituições são a estrutura de incentivos de uma economia, vale dizer, as organizações que brotam em uma economia são o reflexo das oportunidades conferidas pelas instituições. Nesse sentido, se as instituições incentivam a apropriação, os indivíduos e organizações alocarão recursos para a apropriação. De outro lado, se as instituições lançam incentivos no sentido da produção, os indivíduos alocarão os recursos na atividade produtiva (NORTH, Douglass C. *Economic Performance Through Time. The American Economic Review*, v. 84, n. 3, jun. 1994. p. 361).

7. “To encourage production, discourage theft, and reduce the costs of protecting goods” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley. 3. ed., 2000. p. 77).

Além disso, cabe notar que a propriedade faz recair sobre o seu titular todos os benefícios e os custos dela advenientes. Vale dizer, as externalidades, com a propriedade, são internalizadas. Isso porque ao fazer parte do sistema formal de propriedade, os indivíduos tornam-se individualmente responsabilizados e, então, “pessoas que não pagam por serviços e bens que consumiram podem ser identificadas, cobradas com juros, multadas, embargadas e ter suas taxas de crédito aumentadas” (SOTO, 2001, p. 79).

Assim, tem-se que a propriedade exerce outras funções para além de, tão-somente, proteger a posse, como a de conferir segurança às transações, o que gera um incentivo aos cidadãos no sentido de “respeitarem títulos, honrarem contratos e obedecerem à lei” (SOTO, 2001, p. 79). Por isso, a assinalação objetiva da propriedade tende a fazer com que o seu titular dê a melhor destinação àquilo que titulariza, maximizando a sua utilidade, vez que preferirá mais gozar dos seus benefícios do que suportar os seus custos.⁸ E a internalização é perfeita quando todos os custos e benefícios entram no processo de tomada de decisão do titular da atividade que os gera. Definir claramente direitos de propriedade tem por consequência promover esta internalização.

Todavia, um regime puro de propriedade privada, no qual o direito de propriedade é absoluto, jamais tomou assento na história da humanidade. Desde os romanos, a propriedade é composta de um conjunto limitado de direitos. Assim, restrições acerca do que um indivíduo pode ou não fazer com sua propriedade são comuns em todos os sistemas jurídicos. Entretanto, as variações destas restrições resultam em diferentes efeitos no desenvolvimento institucional e econômico de um país.

É imbuído desse espírito que se passará à análise da função social da propriedade.

4. A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL

As formulações do mundo jurídico não são circunscritas às suas fronteiras. O Direito é um indutor de comportamentos. A tal conclusão, pode-se chegar

8. A concentração de custos e benefícios na pessoa do titular dos direitos de propriedade cria um incentivo para que utilize os recursos com maior eficiência (DEMSTZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, May, 1967. p. 356). Ainda, se sobre o titular recaem todos os custos e benefícios de ser proprietário, então, tentará alocar os recursos da forma que maximize estes, reduzindo àqueles ao mínimo possível (cf. SZTAJN, Rachel; ZYLERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade, parte II. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 95).

intuitivamente. Entretanto, a análise do direito a partir do ferramental da ciência econômica fornece uma teoria científica capaz de explicar os impactos das formulações jurídicas no comportamento dos indivíduos (COOTER E ULEN, 2000, p. 3).⁹ O método da análise econômica do direito (*Law and Economics*) vale-se dos instrumentos econômicos para “resolver problemas legais e, inversamente, [predizer] como o direito e as regras legais exercem impactos sobre a economia e o seu desenvolvimento” (PINHEIRO E SADDI, 2005, p. 88).

Os agentes econômicos, ou os “jogadores”, na expressão de North, são seres que reagem à referida estrutura de incentivos. A forma de jogar desses agentes é o reflexo das oportunidades oferecidas pela matriz institucional. Dessa forma, se o ambiente institucional recompensar, por exemplo, a pirataria, agentes econômicos especializados em reproduzi-la surgirão. Por outro lado, caso as instituições de um país recompensem a atividade produtiva, os agentes econômicos alocarão recursos e energia à consecução da produção (PINHEIRO E SADDI, 2005, p. 88).

Como visto, as regras jurídicas compõem as instituições. Isso significa que se o ordenamento jurídico emitir sinais de que não protegerá os direitos de propriedade, o resultado será a dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriarem (mais do que produzirem) dos escassos recursos existentes.

Assim, para além de um ordenamento jurídico prever os direitos de propriedade (*law on the books*), a prática jurídica deve esforçar-se para fazê-los válidos (*law in action*). Um método para tanto se constitui na observação das consequências das decisões judiciais, levando em conta os sinais que o subsistema jurídico envia aos demais subsistemas sociais, principalmente o econômico (CARVALHO, 2005, p. 100).

Com isso, cabe analisar as consequências socioeconômicas de um ordenamento jurídico que optou por conter cláusulas genéricas, como demonstra ser a função social (GAMA, 2007, p. 19).¹⁰

9. Cooter e Ulen asseveram que as sanções jurídicas equivalem aos preços e que as pessoas respondem àqueles da mesma forma que reagem a estes. Isto é, quando os preços estão elevados, as pessoas reagem a tal situação consumindo menos dos bens mais caros e, igualmente, as pessoas realizam menos as condutas mais severamente sancionadas (COOTER E ULEN. Op. cit. p. 3).

10. “[...] por si só, a expressão em destaque não apresenta alto nível semântico. Dessa maneira, ela pôde ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inumeráveis ações estatais limitadoras das liberdades individuais” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Gama; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Org.). *Função social no direito privado e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 19).

A noção de função social emerge em contraposição à concepção individualista e liberal do direito de propriedade (TEPEDINO E SCHREIBER, 2005, p. 102). Trata-se do modelo solidarista de direito privado, cuja gênese, como já explicamos em outra ocasião (TIMM, 2006), encontra-se na sociologia de Durkheim. Acentuada influência para o surgimento de tal noção, a doutrina social da Igreja Católica, por meio das Encíclicas *Rerum Novarum* (do Papa Leão XIII), *Quadragesimo Anno* (do Papa Pio XI), *La Solemita e Oggi* (do Papa Pio XII), *Mager et Magistra* (do Papa João XIII) e *Populorum Progressio* (do Papa Paulo VI), propugnava pela harmonização entre os interesses individuais e os anseios coletivos, chegando a asseverar que, sobre a propriedade, deveria incidir uma espécie de hipoteca social, com os bens materiais bastando apenas para o suprimento das necessidades básicas dos indivíduos, indo de encontro ao fato de que estes pudessem valer-se do excedente em detrimento daqueles que nada detinham (GAMA, 2007, p. 5 e 6).

Assim, no proprietário não se reconhecia o titular de direito subjetivo, mas, ao reverso, “o detentor da riqueza, mero administrador da coisa que deveria ser socialmente útil” (FORNEROLLI, 2004, p. 200).

Já no século XIX, a concepção da função social era desenvolvida “pelas obras socialistas e anarquistas da Europa Industrializada” (GAMA, 2007, p. 18), mas ganhou *status* constitucional, tão somente, com a edição da Constituição mexicana, de 1917 e, ao depois, com a Constituição alemã, de 1919, a Constituição de Weimar, sendo estas duas Cartas consideradas o berço do Estado Social.

No século XX, com o final da Primeira Grande Guerra, o Estado passa a ser mais intervencionista, haja vista as mazelas trazidas pelo conflito. Da posição de instrutor das regras do jogo, o Estado passa a ser jogador, atuando diretamente no desenvolvimento econômico. Em razão, por exemplo, dos problemas habitacionais advindos do referido confronto, as leis locatícias passam a favorecer os locatários. O mesmo se dá com os empregados, em vista do problema de desemprego enfrentado, principalmente, pelos países derrotados.

Assim, novas leis sobre acidente de trabalho e responsabilidade civil foram promulgadas, à margem dos princípios estruturais do Código Civil, “sacrificando o princípio da liberdade contratual e da responsabilidade civil subjetiva” (TIMM, 2006, p. 237).

Após a Primeira Grande Guerra, tem-se a elaboração de leis que preveem o remédio para casos que necessitam ser imediatamente sanados, ocorrendo aumento da legislação especial, tanto no concernente ao setor privado, quanto ao setor público, porquanto o Estado passa a intervir na economia, em prejuízo da sistematicidade do Código Civil.

Desse modo, em que pese esteja, ainda, no centro do ordenamento jurídico, o Código Civil vai passando de Lei geral a Lei residual, vez que a pletora de leis

efêmeras passam a sustentar as bases legislativas específicas para determinada situação, “as quais são resultado de ativos grupos intermediários que pressionam no sentido de formulação de leis particulares que lhe são favoráveis” deixando para o Código Civil a previsão geral da matéria. A especificação das leis, “como satélites autônomos procuram regiões próprias na órbita incontrolada da ordem jurídica, [...] formando-se microsistemas legislativos apartado do macrossistema do Código Civil”.¹¹

A descodificação propriamente dita surge em diferentes países e em discrepantes momentos, na medida em que vão caindo as potências militares totalitárias.

Sempre que há a mudança de regime há a inauguração de uma nova ordem jurídica. Pois, as ordens jurídicas pós-Segunda Guerra Mundial, erigiram-se com a Constituição garantidora dos direitos sociais no centro do ordenamento jurídico. É nesse sentido que se fala em descodificação, para apontar a relativização do Código Civil, submetendo os seus princípios aos princípios constitucionais, mais protetores, mais interventores, menos individualistas, mais sociais.

No Brasil, após a Constituição de 1934, diversas leis especiais foram editadas em conformidade com a concepção social da propriedade, subjugando a matéria principiológica do então Código Civil, de 1916, como, por exemplo, o Estatuto da Terra (1964), o Estatuto da Mulher (1962), a Lei do Inquilinato (1979/1991), a alienação fiduciária em garantia (DL 911/69).¹²

No texto constitucional de 1946, no Brasil, a noção de propriedade resultou vinculada ao bem-estar social, objetivando a sua justa distribuição em igualdade de condições para todos. Na Carta de 1967, a função social foi erigida à categoria de princípio da ordem econômica e social (TEPEDINO E SCHREIBER, 2005, p. 103).

Quanto à Constituição Federal de 1988, corriqueiro é o entendimento de que nela está previsto, no inciso XII, de seu artigo 5º, o direito à propriedade, mas que, no inciso imediatamente posterior, previsto está que a propriedade atenderá

11. “Esta leitura leva-nos a constatar que a propriedade saiu das raízes do direito civil, mas que atualmente encontra uma teia de normas (administrativa, consumerista, comercial, tributária etc.) que açambarca e tem por fundamento as premissas insculpidas na Constituição Federal. Positivou-se, assim, um novo regime jurídico para o entendimento do instituto da propriedade” (FORNEROLLI. Op. cit., p. 203).

12. O Código Civil brasileiro, de 2002, no § 1º, do artigo 1.228, expressamente prevê que a propriedade deve atender uma função social, *in verbis*: § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em Lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

a sua função social. A partir disso, declinam-se ilações do tipo que à propriedade o ordenamento brasileiro não confere proteção, senão quando imbuída de sua função social. Vale dizer, ou a propriedade cumpre a sua função social ou não é protegida.¹³ É aquela típica ideia solidarista de Duguit de que a propriedade caracteriza dever e não direitos.

Ainda que não se concorde integralmente com a precisão dessas afirmativas postas, é importante, então, questionar o que se entende por função social.

Com efeito, preencher o conteúdo de tal cláusula genérica é tarefa árdua. A propagação do entendimento de que o princípio da função social deve ser observado alerta para a forma, mas descarta do seu conteúdo. Ou seja, propugna-se por sua aplicação imediata, fornecendo-se as eventuais bases propícias para tanto, mas não se queda demonstrado o que, de fato, vem a ser a função social da propriedade e quando realmente a coletividade aumenta o seu bem-estar no julgamento de um determinado “caso concreto”.

Nesse sentido:

O efetivo controle desta conformidade somente pode ser feito em concreto, pelo Poder Judiciário, no exame dos conflitos que se estabelecem entre os interesses proprietários e aqueles não-proprietários. Os tribunais brasileiros têm desempenhado seu papel, como se vê das decisões mais recentes [...] (TEPEDINO E SCHREIBER, 2005, p. 107).

E se a doutrina civil e constitucional mostra-se franca àquela interpretação restritiva da propriedade individual em nome do “interesse coletivo”, a posição judicial não parece ir em sentido diferente.

-
13. “Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia a propriedade, mas tão-somente, garantia à propriedade que cumpre a sua função social”. [...] “A garantia da propriedade não tem incidência, portanto, nos casos em que a propriedade não atenda a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio.” (Idem., p. 105). Fornerolli afirma que “Contudo, instalou no inc. XXIII um inciso após a garantia da propriedade, a intenção socializante de que a propriedade deverá atender a sua função social” (FORNEROLLI, Luiz Antonio Zanini, op. cit., p. 203). No mesmo sentido, BOHEN FILHO, Alberto. Cidade, propriedade e o novo paradigma urbano no Brasil. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, 2005; HAJEL, Flavia Nassif. A função social da propriedade no código civil. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, 2004; MARQUES, Benedito Pereira. *Justiça agrária, cidadania e inclusão social*. Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2005; SALLES, Venício Antonio de Paula. O direito de propriedade em face do novo código civil. *Revista do Tribunal Regional Federal*, 2004; TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. A função social no código civil. *Revista dos Tribunais*, 2004; TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Revista Dialética de Direito Processual*, 2004.

TIMM, Luciano Benetti; CAOVILLA, Renato Vieira. Propriedade e desenvolvimento: análise pragmática da função social. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 301-324. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

Veja-se, ilustrativamente, porque paradigmático, o julgamento de um órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa segue transcrita:

Agravo de instrumento. Decisão atacada: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatário em detrimento dos “sem terra”. [...]. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art-526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. *Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstancia esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união.* Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria (Agravo de Instrumento 598360402, 19ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 06.10.1998) (grifo nosso).

Trata-se do caso da Fazenda Primavera, uma área de terra produtiva no Estado do Rio Grande do Sul que resultou invadida por 600 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). A companhia arrendatária da terra ingressou com ação de reintegração de posse e teve deferido o pedido para a concessão de medida liminar. Contra esta decisão, os réus interpuseram o aludido Agravo de Instrumento, cuja ementa transcreveu-se.

Do corpo dessa decisão que proveu o recurso interposto, reformando a decisão de primeiro grau que concedera, liminarmente, a reintegração judicial na posse, extrai-se que o Tribunal sopesou, de um lado, o dano inevitavelmente causado à propriedade, adveniente da ocupação da terra e, de outro, a negativa de vigência aos direitos fundamentais, referido como o mínimo social, das 600 famílias sem-terra que, sendo daquele local removidas, não teriam para onde ir.

Dessa forma, resultou decidido que sendo necessário sacrificar um dos dois aludidos direitos, que fosse, então, o direito patrimonial, para que vicejassem os direitos fundamentais.

Cabe ressaltar, por oportuno, que a propriedade invadida não sofrera mediação do INCRA, não tendo atestado de improdutividade, sendo, portanto, supostamente produtiva. Aliás, na própria decisão há referência à produtividade da área em questão.¹⁴

14. “Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela a sua função social [...]”.

Além da incerteza gerada por uma decisão como a referida, e conforme já exposto na primeira parte do presente artigo, tal entendimento tem por consequência prática a diluição do direito de propriedade do titular do imóvel, que ficará sem acesso à sua terra por anos a fio, enquanto durar o julgamento do mérito de sua ação possessória. Com efeito, em que pese ao proprietário esbulhado poder ser reconhecido, ao final de um processo, o seu direito de propriedade, tem-se que, durante este tempo, a utilização da propriedade pode resultar inviabilizada, interrompendo-se, assim, a atividade produtiva, ocasionando uma espécie de *desapropriação às avessas*. Imagine-se o quanto não desvaloriza o imóvel por conta da depreciação nesse período?

Não bastasse isso, tal situação caracterizar-se-ia por gerar elevado custo de oportunidade. Por custo de oportunidade entende-se o custo econômico decorrente da não alocação de recursos, tempo e energia em possível atividade alternativa à escolhida para o emprego de tais fatores (COOTER E ULEN, 2000, p.30). Vale dizer, ao se realizar uma determinada atividade, abre-se mão de outra, e, então, no verdadeiro custo da atividade escolhida deve-se computar aquilo que se deixou de ganhar ao preferir a atividade alternativa.

Essa noção apresenta-se de forma mais pungente ao se tomar conhecimento de que, no Brasil, o total de recursos gastos com segurança alcança o montante de R\$ 92 bilhões por ano, ou seja, 5% do seu PIB.¹⁵ Conforme já dito aqui, tais recursos geram ineficiência, vez que em vez de serem destinados à atividade produtiva, dissipa-se renda, em primeiro lugar, na tentativa de realizar a apropriação indevida (invasores) e, em segundo lugar, na tentativa de evitá-la (proprietários).

Com efeito, não se considere que uma decisão como a proferida pelo Tribunal do Rio Grande do Sul seja isolada. O aspecto problemático desse modelo “social” ou “solidarista”, como vem sendo denominado, é o alto risco da politização do Direito ou, na linguagem de Luhmann (LUHMANN, 1988, p. 244) – e, talvez, também, na de Weber¹⁶ e na de Parsons¹⁷ –, a tentativa da dominação da racionalidade jurídica pela racionalidade política. Assim, o sistema jurídico, que possui a

15. GASPAR, Antônio. Brasil gasta R\$ 92 bilhões com segurança. Reportagem para o *website* Terra. Notícia veiculada em 30.05.2008. Disponível em: [<http://invertia.terra.com.br/sustentabilidade/interna/0,,OI2919101-EI10425,00.html>].

16. Para leitura mais aprofundada deste tópico, que excede o propósito do presente artigo, ver WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UnB, 1999. v. 2. p. 1-153; FREUND, J. La rationalisation du droit selon Max Weber. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 23, 1968. p. 69 e ss.

17. O complexo sistema social ativo parsoniano aparece em PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira. p. 15 e ss.

sua própria linguagem, o seu próprio código binário (legal – ilegal), resulta contaminado pela linguagem política, pelo código da política (poder – não poder), e, até mesmo, pela racionalidade política.

Tal “politização” do sistema jurídico ultrapassa os muros da Academia, devido à predominância dos círculos acadêmicos sobre os mesmos (ENGELMANN, 2006). Nesse sentido, um estudo desenvolvido por Armando Castelar Pinheiro demonstra que mais de 70% dos juízes que responderam à pesquisa preferiam fazer “justiça social” a aplicar a letra fria dos artigos de Lei e dos contratos (PINHEIRO, 2005, p. 100).

Assim, de acordo com esse modelo “solidarista”, a função social da propriedade significaria a correção do desequilíbrio de poderes vigente na sociedade, fazer justiça distributiva no âmbito do direito privado, de modo a neutralizar desigualdades sociais, desconsiderando as consequências causadas ao sistema econômico.

O corolário do subjetivismo, na hermenêutica de cláusulas genéricas, é a incerteza jurídica, que se queda prejudicada e potencializada por um sistema processual caótico, que não dispõe de suficientes mecanismos de uniformização jurisprudencial, conduzindo o juiz ao extremo de sua liberdade de decidir, ainda que isso colida com o interesse da maioria, em termos de previsibilidade.

Alan Greenspan afirma que “as pessoas, em geral, não se esforçarão para acumular o capital necessário ao desenvolvimento econômico se não tiverem certeza de sua propriedade” (GREENSPAN, 2007, p. 243). À mesma conclusão chega a literatura especializada de Law and Economics.¹⁸

Nesse sentido, a utilização econômica da área invadida, no caso anteriormente referido, não seria capaz de trazer benefícios substanciais aos seus ocupantes, uma vez que se quedariam desincentivados a empregar esforços na atividade produtiva, por algumas razões, tais como:¹⁹

1. Segundo o Relatório *Doing Business* 2008, do Banco Mundial, a terra e as edificações são responsáveis por $\frac{1}{2}$ a $\frac{3}{4}$ da riqueza gerada na maioria das economias.

18. Ver, nesse sentido, DEMSTZ, Harold. Toward a theory of property rights. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, May, 1967; ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; NORTH, Douglass C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Trad. Elizabete Harth. 3. ed. Instituto Liberal: Rio de Janeiro, 2006; BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Belknap Press, 2004.

19. Todas as razões mencionadas resultam do exposto nas seções anteriores deste artigo.

Com títulos de propriedade, os indivíduos podem obter financiamentos bancários, até mesmo porque a terra é o colateral preferido dos bancos na realização de tais operações. Contudo, para tanto, deve-se ter um título legalmente constituído de propriedade;

2. No mesmo Relatório, refere-se que, no Brasil, são necessários 14 procedimentos para se registrar a propriedade, sendo apontado como um dos países que mais regulam o ato de formalizar esse direito;

3. Se as famílias que tiveram o direito de invadir reconhecido não tiverem delimitados, definidos e registrados o direito de propriedade, estar-se-á diante de um caso de posse coletiva, na qual, pelo fato de o indivíduo não ter certeza de que poderá se apropriar do valor social de seu trabalho, não empregará esforços na consecução do mesmo. Vale dizer, os indivíduos só se engajarão em atividades nas quais o benefício delas adveniente supera o custo despendido para realizá-las.

Portanto, na análise da concretização da função social da propriedade, caberá ao julgador observar e interpretar o sistema jurídico de fora para dentro, e não de dentro para... mais dentro ainda. Nesse sentido, Flávia Santinoni propõe o seguinte questionamento: “Quando os juízes irão se dar conta de que as suas decisões causam um grande impacto para além das partes envolvidas na disputa, causando desincentivos à produção ou incentivos à desordem ou novas invasões?” (SANTINONI, 2006, p. 9). Vale dizer, uma decisão judicial em um caso concreto emitirá uma orientação a outros agentes econômicos que se encontram na mesma situação das partes envolvidas no litígio. Trata-se dos efeitos de segunda ordem das regras jurídicas.²⁰

A fixação da propriedade como ativo capaz de ser convertido em capital é mecanismo hábil para incluir os 4 bilhões de habitantes do mundo que se encontram à margem do sistema formal e legal de trocas, vale dizer, da economia de mercado, justamente pelo fato de não gozarem de direitos de propriedade. A inclusão (essa é a verdadeira função social da propriedade) será de forma mais eficiente ao se conferir direitos de propriedade àqueles que não os têm, sem radicalmente relativizar, em nome de objetivos evanescentes, os direitos daqueles que produzem.

Por fim, transformar ativo morto em capital vivo é o *mistério do capital* (não o inverso). Tal conversão, os países desenvolvidos conseguem fazer, ao passo que os países do terceiro mundo e os antigos países comunistas não. Aí está a explicação para o fato de o capitalismo ter florescido em alguns países e não em outros.

20. Efeitos de segunda ordem.

5. UM FUNDAMENTAL DIREITO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Há quem diga que a indelével lição do século XX tenha sido a de que, na produção de riqueza social, a propriedade privada supera a propriedade coletiva (CASS, 2006, p. 88). Hernando De Soto comunga de tal asserção, tanto que pesquisou a razão pela qual o capitalismo vicejou em alguns países e não em outros, chegando à conclusão de que a diferença residia na capacidade de os países prósperos converterem ativo subcapitalizado em capital ativo.

Nesse sentido, tem-se que a fonte precípua para a geração do capital são os direitos de propriedade privada. De fato, os exemplos históricos, já referidos no presente trabalho, não deixam dúvidas.

Em que pese a previsão e proteção dos direitos de propriedade ser motivo de controvérsia,²¹ principalmente entre os países nos quais a maior parte da população encontra-se excluída do sistema formal e legalizado de trocas, e, via de consequência, resultar flexibilizado (FORNEROLLI, 2004, p. 200) em nome da consecução de pretensos direitos fundamentais ao mesmo superiores, tem-se que o direito de propriedade é um direito fundamental e, ainda, este direito tem o condão de promover outros direitos igualmente fundamentais.

Com efeito, para além de o direito de propriedade ser um fundamental direito, é formalmente reconhecido e previsto como um direito fundamental. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pelas Nações Unidas, em 1948, está expresso, em seu artigo 17, que “Toda pessoa, individual ou colectivamente, tem direito à propriedade”. Outrossim, no mesmo artigo 17, mas em sua cláusula segunda, enuncia-se que “Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade”.

Diante disso, percebe-se que a flexibilização do direito de propriedade em nome de qualquer outro direito fundamental, merece minuciosa análise, vez que se estará diante de duas garantias fundamentais, e a preferência por uma em detrimento da outra exige sólida fundamentação.

Ademais, dotar um cidadão de direito de propriedade, para além das vantagens supracitadas, permite-se a ele escolher, por exemplo, com base no sistema de preços, o arranjo alocativo mais eficiente para ser empregado em sua atividade produtiva (CASS, 2006, p. 88). Isso satisfaz um outro direito fundamental, a saber, a liberdade de escolha. Então, ter-se-ia que a liberdade é corolário da propriedade. Aliás, é o que está dito no artigo 6 da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in verbis*: “[each signatory nation] to recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses”.

21. Ver introdução *supra*.

Ora, não permitir que a pessoa que emprega recursos, tempo e energia em sua atividade produtiva apodere-se dos frutos de seu próprio trabalho, constitui-se flagrante negativa de vigência à própria dignidade do ser humano.

Referiu-se acima que, no Peru, no final da década de 90 do século XX, constatou-se situação na qual as residências cujos moradores tinham reconhecido o direito de propriedade sobre a mesma, apresentavam o dobro de renda em comparação aos moradores desprovidos de registro formal de propriedade sobre as suas terras. Logo adiante, destacou-se que nas famílias com maior renda (não por acaso, titulares de propriedade reconhecida) o número de crianças que frequentava a escola era 28% superior ao número de crianças que regularmente estudavam nas famílias que não detinham direitos de propriedade (SOTO, 2004).

Isso está diretamente conectado ao direito fundamental da criança estudar, ao invés de ter de trabalhar, elevando consideravelmente a sua qualidade de vida. Além disso, cabe notar que a segurança advinda do registro da propriedade e, por conseguinte, da defesa da mesma, incentiva o seu titular a alocar mais recursos em sua atividade produtiva, não sendo forçado a dissipar renda na atividade apropriadora, aumentando a eficiência na produção e, dessa forma, potencializando a geração de riqueza.²² Uma sociedade que não produz riqueza não é capaz de distribuir renda.

6. CONCLUSÃO

Paradoxalmente, a função social da propriedade em um sistema de mercado não diverge muito, em uma perspectiva de análise econômica do Direito, da função privada. É protegendo e não relativizando a propriedade que há ganho de bem-estar social. Por certo, podem existir exageros, mas para isso existe a função corretiva do instituto do abuso de direito (cujo remédio jurídico é, tipicamente, perdas e danos e não *desapropriação às avessas*).

Estudos de Hernando de Soto sugerem que a universalização dos direitos individuais de propriedade teriam efeito multiplicador de renda muito superior a outras alternativas de flexibilização da mesma, apontando, nesse sentido, que a

22. “O propósito fundamental dos direitos de propriedade, bem como a sua principal realização, é que eliminam a concorrência destrutiva pelo controle de recursos econômicos. Direitos de propriedade bem definidos e protegidos substituem a concorrência através da violência pela concorrência por meios pacíficos” (KOGAN, Lawrence. *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights How Brazil's Recognition and Protection of Foreign IPRs Can Stimulate Domestic Innovation and Generate Economic Growth. International Journal of Economic Development*, v. 8, n. 1-2, 2006. p. 15-678.

discrepância, em termos de riqueza, entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, tem na capacidade daqueles em realizar, de modo eficiente, a conversão do ativo subcapitalizado em capital ativo, a sua causa precípua.

A literatura de análise econômica parece confrontar as lições da *communis opinio doctorum* de que o enfraquecimento da proteção da propriedade aumentará a justiça social. É possível esperarmos o contrário, caso as decisões como a do TJRS prosperem e conformem as expectativas dos agentes econômicos, tornando os custos de monitoração e segurança impagáveis.

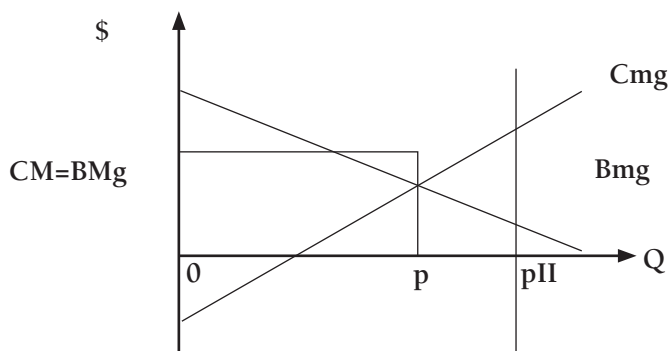
BIBLIOGRAFIA

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley. 3. ed., 2000. p. 488.
- COOTER, Robert et al. O problema da desconfiança recíproca. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, artigo 8, 2006.
- CARVALHO, Cristiano. Tributação e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- DULCE, Maria Jose Fariñas. *La sociologia del derecho de Max Weber*. Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2006.
- FORNEROLLI, Luiz Antonio Zanini. A propriedade relativizada por sua função social. *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, Tribunal de Justiça, v. 106, p. 197-211, 2004/2005.
- FREUND, J. La rationalisation du droit selon Max Weber. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 23, 1968.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no direito civil*. Atlas, São Paulo, 2007.
- GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência*. São Paulo: Campus, 2007.
- LUHMANN, Niklas. The unity of legal system. *Autopoietic law: a new approach to law and society* (Org.) Gunther Teubner. Florença, Berlim, Walter de Gruyter, 1988.
- MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História: das cavernas ao Terceiro Milênio*. São Paulo: Moderna, 1997.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia*. São Paulo, Thomson/IOB, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RICHEL, Richard. Germany's Postwar Growth: Economic Miracle or Reconstruction Boom?. *Cato Journal*, v. 21, n. 3, p. 440. Disponível em: [www.cato.org/pubs/journal/cj21n3/cj21n3-5.pdf].

- ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. São Paulo: Editora Francisco Alves.
- SANTINONI, Flavia Vera. *The social function of property rights in Brazil*. Disponível em: [http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/34].
- SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SOTO, Hernando de. Palestra proferida em International Development Seminar. *The Hudson Institute*, 2004. Disponível em: [www.hudson.org/index.cfm?fuseaction=publication_details&id=3219]. Acesso em: 28.07.2008.
- SOTO, Hernando de. *Global Liberalization*. World Business, maio 2006. Disponível em: [www.managementtoday.co.uk/search/article/555748/global-liberalisation]. Acesso em: 28.07.2008).
- TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil?. *Revista de Direito Privado*, n. 27, jul.-set. 2006.
- TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito e economia*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília, Editora UnB, 1999. v. 2.
- WORLD BANK. Doing Business 2008. *The World Bank*, 2007. Disponível em: [www.worldbank.org].
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXO

Figura 1. Produção vs. Apropriação



PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A função social da propriedade: uma análise do relatório nosso futuro comum e a influência na Constituição Federal de 1988, de Aline Aparecida Santos Costa Peghini e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – *RDT* 189/135-153 (DTR\2018\12713); e
- O princípio da função social da propriedade e sua repercussão na evolução da regularização fundiária urbana no ordenamento jurídico brasileiro, de Cintia Maria Scheid – *RDI* 83/423-454 (DTR\2017\6965).

DA PROPRIEDADE PRIVADA IMOBILIÁRIA, SEUS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS E SUA MÚLTIPLA FUNCIONALIDADE

*OF THE REAL ESTATE PRIVATE PROPERTY, ITS CONSTITUTIONAL
CONTOURS AND ITS MULTIPLE FUNCTIONALITY*

LUIZ EGON RICHTER

Professor de Direito Administrativo, Direito Notarial e Registros Públicos da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor de cursos de especialização em Direito Imobiliário, Notarial e Registral na UNISC e em outras instituições de Ensino Superior. Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Foro Ibero-americano de Direito Administrativo – FIDA. Conselheiro de Jurisprudência da *Revista de Direito Imobiliário – RDI*. Tabelião de Notas e Registrador.
luizr@unisc.br

Data de recebimento: 19.09.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliária e Registral; Constitucional

RESUMO: O direito de propriedade no Brasil sempre teve tratamento constitucional, desde a primeira Constituição Imperial até a atual, que está completando 30 anos. Justificado como direito natural, inerente à pessoa humana, foi incorporado nas principais declarações de direitos e na sequência incorporado nas principais Constituições dos Estados Ocidentais. Cada Constituição brasileira deu um tratamento à propriedade, partindo da concepção individual e progressivamente até alcançar um estágio fortemente alicerçado na ideia de que a propriedade é um direito fundamental, porém, conectado com os princípios fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana e, também, com os objetivos fundamentais, por isso sujeita a cumprimento de uma multiplicidade de funções.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade privada – Constituição – Função social – Função econômica – Função ambiental.

ABSTRACT: Property law in Brazil has always had constitutional treatment, from the first Imperial Constitution to the present one, which is completing 30 years. Justified as a natural right, inherent in the human person, it has been incorporated in the main declarations of rights and in the sequence incorporated in the main Constitutions of the Western States. Each Brazilian constitution dealt with it property, starting from the individual concept and progressively until reached a stage strongly on the idea that the property is a fundamental right, however, connected to the fundamental principles, notably the dignity of the human person and, also, with to fundamental objectives, therefore subject to the fulfillment of a multiplicity of functions.

KEYWORDS: Private property – Constitution – Social function – Economic function – Environmental function.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da propriedade privada imobiliária e os seus contornos constitucionais. 2. Da função social da propriedade imobiliária à luz da Constituição. 3. Da função econômica da propriedade imobiliária à luz da Constituição. 4. Da função ambiental da propriedade imobiliária à luz da Constituição. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade no Brasil sempre teve tratamento constitucional, desde a primeira Constituição Imperial até a atual Constituição, que está completando 30 anos. Se voltarmos os olhos ao passado, é possível ver as mutações evolutivas do direito de propriedade na perspectiva constitucional. Nas primeiras duas Constituições, sob inspiração liberal, o direito de propriedade foi assegurado na sua plenitude, ressalvadas as hipóteses de desapropriação por razões de interesse público. Mas a partir da terceira Constituição, o princípio da função social da propriedade começa a orientar e condicionar o conteúdo do direito de propriedade que vai modificar a sua concepção, destacando-se que a Constituição de 1988 ampliou as dimensões funcionais do direito de propriedade.

A propriedade imobiliária pode ser observada, sob a ótica da evolução sistêmica, como um direito que surgiu em face de decisões que foram sendo tomadas e comunicadas ao longo do tempo, sem que se seja possível estabelecer, a priori, o momento em que teve início o processo histórico de juridicização da apropriação da terra, transformando-a no direito de propriedade. Todavia, é possível especular que desde a época Neolítica o homem, ao se fixar na terra, começa o processo de apropriação, porque isso era a condição necessária para a construção das primeiras moradias permanentes.

No contexto do processo evolutivo, John Locke, embora não defina a propriedade de forma clara no Capítulo V do Segundo Tratado sobre o Governo, intitulado “Da propriedade” – porque ora ele trata da propriedade em sentido amplo, contemplando-a como o direito à vida, à liberdade e riqueza, ora em sentido estrito, como o direito aos bens e à terra –, justifica a propriedade como um direito natural, porque cada homem tem um título de direito de propriedade sobre a sua própria pessoa, tornando-o proprietário, não somente de sua vida, mas também de sua liberdade, extensível aos bens materiais.

A noção de propriedade de Locke, além das contribuições de Hobbes, Rousseau e outros, passou a figurar nas principais declarações de direitos, destacando-se a Declaração de Direitos da Virgínia – *Virginia Bill of Rights* – de 12 de junho de 1776, a qual dispunha

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade,

não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Nesta mesma toada, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* –, de 26 de agosto de 1789, dispôs, em seu artigo primeiro, que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum” e, no artigo segundo, que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão” e, por fim, no artigo dezessete, “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

Essas declarações, oriundas dos movimentos inspirados em ideias de defesa e de proteção da liberdade, na passagem do século XVII para o século XVIII, abriram caminho para o reconhecimento da existência de direitos naturais, inerentes à própria condição de pessoa humana, portanto, universais: mas eram meras declarações. Havia a necessidade de institucionalizar estes direitos, o que veio a ocorrer com a constitucionalização dos direitos, conhecidos hoje como direitos fundamentais de liberdades negativas – também denominados de direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão –, entre os quais destacam-se a vida, a liberdade e a propriedade, entre outros.

A constitucionalização desses direitos acabou por introduzir princípios e mecanismos com a finalidade de limitar as ações do Estado, com vistas à proteção das liberdades básicas do homem, porque a não intervenção estatal nos direitos naturais seria a garantia de manutenção da liberdade. O direito de propriedade, a despeito das críticas, é encontrado em vários textos constitucionais, destacando-se a Constituição brasileira – artigo 5º, inciso XXIII, com previsão expressa da garantia do direito de propriedade. Todavia, o sentido e o alcance do direito de propriedade, ainda que considerado como um direito fundamental de liberdade negativa, possui outro sentido e alcance, a começar pela imposição constitucional no sentido de que a propriedade atenderá a sua função social.

Além disso, de acordo com a Constituição, as diretrizes da ordem econômica têm três de seus pilares fundados na propriedade privada, que são as funções social, econômica e ambiental. Esta última corroborada com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o que pode

levar a uma dedução hipotética no sentido de que a propriedade imobiliária no Brasil é multifuncional, destacando-se as funções econômica, social e ambiental.

Em face disso, considerando os 30 anos de vigência da Constituição brasileira, buscar-se-á esclarecer, com base na doutrina e na jurisprudência, o seguinte problema: as funções econômica e ambiental são espécies do gênero “função social”, ou apresentam bases distintas? Inegavelmente, a base das três funções é comum, ou seja: o direito de propriedade. Contudo, parece que a propriedade, na perspectiva social, serve de instrumento para a concretização de direitos sociais; na perspectiva econômica, visa à geração de riqueza, com vistas à busca do pleno emprego e à redução das desigualdades regionais e sociais; e, na perspectiva da função social, visa à conservação do meio ambiente para a presente e as futuras gerações.

A estrutura e o desenvolvimento do texto têm como ponto de partida a propriedade imobiliária privada e os seus contornos constitucionais, estabelecidos pelos princípios, objetivos e direitos fundamentais, a ordem econômica, urbanística, agrária e econômica; na sequência, a dimensão e a função econômica do direito de propriedade imobiliária serão tratadas com base nos pressupostos da ordem econômica; ulteriormente, a função social da propriedade imobiliária será desenvolvida com base nos pressupostos da ordem social; e, por fim, a função ambiental, com base nos princípios e valores que orientam o meio ambiente e a sua relação com o direito de propriedade.

1. DA PROPRIEDADE PRIVADA IMOBILIÁRIA E OS SEUS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988 se diferencia em relação às anteriores ao estabelecer, nos primeiros artigos, um conjunto de princípios, objetivos e direitos fundamentais que irradiam objetivamente os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico e, por extensão, às relações jurídicas públicas e privadas. Especificamente, os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, porque não se limitam a ser direitos meramente subjetivos, porque representam, também, decisões valorativas que se projetam para todo o ordenamento jurídico¹.

Esses efeitos são comandos que se conectam com outros títulos e capítulos da Constituição, em especial a ordem econômica e financeira, no âmbito da qual estão compreendidos, entre outros, os títulos atinentes às políticas urbana, agrícola e fundiária e da reforma agrária, assim como o capítulo que trata do meio ambiente.

1. SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 185.

RICHTER, Luiz Egon. Da propriedade privada imobiliária, seus contornos constitucionais e sua múltipla funcionalidade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 325-346. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

Portanto, a funcionalidade do direito de propriedade está condicionada por um conjunto de princípios e valores finalísticos, definidos pelo texto constitucional. Instaurou-se, portanto, uma nova ordem política e jurídica, concebida numa perspectiva democrática e com forte conotação social, ao colocar o homem na posição de centralidade, assegurando-lhe direitos e garantias fundamentais.

Ao tratar dos direitos fundamentais de liberdade e das respectivas garantias, expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em consonância com as garantias asseguradas e, também, define os direitos fundamentais sociais, que são: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

O direito de propriedade está arrolado como um direito fundamental e, para o qual, estabeleceu garantias expressas, como a desapropriação somente pode ocorrer de acordo com procedimento estabelecido por lei, com fundamento em necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, com as ressalvas previstas na própria Constituição; o uso da propriedade privada pelo Poder Público somente poderá ocorrer em caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva.

A Constituição de 1988 é fruto de intensa mobilização social, que garantiu a inserção de demandas setoriais, entre as quais um modelo de política urbana democrática, com marcos legais definidores de ações voltadas ao acesso, proteção e uso da propriedade em consonância com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, resultando na constitucionalização do direito urbanístico, a qual estabelece as diretrizes básicas a serem complementadas pela legislação infraconstitucional, devendo se conformar com os vetores axiológicos da Constituição, para efeitos de criação, interpretação e aplicação dos bens e valores da sociedade prestigiados na Lei fundamental, o que implica uma reordenação das relações, públicas e privadas, que se estabelecem no espaço urbano.

Assim, como o direito urbanístico, o direito agrário também foi constitucionalizado, merecendo ampla disciplina normativa, dispondo sobre diretrizes a serem complementadas pela legislação infraconstitucional, destacando-se a preocupação com parâmetros para o acesso, a proteção e o uso da propriedade agrária. Definiu competência exclusiva da União para a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, estabelece diretrizes para a distinção entre bens

expropriáveis e não expropriáveis para fins de reforma agrária, além de critérios matriciais para a função social da propriedade agrária. Dispôs, também, sobre diretrizes para políticas públicas agrícolas, impôs a compatibilização da destinação de terras públicas e devolutas com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, entre outras.

Ainda que sem um aprofundamento maior, é possível conjecturar que o direito de propriedade, à luz da Constituição, é um direito fundamental à propriedade, e não apenas de um direito fundamental de propriedade, porque se trata de um direito fundamental que tem funções instrumentais com vistas à dignificação da vida humana em sentido amplo, transcendendo a noção do individual para o social. Se por um lado, a Constituição garante o direito de propriedade e, para tanto, o Estado é dotado de várias organizações de natureza administrativa e jurisdicional, por outro, impõe-lhe funções que lhe cabem atender, orientadas pelos princípios, objetivos e direitos fundamentais, destacando-se a social, a econômica e a ambiental, que serão tratadas na sequência.

É no contexto da ordem econômica que a Constituição faz referência ao direito de propriedade em três dimensões: a) a social, que pode se concretizar no direito fundamental à moradia, na utilização do bem para efeitos de geração de riqueza, parcela da qual pode ser distribuída à sociedade por meio de políticas públicas distributivas; b) patrimonial, de cunho econômico, que permite ao proprietário obter ganhos econômicos decorrentes da utilização e fruição do bem que lhe pertence, além de poder dispor do bem sobre o qual incide o direito de propriedade como um ativo econômico, gerando, direta ou indiretamente, benefícios sociais; e, c) ambiental, que sinteticamente se concretiza pelo uso sustentável da propriedade. Mesmo que a ordem econômica seja o elemento aglutinador das três dimensões funcionais da propriedade, é possível observa-las de forma autônoma, porém não independente.

2. DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais, notadamente na sua dimensão objetiva, irradiam efeitos que perpassam toda a ordem política e jurídica assentada na Constituição, por isso, as dimensões funcionais da propriedade precisam ser observadas de forma a se complementarem², porque somente assim se concretiza

2. “O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade” (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2213-0/DF). Rel. Min. Celso de Mello.

a teleologia constitucional de dignificação da vida humana. Nessa perspectiva, a propriedade tem na função social um papel importante, assegurando-lhe os meios necessários para a concretização de outros direitos fundamentais, por isso a sua finalidade instrumental, juntamente com as dimensões econômica e ambiental.

Contudo, a despeito da necessária complementaridade existente entre as várias dimensões, é possível tratar individualmente cada uma das funções, especialmente porque cada uma delas apresenta especificidades e finalidades próprias. Nesse sentido, é possível afirmar que a função social da propriedade está diretamente vinculada aos direitos fundamentais, que têm na dignidade da pessoa humana o seu foco principal e, por isso, retira do proprietário o gozo unilateral da propriedade, impondo-lhe obrigações de fazer³ – cumprir a função social – e retira do não proprietário o dever genérico de abstenção, mas lhe atribui o direito de exigir do proprietário o cumprimento da função social da propriedade e, além disso, reivindicar as condições materiais para também aceder ao direito de propriedade⁴.

A propriedade, como referido, encontra-se elencada como um dos direitos fundamentais, ao lado de outros, como a liberdade, a vida, a igualdade e a segurança, considerados como de primeira dimensão, em face dos quais o Estado não deve apenas se abster de prejudicá-los, mas, sobretudo, garanti-los. Contudo, se por um lado existe a garantia, por outro, existe, também, a imposição do cumprimento da função social da propriedade, através de instrumentos jurídicos normativos que condicionam o uso da propriedade de acordo com sua finalidade social, porque “os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo”⁵.

A função social da propriedade, na Constituição Federal, é considerada elemento estrutural da definição do direito de propriedade privada e, também, irradiador dos efeitos limitadores de seu conteúdo. Isto demonstra que ocorreu a

3. “O que mais relevante enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa, – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta de concreção do poder de polícia” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 245).
4. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
5. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 142-143.

substituição da concepção abstrata de cunho subjetivo de livre domínio e disposição da propriedade, para uma concepção social de propriedade, o que é reforçado por um conjunto de obrigações de fazer e não fazer, imposto ao proprietário, com vistas à concretização de interesses coletivos, visando à finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto de direito de propriedade tem o dever de cumprir⁶. Nessa mesma toada é o entendimento esposado por Ministros do Supremo Tribunal Federal⁷.

Ainda que o direito de propriedade possa ser considerado como um direito excludente, porque assegura ao seu titular direitos de defesa e, além disso, exclui os não proprietários de sua apropriação legítima, certo é que a finalidade da propriedade não pode ficar restrita aos interesses puramente privados. A função social representa a contrapartida que o proprietário deve outorgar em face da sociedade em razão da apropriação privada de um bem finito, por isso o Estado pode intervir no condicionamento do exercício do direito de propriedade sempre que o interesse público justifique, nos termos da Lei e do Direito⁸.

Na dimensão dos direitos fundamentais, a propriedade assume obrigações em razão do dever de funcionalização imposto aos seus titulares, o que acarretou uma repersonalização do direito de propriedade, deslocando o seu enfoque individualista para um enfoque social, perdendo sua condição finalística individual para ostentar uma condição de meio, de instrumento, um papel social a ser desempenhado, resultado do encontro de dois princípios do Estado Democrático de Direito: “o princípio da garantia da propriedade privada, como concretização

6. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 268.

7. O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade ([ADI 2.213 MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.04.2002, P, DJ 23.04.2004] = MS 25.284, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.06.2010, P, DJe 13.08.2010).

8. “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República” (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2213-0/DF). Rel. Min. Celso de Mello.

do princípio geral da liberdade, e o princípio da função social da propriedade, que concretiza o princípio geral da igualdade”⁹.

Mas afinal, o que vem a ser a função social da propriedade e qual é o seu fundamento? A função social da propriedade é a teleologia constitucional condicionante do exercício do direito de propriedade, no âmbito de suas faculdades de usar, gozar, dispor e reaver. E, neste aspecto, se por um lado, é garantido o direito de propriedade, por outro, o conteúdo e o exercício do direito de propriedade estão condicionados ao atendimento de funções que transcendem a esfera individual do proprietário, a começar pela impossibilidade de utilização contrária ao interesse social; o gozo das utilidades também não pode ser prejudicial ao interesse social; a liberdade de disposição sobre o direito de propriedade pode ser limitada em razão de direito de preempção em favor do interesse público, como por exemplo o artigo 25, do Estatuto da Cidade e, também, a faculdade de reaver a propriedade quando estiver em poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, deve se dar nos limites da função social da propriedade.

O fundamento da função social da propriedade é ao mesmo tempo político e jurídico e encontra-se plasmado no texto constitucional. O fundamento político está em atribuir à propriedade uma teleologia de alcance social, indo além da satisfação das necessidades pessoais; e o fundamento jurídico, na constitucionalização dos parâmetros da função social das propriedades urbana e agrária e seus solos, nos respectivos títulos reservados às políticas urbana e agrária, afastando o entendimento de que as limitações administrativas, que restringem o exercício do direito de propriedade¹⁰, confundem-se com a função social da

9. ARONE, Ricardo. Direito à propriedade. In: CANOTILHO J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 233.

10. “Estação ecológica – Reserva florestal na Serra do Mar – Patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º.) – Limitação administrativa que afeta o conteúdo econômico do direito de propriedade – Direito do proprietário à indenização. [...] A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade –, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225, 4º,

propriedade, porque essa interfere com a estrutura do próprio direito¹¹ de propriedade¹².

A propriedade urbana cumpre sua função social somente quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor, o qual deve ser elaborado democraticamente por cada município, em sintonia com os vetores constitucionais e, em caso de não cumprimento da função social, é facultado aos municípios, sempre mediante Lei específica para a área incluída no plano diretor, exigir, nos termos do Estatuto da Cidade, do proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova a função social, por meio de seu adequado aproveitamento.

Não ocorrendo a concretização da função social da propriedade, o município pode, sucessivamente, determinar o parcelamento ou a edificação compulsória; instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e, por fim, se o proprietário não atendeu às determinações pretéritas, o município pode desapropriar o imóvel, 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. Além disso, para atender interesse público ou interesse social, o município pode expropriar o direito de propriedade de imóvel urbano, ainda que esteja cumprindo sua função social, porém, nesse caso, a indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro.

da Carta da Republica, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental. A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII)” (RE 134.297, rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.1995, 1ª Turma, DJ 22.09.1995).

11. “[...] o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto. A cláusula de sua proteção, embora inscrita na Carta Política, não lhe confere, ante a supremacia do interesse público, intangibilidade plena. Mas impõe, ao Estado, para que possa afetá-lo de modo tão radical, o dever de respeitar os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição. Tais restrições ao poder expropriatório do Estado objetivam, em última análise, dispensar tutela jurídica efetiva às pessoas que titularizam o direito de propriedade [...]” (MS 25.793, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 05.11.2010, DJe 11.11.2010).
12. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Ainda em atenção à noção de direito fundamental à propriedade, no contexto da qual está à função social da propriedade, a Constituição estabeleceu também parâmetros facilitadores da aquisição do direito de propriedade, destacando-se a usucapião constitucional, para aquele que possuir como sua área urbana de até 250 metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, cujo título de domínio e a concessão de uso devem ser conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, direito que não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Igualmente, a Constituição estabeleceu os parâmetros da função social da propriedade agrária, a qual somente será considerada cumprida quando a propriedade rural atender, simultaneamente, os critérios e graus de exigência estabelecidos em legislação infraconstitucional, com base nos seguintes requisitos, que orientam as atividades a serem desenvolvidas na propriedade: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

É possível identificar no texto constitucional a conciliação entre a garantia do direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade, inserida no próprio conteúdo do direito de propriedade, isso porque a Constituição indica os parâmetros que devem ser observados para efeitos de aferimento do cumprimento da função social da propriedade, além de estabelecer consequências, positivas ou negativas, vinculadas ao seu cumprimento. A despeito da função social da propriedade abranger todas as formas de propriedade, as propriedades imobiliárias urbanas e agrárias receberam tratamento diferenciado¹³.

Percebe-se, decorridos os 30 anos da vigência da Constituição de 1988, que o modelo estrutural, colocando os princípios, objetivos e direitos fundamentais como irradiadores de efeitos com dimensões objetivas, que se projetam para todo o ordenamento jurídico e, também, ao estabelecer por meio de critérios objetivos os parâmetros estruturantes do princípio da função social da propriedade, propiciou à doutrina elementos importantes para o desenvolvimento teórico sobre o princípio da função social da propriedade; e à jurisprudência instrumentos para assegurar a concretização do princípio.

13. FACCHINI NETO, Eugênio. A função social da propriedade e o direito constitucional brasileiro: breves notas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2380.

RICHTER, Luiz Egon. Da propriedade privada imobiliária, seus contornos constitucionais e sua múltipla funcionalidade. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 325-346. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

3. DA FUNÇÃO ECONÔMICA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988 estabelece os fundamentos da ordem econômica e, também, os princípios que regem a atividade econômica, os quais servem de parâmetros para a intervenção do Estado, no exercício da função pública em sentido amplo, que são a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente – inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação –, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Além destes princípios, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Os fundamentos principiológicos da ordem econômica têm por finalidade dotar a economia de instrumentos jurídicos capazes de induzir e condicionar as ações de natureza econômica, com vistas à satisfação das demandas de natureza social e não mais individual. Os meios de produção, ainda que de propriedade privada, assim como a propriedade privada¹⁴, possuem funções econômica-social-ambiental, porque a geração de riquezas possui uma função econômica que é a geração de riqueza, mas esta não pode ser um fim em si mesmo, mas meio para concretizar o bem-estar social, sem agredir o equilíbrio ambiental.

O direito de propriedade inicialmente arrolado como um direito fundamental individual, ainda que condicionado pela função social, é tratado na ordem econômica como um de seus princípios estruturantes, donde é possível afirmar a sua função econômica, conferindo-lhe nova roupagem, se comparado com o seu

14. “Vale lembrar que os *Estados sócios-liberais*, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas voltadas ao *bem-estar social*. Portanto, há limites para uso e gozo dos bens e riquezas particulares e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta antissocial da iniciativa particular. Como vimos, modernamente, o ‘Estado de Direito’ aprimorou-se no ‘Estado do Bem-Estar’, em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o ‘Estado Liberal’, que se omite ante a conduta individual, nem o ‘Estado Socialista’, que suprime a iniciativa particular. É o *Estado orientador e planejador da conduta individual no sentido do bem-estar social*” (grifos do autor) (SILVA, Américo Luís Martins. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 55).

regime jurídico pretérito, porque foi transformada no seu conteúdo por força de parâmetros constitucionais¹⁵ que se irradiam para todo o ordenamento jurídico por meio de leis infraconstitucionais, decisões judiciais e ações administrativas.

Assim, a partir do tratamento dispensado à propriedade pela Constituição de 1988, é possível inferir que ela possui também uma dimensão e função econômica, porque, ao garantir o direito de propriedade no capítulo da ordem econômica, atribui a ela o sentido de instrumento de concretização dos direitos fundamentais formais e materiais, enquanto condição axiológica que alcança a aplicação e a sistematização de todo o ordenamento jurídico, de modo a impedir a supressão do direito de propriedade, visto que as intervenções na ordem econômica, sejam elas de natureza legislativa, judicial ou administrativa, devem se pautar pela agenda constitucional¹⁶.

A função econômica da propriedade está intrinsicamente relacionada à função social da propriedade, assim como a função ambiental, porém, tem como foco principal o aproveitamento econômico dela em face dos proprietários e, também, dos não proprietários, assim como as consequências jurídicas advindas da utilização e da fruição do bem imóvel, urbano ou rural, de acordo com os parâmetros condicionadores do uso e do gozo. É por meio da utilização dos bens que se estabelecem as condições necessárias para atender às demandas individuais e coletivas, na perspectiva do bem-estar material, com vistas à dignificação da vida humana¹⁷.

15. “[...] a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 738).
16. ARONE, Ricardo. Direito à propriedade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
17. “Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. *Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de*

Em consonância com os princípios, objetivos e direitos fundamentais e, também, os vetores presentes na ordem econômica, o Código Civil, em seu artigo 1.228, dispõe 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”, o que revela o distanciamento das fontes individualistas e a aproximação com a noção de uso solidário da bem imóvel.

Essas finalidades e condicionamentos estão de acordo com o desenho constitucional do direito de propriedade, notadamente a privada e imobiliária, demonstrando uma propensão explicitamente intervencionista e solidarista contemporânea, porque autoriza as pessoas político-administrativas a intervirem no direito de propriedade, sempre que ela não estiver satisfazendo as funções sócio-econômico-ambiental¹⁸. Todavia, a não utilização econômica do bem ou a subutilização econômica dele talvez acarrete predominantemente ofensa ao princípio da função social da propriedade, ensejando a intervenção corretiva e punitiva do Estado e não propriamente ofensa à função econômica do direito de propriedade.

A função econômica da propriedade, que se caracteriza pelo aproveitamento econômico do bem imóvel objeto de direito de propriedade, em princípio não se concretiza por meio de intervenções corretivas ou punitivas, mas por meio de geração de riqueza, tributação, trabalho e desenvolvimento econômico e, também, por meio de políticas públicas que viabilizem o acesso à propriedade, com a finalidade de nela ou com ela desenvolver atividades econômicas ou políticas públicas de fomento, em que o bem imóvel possa servir como ativo garantidor, com vistas a dignificar a vida humana e, também, contribuir para o desenvolvimento econômico e social em geral, atendendo à teleologia constitucional.

O vértice axiológico constitucional, que estrutura o desenho jurídico-constitucional do direito de propriedade, possui na sua base a garantia do direito à propriedade e a sua função social e tem como teleologia a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º; que se concretiza através da construção de uma

*inconstitucionalidade do ato praticado ao arripio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios” (grifos do autor) (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 134).*

18. TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 304.

sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e, também a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, no artigo 3º; com a finalidade de concretização dos direitos fundamentais, em especial o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, previstos no artigo 5º; assim como os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, previstos no artigo 6º, de acordo com a ordem econômica, artigos 170 e seguintes, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, artigo 225.

Assim, a dimensão econômica da propriedade, que tem o seu núcleo fundamental na ordem econômica, não pode ser entendida de forma isolada, sem conexão e sintonia com todos os demais vetores axiológicos do vértice constitucional. A utilização econômica dos bens imóveis, na perspectiva constitucional, somente se legitima se contribuir para beneficiar a dignidade da pessoa humana, servindo de ativo econômico para o desenvolvimento nacional, viabilizando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada, promovendo o bem de todos.

Portanto, a função econômica da propriedade, salvo aquela com finalidade precipuamente individual, transcende a noção individualista, que concentrava exclusivamente nas mãos do proprietário todos os efeitos econômicos decorrentes do uso e do gozo da propriedade. Se por um lado, a garantia do direito de propriedade assegura a ele as faculdades de usar, gozar, reaver e dispor; por outro, o uso e o gozo dos benefícios econômicos que a propriedade pode proporcionar vão além da esfera pessoal do proprietário, seja por força de obrigações de não fazer, como o uso prejudicial da propriedade, seja por força de obrigações de fazer, produzindo riquezas que vão contribuir para gerar o bem-estar de todos.

A função econômica não se restringe ao uso e gozo, alcança também a disponibilidade econômica do bem imóvel, que pode estar condicionada pelo interesse público, seja pela previsão legal de situações em que o Poder Público goza de prelação, na hipótese de alienação, bem como na possibilidade de desapropriação do direito de propriedade com a finalidade de atender a utilidade pública ou interesse social. Na primeira hipótese, o proprietário obrigatoriamente tem que ofertar o bem imóvel ao Poder Público nas mesmas condições e preço ofertado aos particulares e, na segunda, o proprietário perde o bem compulsoriamente, mas recebe o equivalente econômico em dinheiro ou em títulos públicos, ressalvadas

aquelas propriedades que a própria Constituição reconhece como insuscetíveis de desapropriação por terem funções predominantemente individual.

Contudo, não é suficiente a previsão constitucional da garantia do direito de propriedade e a sua função econômica, porque se trata de previsão em abstrato. Por isso, a necessidade de organização administrativa de segurança jurídica que garante, não apenas o direito de propriedade em sentido estático – o direito de propriedade constituído – mas, também, os mecanismos que garantem o direito fundamental à aquisição, assim como a segurança das garantias que se concretizam com a propriedade imobiliária. Neste sentido a competência é do Registro de Imóveis, que tem por finalidade a segurança jurídica do direito de propriedade imobiliária, assim como os direitos reais limitados que incidem sobre o direito de propriedade.

4. DA FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Além das funções social e econômica, a propriedade privada também possui uma função ambiental, que muitas vezes vem associada à noção de função social, sob a denominação de “função socioambiental” da propriedade, como se traduzissem o mesmo significado¹⁹. Trata-se, contudo, do encontro de dois direitos fundamentais, o direito de propriedade e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, em que o segundo condiciona o exercício do primeiro, com vistas a assegurar a sustentabilidade ambiental intergeracional, em benefício da dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está fixado na Constituição no artigo 225 e, além disso, estabeleceu os parâmetros para a política nacional do meio ambiente, que obrigatoriamente deve estar em sintonia com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, razão pela qual obedece a alguns fundamentos específicos, como a sua vinculação à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, à soberania, à cidadania e ao pluralismo político, com o objetivo de contribuir para a erradicação da pobreza assim como da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos sem qualquer preconceito, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como garantir o desenvolvimento nacional²⁰ sustentável.

19. ARAÚJO, Giselle Marques de. Função ambiental da propriedade: uma proposta conceitual. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 251-276, jan.-abr. 2017. Disponível em: [www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/985]. Acesso em: 15.09.2018.

20. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. In: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG,

Assim, o direito ambiental brasileiro encontra a sua base estrutural no texto Constitucional, por meio de regras e princípios que se articulam com os princípios fundamentais, com os objetivos fundamentais e com os direitos fundamentais, tanto de primeira dimensão, que são os de defesa em que se destaca o direito de propriedade, bem como os direitos fundamentais sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Sobre a estrutura do direito ambiental na Constituição federal, destaca-se o artigo 225, que dispõe sobre o direito ao meio ambiente, regrando os fundamentos do direito ambiental constitucional, por isso, um direito vinculado ao meio ambiente e não um direito do ambiente, a partir do qual se destacam quatro aspectos fundamentais, que são: a existência de um direito material constitucional, caracterizado como “direito ao meio ambiente”; a confirmação da existência de um “bem ambiental”; a necessidade da defesa e da preservação dos bens ambientais, para as presentes e futuras gerações²¹.

A ideia de preservação está compreendida no princípio da sustentabilidade, que a despeito de não constar expressamente no texto constitucional, é possível extrair dele a noção de sustentabilidade multidimensional englobando a social, a política, a jurídica, a econômica e a ambiental, porque há que se preservar as conquistas da civilização e ampliá-las, como a noção de bem-estar material da sociedade, a democracia como valor fundamental para a tomada de decisões da sociedade, o direito como vetor da justiça e da segurança jurídica, a economia como instrumento do desenvolvimento gerador de riqueza.

Para Peter Häberle, juspublicista alemão, “é tempo de considerar a sustentabilidade como elemento estrutural típico do Estado que hoje designamos de Estado Constitucional”²². Para Canotilho, “a sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere”²³. Parece não haver dúvida que a Constituição brasileira contempla o princípio da sustentabilidade, ao dispor

Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Beata (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo*. Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

21. Idem.

22. HABERLE, Peter. Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht. In: KAHL, Wolfgang (Org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008. p. 200.

23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do direito constitucional. *Tékhné*, Barcelos, n. 13, p. 07-18, jun. 2010. Disponível em: [www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 17.09.2018.

que a República Federativa do Brasil se constituiu em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político e garantir aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É nesse contexto que o conteúdo e o exercício do direito de propriedade estão condicionados ambientalmente pela Constituição federal, que impôs uma releitura do direito de propriedade privada, também sob o aspecto ambiental, para que o uso e o gozo da propriedade não sejam somente em defesa do meio ambiente, mas sobretudo numa perspectiva de sustentabilidade ambiental, com projeção para as presentes e futuras gerações, numa perspectiva coletiva e não individualista.

Portanto, a noção de propriedade privada de cunho individualista, em que o proprietário tinha a liberdade de explorá-la de acordo com os seus desejos egoísticos, cede lugar a condicionamentos de natureza social, econômica e, também, ambiental, visto que, se, por um lado, mantém o direito de explorá-la em favor do bem-estar, por outro, a exploração está condicionada por regras e princípios de natureza ambiental que lhe impõem obrigações de defesa e preservação do bem, também para as futuras gerações.

Apesar de a propriedade privada ser um direito fundamental e, ao mesmo tempo, instrumento de desenvolvimento econômico, porque potencializa a geração de riquezas, a sua utilização como instrumento de desenvolvimento em sentido amplo precisa ser sustentável, sob pena de romper com o equilíbrio social, econômico, ambiental, ético, ambiental. Isso porque o desenvolvimento está condicionado pela sustentabilidade multidimensional, que compreende as dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, com vistas ao bem-estar das atuais gerações, assim como as futuras²⁴.

Nessa perspectiva, a Constituição impõe ao proprietário do imóvel um dever ético e jurídico-político no sentido de utilizá-lo em favor do bem-estar presente, sem, contudo, inviabilizar o bem-estar das futuras gerações, retirando dele a insaciabilidade egoística sobre as utilidades que a propriedade pode oferecer. A sustentabilidade ambiental demonstra que não existe qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado; a despeito da “modernização ambiental”, o hiperconsumismo é insustentável e a espécie humana corre risco de não perdurar, sem um zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental²⁵, que, a despeito de integrar a noção geral de sustentabilidade, tem como foco a proteção

24. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

25. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18.

e a manutenção a longo prazo dos recursos naturais, através de planejamento, poupança, comportamentos adequados e nos resultados pró-ecologia-ambiente.

A função ambiental da propriedade está condicionada pela noção de sustentabilidade, a qual alcança todos os elementos físicos que podem estar presentes no imóvel, ainda que não necessariamente objetos de direito de propriedade, como o solo, a água, o ar, a flora e a fauna. A Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2001, dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

No âmbito federal, a função ambiental do solo está condicionada por estatutos jurídicos, como, por exemplo, o Código Florestal, a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, a Lei Federal 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que regulamenta e disciplina disposições relativas à reforma agrária. A água está sujeita a um regime jurídico de direito público²⁶, distinto, portanto, do regime jurídico de direito privado incidente sobre a propriedade do imóvel, por se tratar de um bem da espécie de uso comum do povo, afastando qualquer possibilidade de ser considerado como dominical ou de propriedade do titular do direito de propriedade do solo.

O Código Civil, no artigo 1.228, assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Contudo, o exercício deve se dar em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservadas, 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.

E, nos termos do artigo 1.229, a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. Todavia, nos termos do artigo 1230, a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Esses dispositivos do Código Civil, entre outros, demonstram que a propriedade privada está em sintonia com o princípio da sustentabilidade, exigindo do

26. A Lei Federal 9.433, de janeiro de 1997 – Instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal e dispõe no inciso I, do artigo 1º, que a água é um bem de domínio público.

proprietário a utilização adequada social, econômica e ambientalmente, em consonância com os valores constitucionais, superando a conotação individualista da propriedade, sem que isto represente a supressão do direito de propriedade, mas a mutação do conteúdo do direito de propriedade.

CONCLUSÕES

O tratamento constitucional do direito de propriedade privada, notadamente a imobiliária, tem como marco divisor a Constituição de 1988. A despeito das disposições das constituições pretéritas acerca do direito de propriedade, reconhecendo inclusive a sua função social, é inegável que a atual modelou o direito de propriedade imobiliária em perspectivas bem diferentes e, além disso, o próprio desenho estrutural da Constituição irradia eficácias verticais e horizontais por força da dimensão objetiva dos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

Essa dimensão objetiva irradia comandos que se conectam com outros títulos e capítulos da Constituição, em especial a ordem econômica e financeira, no âmbito da qual estão compreendidos, entre outros, os títulos atinentes às políticas urbana, agrícola e fundiária e da reforma agrária, assim como o capítulo que trata do meio ambiente. Portanto, a funcionalidade do direito de propriedade está condicionada por um conjunto de princípios e valores finalísticos, definidos pelo texto constitucional. Instaurou-se, portanto, uma nova ordem política e jurídica, concebida numa perspectiva democrática e com forte conotação social, ao colocar o homem na posição de centralidade, assegurando-lhe direitos e garantias fundamentais.

A Constituição possui um vértice axiológico constitucional, que estrutura o desenho jurídico-constitucional do direito de propriedade, que tem na sua base a garantia do direito à propriedade e a sua função social e, como teleologia, a dignidade da pessoa humana, a qual se concretiza ao assegurar os direitos fundamentais, em especial o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e, também, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, assim como os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Embora o entendimento prevalente, no sentido de que as funções econômicas e ambientais são consideradas aspectos da função social, por isso as designações funções socioeconômicas ou socioambientais, cada uma delas possui suas próprias características que permitem a sua diferenciação. É certo, contudo, que a função social da propriedade não se realiza sem a materialização das funções

econômica e ambiental, o que leva a conclusão de que existe uma certa complementaridade entre as três funções da propriedade.

Nos parâmetros constitucionais acerca da função social da propriedade, urbana ou agrária, estão compreendidas diretrizes de natureza econômica e ambiental, o que sugere a noção de complementaridade, albergada pela noção de sustentabilidade em sentido amplo, multidimensional, englobando a social, a política, a jurídica, a econômica e a ambiental, porque há que se preservar as conquistas da civilização e ampliá-las, como a noção de bem-estar material da sociedade, a democracia como valor fundamental para a tomada de decisões da sociedade, o direito como vetor da justiça e da segurança jurídica, a economia como instrumento do desenvolvimento gerador de riqueza.

É nessa perspectiva que a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência trabalham o direito de propriedade, impondo ao proprietário obrigações de fazer e de não fazer, cujos efeitos se irradiam para toda a sociedade. A propriedade urbana cumpre a função social quando atende às disposições do plano diretor e a agrária, quando atende aos parâmetros e requisitos constitucionais. A função econômica é atendida quando a propriedade contribui para o desenvolvimento econômico e a função ambiental é atendida quando é preservada e mantida, por meio de utilização racional, no presente e para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Giselle Marques de. Função ambiental da propriedade: uma proposta conceitual. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 251-276, jan.-abr. 2017. Disponível em: [www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/985]. Acesso em: 15.09.2018.
- ARONE, Ricardo. Direito à propriedade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Têkhne*, Barcelos, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: [www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 17.09.2018.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A função social da propriedade e o direito constitucional brasileiro: breves notas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. In: LUCCA, Newton de;

- MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Beata (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo*. Homenagem ao Professor Michel Temer, São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- HABERLE, Peter. Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht. In: KAHL, Wolfgang (Org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- SILVA, Américo Luís Martins. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evolução no Brasil da concepção do direito de propriedade em sua dimensão ambiental, de Hebert Alves Coelho e João Batista Moreira Pinto – *RDA* 88/91-108 (DTR\2017\6898);
- Controle de capitais e o direito à propriedade no Brasil: reflexões acerca da garantia constitucional à propriedade privada e do interesse nacional, de Ranidson Gleyck Amâncio e Souza e Guilherme Jonas Costa da Silva – *RDB* 40/121-132 (DTR\2008\222);
- O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988, de Dâmares Ferreira – *RDPriv* 6/23-51 (DTR\2001\184);
- Perspectivas de direito civil ambiental: as dimensões socioambientais da propriedade privada – Do uso nocivo ao uso abusivo – O percurso da propriedade privada no Código Florestal, de Gilson Ferreira – *RDCC* 2/177-194 (DTR\2015\2171); e
- Um estudo sobre a relação entre o estado e a propriedade privada (através de John Locke), de Vladimir da Rocha França – *RDCI* 37/237-253 (DTR\2001\420).

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CND PARA PRÁTICA DE ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

THE UNCONSTITUTIONAL REQUIREMENT OF THE DEBT CLEARANCE CERTIFICATE (CND) FOR THE PRACTICE OF NOTARIAL AND REGISTRATION ACTS

LUIZA FONTOURA DA CUNHA BRANDELLI

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Barcelona. Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogada. luizacunha@dcadvogados.com

Data de recebimento: 24.09.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Tributário

RESUMO: Pretende-se analisar a constitucionalidade da exigência de comprovação de quitação de créditos tributários, contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias para prática de atos notariais e de registro de imóveis, considerando não só as disposições constitucionais e legais em vigor, mas também a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Finalmente, almeja-se delimitar as hipóteses em que há segurança jurídica para afastar a exigência da CND e aquelas em que o contribuinte e o titular de serventia extrajudicial podem ser surpreendidos por ter ocorrido a dispensa da comprovação da quitação dos créditos tributários.

PALAVRAS-CHAVE: Certidão Negativa de Débitos (CND) – Exigência – Operações no registro de imóveis – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose herein is the review of the legality of requiring the proof of payment of tax debts, federal contributions and other compulsory payments for the practice of notary and registration acts, considering not only constitutional rules and laws prevailing, but also the consolidated jurisprudence of the Federal Supreme Court regarding the matter. Finally, we have also set to understand the hypothesis in which there is legal safety to repeal the requirement of the CND and those in which the taxpayer, the notary public and the real estate registry officer may be startled when dismissing the proof of payment of tax credits.

KEYWORDS: Debt Clearance Certificate (CND) – Requirement – Transactions with the real estate registry – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre a Certidão Negativa de Débitos (CND) e as sanções políticas. 3. Histórico legislativo e jurisprudencial. 4. A inconstitucionalidade da exigência de CND para práticas de atos notariais e de registro público. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A questão da inconstitucionalidade das normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários já foi, em diversas oportunidades, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, todavia, não foi suficiente para afastar a insegurança jurídica que paira sobre o tema.

A insegurança persiste, em especial, no que diz respeito aos atos notariais e de registro público, objeto do presente estudo. Isso porque, apesar das manifestações da Corte Suprema, estão em vigor leis federais, estaduais e municipais, que continuam condicionando a realização de operações notariais e de registro à comprovação de quitação de créditos tributários.

Pretende-se então analisar os fundamentos da inconstitucionalidade de tal exigência, o histórico legislativo e jurisprudencial sobre o tema, bem como o alcance das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas até o momento.

Finalmente, almeja-se identificar eventuais diretrizes que possam indicar as hipóteses em que, apesar da obrigatoriedade legal (inconstitucional), os serventários extrajudiciais possam, com segurança, dispensar a apresentação da comprovação de quitação dos créditos tributários.

2. SOBRE A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS (CND) E AS SANÇÕES POLÍTICAS

O artigo 205 do Código Tributário Nacional dispõe:

Art. 205. A Lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Note-se que a expedição dessa certidão é um poder-dever do Estado, que foi instituída para fins de segurança jurídica do contribuinte, já que regula, no âmbito tributário, direito subjetivo constitucional (alínea *b* do inc. XXXIV do artigo 5º da CF¹, inserido no título concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais).

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

Ocorre que com base nesse mesmo dispositivo, proliferam-se as normas condicionando o exercício de diversos direitos dos contribuintes à exibição das certidões negativas de débitos emitidas pelo INSS e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e da certidão conjunta negativa de débitos relativas aos tributos federais e à dívida ativa da União emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria da Fazenda Nacional², além daquelas que atestam a inexistência de débitos tributários estaduais e municipais.

Condicionar a comprovação de quitação dos créditos tributários para práticas de atos notariais e de registro público, constitui verdadeira sanção política. Ou seja, visa apenas constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário.

Como explica Maria Ângela Lopes Padilha

A caracterização das sanções políticas pressupõe, cumulativamente, a presença dos seguintes elementos: (i) forma “coercitiva” da Administração Fazendária exigir do contribuinte o cumprimento da obrigação tributária (pagamento do tributo), em afronta ao devido processo legal e (ii) limitação ou ofensa a direito individual, notadamente ao direito à propriedade, à liberdade de trabalho e/ou ao livre exercício da atividade econômica³.

O Supremo Tribunal Federal, conforme se examinará no tópico a seguir, já se manifestou em diversas situações para firmar o entendimento de que são inconstitucionais as normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários.

Nesse sentido, o entendimento sumulado da Suprema Corte:

Súmula 70

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

[...]

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;” (grifou-se)

2. Cita-se alguns dos atos normativos que tratam das certidões mencionadas:
3. PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 169.

CUNHA BRANDELLI, Luiza Fontoura da. A inconstitucionalidade da exigência de CND para prática de atos notariais e de registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 347-364. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

Súmula 547

Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

E não poderia ser diferente. Exigir a comprovação da quitação dos créditos tributários para práticas de atos notariais e de registro público, claramente fere princípios e direitos assegurados constitucionalmente aos contribuintes.

O primeiro deles, o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁴. Os contribuintes têm, portanto, o direito de questionar a legitimidade do crédito tributário que lhe está sendo exigido, o que lhe é obstado quando exigida a comprovação de quitação para o exercício de sua atividade profissional ou econômica ou prática de atos da vida civil.

Paulo de Barros Carvalho lembra que “constrições da Administração federal são, na verdade, mais do que um julgamento pelas próprias mãos: a imposição de penalidade sem forma de processo ou, execução *manu militari*, [...] visam excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão de direito individual”⁵⁻⁶

4. “Art. 5º. [...]”

XXXV – a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (grifou-se).

5. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 480.

6. Nesse ponto, pela adequação e clareza, merece transcrição trecho do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa no julgamento das ADIs 176 e 394/DF: “O art. 1º., III, da Lei 7.711/1988 vincula o registro ou arquivamento de contrato social e atos similares à quitação de créditos tributários. Novamente, o texto impugnado parece pressupor existir obrigação constitucional ao sucesso financeiro e obrigação constitucional à submissão e concordância ao entendimento fiscal sobre a validade dos créditos tributários. É possível conceber situação em que o contribuinte, submetido a quadro de revés econômico que não seja exclusivamente atribuível à sua conduta, necessite realizar operações societárias para tentar manter sua atividade econômica e reverter a situação de penúria. A norma em exame ignora o direito fundamental ao livre exercício de atividade econômica e profissional em tais casos. Ademais, a exigência da quitação dos créditos também não leva em consideração o direito do contribuinte à discussão judicial da validade das normas que instituem o tributo e permitem sua cobrança. [...] O art. 1º., IV da Lei 7.711/1988 tem sentido semelhante ao art. 1º., III, mas especifica-se em função do tipo e do valor da operação de registro ou financeira. Pelas mesmas razões apontadas anteriormente, declaro inconstitucional o art. 1º., IV, da Lei 7.711/1988” (grifou-se).

Há, ainda, desobediência ao princípio do devido processo legal, “[...] na medida em que implica o abandono dos mecanismos previstos no sistema jurídico para apuração e cobrança dos créditos tributários (e.g., ação de execução fiscal), em favor de instrumentos oblíquos de coação e indução”⁷.

Isso sem falar no evidente desrespeito ao princípio da proporcionalidade e na própria ofensa ao direito de exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas, garantido pelo parágrafo único do artigo 170 da Constituição:

Art. 170. [...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Aqui, conforme registrado por Hugo de Brito Machado⁸, a ressalva contida no final do dispositivo diz respeito a certas atividades que, por questão de segurança, ficam a depender de autorização estatal, como acontece, p. ex., com o fabrico e comercialização de determinadas armas e munições. Assim, tal ressalva aplicar-se-ia apenas às profissões regulamentadas⁹ e atividades controladas.

3. HISTÓRICO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL

A exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos para realização de registro de operações financeiras em Cartórios foi inicialmente prevista na Lei 7.711, de 22 de dezembro de 1988, que estabelecia:

Art. 1º Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses:

[...]

IV – quando o valor da operação for igual ou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil) obrigações do Tesouro Nacional – OTNs:

a) registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos;

7. Idem.

8. MACHADO, Hugo de Brito. Sanções políticas no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, São Paulo, n. 30, p. 46-49, mar. 1988.

9. “Art. 5º. [...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer;”.

b) registro em Cartório de Registro de Imóveis;

[...]

§ 1º Nos casos das alíneas a e b do inciso IV, a exigência deste artigo é aplicável às partes intervenientes.

§ 2º Para os fins de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal, segundo normas a serem dispostas em Regulamento, remeterá periodicamente aos órgãos ou entidades sob a responsabilidade das quais se realizarem os atos mencionados nos incisos III e IV relação dos contribuintes com débitos que se tornarem definitivos na instância administrativa, procedendo às competentes exclusões, nos casos de quitação ou garantia da dívida.

§ 3º A prova de quitação prevista neste artigo será feita por meio de certidão ou outro documento hábil, emitido pelo órgão competente (grifou-se).

Com base nesses dispositivos legais, a comprovação de quitação de créditos tributários exigíveis era obrigatória para a prática de atos notariais e para a realização de qualquer operação financeira no registro de imóveis. Note-se que a exigência alcançava indiscriminadamente os atos da vida civil e o exercício de atividade econômica ou profissional.

Referidos dispositivos legais foram levados à análise do Supremo Tribunal Federal que – no julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADI) 173 (ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria) e 394 (ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), ambas do Distrito Federal – declarou a inconstitucionalidade dos incisos I, III e IV e §§ 1º, 2º e 3º da Lei 7.711/88.

Mantendo o posicionamento já sumulado pelo STF em casos semelhantes, a Corte declarou que a exigência de CND nos casos descritos viola direito fundamental do contribuinte de livre acesso ao Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF/88), na medida em que o impede ou, no mínimo, desestimula de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário, o que, como visto, caracteriza sanção política. Consignou também a ocorrência de violação ao parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, que garante o exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas.

Além disso, restou assentado no julgamento das ADIs que as normas declaradas inconstitucionais violam o devido processo legal substantivo, em razão da falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários, bem como o devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Poder Executivo ou do Judiciário, “tanto para controle da validade dos créditos

tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição”¹⁰.

Após o julgamento das ADIs, os dispositivos legais questionados foram devidamente revogados. Ocorre que, também consta exigência semelhante na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe:

Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I – *da empresa:*

[...]

b) *na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;*

c) *na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem móvel de valor superior a Cr\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil cruzeiros) incorporado ao ativo permanente da empresa;*

[...]

II – *do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis, salvo no caso do inciso VIII do art. 30 (grifou-se).*

Na hipótese do inciso II anteriormente transcrito, excetua-se o proprietário de obra de construção civil se a construção é residencial unifamiliar, destinada ao uso próprio, de tipo econômico, executada sem mão de obra assalariada e observadas algumas exigências previstas em regulamento próprio.

Foram ainda expressamente excluídas da necessidade de apresentação de CND pela Lei 8.212/91, entre outras: a) a lavratura ou assinatura de instrumento, ato ou contrato que constitua retificação, ratificação ou efetivação de outro anterior para o qual já foi feita a prova; b) a averbação prevista no inciso II, relativa a imóvel cuja construção tenha sido concluída antes de 22 de novembro de 1966; e c) a averbação da construção civil localizada em área objeto de regularização fundiária de interesse social, na forma da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.

Além disso, em 02 de outubro de 2014, a própria Receita Federal do Brasil e a Procuradoria da Fazenda Nacional publicaram a Portaria Conjunta RFB/PGFN 1.751/2014, em que dispensaram a apresentação de comprovação da regularidade fiscal em casos que estariam abrangidos pelo art. 47, I, b, da Lei 8.212/91:

10. Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno no julgamento da ADI 173-6, Distrito Federal, publicado em 20.03.2009.

Art. 17. Fica dispensada a apresentação de comprovação da regularidade fiscal:

I – na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa;

II – nos atos relativos à transferência de bens envolvendo a arrematação, a desapropriação de bens imóveis e móveis de qualquer valor, bem como nas ações de usucapião de bens móveis ou imóveis nos procedimentos de inventário e partilha decorrentes de sucessão causa mortis;

III – nos demais casos previstos em Lei (grifou-se).

Ou seja, referida Portaria dispensou expressamente a apresentação de CND nos casos de alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, com a condição de que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste ou tenha constado, do ativo permanente da empresa.

Além da dispensa em caso de exploração de atividade econômica ou profissional específica, afastou a exigência da apresentação de CND na transferência de bens envolvendo a arrematação, desapropriação de bens imóveis e móveis de qualquer valor e nas ações de usucapião de bens móveis ou imóveis nos procedimentos de inventário e partilha decorrentes de sucessão *causa mortis*.

Destaque-se que o descumprimento da norma prevista no artigo 47 da Lei 8.212/91 acarreta não só a responsabilidade do Oficial de Registro de Imóveis que lavrar o ato sem a apresentação da certidão, mas também a aplicação de multa, conforme previsto no artigo 48 do mesmo diploma legal:

Art. 48. A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, *acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos.*

[...]

§ 3º O servidor, o serventuário da Justiça, o titular de serventia extrajudicial e a autoridade ou órgão que infringirem o disposto no artigo anterior *incorrerão em multa aplicada na forma estabelecida no art. 92, sem prejuízo da responsabilidade administrativa e penal cabível (grifou-se).*

Nesse sentido, instaurou-se novamente a dúvida se seria exigida a CND da empresa para alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF referia-se a outro texto legal, qual seja aquele previsto na Lei 7.711/88, não tendo sido feita nenhuma menção aos artigos 47 e 48 da Lei 8.212/91.

Há também dispositivos em leis municipais que exigem a comprovação de quitação de créditos tributários para as práticas de atos notariais e de registro público. É o caso, p. ex., da Lei 11.154/91 do Município de São Paulo¹¹, que dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão *inter vivos* de Bens Imóveis e de direitos reais sobre eles (ITBI), que prevê nos artigos 19 e 21¹²:

Art. 19. Para lavratura, registro, inscrição, averbação e demais atos relacionados à transmissão de imóveis ou de direitos a eles relativos, ficam obrigados os notários, oficiais de Registro de Imóveis ou seus prepostos a:

- I – verificar a existência da prova do recolhimento do Imposto ou do reconhecimento administrativo da não-incidência, da imunidade ou da concessão de isenção;
- II – verificar, por meio de certidão emitida pela Administração Tributária, a inexistência de débitos de IPTU referentes ao imóvel transacionado até a data da operação.

Art. 21. Os notários, oficiais de Registro de Imóveis, ou seus prepostos, que infringirem o disposto nesta lei, ficam sujeitos à multa de:

- I – R\$ 200,00 (duzentos reais), por item descumprido, pela infração ao disposto no parágrafo único do art. 11 desta lei;
- II – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por item descumprido, pela infração ao disposto nos arts. 19 e 20 desta lei.

Parágrafo único. As importâncias fixas previstas neste artigo serão atualizadas na forma do disposto no art. 2º e parágrafo único da Lei 13.105, de 29 de dezembro de 2000.

11. A mesma exigência consta da Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD:

“Artigo 25 – Não serão lavrados, registrados ou averbados pelo tabelião, escrivão e oficial de Registro de Imóveis, atos e termos de seu cargo, sem a prova do pagamento do imposto”.

12. Esses dispositivos já foram declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do TJSP por invadir esfera de competência da União para legislar sobre registro público (art. 22, XXV, da CF), bem como por afrontar o Poder Judiciário para disciplinar, fiscalizar e aplicar sanções aos que exercem tais atividades, violando os artigos 5º., caput, 69, II, b e 77 da Constituição do Estado de São Paulo, em razão da natureza registral dos dispositivos contestados. Ocorre que as certidões continuam sendo exigidas.

Impõe-se assim o questionamento acerca do alcance da declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Não há dúvida de que a decisão vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. *A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal* (grifou-se).

O próprio dispositivo esclarece que inclusive a interpretação conforme a Constituição tem eficácia contra todos e poder vinculante em relação à Administração Pública federal, estadual e municipal. Assim, ainda que as ADIs não tenham tratado expressamente da Lei 8.212/91 (e demais dispositivos legais em vigor), a inconstitucionalidade destas normas já foi declarada.

Isso porque quando o STF, em sede de controle concentrado, declara constitucional ou inconstitucional determinada norma, impede que a mesma norma seja construída a partir de qualquer outro texto normativo, mesmo que estes não tenham sido indicados nas petições iniciais da ADI ou ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade), nem na respectiva decisão, em especial, porque no caso concreto, a Lei 8.212/91 já estava em vigor quando as ADIs foram julgadas.

Como ensina Robson Maia Lins¹³, “Na doutrina, essa propriedade da decisão da Suprema Corte é chamada de efeito transcendente, isto é, o efeito que transcende aos enunciados prescritivos que serviram de base para construção da norma declarada constitucional ou inconstitucional”.

Confirmando esse entendimento e seu histórico de decisões, em 15.10.2015, o STF, por maioria, publicou acórdão, com repercussão geral, no Recurso Ex-

13. MAIA LINS, Robson. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. v. I. p. 192.

traordinário com Agravo 914.045 de Minas Gerais, no sentido de que “[...] tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos”.

Na origem, tratava-se do condicionamento do deferimento de inscrição em cadastro de produtor rural, à regularização de débitos fiscais constantes em PTAs, restando decidido que tal condicionamento constitui óbice à atividade profissional lícita, o que é vedado constitucionalmente, à luz do princípio da livre-iniciativa; inteligência que foi mantida pelo STF, por maioria, repita-se, em sede de repercussão geral.

Feitas essas considerações acerca do histórico legislativo e jurisprudencial, passa-se a discorrer sobre as hipóteses de registro em que há segurança jurídica acerca da declaração de inconstitucionalidade e sobre aquelas em que, apesar da declaração de inconstitucionalidade, o contribuinte pode estar exposto à exigência (compreensível) do Oficial de Registro de Imóveis para alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CND PARA PRÁTICAS DE ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO PÚBLICO

Não é demais repisar que a inconstitucionalidade da exigência de comprovação de quitação dos créditos tributários está presente em qualquer que seja a situação. Seja para prática de atos da vida civil, seja para o exercício de atividade profissional ou econômica, conforme já sumulado pelo Supremo e declarado nas ADIs 173 e 394. A nosso ver, a inconstitucionalidade é cristalina.

Ocorre que a diversidade de atos normativos a tratar da questão, gera insegurança sobre as hipóteses em que a certidão negativa de débitos poderia ser efetivamente dispensada pelos serventuários extrajudiciais, sem o risco de penalização do Oficial que lavrar ou registrar o instrumento, bem como de declaração posterior de nulidade do ato para todos os efeitos.

Dessa forma, talvez seja apropriado separar a questão em dois cenários: (i) quando há exigência de comprovação da quitação de créditos tributários para viabilizar o exercício de atividade econômica e profissional; e (ii) quando há exigência de comprovação da quitação de créditos tributários para realização de atos da vida civil, como lavratura, registro, inscrição, averbação e demais atos relacionados à transmissão de imóveis ou de direitos a eles relativos praticados para fins particulares.

Com relação à exigência de comprovação de quitação dos créditos tributários para o exercício de atividade econômica ou profissional, temos não só a manifes-

tação do Supremo nas ADIs já mencionadas, que analisou a constitucionalidade dos dispositivos presentes na Lei 7.711/88, mas também a reafirmação da jurisprudência da Corte, com o instituto da repercussão geral, no ARE 914.045/15, no sentido de que são inconstitucionais as restrições impostas pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos.

Parece-nos, portanto, que quando a exigência de apresentação de quitação dos créditos tributários está vinculada ao exercício de atividade profissional ou econômica, a insegurança jurídica deveria ser menor. Isso porque, não só os julgados do Supremo são mais claros com relação a isso, como é o caso do ARE acima (que não menciona nada a respeito da prática de atos da vida civil), mas também as próprias Súmulas do STF sobre o tema¹⁴ e a manifestação da Receita Federal e da Procuradoria da Fazenda Nacional na Portaria Conjunta 1.751/14 deixam isso em evidência.

Ocorre que, como visto, o artigo 47 da Lei 8.212/91 continua prevendo hipóteses em que a prova da quitação deverá ser apresentada. Nesse sentido, entendemos que só haverá segurança para o registrador quando deixar de exigir a certidão nos casos expressamente dispensados pela Receita Federal e Procuradoria da Fazenda Nacional em sua manifestação conjunta na Portaria 1.751/14.

Quando se trata da prática de atos da vida civil, no âmbito federal, os dispositivos legais que previam a obrigação de apresentação de CND (Lei 7.711/88) para prática dos atos notariais e de registro público foi expressamente julgada inconstitucional nas ADIs.

A declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado, associada às considerações apresentadas acerca de seu alcance, e a ausência de obrigação para prática de atos particulares na Lei 8.212/91¹⁵ deveriam ser

14. Anteriormente transcritas e que continuam embasando o entendimento da Corte nos julgados mais recentes.

15. A exigência de certidão negativa previdenciária para pessoas físicas, além de não constar na Lei 8.212/91, tem sido objeto de dispensa expressa pelo INSS, conforme, p. ex., Ordem de Serviço INSS 207/99:

“6. Fica dispensada a apresentação de Certidão Negativa de Débito:

[...]

c) na alienação ou oneração de bem imóvel ou móvel da área urbana ou rural, de propriedade de pessoa física não equiparada a empresa, observado o disposto nos subitens 5.2 e 5.5;

d) na averbação, prevista no inciso II, do item 5, de construção residencial unifamiliar, de até 70 m² de área construída, destinada à moradia permanente do proprietário

suficientes para afastar qualquer exigência de quitação de créditos tributários nestes casos.

Ocorre que, algumas leis, como a de São Paulo anteriormente transcrita¹⁶, em manifesta desobediência ao entendimento sedimentado na Suprema Corte, apresentam exigência bastante genérica no que diz respeito à comprovação da regularidade fiscal. Apesar de sua inconstitucionalidade, a existência dos dispositivos legais torna concebível a exigência de comprovação de quitação dos créditos tributários.

De toda forma, isso vem sendo corrigido, quando necessário, pelos pronunciamentos do Conselho Superior da Magistratura e das Corregedorias Gerais de Justiça¹⁷ e pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, como ocorreu no julgamento de processo proposto pela União em desfavor da Corregedoria do Tri-

ou dono da obra que não tenha outro imóvel residencial, executada sem mão-de-obra assalariada, devendo o proprietário declarar no próprio documento de averbação, sob as penas da Lei, que a construção atende aos requisitos mencionados; f) nos atos relativos à transferência de bens, nos casos de arrematação, adjudicação e desapropriação de bens imóveis e móveis de qualquer valor”.

16. A título ilustrativo, transcreve-se também dispositivos da Lei mineira:

Lei 5492, de 28 de dezembro de 1988, do Estado de Minas Gerais

Art. 11 – Os escrivães, tabeliães, oficiais de notas, de registro de imóveis e de registros de títulos e documentos, quaisquer outros serventuários da Justiça e os agentes do Sistema Financeiro da Habitação – SFH – exigirão dos interessados a apresentação do comprovante original do pagamento do imposto ou certidão que o substitua, antes da lavratura ou registro de quaisquer atos que resultem em transmissão ou cessão de bens imóveis ou de direitos reais a eles relativos.

§ 1º – Os oficiais de registro de imóveis deverão exigir a apresentação da certidão de quitação de ITBI, assim como confirmar sua autenticidade, no ato do registro de título translatício de propriedade ou direito real sobre bem imóvel em sua respectiva matrícula, ainda que conste daquele título eventual informação acerca do recolhimento do imposto.

§ 2º – A inobservância do disposto no § 1º deste artigo implicará na responsabilização solidária do oficial de registro de imóveis pelo pagamento do imposto, nos termos do art. 7º desta Lei (grifou-se).

17. Nesse sentido, alguns julgados do Tribunal de Justiça de SP:

Registro de imóveis – Cédula de crédito bancário – Desqualificação do título, exigindo-se certidão positiva com efeitos negativos de débitos relativos a tributos federais e à dívida ativa da União em nome da empresa alienante – Impossibilidade – Item 119.1, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ – Registrador que não pode assumir o papel de fiscal dos tributos não vinculados ao ato registrado – Dúvida improcedente – Apelação provida (TJSP – Apelação 1047825-76.2017.8.26.0114 – Conselho Superior de Magistratura – DJ 10.08.2018).

CUNHA BRANDELLI, Luiza Fontoura da. A inconstitucionalidade da exigência de CND para prática de atos notariais e de registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 347-364. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

bunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinou aos cartórios de registro de imóveis do RJ¹⁸, que deixem de cobrar, de ofício, certidão negativa de débito previdenciária (CND) nas operações notariais.

Instado a se manifestar, o Conselho Nacional de Justiça, no Pedido de Providências 0001230-82.2015.2.00.0000, por unanimidade, negou provimento ao recurso, reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência de comprovação da quitação de créditos tributários, de contribuições federais e de outras imposições pecuniárias compulsórias para o ingresso de qualquer operação financeira no registro de imóveis, em julgado que restou assim ementado:

Recurso administrativo em pedido de providências. Impugnação de provimento editado por corregedoria local determinando aos cartórios de registro de imóveis que se abstenham de exigir certidão negativa de débito previdenciário nas operações notariais. *Alegação de ofensa ao disposto nos artigos 47 e 48 da Lei 8.2012/91. Inexistência de ilegalidade.*

1. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1º., inciso IV, da Lei 7.711/88 (ADI 394), não há mais que se falar em comprovação da quitação de créditos tributários, de contribuições federais e de outras imposições pecuniárias compulsórias para o ingresso de qualquer operação financeira no registro de imóveis, por representar forma oblíqua de cobrança do Estado, subtraindo do contribuinte os direitos fundamentais de livre acesso ao Poder Judiciário e ao devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF).

2. *Tendo sido extirpado do ordenamento jurídico norma mais abrangente, que impõe a comprovação da quitação de qualquer tipo de débito tributário, contribuição federal e outras imposições pecuniárias compulsórias, não há sentido em se fazer tal exigência com base em normas de menor abrangência, como a prevista no art. 47, I, “b”, da Lei 8.212/91.*

3. Ato normativo impugnado que não configura qualquer ofensa a legislação pátria, mas apenas legítimo exercício da competência conferida ao Órgão Censor Estadual para regulamentar as atividades de serventias extrajudiciais vinculadas ao Tribunal de Justiça local.

Recurso improvido.

Registro de imóveis – Escritura de compra e venda – CND da Receita Federal – Exigência afastada, conforme atual orientação do CNJ, do CSM e nos termos das NSCGJ – Penhoras promovidas em execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional – Documentos apresentados para o registro que somente autorizam o cancelamento da averbação de uma dessas penhoras – Impedimento para o registro – Dúvida procedente – Recurso não provido (TJSP – Apelação 1056244-85.2017.8.26.0114 – Conselho Superior de Magistratura – DJ 04.07.2018)

18. Provimento 41/2013 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Dessa maneira, a inconstitucionalidade da exigência de comprovação da quitação de créditos tributários, contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias para operações notariais e de registro não só é patente, como já foi devidamente declarada e reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é demais repisar as hipóteses em que a exigência foi declarada expressamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: em sede de ADIs, (i) para transferência de domicílio para o exterior; (ii) para registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência; (iii) para registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos; (iv) registro em Cartório de Registro de Imóveis; (v) operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais; e, de maneira geral, quando da reafirmação da jurisprudência (ARE 914.045/15) quando impuser restrição ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, por constituir-se em meio de cobrança indireta de tributos.

Registre-se, também, alguns provimentos dos Tribunais de Justiça Estaduais que dispensam a exigência de comprovação de quitação dos créditos tributários, como é o caso do Provimento 41/2013 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e dos Provimentos 50/89 e 30/2013 (NSCGJ) da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo¹⁹.

Vale advertir, todavia, que, apesar de toda fundamentação, jurisprudência, e da certeza acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que exigem a comprovação da quitação dos créditos tributários para prática de atos notariais e de registro, é possível que os serventuários extrajudiciais sejam demandados por eventual falta funcional²⁰ ao dispensarem a apresentação da CND.

19. O Provimento 260/CGJ/2013 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais mantém a exigência.

20. Nesse sentido, Recurso Administrativo 1011462-85.2016.8.26.0224 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, que indeferiu pedido de punição do tabelião na esfera disciplinar e de reconhecimento de nulidade de escritura lavrada, em razão de a lavratura ter ocorrido sem a exigência da apresentação da CND, reconhecendo os precedentes do STF que inadmitiram a imposição de sanções políticas pelos entes tributários para constranger, por vias oblíquas, o contribuinte a quitar seus débitos.

Não há dúvida, entretanto, de que a probabilidade de serem condenados nestas demandas é remota, conforme decisões já mencionadas das Corregedorias Gerais de Justiça, do Conselho Superior de Magistratura²¹ e do Conselho Nacional de Justiça, todos alinhados ao entendimento sedimentado pelo STF

Parece-nos necessário registrar, todavia, que uma postura conservadora dos serventúrios extrajudiciais, com a manutenção da exigência de apresentação da referida quitação fiscal, apesar de tudo o que foi dito, é absolutamente compreensível, não só em razão dos dispositivos legais infraconstitucionais em vigor, mas também em razão da objetividade esperada na análise das condições necessárias para a prática de atos notariais e de registro.

É importante advertir que o próprio acórdão proferido nas ADIs 173 e 394/DF faz constar em sua fundamentação expressamente que:

É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável.²²

Ou seja, o próprio Supremo firmou uma exceção em sua jurisprudência, ensinando diversas discussões na doutrina jurídica²³. Seguramente, não cabe ao serventúrio extrajudicial avaliar se aquele contribuinte se enquadra na hipótese de

21. Julgados do Conselho Superior da Magistratura de SP: Apelações Cíveis 0018870-06.2011.8.26.0068, 0013479-23.2011.8.26.0019 e 9000003-22.2009.8.26.0441).

22. Sobre referida exceção, irretocáveis as colocações de Maria Ângela Padilha, ao argumentar que: “[...] a exceção firmada pela Corte Suprema não revela a mais acertada, merecendo severas críticas, visto que i) a Administração Fazendária não é dotada de competência para combater práticas empresariais que configurem comportamento anticoncorrencial, cuja análise compete a órgãos próprios, especificamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e à Secretaria de Direito Econômico, nos termos da Lei 8.884/94, bem como ii) descumpridas as obrigações tributárias, ainda que reiteradamente, o Fisco dispõe de meios legítimos para exigí-las, lembrando aqui a função tutelar do Poder Judiciário, investido da competência institucional de exigir, coercitivamente condutas devidas” (PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 178).

23. Vide SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Grandes temas do direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

exceção de prática contínua e desenfreada de infrações tributárias, aproveitando-se de posição concorrencial privilegiada.

Por outro lado, o contribuinte que encontrar qualquer obstáculo a prática de atos notariais e de registro, em razão da exigência de comprovação de quitação de créditos tributários tem o direito de ver afastada essa obrigação, devendo ajuizar demanda para ver assegurados seus direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lógica da motivação e lógica da convicção na decisão judicial. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses: 2016.
- HARADA, Kiyoshi. Inexigibilidade da certidão negativa de tributos para práticas de atos notariais e de registro público. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3159, 24.02.2012. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/21154>]. Acesso em: 17.09.2018.
- MACHADO, Hugo de Brito. Sanções políticas no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, São Paulo, n. 30, p. 46-49, mar. 1988.
- MAIA LINS, Robson. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. v. I.
- PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Grandes temas do direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Compra e venda. Certidão negativa de débitos do INSS e da Receita Federal, de Oscar José Bittencourt Couto – *RDI* 49/335-336 (DTR\2011\3576);
- Compra e venda. Certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal. Interpretação do art. 47, I, B, da Lei 8.212/91, de Luís de Macedo – *RDI* 50/348-351 (DTR\2011\3580); e
- Sanções políticas e inconstitucionalidade do art. 47, I, da Lei 8.212/1991 que exige certidão negativa de débitos para os atos que especifica, de Sérgio Massaru Takoi – *RTrib* 89/305-321 e *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 11/1389-1403 (DTR\2009\668).

SHOPPING CENTER: CRÍTICA DA ESSÊNCIA E A LIBERDADE DE CONTRATAR ENQUANTO CONCRETAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE-INICIATIVA

*SHOPPING MALL: CRITICISM ON THE ESSENCE AND
THE FREEDOM TO CONTRACT AS CONCRETION OF THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PRIVATE AUTONOMY*

MARCELO BARBARESCO

Mestre em Direito Político e Econômico. Pós-Graduado em Direito Empresarial, em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, em Direito Processual Civil, em Direito do Consumidor e em Direito Imobiliário, com capacitação para Mediador. Professor na FGV Direito-SP – GVLaw, no Insper, na Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, assim como em outras instituições de ensino. Fundador e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário – IBRADIM. Advogado.
marcelo@mbarbaresco.com.br

Data de recebimento: 04.09.2018

Data de aprovação: 04.09.2018

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Este artigo desenvolve uma crítica acerca da essência do *Shopping center* e, uma vez identificado seu elemento distintivo, qual seja, a administração única e centralizada, aborda certos elementos do contrato e que se relacionam à formação do aluguel, quais sejam: percentual, valor mínimo, escalonado e dobrado; isto de maneira a também demonstrar a importância dos princípios constitucionais da autonomia privada e da livre-iniciativa para a consolidação do negócio jurídico *Shopping center*.

PALAVRAS-CHAVE: *Shopping center* – Liberdade de contratar – Livre-iniciativa – Aluguel em percentual.

ABSTRACT: This article develops a criticism on the essence of the shopping mall and, once identified its distinctive element, that is, the single and centralized management, addresses certain contractual elements that are related to the formation of the rent, such as: percentage, minimum rent, graduated and double rent, in order to demonstrate also the importance of the constitutional principles of the private autonomy of the parties and of the free enterprise for the consolidation of the shopping mall as a legal business.

KEYWORDS: Shopping mall – Contractual freedom – Free enterprise – Rent in percentage.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Shopping center: alguns elementos de sua essencial caracterização. 2. A liberdade de contratar sob a ótica da essência do *Shopping center*. 3. Efeitos da liberdade de conhecer e contratar. 3.1. Formação da remuneração pelo uso (aluguel). 3.1.1. Do percentual. 3.1.2. Da antecipação da remuneração percentual (o mínimo). 3.1.3. Do escalonamento do mínimo (esperado). 3.1.4. Do mínimo em dobro. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A finalidade deste artigo é, primeiramente, lançar algumas linhas que, de alguma forma, sejam capazes de iluminar os elementos conformadores do conceito do assim chamado negócio jurídico em regime de *Shopping center*. E, uma vez estabelecidos os preliminares elementos de sua formação, abordar certas premissas relacionadas à formação do aluguel de forma integrada à intenção dos agentes econômicos que participam desta relação jurídica.

No que se refere a tais premissas, importante desde o início esclarecer que não se pretende esgotar o assunto e, tampouco, dar guarida a comportamentos que, de algum modo, venham a macular a necessária boa-fé contratual. Isto, porque esta deve permear e manter-se sempre presente nas relações e nos relacionamentos no entorno do desenvolvimento dos negócios jurídicos, em especial e notadamente, os estruturados e atípicos dos quais fazem parte o *Shopping center*. E tudo de forma a evitar incidir naquilo que Platão (2014, p. 147) dizia, a saber: “[...] ser levado a orgulhar-se de sua astúcia na qualidade de agente da injustiça, utilizando toda espécie de expediente e artil para escapar da condenação, e tudo isso por causa de ninharias [...].”

Desta maneira, o que se pretende é a avaliação crítica de alguns dos elementos que compõem a moldura do quadro deste negócio jurídico e que por meio dela serão observados os comportamentos de seus agentes econômicos que, notadamente, atuam em regime de livre-iniciativa e liberdade contratual. Em outras palavras: na inexistência de situação em que a vontade de um dos agentes possa, contundentemente, influenciar de maneira negativa o comportamento do outro por conta de desconhecer seus limites. Há relação de paridade e, portanto, não, de subsunção.

A relação de colaboração, sob a ótica do alcance de um objetivo final e comum às partes contratantes, constitui elemento inafastável pelo qual os negócios jurídicos em *Shopping center* devem ser avaliados. Comportamentos egoísticos, individualistas e que se afastem dos valores relacionados à manutenção do bem coletivo devem ser combatidos uma vez que a boa-fé é comportamento esperado e que repudia aqueles que abusarem do próprio direito¹.

1. Segundo SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-0, o *leading case* acerca do abuso do direito é aquele relacionado a um vizinho de

Em havendo esta constante e incessante cooperação de entre seus agentes econômicos, enquanto assim caracterizado o negócio jurídico em *Shopping center* como empresa de conjunto, o que se objetiva é a materialização da finalidade da Constituição do Brasil. Melhor dizendo, a construção, por meio do desenvolvimento do negócio jurídico em *Shopping center*, de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o progresso nacional e, com capacidade, portanto, deste negócio ser mais um fiel soldado que busca a eliminação das desigualdades sociais, mediante a concreção do princípio da livre- iniciativa.

Como coloca Melo da Silva (p. 18, 1962), que sejam, assim, iniciados os estudos acerca da vida, pois, como bem lembra fazendo menção a Max Rumpf, o direito

[...] é ciência brotada da vida e destinada a ordenar a própria vida. E, por isso mesmo, não poderia aspirar, na sua parte formal, àquela perenidade estática das catedrais do *Medioevo*, talhadas no granito desafiador do tempo e das idades.

Sempre, também, sem esquecer o que Bobbio (2011, p. 59) afirma: “[...] o direito não é apenas um meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim próprio e específico”. Neste sentido, que se observe o conceito e comportamento do *Shopping center* sob a ótica do que o direito dele espera. Vejamos.

1. SHOPPING CENTER: ALGUNS ELEMENTOS DE SUA ESSENCIAL CARACTERIZAÇÃO

O processo de construção da delimitação de um objeto de estudo não é tarefa fácil. Ademais quando, deste processo de construção da reflexão acerca de seus elementos constitutivos decorrerão premissas incidentes para aquelas situações que serão e, para aquelas outras que não serão por ela subsumidas, isto é, compreendidas como de uma mesma essência.

E observar situações de forma a categorizá-las como de idêntica essência é tarefa que demanda processo de entendimento acerca não apenas de seu existir fisicamente mas, também, e sobretudo, daquilo que as faz distinguir de forma

um construtor de balões que, de forma a impedir a realização de voos de testes sobre sua propriedade, realiza a construção de altas torres de madeira repletas de extremidades pontiagudas de metal. E, este conflito, “ocorrido em Amiens, acabou levado ao Poder Judiciário francês, o qual, em sucessivas instâncias, concluiu que, embora o engenhoso proprietário possuísse, sim, em abstrato, o direito de construir o que quisesse em suas terras, tal exercício do domínio afigurava-se, nas circunstâncias concretas, abusivo e, portanto, inadmissível”.

isolada, ou seja, não dependente de qualquer outra. Nesse sentido, já colocava Espinoza (2003) sobre o atributo de uma substância como aquilo que o entendimento, pela razão, percebe acerca de uma substância como constituindo a sua essência, ou seja, que não decorre de uma criação das partes mas, sim, é preexistente a estas².

Desta forma, de maneira que seja possível compreender o *Shopping center*, é conveniente estabelecer uma investigação a respeito daqueles elementos que, ao menos aparentemente, sejam constituintes de uma realidade passível de apropriação. Realidade esta que deve ser observada mediante a apreensão de seus integrativos que, por conta do processo de captura de sua substância, o façam distinguir das demais que com ela possam se confundir ou comparar de modo equivocado.

E a observação do objeto de forma a buscar pontos de distinção e caracterização deve, ou melhor, pode ser realizada sob a ótica da percepção das diversas partes de sua composição em estado de funcionamento; sempre lembrando o que dizia Descartes (2016) ao alertar que a percepção pode revelar ilusão não apreensível ou compreensível pela razão quando fundamentalmente baseada nos sentidos.

Assim, diligência se faz necessária no processo de observação de maneira a traduzir em elementos racionais aquilo que porventura venha a ser capturado por meio dos sentidos, tais como a beleza, o luxo, o requinte, os odores³, todos eles de alguma forma relacionados, em maior ou menor medida, ao objeto de estudo, mas que com ele não se confunde e, tampouco, o define. Ao final se poderá, talvez, perceber que, apesar de ser parte de um todo, somente a ele se integram por conta de certa medida organizacional.

Neste sentido, integraria fisicamente ao conceito de *Shopping center* sua localização física ou, então, a forma de suas fachadas e empenas; a existência de elevadores e/ou escadas rolantes; as suas dimensões e, nestas compreendidas, a

-
2. E a este respeito coloca Spinoza (2003, p. 78): “tudo o que uma substância tem de perfeição não se deve a nenhuma causa exterior, porquanto a sua existência tem de resultar exclusivamente da natureza que lhe é própria, a qual dela não é mais do que a própria essência. A perfeição de uma coisa não suprime a sua existência, antes, pelo contrário, a estabelece; é a sua imperfeição que a suprime [...]”
 3. Exemplificativamente: a localização geográfica e os eventuais atributos de distinção que desta decorram; elementos de tipologia e/ou estilo arquitetônico de sua edificação; a decoração empreendida com maior ou menor número de quesitos considerados como sendo de um determinado segmento social; *facilities* sensoriais que transmitam sensações subliminares de distinção entre empreendimentos imobiliários; a limpeza, sua ausência ou deficiência.

largura de seus corredores ou, então, a elevação de seu pé-direito e de seu átrio de entrada; o fato de ser ao ar livre ou ser mais ou menos enclausurado; os elementos constituintes de sua arquitetura e a decoração; a diversidade de suas operações varejistas e nestas, algumas vezes, sua determinada especificidade, tal como os empreendimentos temáticos⁴; a expectativa de segurança em seu interior; a existência de local para o estacionamento de veículos; os serviços prestados mediante direta contratação ou, então, aqueles disponíveis a seus frequentadores⁵ e remunerados de forma indireta; a ambiência e nela compreendida as pessoas a quem, predominantemente destinado; as áreas de convivência e socialmente destinadas de forma a proporcionar acolhimento, enfim, uma infinidade de características físicas mais marcantes ou diferenciadas em um determinado empreendimento e, talvez, menos em outros ou, então, existentes em uns e inexistentes, na mesma extensão em outros?

Não que todas estas partes não constituam importantes membros de seu elemento físico tais quais aqueles de um corpo do humano. Mas, certamente, quaisquer delas podem ser também verificadas em outras situações parelhas tal qual as dos animais irracionais que, nem por isso, se tornam racionais por conta de seu similar conjunto às partes do humano. Parece que o seu elemento de distinção em essência sobeja em muito o elementar agregar de partes dispersas e, algumas vezes, meramente unidas por conta de alguma circunstância relacionada ao desejo impensado, ou seja, não planejado e de maneira perene por seus agentes.

Espera-se deste conjunto de partes, unidas de maneira refletida e estratégica, um comportamento positivo de forma que objetivos desejados coletivamente se tornem viáveis. Estes integram a consciente vontade e, exatamente por conta deste livre-arbítrio e em benefício de cada um individualmente, porém, com o respeito ao indispensável coletivo, transigem no entorno de sua individualidade. Isso mesmo: ao que tudo indica, perdem individualmente, mas ganham no todo. Logo, nada perdem, apenas ganham.

E esta espécie de parcial renúncia ao indivíduo de maneira a formar um corpo único e, portanto, em benefício da formação de um interesse comum que une, agrega, contribui, colabora, constitui sua a essência que, ao mesmo tempo que o distingue de cada uma de suas partes, também o afasta de seus aparentemente semelhantes, substancialmente diversos.

-
4. Entende-se por temáticos os empreendimentos destinados a específicos setores da economia, tais como o de móveis; o de automóveis; o de bicicletas; o de alimentação ou quaisquer outros que a liberdade inerente à livre-iniciativa entenda por conveniente desenvolver.
 5. Tais como ambulatórios médicos e fraldários.

E, com isso, não se deseja de qualquer forma afirmar que cada parte não assuma a sua importância com vista à formação do todo. Mas que este elemento de união é o que faz surgir um novo corpo e, portanto, é o que constitui sua substância e da qual decorre sua essência, tal como Spinoza (2003, p. 62) a define, a saber: “o que é em si e se concebe por si: isto é, aquilo cujo conceito não tem necessidade do conceito de outra coisa, do qual deve ser formado.”

Acerca da concreção deste conceito filosófico em Spinoza, em outra oportunidade e em que desafiei a avaliação do que seria um bem divisível e um indivisível por conta de se perder, com a divisão, sua essência, ponderei em Barbaresco (2017, p. 24) que “a substância de algo mantém relação direta com sua existência; com o seu existir no universo tal qual como “nascida” de forma a não depender da existência de outras substâncias para existir, pois como coloca Spinoza (2003, p. 65) “a substância é por natureza anterior às suas afecções”, ou seja, precede aquilo que existe em outra coisa, mediante a qual também é concebida”.

E o elemento distintivo desta nova “Coisa” mantém relação com a expectativa gerada pela repetição de comportamentos não identificados de forma consciente pela razão, ou seja, todos esperam que a coisa *Shopping center* opere de uma determinada forma e, acaso assim não se observe, será gerada insatisfação àqueles que constituem a razão econômica de sua existência. A uniformidade comportamental do físico e o que dele decorre é o esperado.

E este comportamento esperado e desejado pelos agentes econômicos se reflete na assim denominada administração única e centralizada e que tem por finalidade fazer o todo físico operar de maneira, substancialmente, padronizada. Este elemento – o da administração única e centralizada – é aquele que identifica e segrega, ou seja, aparta de modo claro os negócios jurídicos estruturados que, ao assumirem esta característica central, possa se subsumir ao que se compreende como sendo da essência de um *Shopping center*.

E este elemento é o que confere distinção quando da observância de empreendimentos imobiliários que se formam mediante a simples junção de partes físicas (cada uma de suas lojas) sem qualquer subsunção a um conjunto ordenado de regras de forma a conferir, ao todo, uma sistêmica e organizada administração única e centralizada. Dito de maneira ilustrativa: inexistente um respeitado e respeitável maestro para a regência de uma orquestra composta, substancialmente, por experimentados empresários no livre desenvolver de suas atividades empresárias.

Portanto, a mera conjugação de várias atividades em um mesmo corpo físico não constitui um *Shopping center*. A ausência desta união compartilhada de interesses exclusivos e no entorno de um bem coletivo faz consolidar a diferença entre o *Shopping center* e as unidades de negócios empresariais existentes em galerias ou em locais imobiliários em que cada uma de suas partes atua conforme

sua subjetividade e exclusivo interesse. Assim, inexistindo a figura daquele que uniformiza o mínimo comportamento necessário e que caracteriza elemento de sua essência, não há que se compreender estarem reunidos em *Shopping center*.

O empresário em *Shopping center* deve se assenhorar que ele não é apenas em *si mesmo* mas, inclusive, um *Ser nos outros* que com ele se relaciona, relembrando as colocações de Dostoiévski (2003). O caráter relacional é fundante.

Em colaboração a esta premissa, importa enfatizar que a cessão parcial do livre-arbítrio, como bem o define Descartes (2016, p. 82) ao dizer que “não posso igualmente queixar-me de que Deus não concedeu um livre-arbítrio, ou uma vontade suficientemente ampla e perfeita, pois efetivamente a experimento com tal indefinição e amplitude que não está encerrada em quaisquer limites”, se realiza tendo por fundamento a autonomia da vontade característica dos agentes econômicos que empreendem suas atividades no *Shopping center*.

Exatamente por conta desse consciente fator de relativo condicionamento da vontade que ao mesmo tempo liberta e, sob outro ângulo, aprisiona ao regulamentar o comportamento é que emerge e se transforma em princípio informador das relações que nesse ambiente se desenvolve, qual seja, o da primazia da administração única e centralizada, sem a qual não se consubstanciará o *Shopping center*. Administração centralizada sempre pautada pela boa-fé, pela função social e pela ética empresarial, de forma que comportamentos que, de alguma maneira, possam comprometer os interesses do todo coletivo sejam afastados.

Assim, e retornando ao conceito, como bem coloca Thoreau (1997, p. 40), “se uma planta não consegue viver de acordo com sua natureza, ela morre [...]”. Não sendo observado e cultivado, dia a dia, momento a momento e por tudo e por todos seu elemento essencial, ele, *Shopping center*, ficará enfermo, sofrerá e falecerá e, por esse motivo, se equipará com aquilo que não é, e, com isso, deixará de ser em essência. Dessa forma, todos os interesses e interessados que, por conta de sua essência única, se reuniram tenderão a sofrer as consequências da ausência da ordem e, assim, instaurada a desordem, estarão em negócio diverso daquele que a autonomia da vontade, ou seja, o livre-arbítrio os fez participar.

Como assevera Carvalhosa (1991, p. 164): “[...] sua própria existência baseia-se em dois elementos: planejamento e eficiência”. E estes, certamente, decorrem da figura daquele que, sempre atuando em benefício de um todo e no qual se encontra inserido, empreende incessantemente os seus esforços de maneira a manter a integridade da essência dessa distinta forma de organização empresarial.

Em face dessas ponderações e doravante formando a maioria que compreende o cerce de sua substância, ou seja, da qual decorre sua essência, que se trabalhe de forma irresistível e com todo o peso necessário de modo a obstruir eventual

minoría que desacredita na verdade, pois esta falta de credulidade na essência do *Shopping center* e que o faz distinguir de situações outras e que, portanto, com ela não se confundem, tais como as galerias de lojas e/ou então qualquer outro simples conjunto de estabelecimentos de empresa em um mesmo local físico sem a existência de uma força normativa estruturante e que confere os atributos distintivos de sua essencial existência, fará surgir aquilo que Spinoza (2003, p. 78) qualifica como sendo a “imperfeição que suprime” a existência. E ao se suprimir a existência, deixa a coisa de existir.

Por conta dessas ponderações, se acredita restar construído e compreendido, assim se espera e, pelo menos em larga medida, o elemento que constitui a essência do *Shopping center*.

Dessa forma, importa avaliar de que maneira o sistema normativo, sob a ótica desse específico negócio jurídico, disciplina o comportamento da vontade dos agentes econômicos que participam dessa relação. E isso especialmente no que se refere ao estabelecimento de determinadas disposições negociais e que se inserem, costumeiramente, no contexto contratual em razão das subjetividades decorrentes de sua essência.

2. A LIBERDADE DE CONTRATAR SOB A ÓTICA DA ESSÊNCIA DO *SHOPPING CENTER*

Reconhecendo, portanto, que sua essência é a administração única e centralizada de interesses de toda uma coletividade – de empresários ou não empresários⁶ –, assim como que, no *Shopping center*, estes agentes econômicos desenvolvem suas atividades sociais em uma mesma plataforma de negócios, importa estudar alguns dos elementos relacionados à prática do comportamento da liberdade de contratar enquanto materialização da livre-iniciativa.

Antes disso, entretanto, importa pavimentar alguns elementos que estarão compreendidos quando do estudo desta realidade e que se relacionam ao exercício da livre-iniciativa. A este respeito, Comparato (1991, p. 18) afirma que

a liberdade de iniciativa comporta um duplo sentido [...] garante-se, de um lado, a livre criação ou fundação de empresas⁷, ou seja, a liberdade de acesso

6. A menção a não empresários se relaciona com a circunstância de uma determinada pessoa, física ou jurídica, se encontrar, ou não, sujeita ao regime jurídico das sociedades empresárias, conforme estabelecido pelo Código Civil ao distinguir as sociedades em comum (de fato), empresárias e simples.

7. Entende-se empresas como atividade econômica e, não, como pessoa jurídica pois, nesta hipótese, se estaria tratando de uma sociedade personificada.

ao mercado [...]. Mas protege-se, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado.

Relativamente a esta circunstância, acrescente-se o que Forgioni (2018, p. 275) enfatiza, ou seja, que, na economia capitalista, “[...] os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer, assegurando o acesso à contratação”. Frise-se: a *contratação* em bases costumeiramente praticadas e aceitas em um determinado mercado, uma vez que os usos e costumes⁸ constituem elemento essencial da práxis nas relações entre empresários quando se dispõem à livre-iniciativa.

E a garantia a este exercício de empreender deve ser compreendida de maneira conjunta ao da legalidade, uma vez materializar-se pela concreção de uma atividade econômica que encontra seu amparo na Constituição do Brasil⁹. E, especificamente: (i) no inciso IV, do artigo 1º (é fundamento da República Federativa do Brasil, a livre-iniciativa); (ii) nos incisos XXI e XXIII do artigo 5º (é assegurado o direito à propriedade e, ao mesmo tempo, desde que atenda sua função social); e (iii) em seu artigo 170, por meio do qual o poder econômico é legitimado, desde que o propósito seja o de assegurar um estado de bem-estar social baseado no direito à propriedade, à livre-iniciativa e ao livre exercício de uma atividade que de alguma maneira possa contribuir para o desenvolvimento nacional.

Em virtude da conjugação destas orientações constitucionais e que se alinham à esperada prática contratual e de mercado, se tem por cristalizado os elementos constituintes do denominado capitalismo ordenado. Melhor colocando, são estabelecidos os quesitos que sedimentam ou, pelo menos, tendem a pavimentar critérios de calculabilidade e previsibilidade e, por conta disso, tornando o caminho do empresário previsível. Desta forma, operando como um perfeito sistema de engrenagens de maneira que inexista rompimento inesperado e que possa comprometer aquilo que o incentivou a livremente iniciar, ou seja, a empreender, a desenvolver, a criar.

8. Acerca deste tema, coloca Forgioni (2018, p. 136): “Os usos e costumes são a prática dos comerciantes que, na busca de soluções para os problemas quotidianos, encontram e consolidam determinada forma de resolvê-los. Esses esquemas espalham-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas. Por brotarem da praxe mercantil, os usos e costumes sofrem certa “seleção natural” [...]”

9. Esta expressão “Constituição do Brasil” é diversas vezes utilizada por Grau (2015) e, em várias passagens de sua obra, desejando representar que, com ela, houve o nascimento do Brasil.

Na dicção de Grau (2015, p. 34): “O mercado [...] é uma instituição jurídica constituída pelo Direito Positivo, o Direito posto pelo Estado Moderno.” Por sua vez e, ao apreciar o positivismo jurídico, Comparato (2016, p. 366) assegura que “os grandes morais da ideologia liberal-capitalista, como se sabe, sempre foram a ordem e a segurança das relações privadas, sobretudo as de cunho econômico”; isto de maneira a também enfatizar a necessidade da manutenção e, nas relações empresariais, de um comportamento ético, sob pena de repreensão pelo sistema. Comportamento este que se faz representar na responsabilidade corporativa, em que o papel daquele que desenvolve uma atividade econômica vem se modificando de maneira a corresponder àquilo que a sociedade dele espera.

E esta sociedade expande os seus limites de modo a não apenas compreender o ente abstrato formador do Estado enquanto constituinte de uma Nação, mas, especialmente, de maneira a absorver, notadamente, as relações que são estabelecidas na plataforma do negócio jurídico do *Shopping center* e em sua coligação de todos os interesses e interessados. Chateaubriand Filho (2013, p. 355), fazendo menção ao pensamento de José de Oliveira Ascensão¹⁰, sustenta que “[...] a admissão da autonomia privada não é um princípio absoluto, mas a sua exclusão não deve ser encarada como um meio de evitar dificuldades de previsão”.

Sempre com a certeza da existência de limitadores à autonomia privada (e, por consequência, da vontade) e que têm por finalidade conformar comportamentos de maneira que os mesmos sejam protagonistas dos objetivos da Constituição do Brasil, especificamente, no sistema normativo aplicável às relações no *Shopping center*, consta disposição legal que, no plano infraconstitucional, reforça a liberdade de contratar e, por via de consequência, consolida princípios decorrentes da livre-iniciativa.

Tal consolidação, fazendo alusão às palavras de Pontes de Miranda (1972, p. 39), se refere ao “autorregramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, [é] que permite que a pessoa, conhecendo o que se produziria com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule”. Partindo-se deste conceito e parafraseando Zanchim (2012), pode-se concluir que a liberdade de contratar decorre do conhecimento que a parte detém a respeito das circunstâncias acerca das quais produzirá o seu ato.

Neste sentido e, sob a lente de que os agentes da relação conhecem a essência do que constitui o *Shopping center*, as eventuais e mútuas concessões que realizam no entorno de seus singulares interesses e, em benefício de uma relação

10. Autor português e que assim se manifesta in *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 79.

negocial duradoura e consciente, se trata de relação livre, uma vez pautada pelo conhecimento de seus elementos constituintes.

A este respeito, Mamede (2000, p. 90), ao abordar a consciência dos “lojistas”, parece estabelecer premissa sobre a qual afirma que estes “desconhecem o “processo de “sua produção” e são submetidos a um intenso controle e a um gerenciamento absoluto do espaço: não escolhem o ponto comercial, não têm ideia de sua racionalidade e não participam do processo de sua localização no empreendimento (o *tenant mix*)”. Aparenta defender que inexistente processo de livre convencimento e que há vício na vontade ou, então, de erro acerca da essência do *Shopping center*.

O comportamento disforme, em oposição ao direito e em rota de colisão com a boa-fé objetiva, não deve servir de base para a fixação de uma premissa que, de forma indistinta, igualando os desiguais, tem o poder de nortear entendimentos no que se refere ao *Shopping center*. E isto especialmente por causa de tudo aquilo que o tempo traduziu em comportamentos aceitáveis, desejáveis e que culminaram, por conta de sua prática reiterada, na fixação dos usos e costumes aceitáveis pela empresa em *Shopping center*.

Exatamente, em razão desta generalização de comportamentos em desconformidade com o direito e, quiçá, praticados por alguns e em detrimento dos interesses de muitos outros, que a conduta esperada dos agentes econômicos que zelam pela essência do *Shopping center*, deva ser observada sob o prisma de um dever de abstenção e, de outro lado, de colaboração. O primeiro pautado por um não praticar atos que culminem com a geração do dano e, o segundo, pela proatividade em explicar e fazer conhecer, a todos da relação, a essência relacionada a seu funcionamento e, com isso, zelando por sua existência.

Assim, afastada esta circunstância que decorre de fatores exógenos à essência do *Shopping center*, decorre a consolidação da natureza das obrigações nele encetadas e das quais emerge o que se denomina chamar de contrato paritário. Paridade esta decorrente das próprias circunstâncias em que negociaram, ou seja, cada um reconhecendo e conhecendo o ambiente e a ambiência, discutindo e estabelecendo, por meio de ajustes baseados na compreensão, as condições pelas quais o negócio será realizado, sempre tendo em mente sua essência de forma a não aniquilar sua natureza, como colocado por Thoreau (2017).

Releva compreender e reconhecer, portanto, que, neste ambiente de mútuo conhecimento, há certos elementos de contrato que integram o negócio de maneira tal que, se alterados, não se estaria tratando do *Shopping center*. Isto, pois, tenderia a ferir elementos intrinsecamente relacionados à sua essência, tais como os horários de funcionamento; a participação em campanhas promocionais; restrições a certos comportamentos empresariais uma vez comprometerem a

simbologia de um todo unitário em funcionamento, entre outros que possam se subsumir à tal hipótese.

Realizadas, desta forma, estas ponderações de base ampla e abstrata, releva retornar e assinalar o elemento legal que de modo específico e, objetivamente dirigido, consagra a liberdade de contratar entre os agentes econômicos no *Shopping center*. Trata-se da disposição que estabelece que, “nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”.¹¹

Importa frisar que, talvez, a inspiração para este específico comando foi baseada nos pensamentos de Thoreau (2016, p. 55), que assim lecionava: “[...] nossos legisladores ainda não aprenderam o valor comparativo que tem o livre comércio e a liberdade, a união, a retidão para uma nação.” Ou, então, contunentemente inspirada em Platão (2014, p. 173) que ao estabelecer uma dialética acerca da necessidade, ou não, da existência de leis disciplinando, em sua república ideal, as atividades que seriam desenvolvidas pelos comerciantes na *Ágora*¹² conclui:

[...] não seria apropriado ordená-l[a]o a homens que são bons e honrados, que facilmente descobrirão por si mesmos seja lá o que for que precisa ser legislado no tocante a [todas] essas coisas. [...] Se assim o for, ele disse, “passarão suas vidas promulgando muitas outras leis e as retificando na crença de que o fazendo atingirão o melhor”.

Para o *Shopping center*, portanto, fato é que a liberdade da vontade e, por via de consequência, a de contratar se inscreve não apenas e de maneira ampla no plano constitucional. Decorre, também, de disposição posterior à Constituição do Brasil e que, tendo por base os princípios que a informam, reforçam a especificidade de suas características por meio de Lei especificamente dirigida à regulação dos interesses do *Shopping center*.

Importa esclarecer que não apenas esta circunstância relacionada à confirmação da liberdade se encontra ratificada, mas também outra que define o regime jurídico aplicável às relações estabelecidas entre seus agentes econômicos. Trata-se de uma relação de locação de coisa.

11. Artigo 54 da Lei 8.245/91.

12. Trata-se de área que existia em Atenas em que, entre outros, estavam situados as seções separadas de cada uma das corporações de comerciantes, onde se desenvolviam as transações mercantis diversas e todo o processo de compra e venda.

E a fixação acerca da natureza da relação jurídica neste acordo de vontades teve por finalidade selar discussão há muito havida a este respeito e sobre as relações ocorridas entre os agentes econômicos – *i.e.*, lojistas e empreendedores – no entorno da coisa objeto do negócio, qual seja, o *Shopping center*. Isto, pois, para alguns, as relações que se estabeleciam e, em razão de suas peculiaridades contratuais, não seriam apenas uma relação de locação de uma coisa – *i.e.*, de um imóvel – propriamente dita, mas, sim, uma relação de sociedade ou que a ela se assemelhava. Tema este que, por conta das diversas linhas de argumentação, demanda um estudo dirigido e específico e que escapa ao objetivo deste artigo, todavia, importa ser mencionado de maneira a consolidar a relevância do significado deste dispositivo legal para o negócio *Shopping center*.

Desta forma, consolidada a relevância da Constituição do Brasil, assim como o próprio regime legal que dela decorreu e que fez alicerçar e ainda mais fortalecer o negócio jurídico *Shopping center*, importa abordar alguns entre os variados elementos da relação contratual de maneira a buscar os elementos de materialização da liberdade contratual sob o enfoque da essência do *Shopping center*.

3. EFEITOS DA LIBERDADE DE CONHECER E CONTRATAR

Como decorrência lógica da essência do *Shopping center* e a ela integrada os elementos relacionados à vontade e à liberdade de contratação – ambos sob a ótica de sua unicidade e indivisibilidade – se observam elementos de contrato que, costumeiramente e por meio de variados instrumentos, conferem distinção ao negócio jurídico.

Tanto assim que inúmeros são os autores¹³ que entendem se tratar o *Shopping center* da denominada empresa de conjunto, uma vez que o estabelecimento é emoldurado pela conjugação de variadas operações desenvolvidas por seus integrantes – empresários em sua maioria na terminologia legal – e a organização desta coletividade de interesses é realizada por aquele que, de forma direta ou indireta, exerce sua essência. Messineo (1950, p. 338), ao abordar a comunhão de interesses no entorno de um direito real, afirma existir uma “comunhão de empresa”.

Em face de tais especificidades, importa ilustrar este conjunto ou comunhão de empresa por aquilo que Buzaid (1991, p. 12) informa como sendo um *Shopping Center*, ou seja:

13. Informação esta obtida em BARCELLOS (2009, p. 76-88) que, entre outros, relacionava os seguintes autores: Rubens Requião, Darcy Bessone, José de Oliveira de Ascensão, Pedro Malta da Silveira, Ricardo Luiz Lorenzetti etc.

[...] é uma cidade em miniatura; nasce planejada pelo proprietário, que cuida de sua localização em determinado ponto, da sua organização racional e do seu funcionamento regulado por princípios que são dispostos em regulamento interno e aceitos previamente por todos os titulares de unidade que operam dentro do conjunto.

E, ao assim se manifestar, é possível presumir que, se cidade existe, há aquele que a planeja, que a organiza, que a dirige e que informa quais comportamentos e interesses deverão ser tutelados, observados e considerados como sendo aqueles relacionados à manutenção do interesse coletivo ou, como se diz, da comunhão de empresa. E, enquanto empresa, entendida esta como sendo o desenvolvimento de determinada atividade econômica – *i.e.*, não como sociedade¹⁴ –, os seus participantes estabelecem entre si, de maneira coordenada e refletida estrategicamente, a forma de sua organização de modo que aquilo que os uniu se materialize na concreção de objetivos.

E a organização destes objetivos se estrutura tendo como base um plexo de instrumentos de contrato, cada qual com uma finalidade específica, correlacionados entre si, de sorte que apenas conjuntamente avaliados têm o condão de significar a intenção de suas partes signatárias para com a consecução e o desenvolvimento da centrada atividade que se empreende no *Shopping Center*.

Há possibilidade de organização. Há possibilidade de acordo. Há possibilidade de amalgamar as relações. Há, pois, liberdade de conhecer e escolher. Colocava Maximiliano (2007, p. 77) “[o direito] é incompatível com a imobilidade; ele é essencialmente dinâmico, acompanha a sociedade, que não pára, e, portanto, não pode ficar tolhido por fórmulas petrificadas”. E, sob esta inafastável condição de pensamento acerca do universo dos negócios jurídicos, é que esta crítica terá seu prosseguimento.

Das relações e dos relacionamentos que edificam e fundam o negócio jurídico *Shopping Center*, serão pinçados alguns elementos para estudo. Estes que, de alguma maneira, talvez, sejam os capazes de representar o interessado

14. A este respeito e, em Barbaresco (2017, p. 150-7), desenvolvo crítica em que são estabelecidos os elementos que distanciam a caracterização de uma empresa de uma sociedade, especialmente, quando digo “os conceitos de empresa e de sociedade não se encontram umbilicalmente ligados de maneira que um não exista sem o outro. Isto, pois, como elemento necessário para a constituição de uma sociedade não se estabelece como obrigatória a organização dos meios de produção, tal como exigido para a caracterização de empresa e de empresário. E esta constatação decorre das disposições normativas e relacionadas à constituição de uma sociedade, para a qual basta o exercício de uma atividade econômica, profissional ou não, para que esta possa ser constituída”.

comportamento de seus agentes econômicos no entorno da necessária liberdade de contratar como efetivação do comando constitucional da livre-iniciativa.

Relativamente a este comando constitucional, Grau (2015, p. 203-4) transcreve colocações de Tercio Sampaio Ferraz Junior nos seguintes termos:

[...] afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma “estabilidade” supostamente certa e eficiente.

Em virtude desta premissa, serão avaliados alguns aspectos daqueles elementos relacionados à formação da remuneração pelo uso, ou seja, do aluguel. Esta abordagem, talvez, contribua com a crítica constituinte do comportamento da vontade dos agentes econômicos em contrapartida à participação na “A Magia dos *Shoppings*”, titulação esta atribuída por Underhill (2004) à obra de sua autoria e que desenvolve aspectos sobre as razões pelas quais os *shoppings centers* atraem e seduzem.

3.1. Formação da remuneração pelo uso (aluguel)

A avaliação das motivações e, por consequência, do comportamento dos agentes econômicos no entorno da formação dos critérios constituintes do aluguel, na assim denominada linguagem dos administradores, “plataforma” do *Shopping Center*, é aquela que talvez melhor represente a substância do regime colaborativo pelo qual resultam as partes correlacionadas à sua essência.

Neste sentido, a detida observação e conseqüente reflexão acerca destes elementos de conjugação de esforços no sentido da obtenção de um melhor resultado para a coletividade tende a contribuir para o entendimento quanto ao funcionamento da autonomia da vontade. Vejamos.

3.1.1. Do percentual

De forma diretamente relacionada à essencial conformação da plataforma de negócios em que se desenvolvem as atividades objeto da empresa dos agentes participantes da relação em *Shopping Center*, emerge tratamento específico e relacionado à remuneração pelo uso do espaço cedido.

Como as relações são informadas e conformadas pela contribuição de cada um de seus integrantes e em benefício do uniforme funcionamento de um todo, a remuneração costumeiramente praticada se relaciona com o resultado obtido em determinado espaço físico, leia-se, o faturamento.

Neste sentido, decorre dos usos e costumes nesta comunhão de empresa a incidência de um percentual negociado e fixado para cada relação jurídica que se estabelece e, particularmente incidente sobre a base de cálculo formada pelo faturamento da operação desenvolvida no específico estabelecimento objeto da locação. Costumeiramente, recebe o nome de “Aluguel Percentual”, o que Carvalhosa (1991, p. 175) chama de “aluguel participativo”.

Quando da negociação tendente à contratação desta base de cálculo, podem ser estabelecidos elementos que dela são excluídos de maneira a melhor amalgamar o ajuste dos interesses de seus agentes econômicos, tais como impostos diretos incidentes sobre as vendas; valores relacionados às devoluções de mercadoria que culminem com o desfazimento da venda e compra; forma de integração das vendas parceladas no conceito de faturamento de um determinado mês, entre outros. Mamede (2000, p. 80) transcreve crítica realizada por Lima Filho a ponto específico desta forma de remuneração colocando que “este tipo de contrato torna o proprietário um participante do negócio, mas ele ganha sobre as vendas e não sobre o lucro líquido”¹⁵.

Esta forma peculiar de remuneração pelo uso do espaço físico em que se encontra instalado o estabelecimento e nele desenvolvida a empresa é que constitui a principal fonte de receitas do *Shopping Center*, exatamente por força de sua significação. Sob a ótica de sua essência, representa a materialização do retorno obtido em razão dos esforços empreendidos pela comunhão de empresas¹⁶. O agente econômico que a exerce, sempre em regime de sinergia para com o todo, se interessa pelo desempenho da empresa¹⁷ que integra o *Shopping Center*: cada uma e todas elas tendem a ser relevantes elementos da organização empresarial.

A ineficiência de um ou de alguns pode comprometer o esperado resultado de todos aqueles que, na comunhão de empresa, desenvolvem suas atividades. Para tanto, basta observar um corredor vazio, com poucas lojas ou cujas vitrinas estejam vedadas ou, então, desguarnecidas do zelo e cuidado das demais, para que esta desconformidade tenha o potencial condão de comprometer as atividades dos mais próximos e, talvez, de muitos ou de todos. O humano – assim se acredita – tende a preferir a ordem à desordem; o cheio ao vazio; o reto ao torto.

15. Quando Mamede se refere ao proprietário, faz menção àquele a favor do qual o aluguel é pago.

16. A este respeito também concorda Gladston (2000, p. 96), ao assim colocar: “O fundamento do aluguel percentual é o sucesso do empreendimento tocado pelo lojista como fruto do trabalho realizado pelo empreendedor/administrador, sem poder desprezar o trabalho do próprio lojista.”

17. Enquanto atividade econômica e, não, sociedade.

Importa, outrossim, abordar que a circunstância de a remuneração se encontrar baseada em interesse ao recebimento de quantia relacionada ao faturamento, em nada altera o regime jurídico da relação que é estabelecida, ou seja, de locação. Tanto assim que Buzaid (1991, p. 11), fazendo alusão ao entendimento de Luís Antonio de Andrade, afirma que:

[...] a circunstância, já tantas vezes assinalada, de ajustarem as partes o pagamento do aluguel – ou seja, a remuneração – em percentual sobre o rendimento periódico obtido não desnaturaliza a relação locatícia, nem configura qualquer espécie de sociedade, ainda que em conta de participação.

Quanto à formação de sociedade, esta conclusão é também inadmissível uma vez que a escolha do regime jurídico compete tão somente à vontade dos integrantes de sua relação jurídica dentro de um universo de possibilidades amparadas pelo sistema normativo. Como colocado anteriormente em Barbaresco (2017, p. 156), “a opção por uma específica estrutura jurídica e que se materializa em determinado regime jurídico tem como finalidade assegurar que as funções sejam observadas [...]” e, outrossim, porquanto opera como materialização da autonomia da vontade.

Releva esclarecer que esta forma de cálculo da remuneração, sempre observados os princípios da boa-fé e da lealdade contratual, não representa a possibilidade de imputação de qualquer espécie de responsabilidade pelo insucesso da específica empresa – e respectiva pessoa jurídica em desenvolvimento, em sendo este o regime escolhido. Isto, porque, nesta específica comunhão de empresa, o que se compartilha são os interesses coletivos sob a ótica de que cada agente da relação seja engajado a contribuir com o que de melhor possa para a concreção da finalidade desenvolvida em comum.

Cada agente econômico, ao desenvolver sua respectiva empresa, assume as consequências de sua específica atividade. Assim, o idealizador do empreendimento em *shopping center*, enquanto materializador do corpo físico sobre o qual a essência se desenvolve, assume a possibilidade de o retorno financeiro sobre os investimentos realizados não ser compatível com o capital investido ou, então, com as estimativas projetadas. Tudo isso em elevada sinergia com os princípios da livre-iniciativa e da autonomia da vontade.

Assim, na circunstância do insucesso de um dos integrantes da relação, os demais não são com ele solidários ou de qualquer forma objetivamente responsáveis, uma vez que a individualidade de cada empresa nunca se perde, mas, apenas, parcelas da irrestrita liberdade são negociadas de forma consciente; tudo de maneira a buscar atingir o esperado benefício – ou seja, o lucro – a todo o conjunto de empresa.

3.1.2. Da antecipação da remuneração percentual (o mínimo)

No acordo que se estabelece no entorno da cessão de uso de parcela de área do *Shopping Center*, há elemento que se comunica, diretamente, com a remuneração percentual, mas com ela não se confunde. Sua natureza jurídica é de uma antecipação do valor que será considerado devido uma vez aplicados os critérios marchetados para a identificação do correspondente monetário-percentual, ou seja, “um mínimo” a ser pago.

Trata-se, portanto, de valor estabelecido contratualmente e, por meio do qual, na periodicidade ajustada, deverá ser realizado seu pagamento; frise-se, por *antecipação* ao denominado *Aluguel Percentual que será apurado e pago no momento previsto contratualmente*.

A quase totalidade daqueles que escrevem sobre este tema, costumam nominar este valor como “Aluguel Mínimo”. Mas esta denominação traz em si consequências indesejadas ao negócio e, por vezes, à interpretação do negócio jurídico. Explico.

Por causa de sua essência, repita-se, o que se deseja no *Shopping Center* é o máximo sucesso do empreendimento – *i.e.*, de toda a atividade de empresa nele desenvolvida – que tende a se materializar, outrossim, em razão dos esforços empreendidos pela comunhão de empresas, em determinada plataforma física, e sob determinadas condições de administração. Assim o sendo, há apenas e tão somente uma única remuneração pela cessão do uso da coisa cedida em locação e esta recebe a nomenclatura de *Aluguel Percentual* que, substancialmente, corporifica os esforços empreendidos pelo exercício da essência do *Shopping Center*.

Portanto, atribuir diferentes nomenclaturas a idênticas realidades distorce a práxis e, ao assim fazer, ilumina erroneamente elemento inexistente, qual seja, que é da essência de um *Shopping Center* a cobrança de diversos e infinitos tipos de remuneração pelo uso da coisa e, todos, imputados a uma mesma relação¹⁸.

Isto não significa dizer que esta *antecipação* – que habituaram chamar de aluguel mínimo – não possua a mesma natureza jurídica do chamado Aluguel Per-

18. Villaça Azevedo (1991, p. 23-4) ao abordar a especificidade desta forma de cobrança, se refere à decisão do então Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que coloca ao apreciar questão relacionada ao Aluguel Percentual e ao valor mínimo a ser antecipado: “[...] o locatário fica coberto de prejuízos pelo estabelecimento de um aluguel alto, mensalmente, principalmente nos meses de menor movimento comercial e, de outro lado, o locador auferirá a compensação nos meses de maior movimento, em que os resultados são mais promissores.” E mais à frente coloca: “[...] é certo que essa dupla contratação de aluguel não é peculiar específica do chamado contrato de locação em *shopping center* [...].”

centual. O que se deve evitar são criações terminológicas que possam instaurar confusão. E, com isso, acarretar, equivocadamente, a imputação a uma das partes da relação de posição atentatória à lealdade contratual, à boa-fé objetiva ou ao abuso do direito e, com isso, inflamando o legislador a produzir leis que possam obstaculizar a autonomia privada e a livre-iniciativa.

De outro lado, circunstância curiosa e que demanda reflexão é a seguinte: se e quando da apuração do valor monetário decorrente da aplicação do percentual resultar em quantia inferior àquela paga por causa da antecipação¹⁹, que tratamento deveria ser conferido a esta diferença negativa, ou seja, aquele que realizou seu pagamento a maior teria o direito de compensar em apuração futura ou, então, ser ressarcido da diferença? A resposta resulta da avaliação das vicissitudes a que uma atividade econômica e seus agentes se encontram sujeitas.

De um lado, os investimentos realizados para a concretização do físico empreendimento, ou seja, de suas acessões e, ao longo do tempo, de suas benfeitorias; de outro, os encetados por aqueles que desenvolverão sua empresa e nele instalarão seu estabelecimento dentro do estabelecimento *Shopping Center*, realizando também aportes financeiros. Cada qual, uns e outros com expectativas particulares, mas, ambos, no entorno da essência que os uniu, enaltecendo, dia após dia, a crença acerca do retorno financeiro esperado. Afinal, o escopo de lucro é a principal característica dos contratos empresariais, ou seja, “a economicidade final dos comportamentos de todos os partícipes imprime-lhes características singulares, que refletirão nos negócios por eles engendrados”, conforme Forgioli (2018, p. 108).

Nesta seara, em que os agentes econômicos possuem expectativas, é que poderá ser negociada e fixada remuneração mínima ou retorno mínimo pela cessão do uso do espaço. Desta feita, em razão da vontade conciliada, é facultado o estabelecimento de uma correlação entre a função social e a econômica de um contrato que, segundo coloca Theodoro Júnior (2004, p. 102),

[...] a função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, *mas não uma função de assistência social*’ (grifos nossos).

Desta forma, é livre o acordo acerca do pagamento de remuneração mínima em consequência da exploração econômica do espaço cedido, podendo a parte

19. Ilustrativamente: a antecipação foi de R\$ 100,00 e, aplicada a metodologia de cálculo prevista para a apuração do Aluguel Percentual, o valor a pagar resultou em R\$ 90,00.

lesada pelo incumprimento de uma promessa buscar e, pelos meios adequados, a reparação de seu dano, caso comprove que a aceitação deste pagamento se encontrava relacionado a certas premissas.

Eventual resultado inesperado e que não possa ser, de maneira direta, imputada a um determinado comportamento ativo ou passivo, não terá o condão de carrear ao outro agente da relação consequências relacionadas à sua própria ineficiência. Ademais, cada agente econômico empreendedor da empresa tem, em si, o conhecimento a respeito das fatalidades que sua atividade poderá enfrentar e, deve, isoladamente, suportá-las em sendo a hipótese.

Neste sentido, o ajuste relativo à possibilidade ou impossibilidade de compensação ou, então, de sua imediata devolução é elemento que integra a esfera da livre negociação entre os agentes econômicos no entorno da moldura que conformará o acordo de vontades. Em outras palavras, negociado em regime de lealdade contratual e, enquanto contrato de colaboração, desde que este se tenha operado por meio de processo de livre convencimento e, portanto, não eivado de vício que possa comprometer a manifestação, o acordo se encontra amparado pelo direito como sendo mais um elemento de concreção da liberdade constitucional de contratar.

3.1.3. *Do escalonamento do mínimo (esperado)*

Uma vez mais, e como assim não poderia deixar de ser, a prática autonomia da vontade estabelece condições que se relacionam com as perspectivas do negócio empreendido por conta da iniciativa de seus agentes. Liberdade de empreender baseada, especialmente, no princípio da colaboração de maneira que as expectativas se tornem realidade mediante o esperado crescimento da empresa com o passar do tempo.

Assim, neste ambiente principiologicamente amistoso de competição, mas de positiva reciprocidade, as empresas se encontram em posição de cooperação, de forma que os sucessos possam contribuir com o crescimento do todo e, eventualmente, as posições opostas sejam alijadas de maneira a não se comprometer a integridade do conjunto. Considerando-se estas premissas, tende a ser reconhecido que o *Shopping Center*, assim como a específica empresa que passará a fazer parte dele, demandará tempo para a maturação e consolidação dos negócios empreendidos.

Este fator temporal, ora observado conjuntamente sob a ótica do *Shopping Center* e da empresa que nele se instalará – hipótese verificada antes da inauguração do empreendimento – e, em outros casos, considerando apenas a empresa que dele passará a integrar – situação possível depois de sua inauguração – os

agentes econômicos tendem a transigir acerca do valor a ser pago a título de antecipação mínima à apuração do Aluguel Percentual. Noutras palavras: há colaboração na fixação de um valor mínimo inicial menor e durante certo período de tempo. Há, uma vez mais, a materialização da autonomia da vontade em benefício da livre-iniciativa.

E, se assim for o convencionado e, em função das razões mencionadas, se acorda que este patamar mínimo estabelecido inicialmente tenderá a ser elevado, de tempos em tempos, em conformidade com o pactuado pelos agentes econômicos em atenção à específica empresa a ser empreendida no *Shopping Center*. A este tipo de circunstância costumaram denominar de “Aluguel Escalonado ou em Degraus”²⁰.

Importa destacar que cada uma das atividades de empresa que se encontram no *Shopping Center* mantém certa relação de interdependência, mas isso, por si só, não conduz à conclusão de que os seus riscos sejam comuns ou devam ser partilhados com o todo. E assim se estabelece porque, entre o particular e o conjunto, há decisões e comportamentos que não são influenciados pelo todo, mas, sim, pela específica maneira que seus presentantes²¹ desenvolvem a empresa.

Neste sentido, o insucesso de determinada previsão inicial, e com base na qual foram estabelecidas premissas remuneratórias relacionadas ao escalonamento da antecipação do valor mínimo, por si só, não tem o condão de afastar sua aplicação. Para que isto ocorra, o sistema legal estabelece suas condições de prova e revisão. Desta forma, estabelecido o acordo acerca da elevação do valor mínimo, este deverá ser aplicado e pago.

Ademais, importa esclarecer que, não obstante a eventual e possível motivação para o estabelecimento de um escalonamento do piso mínimo venha a ser a maturação da empresa empreendida – isoladamente ou em seu conjunto –, nada impede que, independentemente desta circunstância, os agentes econômicos ajustem esta

20. Mais uma vez, repita-se, esta denominação traz em si consequências indesejadas como aquelas narradas anteriormente quando se abordou a antecipação mínima. Isto, porque não há variados alugueres mas, apenas um e, o que se negocia são formatações econômicas no entorno de sua mesma natureza.

21. A expressão “presentante” era utilizada por Pontes de Miranda, pois afirmava que um diretor de uma sociedade não é seu “representante”, ele é, pois, seu “presentante”, a saber, é a própria sociedade atuando. Assim colocava ao estabelecer um paralelo entre os órgãos de uma sociedade e os órgãos do ser humano. Dizia que a mão, a boca, os braços, o cérebro não representam o ser humano, mas são órgãos do ser humano e, portanto, indissociáveis. Portanto, os órgãos de uma sociedade, não a representam, mas são a própria sociedade, nos atos da vida.

possibilidade por qualquer outra razão subsumida à vontade. Tanto assim que o próprio sistema legal ratifica esta possibilidade para toda e qualquer relação jurídica pela qual seja estabelecido o pagamento em prestações sucessivas²².

3.1.4. Do mínimo em dobro

O mínimo em dobro; leia-se: a remuneração mínima esperada é duplicada em determinada época. Tudo em conformidade com a essência do *Shopping Center* e em um contexto estabelecido pelas relações entre os seus agentes econômicos. Acrescente-se a estes elementos a circunstância de que o sistema legal informa que a cobrança pelo uso da coisa cedida em locação dependerá daquilo que as partes negociarem.

E assim elas o fazem. E o fazem em uma relação permeada pela essência do negócio jurídico *Shopping Center* em que o naufrágio de qualquer das partes da relação não interessa à essência. Mais uma vez e por meio deste contrato de colaboração, as relações serão estabelecidas e as intenções permearão a interpretação da autônoma vontade. Vejamos.

Relativamente às motivações, ou melhor, das intenções e de maneira a informar o pensamento acerca deste pagamento de forma duplicada, Maximiliano (2007, p. 101) leciona que:

deve, portanto, o pensamento prevalecer sobre a letra, a ideia valer mais do que o seu invólucro verbal, [...] mais importante e de mais força que a palavra é a intenção de quem a afirma. Acima da palavra e mais poderosa que ela está a intenção de quem afirma, ordena, estabelece.

Tendo por base mencionada premissa, não há como negar que todas as partes tenham a expectativa de retorno financeiro sobre os investimentos realizados. E, para realizá-los, pressupõem certa remuneração mínima de capital que, mais uma vez e, sob a ótica da essência do *Shopping Center*, somente se materializará com o sucesso de cada uma das atividades de empresa que integra suas diversas partes físicas.

Neste cenário, se acresce à lógica do “Aluguel Percentual” e do escalonamento do mínimo, um outro elemento, qual seja, a possibilidade de divisão, em 13 partes ou mais²³, da remuneração mínima anual estabelecida pelo uso ao longo do ano.

22. O artigo 316 do Código Civil estabelece que: “É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.”

23. Vale dizer: ou quantas assim forem combinadas uma vez inexistir impedimento legal, na medida em que nada obsta que em determinada negociação seja estabelecido que o

Quanto à motivação deste comportamento negocial, há duas correntes que a fundamenta. A primeira delas informa que, preferencialmente, no mês em que o seguimento de negócios da específica empresa possuir melhor desempenho ela será paga em dobro (ou em duplicidade), tais como: (i) as livrarias e papelerias, no mês de fevereiro (volta às aulas); (ii) as chocolatarias, no mês de abril (páscoa); e para aquelas que o movimento for uniforme, não haverá esta divisão. A segunda embasa esta cobrança, exatamente, no mês de dezembro, mantendo relação com o aumento de despesas verificado neste específico mês do ano. A quaisquer destas circunstâncias, se pautou por nominar de “Décimo Terceiro Aluguel”, o que mais uma vez demonstra seu equívoco, uma vez encapsular a ideia de exagero e não de colaboração entre os agentes.

Percebe-se, mais uma vez, que os agentes econômicos e nas relações que são estabelecidas no *Shopping Center* exercem a liberdade de contratar em elevada potência e, em razão disso, conferem máxima concreção à livre-iniciativa, posto que moldam seu comportamento às necessidades do negócio do qual conhecem e, por causa disso, participam.

Importar esclarecer que nada impediria nas relações jurídicas que são estabelecidas no *Shopping Center*, e independentemente de qualquer uma das motivações anteriormente esposadas como possível fundamento do econômico, ser ajustado consensualmente qualquer número de parcelas que seriam pagas ao longo de determinado período (bimestral-trimestral-semestral-anual...).

E esta conclusão poderia se fundar, essencialmente, no dispositivo legal que ratifica, para as relações entre os titulares de empresa e do *Shopping Center*, a ampla liberdade de contratar²⁴, avaliada esta de maneira sistêmica com a própria disposição que estabelece a livre possibilidade da convenção do aluguel, pois, como coloca Maximiliano (2007, p. 100) “saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder, isto é, o sentido e alcance respectivos”.

pagamento da remuneração mínima dobrada seja realizada em dois ou mais meses de um determinado período de tempo. E, acerca da legalidade desta disposição, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu inexistir abusividade ou ilegalidade em seu estabelecimento por meio do Recurso Especial 1.409.849/PR, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, exatamente pelo fundamento de que as partes possuem autonomia e liberdade para firmar contratos e, inclusive, afirmando se tratar de cláusula própria desse tipo peculiar de contrato de locação (*shopping center*), incluindo-se entre as chamadas cláusulas excêntricas, conforme assim colocava Orlando Gomes.

24. Reitera-se: o artigo 54 da Lei 8.245/91 estabelece: “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”

CONCLUSÃO

Desde as tratativas relacionadas à formação das relações que se desenvolverão no *Shopping Center*, e mesmo que observada, ao menos inicialmente, certa ambivalência comportamental ao final e, por causa do comum interesse, há reconhecimento de sua essência enquanto elemento indissociável deste negócio jurídico.

E, desta essência, decorrem elementos de contrato que, ao conformarem os comportamentos de seus agentes econômicos à sua substância, faz materializar a melhor exegese acerca do conceito da autonomia da vontade enquanto concreção da livre- iniciativa. E assim se verifica uma vez que o princípio da autonomia privada representa a concreção de um poder conferido aos particulares para, livremente, disporem sobre seus direitos de caráter econômico e, por causa deste elemento, estabelecerem negócios com efeitos jurídicos. A liberdade é valor e premissa inafastável.

Dessarte, o negócio jurídico *Shopping Center* é a representação da concreção do princípio da livre-iniciativa contido no artigo 170 da Constituição do Brasil, consolidado, especialmente, pelo valor que o sistema constitucional atribui à autonomia da vontade. E esta liberdade da vontade é confirmada por comando legislativo especificamente dirigido ao *Shopping Center* em que é colocado que, “nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas [...]”²⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS²⁶

- AZEVEDO LOPES, Ana Frazão de. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latim, 2009.
- BARBARESCO, Marcelo. *Compropriedade e sociedade: estrutura, segurança e limites da autonomia privada*. São Paulo: Almedina, 2017.
- BARCELLOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

25. Artigo 54 da Lei 8.245/91, grifos nossos.

26. Os textos, obras e/ou artigos relacionados não necessariamente se encontram citados de forma direta ao longo do texto deste artigo, mas, certamente, contribuíram para a formação do conjunto de ideias e ideais.

- BUZAID, Alfredo. Estudo sobre *shopping center*. In: RENAULT PINTO, Roberto Wilson; ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando A. (Coords.). *Shopping centers: questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”. In: RENAULT PINTO, Roberto Wilson; ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando A. (Coords.). *Shopping centers: questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, n. 97, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Registro imobiliário: temas atuais*. Coleção Doutrinas Essenciais. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2 – Direito registral.
- DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.
- DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Registro imobiliário: temas atuais*. Coleção Doutrinas essenciais. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2 – Direito registral.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Dois narrativas fantásticas: a dócil e o sonho de um homem ridículo*. Trad. Vadir Nikitin. São Paulo: Editora 34, 2003.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MELO DA SILVA, Wilson. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares S.A., 1962.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e Norme Complementari)*. 8. ed. rev. e ampl. Milão: Giuffrè, 1950. v. 1.
- PLATÃO. *A República (ou da justiça)*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. I e XXXVIII.
- RENAULT PINTO, Roberto Wilson; ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando A. (Coords.). *Shopping centers: questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

- SPINOZA, Baruch de. *Ética demonstrada à maneira dos geômetras*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. São Paulo: Forense, 2004.
- THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L & PM Pocket, 2016.
- UNDERHILL, Paco. *A magia dos shoppings centers: como os shoppings atraem e seduzem*. Trad. Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: RENAULT PINTO, Roberto Wilson; ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando A. (Coords.). *Shopping centers: questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As cláusulas de raio em *shopping centers* e a proteção à livre concorrência, de Pedro Paulo Salles Cristofaro – *RIBRAC* 10/77-103 (DTR\2011\1941);
- Cláusula de territorialidade às avessas protegendo o estabelecimento em contratos de *shopping center*, de Daniel Bushatsky – *RDPriv* 62/129-149 (DTR\2015\9515); e
- O contrato de locação em *shopping center* e a cláusula de raio: restrições à livre concorrência?, de Maria Antonieta Lynch de Moraes e Raquel Bitu Duarte – *RDPriv* 80/111-128 (DTR\2017\2567).

SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO: A GESTÃO PRIVADA DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA

NOTARY AND REGISTRATION SERVICES: PRIVATE MANAGEMENT OF A PUBLIC FUNCTION

RAFAEL MAFFINI

Advogado em Porto Alegre. Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grando Advogados. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Administrativo na UFRGS.
rafael.maffini@rmmgadvogados.com.br
rafael.maffini@ufrgs.br

Data de recebimento: 02.09.2018

Data de aprovação: 03.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: O presente ensaio busca a compreensão do sentido jurídico do caráter privado que caracteriza o exercício dos serviços notariais e de registro, segundo as regras e princípios constitucionais, especialmente o art. 236 da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços notariais e de registro – Função pública – Gestão privada.

ABSTRACT: This essay aims to understand the legal meaning of the private character that characterizes the exercise of notary services and registration, according to the rules and constitutional principles, especially the art. 236 of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Notary and registration services – Public function – Private management.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias – *Status* constitucional da função notarial e de registro. 2. Conteúdo jurídico-dogmático do caráter privado do exercício dos serviços notariais e de registro. 3. Notas conclusivas. 4. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS – *STATUS* CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO NOTARIAL E DE REGISTRO

Em ensaio anterior sobre as particularidades da função notarial e de registro, já se destacou a dificuldade da adequada delimitação conceitual da função

notarial e de registro, bem como o hibridismo que peculiariza tal espécie de função pública¹.

Na ocasião, no tocante a tal hibridismo, se afirmou que:

os notários e os registradores não são servidores públicos em sentido estrito, embora tenham sua relação funcional qualificada por características que são identificáveis com aquela própria dos servidores públicos, como é o caso do ingresso na respectiva carreira por meio de concurso público, bem assim pelo fato de estarem sujeitos a um poder disciplinar decorrente de normas de comportamento pessoal-funcional. De outro lado, pode-se afirmar que os notários ou registradores não são concessionários ou permissionários de serviços públicos, embora tenham em sua relação jurídico-funcional características que são também encontradas do regime de delegação a que se refere o art. 175, da CF, regulamentado que é, dentre outros tantos Diplomas Legais, pela Lei 8.987/95, como é fato de que o regime de sua delegação faz com que exerçam sua atividade por conta e risco, com a possibilidade de auxílio de prepostos sobre os quais possuem responsabilidade laboral, demais de serem civilmente responsabilizáveis perante terceiros por conta do desempenho de suas atividade e serem sujeitos à tributação sobre serviço. Eis sua condição híbrida, na medida em que não são nem servidores, nem concessionários, embora possuam os notários e registradores características que ora os aproximam dos servidores públicos ora dos concessionários. Estreme de dúvidas, ao menos neste sentido, se polarizarmos, de um lado, os servidores públicos em sentido estrito e, de outro, os concessionários de serviços públicos, a função notarial e registral caracterizará *tertium genus*.²

Diante de tal posição jurídica peculiar, igualmente peculiar foi o tratamento jurídico que a função notarial e de registro mereceu na Constituição Federal vigente. Com efeito, a delegação notarial e registral possui seu tratamento constitucional assentado no art. 236 da Carta Política³, em preceito insculpido no

1. MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 38, v. 79, p. 179-202, dez. 2015.
2. MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 38, v. 79, p. 179-180, dez. 2015.
3. Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público

último título da Constituição (Título IX), denominado “Das Disposições Constitucionais Gerais”⁴.

Como se já afirmou⁵, o STF conferiu balizas relativamente seguras para a adequada compreensão da natureza jurídico-constitucional da delegação notarial e

de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

4. Aliás, utilizando-se da noção de “interpretação topográfica da Constituição”, deve-se concluir que o tratamento da carreira notarial e de registro em norma situada nas “disposições constitucionais gerais”, ou seja, postada fora das normas constitucionais voltadas à Administração Pública (artigos 37 a 43.), onde sobejas são as normas sobre servidores públicos, e também fora das normas referentes aos serviços públicos, especialmente do art. 175, que trata também das concessões e permissões, evidencia, estreme de dúvidas, a sua natureza híbrida antes referida.
5. MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 38, v. 79, p. 180-181, dez. 2015. Em tal texto, esclareceu-se que “da ementa da ADI 2.415 se extrai a seguinte definição que inicia por esclarecer que se trata “de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação”. Igualmente, esclarece que tais atividades são “exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo *caput* do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos”. Também aponta o STF que a delegação notarial e registral “que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais”. Além disso, “a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público”. A seleção de tal pessoa natural delegatária se dá por “habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público”. Indica, ainda, o Pretório Excelso que “as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por Lei necessariamente federal”. Por fim, o STF aponta que as funções notariais e registrais consistem em “atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações interpartes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extraforenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito”.

registral⁶. Este conjunto de características⁷ induz à conclusão de se trata de função pública *lato sensu*⁸, merecendo destaque para os propósitos do presente ensaio o fato de que se trata de atividade exercida em caráter privado.

Em efeito, o art. 236 da Constituição Federal estabelece que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Uma análise apressada de tal preceito constitucional poderia ensejar impressão de que se trata de norma dotada de contradição intrínseca, eis que, de um lado, refere o caráter privado do exercício da atividade notarial e de registro e, de outro, menciona tratar-se de atividade que se mostra exercida por delegação do Poder Público. Todavia, em análise mais detida da referida norma constitucional, percebe-se que a mesma não é portadora de nenhuma contradição. Ao contrário, trata-se de preceito constitucional portador de elogiável racionalidade jurídica.

Tal racionalidade decorre do fato de que a atividade notarial e registral é função pública *lato sensu* que, justamente por isso, é de titularidade do Estado, que somente poderá – e, na espécie, deverá⁹ – ser desempenhada por particulares, terceiros em relação ao Estado, por meio de delegação. Daí a correta referência, contida no art. 236 da CF, no sentido de que se trata de atividade exercida *por delegação do Poder Público*.

De outro lado, trata-se de atividade que, ainda que sujeita à fiscalização pelo Poder Judiciário, neste caso exercendo função estatal de administração pública,

6. Destaca-se, no sentido supramencionado a ADI 3.151 (STF, TP, rel. Min. Carlos Britto, DJ 28.04.2006) e a ADI 2.415 (STF, TP, rel. Min. Carlos Britto, DJe 09.02.2012).

7. Tais características da atividade notarial e de registro podem ser sumarizadas do seguinte modo: a) atividade de natureza jurídica; b) atividade titularizada pelo Estado; c) exercida por particulares mediante delegação (diversa da concessão ou permissão de serviços públicos a que se refere o art. 175, da CF); d) dotada de índole institucional (ou legal) e não contratual; e) atividade delegada à pessoa natural; f) em razão de aprovação em concurso público de provas e títulos; g) atividade remunerada por emolumentos; h) fiscalização pelo Poder Judiciário.

8. Vide, por todos, RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da Função Pública Notarial e de Registro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41-56, esp. p. 49.

9. Sobre a necessidade de que tal atividade deva ser exercida por terceiros, particulares, ressaltados raríssimos casos contemplados no art. 32 do ADCT, mostrando-se ordinariamente vedado que seja desempenhado ou exercido pelo próprio Poder Público, veja-se parecer intitulado “Invalidade de exercício direto pelo Estado dos Serviços Notariais e de Registros. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil”, exarado por Luís Roberto Barroso. Disponível em: [www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/Barroso.htm].

será desempenhada por conta e risco do seu delegatário. Daí a razão pela qual o art. 236 da CF estatuir que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado”.

Almeja-se, no presente ensaio, justamente a compreensão jurídica da *gestão privada da função pública notarial e de registro*. Assim, passa-se à análise do conteúdo jurídico-dogmático da gestão privada dos serviços notariais e de registro.

2. CONTEÚDO JURÍDICO-DOGMÁTICO DO CARÁTER PRIVADO DO EXERCÍCIO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Como já referido, a “delegação” do Poder Público em matéria de serviços notariais e de registro impõe, *per se*, a conclusão de que se trata de função estatal, cuja titularidade não é propriamente do notário ou do registrador, mas do Estado, de sorte que a este incumbirá ditar os parâmetros da atuação daqueles que desempenharem os referidos serviços. Com efeito, não haveria delegação daquilo que não fosse atividade titularizada pelo delegante.

Já o exercício em caráter privado da atividade notarial e de registro, por sua vez, diz com a gestão interna da serventia que ocorrerá por conta e risco do notário e/ou do registrador¹⁰, bem como com a independência funcional que o mesmo possui no exercício das atividades que lhe são típicas.

Cumpra, pois, buscar a exata delimitação dogmática do significado de tal gestão privada da função pública notarial e de registro, a qual, por certo, haverá de ser compatibilizada com sua natureza pública e com a conseguinte fiscalização incumbida ao Poder Judiciário¹¹.

10. Neste aspecto, ao menos, tem-se proximidade conceitual entre o regime aplicável aos notários e registradores e aquele encontrado na concessão e permissão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, uma vez que a própria Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei 8.987/95) prevê, em seu artigo 2º, II e IV, que os serviços públicos serão exercidos por conta e risco do concessionário e do permissionário. Enfatize-se, todavia, que tal proximidade conceitual não afasta as várias diferenças destacadas entre a delegação notarial e registral e aquela existente na concessão ou permissão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF/88, o que já foi analisado no item I deste ensaio.

11. Neste sentido, mostra paradigmático o seguinte aresto do Pretório Excelso: Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Provimento 8/95, de 24 de março de 1995, do Desembargador Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2. Alegação de que o ato impugnado contraria a Lei n. 8.935, ao declarar que este diploma atribua ‘a fiscalização dos serviços notariais’ ao Poder Judiciário, quando a competência a ele reservada restringe-se exclusivamente aos atos não ao serviço, enquanto

A compreensão de tal gestão privada dos serviços notariais e de registro terá como parâmetro os ensinamentos propagados por Luís Paulo Aliende Ribeiro, para quem

a gestão privada começa no gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal dos serviços delegados notariais e de registro, cuja autonomia está expressa no artigo 21 da Lei Federal 8.935/94 e se completa com o pleno exercício da atividade jurídica dos notários e registradores, características peculiares destas profissões oficiais ou profissões públicas independentes. Estes lhes confere independência para a elaboração de atos notariais, o aconselhamento das partes, a lavratura de protestos, a celebração de casamentos, os registros de nascimentos e óbito, a qualificação registral imobiliária, o registro de títulos e documentos, os registros de pessoas jurídicas e os muitos e diversificados atos destinados a atribuir fé pública e eficácia aos interesses privados, publicidade aos contratos e aos direitos reais, conferir segurança aos particulares, acautelar e prevenir litígios. Nesse sentido, não há colidência ou prevalência de uma sobre a outra, pois são diversos os planos de atuação do direito público e do direito privado.¹²

Diante disso, parece ser possível compreender tal gestão privada (ou caráter privado, como se depreende do texto do art. 236 da Constituição Federal) a partir de duas perspectivas, as quais não podem deixar de relevar o arcabouço normativo infraconstitucional, notadamente a Lei 8.935/94, que se presta justamente a regulamentar a regra constitucional incumbida de tratar da atividade notarial e de registro.

A primeira perspectiva diz respeito ao *caráter privado referente à atividade-meio da delegação*, assim compreendida a gestão privada da atividade notarial e de registro no tocante à administração interna das serventias. Trata-se de

estrutura administrativa e organizacional. 3. Sustentação da necessidade da distinção entre *fiscalização dos atos notariais*, que constitui atribuição natural do poder concedente, exercida por intermédio do Poder Judiciário, e a *fiscalização administrativa*, interna. 4. Transformação constitucional do sistema, no que concerne à execução dos serviços públicos notariais e de registro, não alcançou a extensão inicialmente pretendida, mantendo-se, em consequência, o Poder Judiciário no controle do sistema. A execução, *modo privado*, de serviço público não lhe retira essa conotação específica. 5. Não há de se ter como ofendido o art. 236 da Lei Maior, que se compõe também de parágrafos a integrarem o conjunto das normas notariais e de registro, estando consignada no § 1º, *in fine*, do art. 236, a fiscalização pelo Poder Judiciário dos atos dos notários e titulares de registro. 6. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, TP, RE 255.124, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 08.11.2002).

12. RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da Função Pública Notarial e de Registro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

perspectiva de gestão privada materializada na regra legal contida no art. 21 da Lei 8.935/94, pelo qual:

O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

Quanto ao ponto, deve-se atentar para o fato de que a atividade notarial e de registro, a despeito de submeter-se prioritariamente ao Direito Público, assemelha-se – mas não se identifica – com a atividade empresarial, no tocante à gestão interna da serventia¹³.

Disso se depreende, por exemplo, que ainda que sujeita à fiscalização pelo Poder Judiciário decorrente de sua natureza de função pública, a atividade notarial e de registro não poderá suportar qualquer influência, determinação e fiscalização por parte do Poder Judiciário no tangente à gestão interna ou de funcionamento interno da serventia, como é o caso da gestão da jornada de trabalho do titular da serventia ou de seus prepostos, justamente em razão do caráter privado referido no texto constitucional.

Tal circunstância enseja a necessidade de um relevante esclarecimento: o Poder Público, eis que titular da atividade notarial e de registro, terá o poder-dever de estabelecer os parâmetros de prestação e de qualidade dos serviços notariais e registrais propriamente ditos, bem como poderá atuar na fiscalização dos emolumentos fixados em lei, mas não poderá, direta ou indiretamente, interferir na gestão interna da serventia.

13. Constitucional. Atividade notarial. Natureza. Lei 9.534/97. Registros públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. precedentes. Improcedência da ação. I – A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. II – Não ofende o princípio da proporcionalidade Lei que isenta os “reconhecidamente pobres” do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. III – Precedentes. IV – Ação julgada improcedente. (ADI 1.800, rel. Min. Nelson Jobim, rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski (art. 38, IV, b, do RISTF), TP, j. 11.06.2007, *DJe*-112 divulg. 27.09.2007 public. 28.09.2007 *DJ* 28.09.2007 pp-00026 ement. vol.-02291-01 pp-00113 RTJ vol-00206-01 pp-00103.)

Assim, a título de exemplo, o Poder Judiciário, incumbido da fiscalização e regulação¹⁴ da atividade notarial e de registro, poderia determinar os horários de funcionamento das serventias, do mesmo modo o período diário mínimo em que a serventia haveria de estar aberta para atendimento ao público externo, observado o mínimo legal de seis horas diárias¹⁵. Neste sentido, são conhecidos precedentes em que o STF (v. g. RE 255.124¹⁶) legitimou ato de órgãos fiscalizatórios do Poder Judiciário, no sentido de fixação de horário de atendimento ou abertura da serventia. Tais precedentes relacionam-se com a feição externa do serviço prestado pela serventia, que assimilável à noção de serviço público, propicia o papel fiscalizatório e normativo legitimado pelo Pretório Excelso, porquanto diz com a adequação de tal atividade pública.

Contudo, não poderia o Poder Judiciário, por óbvio, determinar a jornada ou o horário de trabalho do titular da serventia ou de seus prepostos, bem como quais dias e qual modo de atendimento ao público, porquanto tais aspectos corresponderiam à gestão interna da serventia, ou seja, não se pode confundir a regulação de aspectos externos da prestação dos serviços notariais e de registros, assim compreendidos aqueles em que tal atividade terá contato com seus respectivos usuários (v. g. horário de atendimento externo da serventia), com imposições de jornada, ou horário de atendimento direto pelo titular ou seus prepostos ou, ainda, a gestão hierárquica interna do tabelionato ou cartório, temas estes que se situam no ambiente da gestão privada referida na Constituição. Dito de outra forma: mostra-se evidente que o Poder Público (ou *juízo competente* a que se refere o art. 4º da Lei 8.935/94) pode fixar os dias e os horários de funcionamento dos serviços notariais e de registro, mas não poderia, nem mesmo por meio de atos administrativos normativos, pretender fixar a jornada de trabalho do titular da serventia ou de seus prepostos, a quantidade mínima de turnos em

14. Para uma noção de regulação vide: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil* – uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

15. Tal prerrogativa fiscalizatória decorre do próprio art. 4º da Lei 8.935/94, in verbis: Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos. § 1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão. § 2º O atendimento ao público será, no mínimo, de seis horas diárias.

16. Vide nota 11, supra.

que o mesmo há de estar na serventia¹⁷ ou, além disso, determinar que o notário ou registrador more na sede de seu ofício¹⁸, eis que se consiste em temas enquadrados no conceito de gestão privada constitucionalmente previsto em relação a atividades notariais e de registro.

Também em razão da noção jurídica contida no caráter privado, mencionado no art. 236 da CF, é que seria inadequada qualquer norma administrativa, interpretação ou ato de fiscalização que se aplicasse, ainda que indiretamente ou por analogia, as normas próprias ao regime jurídico de Magistrados ou de outras carreiras de cargos públicos, sobretudo quanto à estipulação de obrigações tipicamente estatutárias¹⁹ ou similares²⁰.

-
17. Quanto ao afirmado, invoca-se o seguinte precedente: Mandado de segurança. Agentes delegados do foro extrajudicial. Provimento 191, da Corregedoria Geral da Justiça. Modificação de itens do código de normas. Instituição de rol de situações autorizadas de afastamento da serventia. Exigência de prévia comunicação ao Juiz Corregedor. Posterior homologação, pelo Juiz Diretor do Fórum. Incompatibilidade com o regime de delegação instituído pelo artigo 236, da Constituição Federal. Independência garantida pelo artigo 28 da Lei Federal 8.935/94. Escrevente substituto. Bacharel ou estudante de direito. Requisito que contraria os artigos 20 e 21, da Lei Federal 8.935/94. Liberdade do agente delegado na administração da serventia e contratação de seus prepostos. Segurança parcialmente concedida. -A gestão dos cartórios extrajudiciais se faz em caráter privado, inobstante a natureza pública dos serviços que lhe são afetos, haja vista que a Constituição Federal prevê sua execução em regime de delegação (art. 236). (rel. Dulce Maria Cecconi, Processo: 700062-4, Fonte: DJ 718, publ. 21.09.2011, ÓE, j. 02.09.2011.)
 18. Veja-se, neste sentido, o seguinte precedente administrativo: Processo administrativo. Proposta de atualização do texto do *caput* do art. 322 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina. Norma que exige que os tabeliães e oficiais de registro residam na respectiva localidade em que exercem suas atividades e prévia autorização para o afastamento. Não recepção. Incompatibilidade com o novo regime jurídico estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que dispôs que os serviços registrares e notariais passam a ser exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público (art. 236, *caput*, da CF). Nova ordem jurídica que atribui ao Poder Judiciário apenas uma atividade fiscalizadora (art. 236, § 1º, CF), mostrando-se inconstitucional e contrária aos arts. 21 e 28 da Lei Federal 8.935/94 qualquer interferência na autonomia administrativa e financeira das serventias extrajudiciais. Questão que deverá ser apreciada por ocasião da reforma do diploma. Alteração do texto desnecessária. Proposta rejeitada. (TJSC, Tribunal Pleno, Processo Administrativo 305304-2008.0, rel. Des. Torres Marques, j. 28.09.2012.)
 19. Ainda que se sustente impossibilidade de aplicação de dever e direitos estatutários de outras espécies de agentes públicos, para os fins de interferência do Poder Público na gestão privada da serventia, é evidente que, especialmente se houver previsão legal, mostra-se juridicamente viável a aplicação subsidiária ou supletiva de regras estatutárias relacionadas com o regime disciplinar, aí incluída a sua respectiva processualidade,

Cumpra salientar, outrossim, que a gestão privada relacionada com a atividade-de-meio das serventias notariais e registrais confere aos responsáveis pelos seus respectivos serviços uma significativa autonomia gerencial, a qual induz a uma inerente responsabilidade por seus atos. Assim, a autonomia gerencial relacionada com o modo que as pessoas incumbidas das atividades notariais e de registros contratam seus empregados, seus fornecedores, e pagam seus tributos, por exemplo, é justamente o que fundamentará a responsabilização que se lhes endereça em matéria trabalhista, comercial e tributária. É imposição da vida e do Direito que toda e qualquer autonomia ou liberdade gerará responsabilidade. E isso não será diferente no tocante aos serviços notariais e de registro. Daí a razão pela qual se afirmou que quem atua nas atividades notarias e registrais, fazem-no por sua conta e risco, ou seja, é justamente o fato de que os notários e registradores são responsabilizáveis pelos seus atos de condução interna de suas serventias que justifica sejam eles dotados de autonomia gerencial.

Neste aspecto, parece que não vem sendo adequadamente tratada a questão dos interinos de serventias notariais e registrais, assim compreendidas aquelas pessoas que, de modo transitório e temporário, respondem por serventias sem que haja delegação decorrente de concurso público de ingresso ou remoção. Com efeito, há determinações normativas²¹ e concretas²² do CNJ, bem como uma série de decisões judiciais, inclusive do STF²³, que determinam que tais interinos

por meio de instrumentos como o caso da sindicância, inquérito administrativo ou processo administrativo disciplinar.

20. Neste sentido, vide o seguinte precedente: Serviços notariais e de registro: regime jurídico: exercício em caráter privado, por delegação do poder público: Lei estadual que estende aos delegatários (tabeliães e registradores) o regime do quadro único de servidores do Poder Judiciário local: plausibilidade da arguição de sua inconstitucionalidade, por contrariedade ao art. 236 e §§ e, no que diz com a aposentadoria, ao art. 40 e §§, da Constituição da República: medida cautelar deferida. (STF, MC em ADI 2.891, rel. Min. Sepúlveda Pertence, TP, j. 04.06.2003, DJ 27.06.2003, p.-00029 Ement. Vol.-02116-02, p. 00378.)
21. Vide, por exemplo, a Resolução 80/2009 e o Provimento 45/2015, ambos do CNJ.
22. Vide, por exemplo, a decisão exarada nos autos do PP 0000384-41.2010.2.00.0000.
23. Neste sentido, tem-se o seguinte precedente: Direito Constitucional. Serventia extrajudicial. Provimento originário sem prévia aprovação em concurso público. Submissão da remuneração do responsável interino pela serventia extrajudicial ao teto constitucional. Ordem denegada. 1. Autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88. 2. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o acesso aos serviços notarial e de registro sem prévia aprovação em concurso público. 3. O titular interino não atua como delegado do serviço notarial e de registro porque não preenche os

tenham suas remunerações limitadas ao teto a que se refere o art. 37, XI, da CF²⁴. Diante do anteriormente referido, quanto à inexorável relação entre autonomia e responsabilidade, mostra-se inadequado restringir-se o proveito econômico da serventia, ainda que gerida por interino, sem que sejam igualmente restringidas as responsabilidades decorrentes da atividade notarial e de registro. Daí por que não parece adequado, nem compatível com a ordem jurídico-constitucional, a incidência do teto remuneratório em relação a quem venha a responder interinamente por serventia notarial e registral, como igualmente não seria adequada a aplicação do teto remuneratório em relação a titulares de serventias notariais e registrais. Aliás, considerando que a remuneração há de refletir a responsabilidade pela atividade, não parece haver razões para a diferenciação, quanto ao ponto, entre titulares e interinos, ainda que tal diferenciação seja adequada nos aspectos não pertinentes a questões que decorram, direta ou indiretamente, das responsabilidades próprias da atividade. Assim, por exemplo, pode-se dizer que a diferença entre titular e interino justifica que os interinos tenham seus vínculos precários e mantidos sob a confiança do Poder Judiciário, de modo que possam ser – observado o devido processo legal – desligados da serventia, enquanto que os titulares tenham seus vínculos estabilizados pelas limitações à perda de delegação, insculpida no art. 35 da Lei 8.935/94. Mas não parece haver nenhum

requisitos para tanto. Age, em verdade, como preposto do Poder Público e, nessa condição, deve submeter-se aos limites remuneratórios previstos para os agentes estatais, não se lhe aplicando o regime remuneratório previsto para os delegados do serviço público extrajudicial (art. 28 da Lei 8.935/94). 4. Ordem denegada. (MS 29.192, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. 19.08.2014, Processo Eletrônico *DJe*-198 divulg. 09.10.2014, public. 10.10.2014). Tal matéria encontra-se sob a sistemática da repercussão geral (Tema 779), em razão do RE 808.202, cujo mérito se encontra pendente de julgamento.

24. Art. 37, XI, da CF (A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito e, nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos).

sentido jurídico de se diferenciar titulares e interinos quanto à remuneração por eles merecida, caso não seja igualmente feita diferenciação quanto às responsabilidades que lhes sejam imputadas.

De qualquer sorte, inegável que o caráter privado da atividade notarial e de registro possui este vértice interno de gestão da atividade-meio da delegação.

De outra banda, a gestão privada (ou caráter privado, na dicção do art. 236 da CF) possui uma outra perspectiva, que poderia ser considerado o *caráter privado referente à atividade-fim da delegação*, relacionado com o aspecto jurídico da atividade propriamente notarial e registral.

Tal como a gestão privada relacionada com a atividade-meio da função notarial e de registro, que se mostra materializada no direito infraconstitucional, igualmente, a gestão privada relacionada com a atividade propriamente notarial e registral encontra-se mediatizada por norma contida no arcabouço legal vigente.

Isso em razão da regra legal encontrada no art. 28 da Lei 8.935/94, segundo o qual:

Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

Como causa desta independência funcional, deve-se destacar a natureza jurídica da atividade notarial e de registro. Não se trata, pois, de uma atividade meramente material de simples aposição de um carimbo, selo ou qualquer outro sinal em documentos próprios ou alheios. Trata-se, ao revés, de atividade dotada de evidente caráter jurídico-interpretativo, justamente por tal razão, dotado de natureza de ato administrativo decisório e, com isso, portadora de presunção de legitimidade e validade, costumeiramente tratada por fé pública²⁵, característica destacada no art. 3º da Lei 8.935/94²⁶.

Como consequência de tal independência funcional, decorre o fato de que sobre o conteúdo de atos propriamente notariais e registrais, tal atividade ficará imune a qualquer intervenção fiscalizatória do Poder Judiciário ou de outros órgãos de controle, ressalvados os instrumentos de solução de dúvidas legalmente

25. Quanto à noção de ato administrativo, presunção de legitimidade e fé pública, vide MAFFINI, Rafael. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 99-102.

26. Art. 3º da Lei 8.935/94 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.

previstos para a atividade registral²⁷, bem como o controle jurisdicional que recai sobre tal atividade, em razão do art. 5º, XXXV, da CF²⁸.

Outra consequência de tal independência funcional é a inviabilidade jurídica de qualquer sanção de cunho disciplinar em razão do conteúdo jurídico de atos propriamente notariais e registrais, ressalvadas hipóteses de excesso de linguagem ou de condutas dolosas ou caracterizadas por erro grosseiro²⁹. Mesmo as tarefas de recomendação e orientação inerentes à fiscalização pelo Poder Judiciário e seus respectivos órgãos correccionais devem ser tratadas com parcimônia, no sentido de que não sirvam para eliminar ou mesmo minimizar a independência notarial e registral assegurada, em termos imediatos, pelo art. 28 da Lei 8.935/94 e, em termos mediatos, pelo caráter privado a que se refere o art. 236 da Constituição Federal.

De tudo o quanto até agora desenvolvido, pode-se concluir que o “caráter privado” próprio da delegação notarial e registral decorre da confluência, da autonomia (ou independência) gerencial assegurada no referido art. 21 da Lei 8.935/94, com a autonomia (ou independência) funcional preconizada no art. 28 do mesmo Diploma Legal.

3. NOTAS CONCLUSIVAS

O presente ensaio voltou-se à compreensão do significado jurídico da gestão privada (ou caráter privado) da atividade notarial e de registro, mencionada no art. 236 da Constituição Federal. Para tanto, buscou-se inicialmente apontar algumas características próprias da delegação notarial e de registro.

Partindo-se de tais características insculpidas no regime constitucional e infraconstitucional incidente sobre a atividade notarial e de registro, concluiu-se que a “gestão privada” a que se refere o art. 236 da CF/88 deve ser compreendido como resultado da conjugação de um *caráter privado referente à atividade-meio da delegação*, pertinente à independência gerencial assegurada no art. 21 da Lei 8.935/94, com um *caráter privado referente à atividade-fim da delegação*, o

27. Vide, por exemplo, o disposto no art. 198 e seguintes da Lei 6.015/73.

28. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

29. Neste sentido, destaca-se o art. 28 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657), trazido pela Lei 13.655/18, segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

qual se traduz na independência funcional garantida aos notários e registradores, nos termos do art. 28 da Lei 8.935/94.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 38, v. 79, dez. 2015.
- MAFFINI, Rafael. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da Função Pública Notarial e de Registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também doutrina

- A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços, de Celso Antônio Bandeira de Mello – *RDI* 47/197-212 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/67-89 (DTR\1999\306); e
- Responsabilidade administrativa do notário e do registrador, por ato próprio e por ato de preposto, de Luís Paulo Aliende Ribeiro – *RDI* 81/401-427 (DTR\2016\24838).

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

PROPERTY'S SOCIAL FUNCTION

RACHEL SZTAJN

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo – USP.
rasztajn@gmail.com

Data de recebimento: 05.09.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Constitucional

RESUMO: O texto analisa a função social da propriedade tal como prevista na legislação pátria, que não atenta para o fato de se tratar de recurso escasso que deve ser preservado sob pena de se chegar a uma atual tragédia dos comuns.

ABSTRACT: The paper analyses the expression property's social function present in the Brazilian Constitutions since 1969. Religious and historical aspects of property are presented associated with far origins of property as a scarce resource and its importance to the survival. The conclusion is that, although some doctrinators insist that property, especially land not used might be taken from any proprietor. Accepting such idea would generate a tragedy of the commons.

PALAVRAS-CHAVE: Escassez – Função social – Direito de propriedade.

KEYWORDS: Scarcity – Social function – Property rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Retrospecto histórico-religioso. 3. Direito brasileiro. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O escopo do texto é analisar, criticamente, a expressão função social que a legislação pátria, desde 1969, por força da Emenda Constitucional 1 à Carta de

1967, atribui, como princípio da ordem econômica e social, à propriedade¹. Observa-se que o reconhecimento do direito de apropriação de bens escassos, no sentido econômico do termo escassez, prende-se à noção de valor, portanto, no plano do Direito, fica na esfera dos direitos patrimoniais, aqueles valoráveis econômica e financeiramente. Aliás, muitos pensadores, de Hume a Rawls, consideram a escassez como o núcleo que explica a propriedade privada de certos bens.

O conceito de escassez a que se referem é o econômico: inexistência do bem em quantidade suficiente para satisfazer sem restrições, todos os desejos e/ou necessidades, a qualquer tempo. Disso resulta a valoração econômica de certos bens.

De supor que o legislador fosse informado dessa definição que não se prende à falta eventual de certos bens, como produtos agrícolas fora da safra ou quando ocorra algum fenômeno natural que reduza a oferta. Se assim for, a leitura e a interpretação dos textos jurídicos, notadamente os normativos, seja a Constituição da República, de 1988, seja a legislação subsequente, aí incluído o Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 2002, não podem ignorar que a propriedade, recepcionada como direito, tem, implicitamente, função social.

Ignorar tal característica própria desse direito resulta na leitura/interpretação/aplicação da expressão função social que pode variar conforme vieses ideológicos de cada operador do Direito, o que produz insegurança jurídica, estimula oportunismos, efeitos de segunda ordem, tendo como consequência colateral a perda de valor do direito de propriedade, ou, ainda mais grave, dar causa à tragédia dos comuns.

Propriedade, diferentemente do que se lê em muitos textos jurídicos, é, tal como o contrato e a empresa, instituição social recepcionada pelos ordenamentos jurídicos como instituto sem, por óbvio, perda do suporte econômico-financeiro que a originou. Resultado da apropriação de um bem, o direito de propriedade é definido como um feixe de direitos – usar, gozar, dispor e impedir que terceiros se apropriem da coisa ou, se isto ocorrer, o direito de recuperá-la, uma espécie de monopólio. Cristalino, pois, que reconhecer o direito de propriedade preenche uma função social na medida em que estimula a preservação de recursos escassos, o que evita danos para a comunidade.

Em suma, a propriedade é resultado de valores culturais que resulta de manifesta interesses socioeconômicos, tendo como fundamento a preservação de

1. Com a redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 1969, a Carta de 1967 inclui a função social da propriedade como princípio basilar da ordem econômica e social (art. 160, III), coexistente com a garantia da propriedade privada.

bens produtivos, a sobrevivência das pessoas. São bens como alimento, abrigo, utensílios, bens externos, que, na antiguidade, eram produtos naturais. Por isso, há quem considere a propriedade um costume, surgido há milênios, e analisado em vários ramos do conhecimento, um dos quais o Direito.

John Locke, em seu *The Treatises of Government*, entende que o direito de propriedade resulta de reconhecer que a terra produz bens que garantem o sustento das pessoas, o que, parece-me, bastaria para justificar sua recepção nos ordenamentos.

2. RETROSPECTO HISTÓRICO-RELIGIOSO

A partir do surgimento da instituição propriedade, individual ou coletiva, passa-se a analisar o instituto jurídico propriedade – pública e privada – culminando com a função social. Não se pode ignorar, dada sua relevância, sobretudo na antiguidade, a perspectiva religiosa da propriedade. Tampouco convém afastar questões presas a comportamentos dos humanos e seu impacto sobre as instituições sociais.

Na medida em que se compreenda a propriedade como instituição social, fruto de mudança de comportamentos humanos que deixam de ser nômades e se fixam de forma permanente e não mais eventual, temporária, em áreas geográficas, a propriedade ganha contornos claros de importância para as relações sociais. Ao delimitar territórios, áreas geográficas, ao mesmo tempo que se atribui titularidade para alguns, chega-se à exclusão de outros no mesmo local. Enquanto nômades, a demarcação de áreas era desnecessária. As pessoas satisfaziam suas necessidades com os bens (frutos) encontrados nos locais pelos quais “transitavam” e que, uma vez esgotados, as levavam a se transferir em busca de produtos necessários para sua sobrevivência. Ao deixarem de ser nômades, emergiram regras relacionadas ao direito de uso de áreas. Resultado foram a delimitação e a apropriação de áreas, a propriedade privada.

A emergência desse direito, presa ao solo e seus frutos, incluindo-se entre eles os animais, tinha como função social reger de alguma forma, organizar, as relações entre membros do grupo e destes com diferentes grupos: a apropriação de bens, uso e/ou exploração da área era reservada. Veja-se Calabresi e Melamed² e os *entitlements*, vale dizer, posições jurídicas ativas, que espelham necessidade

2. CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 1972. Disponível em: [www. \[Yale Law School Legal Scholarship Repository\]](http://www.yalelawschool.org/legal-scholarship-repository/).

social, e, segundo Ronald Coase³, para reduzir custos de transação nas suas interações, focando, basicamente, a sobrevivência.

Grupos humanos (e parece que os animais o fazem de forma similar) criam regras, formais ou positivadas e informais, também denominadas institucionais, não positivadas, para reger suas relações intersubjetivas, tudo com função social: facilitar a convivência entre pessoas que nem sempre têm interesses idênticos, assim como, não necessariamente estarão dispostas a cooperar entre si.

Sob o prisma religioso, o Antigo Testamento explica essa atribuição de posições jurídicas ativas ao ligar o povo judeu a Israel. Há, no Levítico e no Deuteronômio, regras referentes à terra associadas à repartição tribal. A previsão era de inalienabilidade, pelas tribos, desse bem e, portanto, sem, hipótese de criação de um mercado de terras.

Espécie de propriedade coletiva, a atribuição de áreas às tribos talvez esteja na origem remota dos atuais *kibutzim*, ainda existentes em Israel, em que a comunidade une e vive em modelo de cooperação: cada pessoa que habita o *kibutz* contribui com trabalho dentro ou fora dele para o interesse comum, o bem de todos. Da mesma forma, cada pessoa/família recebe atenção, cuidados e serviços de outros membros do grupo.

Da perspectiva cristã, a ideia de propriedade associa-se à riqueza, o que, para alguns, estimula a cobiça, afastando preceitos como generosidade ao aceitar a propriedade privada, o que seria corrigido pela redistribuição da terra, sua partilha, tal como faziam os cristãos nos primeiros séculos.

Visava-se evitar a concentração de poder advindo da titularidade sobre um bem valioso, perspectiva que, ao longo do tempo, se ajusta para explicar que não é pecado ser proprietário de bens valiosos, desde que utilizados de forma correta. Essa visão sustentaria um mecanismo de responsabilidade social dos proprietários perante os demais membros da comunidade, notadamente aqueles não afortunados com essa riqueza.

Para São Tomás de Aquino, o domínio sobre bens era necessário para a vida humana. a fim de estimular cuidados na preservação da coisa, ensinamento que justificava mediante a separação do direito natural do positivo que, segundo ele, deveria ter, no primeiro, o direito natural, seu suporte espelhando compromissos com a realidade.

A perspectiva muda com a Reforma em Lutero e Calvino, em que a existência da propriedade privada é meio para equacionar a estabilidade social. De sua

3. COASE, Ronald H. *The problem of Social Cost*. In: *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44.

parte, John Locke entende que a atribuição da propriedade a uma pessoa é um direito natural derivado da racionalidade.

Mediante tentativa e erro, as pessoas modelam regras, inicialmente não positivadas, portanto, institucionais (no sentido de Douglass North⁴), para reger suas inter-relações, facilitar sua convivência, que eventualmente são recepcionadas pelo sistema jurídico, sendo positivadas. Do ponto de vista fático, esse processo de tentativa e erro, explica que a recepção das normas informais, institucionais, dá-se quando os efeitos ou resultados positivos fazem com que sejam copiadas, replicadas pela maioria do grupo.

Transposto o raciocínio para a questão da propriedade privada de terras e bens tangíveis, a limpidez de sua origem e função social não pode ser afastada. Ao recepcionar a instituição social como instituto jurídico, dá-se certeza e segurança quanto à eventual troca voluntária entre pessoas, ensejando a alocação eficiente dos bens. Dessa certeza e segurança em face de bens escassos, que pode ser compreendida como instrumento de preservação do valor, de capacidade para criar nova riqueza, veja-se texto de Garret Hardin, *The Tragedy of the Commons*⁵, conhecido em Portugal é como *A Tragédia dos Baldios* (áreas sem titular), para explicar a importância do direito de propriedade.

No texto, o autor discute a sobrevivência de organismos vivos para o que se exige uma fonte de energia. Toma como exemplo pastagens e seu esgotamento sempre que não haja limites para o uso de áreas. À falta de limites (demarcação de área), falta o poder de exclusão e, como cada pessoa sabe que, racionalmente, cada um buscará obter o melhor para si porque os demais farão o mesmo. Portanto, sem exclusão, a melhor resposta aos baldios será adicionar mais gado à pastagem “comum”, sem titular claro. Agindo racional e egoisticamente, todos procurarão obter o maior benefício individual possível sem se preocupar com o que ocorrerá no futuro.

A título de curiosidade, ressalta-se que a Lei judaica impõe o ano sabático – período em que a terra não deve ser utilizada. Dessa forma, a cada sete anos, a terra não pode ser usada para a produção para a recomposição e/ou recuperação de sua capacidade produtiva.

Como a ação racional das pessoas tem como consequência o esgotamento das áreas, no exemplo, o pasto, com perdas gerais, a regra bíblica não apenas de atribuir titularidade de bens, como, no caso de áreas rurais produtivas, instaurar o período “sabático”, é fonte da experiência prática: a área não seria cultivada nem serviria de

4. Institutions and Economic Theory. In: *The American Economist*, v. 36, n. 1, 1992.

5. HARDIN, Garret. In: *Science*, new Series 162, 1968.

pastagem durante o período de “descanso” da terra a fim de, ao permitir sua recomposição, a sobrevivência das pessoas, valor primeiro, a par de evitar uma espécie de tragédia dos comuns ao preservar a capacidade produtiva dos bens, visa a longo prazo, a sobrevivência dos seres humanos. Portanto, a demarcação de terras, a atribuição de áreas a pessoas, desde eras remotas, tinha como escopo a preservação da espécie; o período sabático volta-se para manter a capacidade produtiva.

No mesmo sentido de Hardin, Harold Demsetz, em *Toward a Theory of Property Right*⁶, explica que tribos indígenas do Canadá delimitaram áreas em que cada grupo poderia caçar depois da chegada dos europeus ao país. O interesse dos europeus pelas peles de animais existentes no Canadá para confeccionar indumentárias para o inverno fez com que os nativos percebessem que o bem tinha valor, que fora criado um mercado de peles e, dessa forma, agindo racional e egoisticamente, aumentaram o número de animais mortos. A venda das peles passa a ser o motivo, a razão da caça. O mercado de peles entre nativos e europeus que aumenta a quantidade de animais caçados tem como efeito a ameaça de extinção dos animais. Se isto ocorresse, os danos, as dificuldades para sobrevivência das tribos seriam perceptíveis, o que levou à adoção da delimitação das áreas de caça pelas diferentes tribos, evitando-se, dessa forma, a tragédia dos comuns.

Em razão das referências histórico-religiosas *supra*, por que os legisladores, em 1969, 1988 e 2002 optaram por, expressamente, associar propriedade e função social no direito positivo? Seria esta função diferente da anteriormente exposta que teve como fundamento a preservação de bens escassos? Ou, ignorando Norberto Bobbio e a função social do direito, pretendeu-se criar modelos de paternalismo, legal e judicial, que invertem os sinais e viessem a estimular invasões de imóveis ou a dificultar a retomada de bens? A função social se aplica a toda e qualquer propriedade ou apenas a algumas espécies, como aos bens de produção, imóveis para fins habitacionais ou bens imateriais não protegidos por direito de autor ou patente?

3. DIREITO BRASILEIRO

O legislador brasileiro, desde 1969, positivou a função social da propriedade, como se vê nos artigos 5º, incisos XXII⁷ e XXIII⁸, 170⁹, inciso III, e 176, da

6. *Toward a Theory of Property Rights*, 1967. Disponível em: [www.Jstore.com].

7. Garantido o direito de propriedade.

8. A propriedade atenderá a sua função social.

9. Art. 170. A ordem econômica, fundada na *valorização* do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] (grifo meu).

Constituição de 1988. O primeiro dispõe sobre a função social da propriedade; os demais fazem parte da ordem econômica, chegando, o último, a dispor sobre a separação entre solo e subsolo no caso de jazidas de recursos minerais para fins de exploração ou aproveitamento.

O Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/2002, dispõe sobre a titularidade de bens, classificando-os em públicos e privados, conforme o proprietário e/ou a destinação/uso. Todavia, essa definição de bem público não considera a econômica que explica que são bens públicos os não excludentes e não rivais, isto é, aqueles que podem ser apropriados por todas as pessoas, sem limites temporais ou quantitativos.

Diz-se que o direito de propriedade, não expressamente definido na legislação, resulta de um feixe de direitos: usar, gozar, dispor e recuperar o bem, se terceiro, sem autorização do proprietário, dele se apossar.

Usar é a faculdade de dar ao bem a destinação que o proprietário entender como a melhor para si, a que lhe convier; gozar implica auferir os benefícios econômicos do bem, incluindo a extração de frutos e/ou produtos; dispor se refere à circulabilidade do bem, sua transferência a terceiro; recuperar ou reivindicar remete à exclusão de terceiros que, indevidamente, tenham se apossado do bem. A função deste direito é preservar o domínio de quem seja o titular do bem. Repita-se, a noção/direito de propriedade está estruturada sobre a ideia de valor econômico, portanto, de rivalidade e excludência, o que leva à emergência de mercado.

O que teria levado os legisladores a associar ao direito de propriedade uma função social sem explicar o que isto significa? A partir da tragédia dos comuns, é simples entender que a propriedade tem função social: preservar bens produtivos, seus frutos, de sorte que as futuras gerações tenham condições de existir – é a perpetuação da espécie.

Pensando em nascentes de rios, áreas de preservação ambiental, ou até animais, de reconhecer que, quando houve alerta de que a pesca por estrangeiros poderia levar a uma tragédia dos comuns, o legislador pátrio aumentou a faixa de mar territorial. Com isso, o domínio – propriedade – maior de parte do oceano tratou de impedir a pesca “abusiva” que, a par de levar, provavelmente, à extinção de peixes e crustáceos, imporá severos prejuízos para as comunidades litorâneas (pescadores).

A preservação da natureza é vital para a vida de todas as espécies, não apenas de seres humanos. Aqui a noção de função social é simples e abrange hipóteses de abuso de direito de eventuais proprietários. Nota-se que se faz uma composição entre interesse individual e deveres do titular do bem, numa espécie de solidariedade social para a preservação das espécies.

Essa solidariedade, quando imposta e mal explicada, pode levar a decisões curiosas como observa o prof. Hans-Bernd Schäfer, gerando paternalismo que, sem limites, engendra, como efeito, limitação da liberdade de agir, de cada pessoa exercer plenamente sua autonomia.

Eventualmente, as regras da função social da propriedade poderiam resultar de certo viés germanista, oriundo da Constituição de Weimar, de 1919, que previa que o proprietário estava sujeito a obrigações, a uma busca de justiça comutativa na legislação pátria quando associa propriedade e função social.

Outra possibilidade seria buscar atender a demandas do movimento denominado Teologia da Libertação, dos anos 1950, na América Latina, que entende que a propriedade privada leva ao capitalismo global e oprime os pobres. Isso justifica, politicamente, impor restrições a esse direito, voltando-se a restrição aos bens de capital, isto é, aos bens de produção.

Tal ideologia justifica o uso de força para distribuir bens aos mais pobres? Se estimulasse invasões e depredações, resultado de leitura literal e extremada da função social da propriedade, parece que o legislador não teria antecipado a perda de segurança jurídica e a conseqüente perda de valor de certos bens e, creio, tal efeito não teria sido desejado.

Considerar o surgimento de deveres sociais de proprietários, conquanto possa ampliar a complexidade do direito de propriedade, uma vez que o proprietário ao mesmo tempo que tem poderes sobre o bem, tem, igualmente, deveres para com a comunidade, uma forma de responsabilidade social. Esta pode ser a interpretação adequada para a função social da propriedade, particularmente, a produtiva.

Destarte, o inciso XXII do art. 5º da Constituição de 1988, que garante a propriedade e sua exclusividade, condiciona o direito a algum retorno para a sociedade. A mesma regra está contemplada no inciso III do art. 170 da Constituição, quando se refere ao exercício da empresa: a par de ter no benefício à sociedade/comunidade, um de seus parâmetros, o que alcança atividades urbanas ou rurais, que criam riqueza e empregos, estimula-se empresários/proprietários a serem solidários, menos egoístas do que seria a escolha do homem perfeitamente racional e imediatista.

Texto recente de Aline Aparecida Santos Costa Peghini e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, publicado na *Revista Jurídica Luso Brasileira*, n. 5, “A Função Social da Propriedade: Uma Análise do Relatório Nosso Futuro Comum e a Influência na Constituição Federal de 1988”, critica a expressão função social, pois cada um dos termos é plurívoco, o que requereria delimitar seus elementos. Se a ideia é de garantia constitucional para uma propriedade justa, vinculada a cunho social, escrevem, isto implicaria ações de interesse coletivo para o bem comum.

Entre outros autores, citam Leon Duguit, ligando propriedade e solidariedade social, sem que isso fragilizasse a propriedade privada, “uma vez que direitos-deveres, escrevem, implicam na defesa coletiva que aumenta a riqueza comum sem deixar de ser privada”.

A conclusão das autoras é no sentido de que a função social da propriedade, antes da Constituição de 1988, representava restrição ao direito – desapropriações e usucapião – enquanto que atualmente a expressão se volta para a “propriedade justa, vinculada a cunho social, com o fito de equilibrar diferenças sociais” (*sic*).

Função social da propriedade conquanto não expressamente a ela referida, o art. 1.228, § 2º, do Código Civil brasileiro, veda atos que, além de não gerarem benefícios para o proprietário têm, subjacente, a intenção de prejudicar outrem. Trata-se, claramente, de abuso de direito, que deve ser coibido.

O reconhecimento de que um direito absoluto nem sempre produz efeitos socialmente desejáveis, normas jurídicas tendem a limitar o direito de propriedade a fim de atender a uma função socialmente desejável. Mas, como observara Duguit, não se deve ignorar seu papel econômico. A intervenção do legislador deve estimular uso produtivo dos bens econômicos. Por isso, entende que o proprietário tem um poder-dever: usar o bem para satisfazer necessidades individuais e empregar a coisa na satisfação de necessidades comuns.

A função social faz com que a propriedade perca a natureza de direito ilimitado. O Código Civil Brasileiro, a par da Constituição de 1988, deixa claro que o direito de propriedade deve ser exercido conforme suas finalidades socioeconômicas. A preservação da fauna, da flora, o equilíbrio ecológico e o patrimônio natural são valores indispensáveis para garantir a qualidade de vida das pessoas. Desta óptica, a função social da propriedade, em alguma medida, se associa ao período sabático.

Instrumento de produção de riqueza, de bem-estar, a propriedade deve preservar os bens e valores para a sociedade, sem o que o poder público poderá intervir.

4. CONCLUSÃO

Justifica-se limitar direitos individuais, notadamente o de propriedade, sempre que interesse coletivo, bem determinado, sem vieses político-ideológicos que estimulem a destruição de riquezas a pretexto de distribuí-las; na linha de Duguit, o direito individual não desaparece simplesmente porque se alega que fere direito(s) coletivo(s).

Há que se fazer avaliação objetiva, mas, especialmente, pensar nos efeitos de segunda ordem, em externalidades negativas. Jurisprudência do Rio Grande do Sul, em relação à retomada de imóveis locados por falta de pagamento de alugueres

que garantia a permanência de idosos no local, provocou efeito adverso. Proprietários se recusavam a alugar imóveis para esse extrato da população que ficou à mercê de familiares em busca de um teto. A invasão de imóveis pelos “sem-teto” é outro exemplo de como a função social pode gerar danos, entre eles a perda de vidas, tal como se deu na cidade de São Paulo, recentemente.

Enquanto direito fundamental, a propriedade, no Brasil, pode ser objeto de restrição, sem perder o viés individualista inerente ao feixe de contratos como é explicada. Função social só afeta o uso de bens próprios quando causam danos a terceiros. Possivelmente, a interpretação menos pior da função social atribuída à propriedade terá presente que o proprietário deveria dar ao bem o melhor destino/uso possível, sem com isso onerar a coletividade.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A aplicabilidade do princípio da função social na propriedade pública, de Ananda Santos Pamponet e Lillian de Brito Santos – *RT* 979/129-149 (DTR\2017\1049);
- A função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva, de Vitulia Ivone – *RDI* 79/397-410 (DTR\2016\29);
- A função social da propriedade: uma análise do relatório nosso futuro comum e a influência na Constituição Federal de 1988, de Aline Aparecida Santos Costa Peghini e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – *RDT* 189/135-153 (DTR\2018\12713);
- A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre função social da propriedade: subsídios para uma discussão sobre as formas de ocupação do solo, de Thiago dos Santos Acca – *RDI* 80/167-190 (DTR\2016\19745); e
- Propriedade, contrato, empresa e função social, de Rachel Sztajn – *RDRE* 1 (DTR\2016\21747).

SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA INSTITUIÇÃO REGISTRAL

ABOUT THE LEGAL NATURE OF THE REGISTRATION INSTITUTION

RICARDO DIP

Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito. Acadêmico de honra da Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madri, Espanha. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, convidado a colaborar na Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça. Presidente da Seção de Direito Público do TJSP. Coordenador acadêmico da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário (ABDRI). Membro do Centro de Estudos Notariais e Registrais (CENoR) da Universidade de Coimbra, Portugal. Diretor da Seção de Direito Natural da Associação Hispânica Felipe II de Madrid. ricardodip@tjsp.jus.br

Data de recebimento: 02.10.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O autor aborda a natureza jurídica da instituição registral, analisando a função do registrador público, que possui uma parcela de autoridade e outra de fé pública, exercitando uma função pública não estatal. Afirma inexistir incompatibilidade entre o texto do art. 236 da Constituição Federal e o caráter desta função e destaca a necessidade de se resguardar a profissionalidade jurídica ou a independência dos registradores de incursões administrativistas.

PALAVRAS-CHAVE: Natureza jurídica – Função registral – Fé pública.

ABSTRACT: The author discusses the legal nature of the registry institution, analyzing the function of the public register, who has a portion of authority and another of public faith, exercising a non-state public function. It affirms that there is no incompatibility between the text of art. 236 of the Brazilian Federal Constitution and the character of this function and highlights the need to safeguard the legal professionalism or the independence of the registrars of administrative incursions.

KEYWORDS: Legal nature – Registration function – Public faith.

1. Ao tempo em que se cumprem três décadas da vigência da Constituição Federal brasileira de 1988, salta aos olhos que, para além de suas frequentes alterações textuais a quase centena de suas emendas, o conteúdo desse Código político também se foi e se vai modificando sobretudo à conta de interpretações magisteriais, é dizer, pretorianas, tão atuantes que já parece não bastarem os dois olhos a que se referiu Salgado de Matos, aconselhando pôr um na lei e outro na

Constituição, quando aparenta de fato mais importar, nesse domínio, pôr-se a observar o ativismo judicial.

Reitera-se, nessa hora, a razão construtivista (*secundum quid*, porque também se poderia designá-la desconstrucionista) que foi empolgada na via legislativa do constitucionalismo moderno, impondo então à altura a estatalidade ao modo de espartilho às sociedades já antes constituídas. Essa reiteração erige-se agora sob a forma, na expressão de Miguel Ayuso, de um *poder constituinte constituído*, ou seja, de um poder que, substituindo o poder constituinte puro, não se supõe impedido de estabelecer, por via compreensiva e interpretativa, uma nova constituição.

A reafirmação contemporânea da centralidade não só política, mas também social, da soberania do Estado, embora com o matiz de alguma coalescência com o capital privado, não se desviou, essencialmente, do sentido das promessas da modernidade constitucional, tributárias, em palavras do pensador chileno Julio Alvear Téllez, de *la creencia demiúrgica de que el hombre podía rehacer los vínculos asociativos y establecer sus propias finalidades políticas “ex nihilo”, a partir del arbitrio de su propia voluntad*. Entre os consequentes deste exercício de *liberdade constitucional negativa*, está exatamente o da suposição da irrelevância da *natura rerum*, não apenas, note-se bem, da *natura rerum physicæ* (a natureza das coisas da física, vale dizer: das coisas objeto da física), mas também da natureza histórica das coisas *natura historica rerum*.

2. O vocábulo latino *natura*, “de que provém nosso vernáculo “natureza””, teve, por primeiro, o significado de geração dos entes vivos (*natura ut generatio nascentium*). Essa lição já se apontava no Livro V da *Metafísica* de Aristóteles. Mas, na medida em que essa geração procede de um princípio intrínseco, a palavra *natura* estendeu-se para abranger o princípio intrínseco de qualquer movimento, e como esse mesmo princípio intrínseco pode ser tanto material quanto formal, quer a matéria, quer a forma passaram a designar-se autonomamente pelo termo *natura*. Ora, sendo a forma dos entes aquilo que completa ou determina a essência de cada coisa, fácil é compreender a razão de o termo *natura* logo também vir designar a essência e a substância de cada ente. Disto resulta que o adjetivo *naturalis* também denomine o conformado ou conveniente a uma coisa em virtude de sua própria substância, tanto no plano constitutivo (natural ou artificial, *nota bene!*) quanto no de suas operações.

Desta maneira, ao lado de uma natureza metafísica ou ontológica *simpliciter* (a natureza das coisas não produzidas pelos homens, *natura rerum physicæ*), pode falar-se em uma natureza histórica das coisas artificiais (*natura historica rerum artificiales*).

3. Os registros públicos contam-se entre as coisas produzidas pela inventiva humana; são entes artificiais. Sua história firmou-lhes progressiva e paciente-mente a natureza, desde ao menos (sem, pois, considerar episódios da Antiguidade) os tempos seminiais em que se atraíram os *scriptores* ao seio das escolas do *trivium*, logo se dando o caso de se irem formando a pouco e pouco, ao largo da Alta medieval, *scholæ scribarum*, corporações de escribas, de sorte que ao lado dos diáconos e dos presbíteros *scriptores* por antonomásia da Primeira Idade média também se reconheceram os *scriptores vel scribæ* profanos ou laicos que se foram profissionalizando e, na Baixa medieval, fruía da autoridade que, atrativa da fideducía comunitária, justificou-lhes a elevação, com a *fides publica*, à categoria de *notarius publicus*, já não incumbidos de uma escrituração privada, mas com legítima vocação para elaborar *instrumenta publica*.

As características que mais parece devam aqui sublinhar-se e distinguir-se a propósito da natureza histórica ou institucional desses *notarii publici* (noção que abrange os registradores) são as de sua *autoridade e potestade*.

A sociedade política é um todo heterogêneo de que o Estado é a parte superior e não o todo, embora seja do *usus loquendi* a sinédoque designativa do todo (sociedade política) pelo nome da parte (Estado). Aquela sociedade, por sua vez, sendo como o é uma *união de sociedades menores* (comunidades e associações), ainda que união essencialmente governada pela autoridade e potestade do Estado, retém esferas próprias de autonomia e, de modo particularmente relevante, reserva, por evidente, seu primado teleológico: o fim da sociedade política ou bem comum é sempre a finalidade do todo, não a da parte, ainda que esta parte seja o Estado.

Por mais que o bem do todo seja mais amável do que o bem das partes, o princípio da totalidade social não é ablatório *simpliciter* da autonomia (mais até: da *soberania in suo ordine*) dos corpos sociais menores, nem é o detentor exclusivo; sublinhe-se com intensidade este ponto das atividades *públicas*. Assim, da mesma sorte que a existência de pessoas, órgãos e instituições *público-estatais* não impede o Estado de exercitar atividades regidas pelo direito privado, também pessoas, órgãos e instituições particulares podem incumbir-se, *directe*, de atividades *públicas*, de modo que, ao lado de autoridades políticas, encontramos na vida da sociedade, *autoridades sociais* (ou intermédias), que realizam, sob o modo de uma soberania social, suas finalidades privadas e a que *podem* também competir *directamente* (vale dizer, além de funções nelas delegadas) a consecução de *fins públicos*. Saber quais e quando corpos sociais intermediários têm esta incumbência é algo que resulta das circunstâncias históricas e do entorno político e jurídico presente de cada povo, mas o fundamental está em que se deva reconhecer, *essencialmente*, quer a existência da autoridade intermédia (com seu plexo de

soberania social), quer a possibilidade hoje raramente sequer cogitada de sociedades menores exercitarem função pública, seja diretamente, seja por delegação.

4. Os *notarii publici* adquiriram sua *autoridade* gestada ao longo dos séculos, a partir da passagem da Antiguidade à Alta medieval até chegar, já mesmo estendidamente reconhecida, aos fins do século XII, início do XIII (este século que foi o da melhor época da história social e cultural dos homens).

A palavra “autoridade” provém do latim *auctoritas*, *auctoritatis*, o que, por sua vez, deriva do verbo *augeo* (infinitivo *augere*), com a acepção de “aumentar, acrescentar”. Nos lindes do que aqui importa, a ideia de autoridade corresponde à de *saber socialmente reconhecido* (D’Ors), saber comunitariamente reconhecido, implicando três funções próprias, correspondentes às duas faculdades superiores de quem detém autoridade (*i. e.*, inteligência e vontade) e à sua natureza política. As primeiras são as funções paideica e moral, aquela correspondendo à inteligência, a outra, à vontade; e ambas coroam-se pela função política ou social, de maneira que a inteligência apreende e ensina o bem (função paideica ou magisterial), a vontade busca-lhe a consequente consecução (função moral ou justificadora) e a função política procura sua realização na vida social (bem comum).

O registrador público, na posse dessa autoridade, ou seja, tendo seu saber *especial* reconhecido pela comunidade, torna-se espontaneamente *função dessa comunidade*. Sua existência justifica-se pela história e pela presencialidade de sua destreza jurídica e de sua idoneidade moral. Sua legitimidade resulta da reconhecimento de seu saber pela própria comunidade.

Que nele delegou, então, o Estado? A fé pública, *scl.* o testemunho qualificado que dispensa, *a priori*, a aprovação judicial (*placet iudicialis*). Com efeito, para impor-se compulsivamente à comunidade o testemunho autorizado do *notarius publicus*, era preciso que, à sua *auctoritas*, fosse acrescentado um fator oriundo da potestade política (própria do Estado).

Deste modo, o registrador público tem por natureza uma parcela de autoridade e outra de potestade (fé pública), de sorte que exercita uma função de comunidade que é função pública não estatal a que se adicionou uma parcela de *potestas publica* (*fides*). Assim, no caso brasileiro, quando a Constituição vigente diz no *caput* de seu art. 236 que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por *delegação* do Poder Público”, deve isto compreender-se *secundum quid* e não *simpliciter*, porque apenas se delegou nos registradores e notários a *potestas fidei publicæ*, não a *auctoritas* que eles receberam por meio de legítima tradição institucional.

5. Ser *função da comunidade* é vincular-se diretamente ao direito e não a uma estrutura hierárquica, ainda que a função comunitária esteja investida, por de-

legação, de uma parcela da *potestas* política. Sendo função da comunidade, o registrador responde *diretamente* ao direito (costuma-se dizer, um tanto impropriamente, que responde à lei), e, nisto, sem poder a ele recusar-se a independência de atuação (*in suo ordine*), tampouco é de admitir que se imunize da fiscalização pelo poder público. Aliás, quando nos *scribæ* não lhes tinha sido delegada ainda a fé pública, já o Estado (Estado *avant la lettre*) zelava pela destreza de sua arte e a honestidade de sua conduta (sirva de bastante exemplo o que consta das Capitulares de 824 do Imperador do Sacro-Império Romano-Germânico Lotário I, prevendo o juramento notarial, cuja fórmula prestigia a probidade: *quod nullum scriptum falsum (scribæ) faciant*).

A metódica de designação do registrador é sempre dependente de uma eleição legislativa prudencial: não há um critério único de legitimidade *originária*, nada inibindo, moralmente, que se escolha, p. ex., a sucessão hereditária, por venalidade, por sorteio ou concursal, embora pareça mais convir a sucessão mediante concurso que afira a idoneidade moral e a aptidão jurídica. Qualquer dos métodos de escolha não interfere com a ideia de transferência do legado institucional, e o registrador, que há de ser pessoa física, necessariamente (pois não é possível que a fé pública tenha por fonte uma pessoa coletiva), abandona-se sempre da tradição de seus antecessores. Por outro lado, deve se considerar também a legitimidade de *exercício*, uma vez que o registro é função pública, de que se exige a prática proba e com destreza.

6. Se não há, e, com efeito, não há, incompatibilidade entre a norma do art. 236 da Constituição brasileira de 1988 e a natureza institucional dos registros públicos, equivale a dizer, incompatibilidade entre o texto constitucional e o caráter de função registral de comunidade a que adjeta a potestade da fé pública, é preciso resguardar, *in concreto*, a profissionalidade jurídica ou independência dos registradores de incursões administrativistas que, no fim e ao cabo, acarreta convertê-los em funcionários hierarquizados.

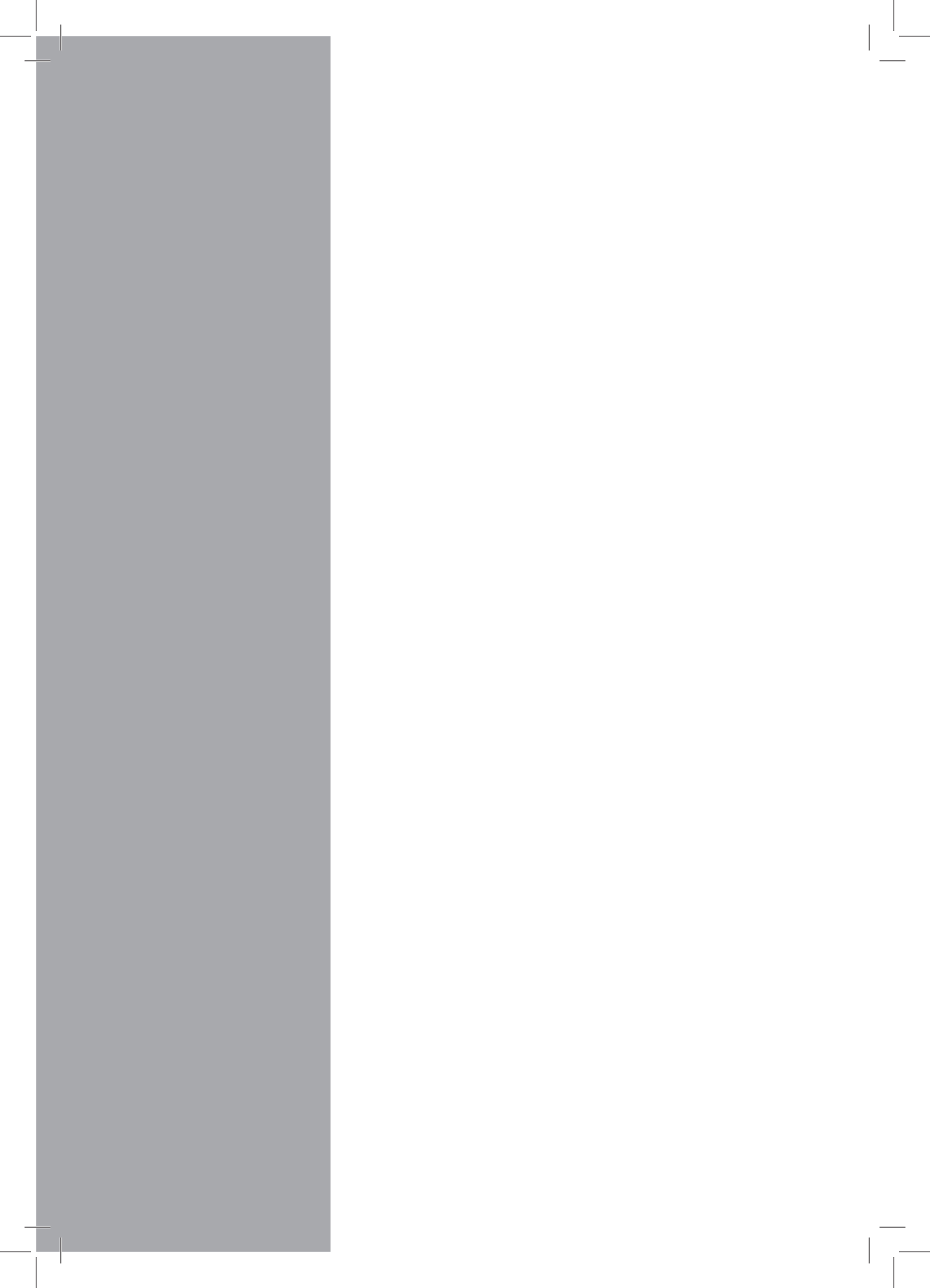
Importa considerar que os registros públicos se consagraram em ser a espiritualização dos umbrais das portas e das muralhas das antigas cidades. Desconstruir os registros, desviar-se da observância de sua natureza de função comunitária, é como que pisotear nos umbrais e demolir as muralhas, é como que abrir aos bárbaros as portas das cidades. Mas, se nelas entram eles, perdem-se as liberdades, perdem-se as propriedades, e com elas a felicidade que todos os homens buscamos. Simples assim.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A função notarial na atualidade, de Leonardo Brandelli – *RDI* 80/55-78 (DTR\2016\19739);
- Da autonomia do direito registral imobiliário, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 75/15 (DTR\2013\10163);
- Princípios do direito registral imobiliário, de Álvaro Melo Filho – *RDI* 17/25-50 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/65-100 (DTR\1986\235); e
- Registros públicos, de Décio Antônio Erpen – *RT* 610/7-22 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/91-115 (DTR\1986\190).

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying sizes. A fine, light gray grid pattern is visible, particularly in the lower right quadrant. The overall aesthetic is clean and modern.

Doutrina Internacional



A "BOA-FÉ" DO ARTIGO 34 DA LEI HIPOTECÁRIA: UMA REVISÃO CRÍTICA DA POSIÇÃO DOMINANTE NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

THE "GOODWILL" OF ARTICLE 34 OF THE MORTGAGE LAW: A CRITICAL REVIEW OF THE DOMINANT POSITION IN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

FERNANDO P. MÉNDEZ

Registrador de Propriedade, Mercantil e de Bens Móveis.
Professor Associado da Universidad de Barcelona.
Membro do European Law Institute.
fmgmv@gmail.com

TRADUZIDO POR

LEONARDO BRANDELLI

Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito Civil pela UFRGS.
Especialista em Direito Registral em Barcelona, Espanha. Professor de Direito Civil na Escola Paulista de Direito. Oficial de Registro de Imóveis no Estado de São Paulo. Coordenador da Revista de Direito Imobiliário – IRIB/RT. Membro da Academia Brasileira de Direito Registral.
leonardobrandelli@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Se quisermos que nosso sistema de registro imobiliário produza toda a sua utilidade dentro de uma sociedade na qual predominem as transações impessoais, é necessário entender a função da fé pública registral, que, por sua vez, requer uma revisão crítica dos conceitos de imprecisão do registro, do significado da ignorância de tal imprecisão, bem como se é exigível qualquer diligência para torná-la escusável. A fé pública registral permite identificar o titular do *ius disponendi* para os fins do mercado, mas, para tanto, modifica, em termos de propriedade registrada, o sistema transmissor do Código Civil. Isto é entendido se o Código Civil for interpretado a partir da Lei Hipotecária, conforme exigido

ABSTRACT: If we want that our real estate registral system performs all its utility in a society with predominance of impersonal exchange, we need to understand the function of the registral public faith or indefeasibility –deferred in the case of registral Spanish system –. This requires a critical revision of concept of registral incorrectness, also the significance of the ignorance of this incorrectness and, finally a critical revision of the state of play about the necessity or not of a degree of diligence to excuse it. The registral public faith allows the identification of owner of the *ius disponendi* from the market perspective, but for to achieve this goal, modifies, for registered unmovable properties, the real estate transmission system of Civil

pelos numerosos encaminhamentos de um para o outro, em vez de fazer o inverso como a doutrina dominante e a jurisprudência o fazem.

PALAVRAS-CHAVE: Fe pública registral – Sistema transmissivo – Imprecisão de registro – Ignorância – Diligência exigível.

Code. For to understand it we need to interpret the Civil Code from the perspective of the Mortgage or Registral Law, according to the rules of Civil Code, inside to proceed inversely, such as authors and courts do.

KEYWORDS: Registral public faith – Transfer system – Registral inexactness – Ignorance – Required diligence.

SUMÁRIO: I. Apresentação. II. A boa-fé exigida pelo artigo 34 LH: a ignorância da inexatidão registral. III. A inexatidão do registro que deve o terceiro adquirente ignorar para ter boa-fé. IV. A situação de quem adquire de um titular registral porém, não inscreve, não é jurídico-real, mas jurídico-obrigacional, porque o artigo 34 LH modifica o sistema transmissivo do Código Civil em matéria de propriedade registrada. V. O conhecimento por parte de um segundo adquirente a título oneroso de que o titular registral dispôs previamente a favor de alguém que não tenha registrado não implica, por si só, uma presunção de cumplicidade em uma fraude de credores. VI. O conhecimento da inexatidão registral no parágrafo 892.1 do BGB. VII. A inexatidão registral à qual se refere o artigo 34 LH. As inscrições errôneas. VIII. Referência à inscrição errônea no BGB. IX. A diligência exigível para ficar protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária. Nem este artigo nem o parágrafo 892.1 do BGB equiparam *culpa lata* a conhecimento da inexatidão em matéria de imóveis. X. A tese da impossibilidade de apreciar, em abstrato, a existência de boa ou má-fé, no adquirente. XI. Momento no qual deve concorrer a boa-fé e competência para a apreciação da mesma.

I. APRESENTAÇÃO

A denominada fé pública registral¹ está definida no artigo 34 da Lei Hipotecária. Dispõe tal artigo:

O terceiro que de boa-fé adquira a título oneroso algum direito de pessoa que no Registro apareça com faculdades para transmiti-lo, será mantido em sua aquisição, uma vez que tenha registrado seu direito, ainda que se anule ou resolva o do outorgante em virtude de causas que não constem no mesmo Registro.

A boa-fé do terceiro se presume sempre que não se prove que conhecia a inexatidão do Registro.

Os adquirentes a título gratuito não gozarão de mais proteção de registro que a que tiver seu causador ou transferidor.

Por economia de espaço, não vou me deter na evolução histórica desse preceito. Convém recordar, no entanto, que já se achava na Lei Hipotecária de

1. Publicado na Revista Jurídica de Catalunya, n. 1, 2018.

1861², embora não chegou a entrar em vigor nunca, em razão, sobretudo, da oposição de nobres e de grandes proprietários.

Finalmente, a Lei Hipotecária de 1869 substituiu-a pela eliminação por meio do sistema de notificações³. O aspecto concreto das notificações às quais se referia o artigo 34 da Lei Hipotecária de 1869⁴ permaneceu em vigor⁵ até que a

2. Precisamente em seu artigo 34, em cujo teor consta:

“Não obstante o disposto no artigo anterior, os atos ou contratos que sejam executados ou outorgados por uma pessoa que apareça no Registro com direito de fazê-lo, não serão invalidados em relação a um terceiro, uma vez registrados, embora posteriormente seja anulado ou resolvido o direito do outorgante em virtude de título anterior não registrado ou de causas que não resultem claramente do mesmo Registro.

Somente em virtude de um título registrado, poderá ser invalidado, em prejuízo de terceiro, outro título posterior também registrado.

As disposições deste artigo não produzirão efeito até um ano após que começa a vigor a presente lei, e não será aplicável a qualquer tempo ao título registrado, de acordo com o disposto no artigo 397, a menos que a prescrição tenha validade e garantido o direito ao qual o referido título se refere.”

Como assinala GARCÍA GARCÍA, J. M. *Direito Imobiliário de Registro ou Hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 239, a proteção que o preceito dispensava ao terceiro era bastante limitada, pois não o tornava protegido diante de um título registrado anteriormente, embora não constasse no Registro a causa de nulidade ou de resolução e, é claro, tampouco ficava protegido perante as causas de nulidade ou de resolução que resultassem claramente do Registro, como resulta lógico – este último – e sucede na legislação vigente.

Este artigo, no entanto, nunca chegou a estar em vigor, pois sua entrada em vigor foi prorrogada sucessivamente, até que o RD de 19 de dezembro de 1865 a prorrogou indefinidamente, até que, por sua vez, a Lei Hipotecária de 1869, uma autêntica contrarrevolução hipotecária, substituiu-a pelo sistema de notificações. Não voltaria a ser recuperada até a Lei Hipotecária de 1944 – artigo 34 –, embora o Texto Refundido de 1946, sem estar autorizado para isso, introduziu o artigo 32. A partir desse momento, as relações entre os dois artigos consumiram boa parte das energias da doutrina hipotecarista espanhola.

3. Para uma evolução da fé pública registral, veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Da publicidade contratual à titulação registral*. O longo processo até o Registro da Propriedade. Madrid: Civitas, 2007.

4. O artigo 34 da Lei Hipotecária de 1869 tinha a seguinte redação: “Não obstante o estabelecido no artigo anterior, atos ou contratos executados ou outorgados por pessoa que no Registro apareça com direito para tanto, uma vez registrados, não podem ser invalidados em relação a um terceiro, ainda que posteriormente seja anulado ou resolvido o direito do outorgante em virtude do título anterior não inscrito ou de causas que não resultem claramente do mesmo Registro ou se a inscrição tiver sido notificada ou se tiver feito saber às pessoas que nos vinte anos anteriores tenham possuído, segundo o Registro, os mesmos bens e não tenham reclamado contra ela dentro de trinta dias.

A notificação a que se refere o parágrafo anterior será realizada a pedido daquele que, segundo o Registro, seja dono do imóvel ou do direito real, pelo mesmo registrador, verbalmente ou por escrito, aos anteriores adquirentes que tenham registrado seu direito e

MÉNDEZ, Fernando P. A “boa-fé” do artigo 34 da Lei Hipotecária: uma revisão crítica da posição dominante na doutrina e na jurisprudência. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 423-460. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

reforma de 1944/46 as suprimiu, época na qual, segundo aparenta, o sistema de notificações já havia sido banido pelo desuso, segundo afirma García⁶.

residam no território do Registro, e por editais aos que se achem ausentes ou não sejam conhecidos, e aos herdeiros dos que tenham falecido.

Os notificados por qualquer desses modos que dentro de trinta dias não apresentarem em Juízo ou Tribunal correspondente demanda que possa invalidar o registro notificado, não poderão fazer valer seu direito, se algum tivessem, contra o terceiro que registre posteriormente o seu na forma devida sobre o mesmo imóvel, ainda que a inscrição anterior provenha de um título falso ou nulo.

A notificação pessoal será efetivada deixando em poder do notificado um breve extrato do registro que possa interessar-lhe, mediante recibo dele, ou, se não for possível, providenciando o mesmo Registrador uma diligência de entrega. Se o notificado responder verbalmente que não tem impugnação a fazer ou deixar transcorrer o prazo dos trinta dias sem levar ao Registro documento que comprove a apresentação de sua demanda, o Registrador fará constar também por diligência. Quando o notificado responder por escrito, será esta resposta firmada de próprio punho, e o Registrador conservá-la-á em seu Arquivo.

Os editais, conforme o caso, serão publicados e fixados pelo Registrador nos locais habituais da localidade em que esteja situado o imóvel e do local do Registro, e no Boletim oficial da província. Se, nos trinta dias indicados, não houver demanda que possa tornar sem efeito o registro, o Registrador, oito dias depois, colocará nesta uma nota marginal expressando aquele resultado. Em qualquer outro caso, não se fará a referida nota até que seja vencido em juízo o anterior adquirente que tenha reclamado contra o registro.

O disposto neste artigo não será aplicável ao registro de mera posse, a menos que a prescrição tenha convalidado e assegurado o direito inscrito.” Veja-se *Leis hipotecárias...* t. I, v. I, p. 529.

5. Posteriormente, em 1877, introduziu-se o requisito da onerosidade. A origem da Lei de 17 de julho de 1877 foi uma proposição apresentada pelo senador D. Valeriano Casanueva, na qual a única modificação que se tratava de introduzir no artigo 34 era a substituição das palavras “em relação a terceiro” por “em relação às que com aquela tenham contratado”. Foi a Comissão a que acrescentou a frase “a título oneroso”. Vejam-se *Leis Hipotecárias e de Registro da Espanha*. Madrid: Castalia, 1989, t. I, v. I, p. 651 e ss. Posteriormente, a Lei Hipotecária de 1909 introduziu um último parágrafo referente às aquisições de bens comprados do Estado, com o seguinte teor: “Transcorrido o prazo de quinze anos desde sua data, os registros de bens comprados do Estado, sejam anteriores ou posteriores a esta lei, não poderão ser anulados por excesso dos limites registraes nem por outras causas que não constem no Registro.” Como observa J. M. García García, o preceito respondia ao prazo de prescrição de quinze anos do Código Civil que a Lei de Contabilidade do Estado de 1º de julho de 1911 aplicou também às vendas de bens do Estado e às ações que o próprio Estado tinha para anular tais vendas por excesso dos limites registraes ou outras causas, como a falta de pagamento do preço diferido, etc. Veja-se GARCÍA GARCÍA, J. M. *Direito Imobiliário de Registro ou Hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 248.
6. Segundo esse autor, o sistema de notificações não chegou praticamente a ser aplicado. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Direito Imobiliário de Registro ou Hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. III, p. 246.

Isso significa que, com a entrada em vigor do Código Civil, seu artigo 608 remetia a uma Lei Hipotecária que regia o sistema de purga, não o de fé pública registral. Esta não voltaria a aparecer até a Lei Hipotecária de 30 de dezembro de 1944 – artigo 34 LH –, ano no qual, segundo sua Exposição de Motivos, ainda havia 60% da propriedade sem registro, e, além disso, havia sido iniciada uma forte corrente de afastamento os registros.

Isso implica que, embora a partir desse momento o artigo 608 CC remetesse a uma Lei Hipotecária que havia incorporado a fé pública registral, a maioria da propriedade imobiliária se achava sem registrar e, portanto, seu sistema transmissivo era regido exclusivamente pelo Código Civil, enquanto não fosse registrada.

Tudo isso contribuiu para o entendimento das razões pelas quais a opinião dominante tendeu a interpretar a Lei Hipotecária a partir do Código Civil – que respondia à realidade imobiliária dominante ainda em 1944 – e não o contrário, isto é, interpretar o Código Civil a partir da Lei Hipotecária em matéria imobiliária, apesar das remissões dos artigos 608 e 1.537, entre outros, do Código Civil à Lei Hipotecária. Permite entender também porque se tende a considerar o artigo 34 da Lei Hipotecária como uma exceção ao sistema transmissivo próprio do Código Civil, que devia ser considerado como o sistema ordinário e geral de transmissão, inclusive em se tratando de bens imóveis registrados e apesar da clareza das citadas remissões⁷.

7. Não são estas as únicas remissões que faz o Código Civil à Lei Hipotecária, embora sejam as mais relevantes para efeitos deste estudo. Pau Pedrón sistematiza em quatro grupos as remissões do Código Civil à Lei Hipotecária:

1. artigos que determinam a eficácia geral do Registro da Propriedade: artigo 606 – inoponibilidade de títulos não registrados – e artigo 607 – publicidade;

2. artigos que determinam a eficácia do Registro da Propriedade com relação a dados ou direitos concretos: artigo 609 – demanda de revogação de doações – artigo 1.473 – dupla venda –; artigo 1.524 – retrato legal –; artigo 1.549 – arrendamento –; artigos 1.638, 1.639 e 1.646 – enfiteuse –; artigo 1.875 – hipoteca –; artigos 1.923 e 1.927 – créditos hipotecários e “refaccionarios” –; artigo 1.949 – prescrição;

3. artigos de técnica registral: artigo 192 – na inscrição que se faça no Registro da Propriedade dos imóveis que acresçam aos coerdeiros será expressa a reserva em favor do ausente –; artigo 977 – obrigação de anotar no registro da Propriedade a qualidade de reserváveis dos bens imóveis –; artigo 1.333 – se as capitulações se referem a bens imóveis, elas serão consideradas no Registro da Propriedade; artigo 1.436 – a demanda de separação de bens e a sentença em que se declara devem ser anotadas e registradas, respectivamente, no Registro da Propriedade; e

4. artigos de remissão genérica à Lei Hipotecária – artigos 608, 647, 977, 1.333, 1.875, 1.880 – ou de reserva – cláusulas “sem prejuízo”, artigos 975, 1.124, 1.510, 1.537, 1.571.

Tampouco vou me deter, por não considerar necessário para o objetivo deste estudo, na análise pormenorizada de cada um dos requisitos necessários para que o terceiro seja mantido em sua aquisição⁸, salvo no caso da boa-fé e sua interpretação jurisprudencial.

Se, nos termos do artigo 34 LH, o adquirente carece de boa-fé quando conhece a inexatidão do Registro, no sentido contrário, devemos afirmar que, se desconhece tal inexatidão, o adquirente atua de boa-fé.

Portanto, para saber se atua de boa-fé, é necessário conhecer, em primeiro lugar, o que devemos entender por desconhecimento da inexatidão do Registro; em segundo lugar, o que deve ser entendido por inexatidão do Registro; e, em terceiro lugar, se é exigível alguma diligência específica para superar o citado desconhecimento.

II. A BOA-FÉ EXIGIDA PELO ARTIGO 34 LH: A IGNORÂNCIA DA INEXATIDÃO REGISTRAL

Tal e qual resulta do texto do artigo 34 LH, a boa-fé no registro é um estado intelectual consistente na ignorância da denominada inexatidão do registro. Também tem sido definida, em um sentido positivo, como a crença na exatidão do registro, como assinalou, entre muitas outras, a STS de 21 de fevereiro de 2012.

A partir daqui, desenvolveram-se duas concepções da boa-fé exigida pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, ou, mais precisamente, do estado intelectual no qual a mesma consiste e que a sentença do Supremo Tribunal de 12 de janeiro de 2015 – cujo relator foi o magistrado Sua Excelência, o Dr. Orduña Moreno – expõe claramente:

a) De acordo com a primeira, denominada *concepção psicológica*, a boa-fé do artigo 34 da Lei Hipotecária consiste na crença de que o titular do registro seja o verdadeiro dono da coisa e ostente um poder de disposição sobre a mesma.

Por isso, a ignorância ou o equivocado conhecimento da realidade jurídica não desvirtuam a proteção registral outorgada.

Veja-se PAU PEDRÓN, A., no comentário ao artigo 605 do Código Civil. T. I, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. Ministerio da Justicia, Secretaria Geral Técnica, Centro de Publicações, Madrid, 1991, p. 1529.

8. Veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Da publicidade contratual à titulação de registro*. O longo proceso até o Registro da Propriedade. Madrid: Civitas, 2007.

b) De acordo com a segunda, denominada *concepção ética*, a boa-fé do artigo 34 da Lei Hipotecária consiste na convicção de não ferir legítimos direitos ou interesses alheios.⁹

Por isso, a boa-fé apenas protege do erro escusável. Em consequência, para reconhecer boa-fé no adquirente, exige-se um comportamento diligente, conforme critérios socialmente aceitos.

Paralelamente, e com independência da concepção escolhida, ressalta a sentença, a boa-fé também pode ser determinada, diretamente, com referência ao próprio conhecimento (*scientia*) pelo terceiro adquirente da razão ou causa que obsta a legitimidade da transmissão no momento do aperfeiçoamento do negócio aquisitivo, de forma que perde a proteção outorgada.

Tem razão Jerez Delgado quando afirma que o conceito jurídico de boa-fé registral requer uma maior atenção doutrinária com vistas à sua definição¹⁰.

No entanto, a verdade, em qualquer caso, é que o artigo 34 LH afirma que a boa-fé consiste na ignorância da inexatidão do registro. Não faz, portanto, uma remissão à exigência geral de boa-fé – conferir artigo 7.1 CC – mas, neste caso, como em outros – artigos 433 e 1.950 CC – a boa-fé especificamente exigida foi definida pelo legislador, não sendo um conceito indeterminado que possa ser precisado pelo juiz¹¹. Voltarei a esta questão posteriormente.

III. A INEXATIDÃO DO REGISTRO QUE DEVE O TERCEIRO ADQUIRENTE IGNORAR PARA TER BOA-FÉ

Se a boa-fé do adquirente consistir na ignorância da inexatidão do registro, surge a pergunta inevitável de em que consiste a inexatidão do registro que deve ignorar para ser considerado um adquirente protegido pelo artigo 34 LH.

9. Para uma visão sobre o estado atual, doutrinário e jurisprudencial sobre ambas concepções, pode ver-se o comentário de Andrés Domínguez Luelmo ao artigo 34 LH, em DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, especialmente. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016. esp. p. 561-563. Nega esta distinção MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. no comentário ao art. 7º do Código Civil. In: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. t. I, p. 42.

10. JEREZ DELGADO, C. *La buena fe registral*. Madrid: CORPME, 2005. esp. p. 11-13.

11. Veja-se nesta linha MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. *Comentario del Código Civil*, t. I. E, no mesmo sentido, JEREZ DELGADO, C. *La buena fe registral*. Madrid: CORPME. p. 11-13.

Deixando de lado, no momento, o conceito de inexatidão do registro, isto é, o que se deva entender, em geral, por tal inexatidão, o certo é que é unânime a opinião da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o conhecimento por parte do adquirente do titular registral de que este vendeu anteriormente a mesma coisa a outra pessoa “com eficácia translativa” elimina sua boa-fé, quer dizer, sua ignorância – por todas, STS de 7 de setembro de 2007 –, privando-o da mesma e, portanto, da proteção do artigo 34 LH.

Apesar de ser uma opinião unânime, causa perplexidade que, sendo o registro, por regra geral, voluntário, o fato de que um adquirente decida não registrar sua aquisição negocial – entendendo por tal a integrada pelo título e pelo modo, conforme aos artigos 609 e 1.095 CC – se considere uma inexatidão registral. Muito pelo contrário, o Registro deveria considerar-se exato, pois reflete com exatidão a vontade do interessado de não registrar. E, portanto, o conhecimento desse fato não deveria ser considerado, em nenhum caso, como o conhecimento de uma inexatidão registral, mas, simplesmente, como o conhecimento da existência de uma transmissão prévia meramente negocial ou extrarregistral.

O Registro seria inexato se, por exemplo, houver um erro no registro, seja de conceito – artigo 216 LH, v. g., se se registra uma pessoa como proprietário quando, na realidade, é arrendatário – ou material – artigo 212 LH, e. g., se se coloca um preço por outro –. Nesses casos, o Registro seria inexato porque é errôneo.

Por outro lado, ninguém considera que o Registro seja inexato porque não publiciza os direitos pessoais e os pactos meramente obrigacionais, pela simples razão de que, de acordo com a Lei Hipotecária, não são registráveis, sem prejuízo de que possa ser assegurado seu cumprimento mediante hipoteca ou outra forma de garantia real – conferir artigo 2º LH *a contrario sensu*, artigos 9º e 98 RH –. E não são registráveis porque o objeto próprio do Registro se circunscreve às situações jurídico-reais – artigo 2º LH –. Por isso, nada obsta a que a presunção do artigo 38 LH seja denominada presunção de exatidão do Registro. O Registro não só seria exato, mas, também, íntegro, pois refletiria tudo o que, segundo a lei, deve refletir.

Em consequência, a denominada inexatidão a que se refere o artigo 34 LH só pode ser uma inexatidão relativa a aspectos jurídico-reais, e, portanto, o conhecimento dos pactos ou situações meramente obrigacionais não deveria impedir a proteção de um adquirente¹².

12. Neste sentido, GARCÍA, J. M. *Direito Imobiliário de Registro e Hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 320.

Estabelecido o anterior, o conhecimento por parte de um segundo adquirente de que o titular registral tenha vendido previamente com eficácia translativa a um primeiro adquirente que não registrou apenas afasta sua ignorância se for considerado que tal conhecimento existe a partir de uma situação jurídico-real que mostra claramente que o titular do registro carecia de poder de disposição quando adquiriu negocialmente o mesmo.

Nossa doutrina e nossa jurisprudência são unânimes em dar uma resposta positiva a respeito. No entanto, com tanta humildade quanto com convicção, devo dizer que, em minha opinião, não estamos diante de uma situação jurídico-real, mas, sim, diante de uma situação jurídico-obrigacional e que, além disso, o conhecimento da mesma não implica, por si só, cumplicidade em uma fraude. Dado que esta questão não é objeto deste estudo, o qual tratei extensamente em uma recente monografia, à qual remeto¹³ e, dadas as limitações de espaço que impõem as normas de estilo da revista, só me referirei a esta questão brevemente.

IV. A SITUAÇÃO DE QUEM ADQUIRE DE UM TITULAR REGISTRAL PORÉM, NÃO INSCREVE, NÃO É JURÍDICO-REAL, MAS JURÍDICO-OBIGACIONAL, PORQUE O ARTIGO 34 LH MODIFICA O SISTEMA TRANSMISSIVO DO CÓDIGO CIVIL EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE REGISTRADA

Para entender por que em um sistema transmissivo no qual há um Registro de direitos ou de fé pública registral¹⁴ a situação de quem adquire de um titular registral, mas não registra, não é jurídico-real, mas jurídico-obrigacional, deve-se entender o significado da inscrição em um registro de direitos ou de fé pública registral, como são o espanhol, o alemão, o austríaco ou o inglês, entre outros.

Nesse tipo de sistemas, o registro não tem por objeto publicar processos transmissivos consumados extrarregistralmente, senão que é um instrumento de intervenção direta e institucional do Estado no sistema transmissivo com a

13. Discuti sobre esta questão extensamente em uma recente monografia – *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

14. Em geral, costuma-se distinguir entre Registro de títulos – *titles* – e Registro de documentos – *deeds*. Prefiro a expressão “registro de direitos” em lugar de “registro de títulos” porque o termo título tem uma dupla acepção. Pode ser usado no sentido de título material *iusta causa traditionis* ou em sentido formal, como documento que incorpora o título material. Por isso, a fim de evitar mal-entendidos, prefiro utilizar a expressão “registro de direitos” em lugar de “registro de títulos”. A expressão registro de “fé pública registral” é equivalente à de “registro de títulos”, por ser a fé pública registral seu efeito definidor. Veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, P.

finalidade de facilitar o intercâmbio impessoal, fazendo com que os direitos sejam mais seguros – a rigor, as titularidades sobre os mesmos – e as transações mais ágeis, superando, desse modo, o conflito entre segurança dos direitos e agilidade do tráfico, inevitável nas transações impessoais – as próprias de uma economia de mercado – caracterizada pelas assimetrias informativas e, portanto, pela presença de incertezas que dificultam o tráfico.

Para um adequado entendimento da função da fé pública registral, resulta útil partir, como propõe Mattei¹⁵, de que:

1. Diferentemente do que acontece com a transmissão mobiliária *inter vivos*, o processo translativo imobiliário é um processo complexo que forma um *continuum temporal* ao longo do qual se vão transmitindo os diferentes atributos da propriedade, ao comprador ou a outras pessoas, e

2. Embora costume se tratar de um processo complexo e dilatado no tempo, os diferentes sistemas jurídicos determinam um momento em que a propriedade é transmitida.

Qual é esse momento? Sem dúvida, aquele no qual se adquire uma titularidade protegida por uma regra de propriedade¹⁶, isto é, *in rem* ou *erga omnes*. Em uma sociedade caracterizada pela contratação impessoal, como é a própria de uma economia de mercado, carente de um Registro de direitos, esse momento só é acessível mediante usucapião – daí a especial importância da posse em tais sistemas – ou, conforme o caso, mediante juízo universal de purga, no caso do *Code*. Entretanto, só se terá uma titularidade obrigacional ou privada, isto é, apenas protegida por uma regra de responsabilidade, pois ninguém pode estar seguro de que não possa aparecer alguém com um melhor direito.

15. MATTEI, U., *ibidem*.

16. A distinção entre regras de propriedade e regras de responsabilidade deve-se a CALABRESI, G.; MELAMED, D. A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of The Cathedral, publicado em 1972 na *Harvard Law Review*. Existe versão publicada na *Economic Foundations of Property Law*. Little, Brawn and Company, p. 31-49. Grosso modo, tal distinção corresponde, na análise econômica do Direito, à distinção, no âmbito tradicional jurídico, entre ações *in rem* e ações *in personam*. Se um direito se acha protegido por uma regra de propriedade não se pode alterá-lo sem consentimento de seu titular. Se se acha protegido por uma regra de responsabilidade, pode-se alterá-lo assumindo-se o pagamento da indenização correspondente. Não apenas é importante a quem se atribui um direito – *entitlement* –, mas também com que regra se protege esse direito, o que determina seu grau de força. Para aprofundar na relação entre essas ideias e na distinção entre direitos pessoais e direitos reais, veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. Derechos reales y titularidades reales. *RCDI*, n. 736.

Em uma sociedade com um Registro de direitos – fé pública registral –, esse momento é o do registro, se este reúne os requisitos necessários para exarar os efeitos próprios da denominada fé pública registral. Diferentemente de uma sociedade carente de tal Registro, não é necessário esperar a usucapião nem acudir a um juízo universal de purga para adquirir uma titularidade *in rem* ou *erga omnes*.

Não se trata agora de entrar na polêmica sobre o caráter constitutivo ou declarativo do registro em nosso sistema de transmissão de bens imóveis¹⁷, uma categorização, que, entre outras coisas, contribuiu sobremaneira para o confuso entendimento dos efeitos do registro em nosso sistema e de seu papel no processo transmissivo imobiliário, os quais se compreendem muito melhor partindo da visão diacrônica que propõe Mattei.

Assim, nosso sistema não exige o registro para adquirir uma titularidade protegida *in personam* ou por uma regra de responsabilidade, mas sim exige-o para adquirir uma titularidade protegida *in rem* ou por uma regra de propriedade. Não o exige explicitamente, mas é uma consequência necessária (1) do caráter impessoal das transações em uma moderna economia de mercado de amplo alcance geográfico – no limite, global –, o que impossibilita saber com certeza quem é o dono se se carecer de um Registro de direitos; (2) da existência, nesse contexto, de um Registro de direitos, que elimina essa incerteza pela modificação do sistema transmissivo.

O artigo 34 LH modula ou modifica o sistema transmissivo do Código Civil, para aqueles que desejam adquirir uma titularidade *in rem* ou *erga omnes* introduzindo um sistema de transmissão registral.

17. A distinção entre registros constitutivos e declarativos foi e é perturbadora para o entendimento do sistema de registro. Toma-se como exemplo de registro constitutivo a *Eintragung* do Direito alemão porque se exige como requisito para as transmissões onerosas *inter vivos*. Mas isso não significa que o adquirente obrigacional não tenha, entretanto, nenhum direito. Significa tão somente que, enquanto o registro não se produzir, sua titularidade não fica protegida por uma regra de propriedade. Se o adquirente não cumprir obrigações derivadas do negócio causal cabe, inclusive, uma *condictio recuperatória* daquilo que se entregou enquanto o bem se ache em poder do contratante adquirente, mas não se passou para as mãos de um terceiro protegido pela fé pública registral, salvo se haja interposto uma *Vormerkung* no Registro. Como se pode observar, apesar das aparências, o jogo é muito similar ao do nosso sistema jurídico. Embora, de acordo com os conceitos usuais, a opinião que estou expondo permitiria qualificar a inscrição dotada de fé pública registral de constitutiva, pois no momento em que a titularidade fica protegida por uma regra de propriedade, sem embargo, talvez seja preferível reservar essa expressão para aqueles casos em que a fé pública registral não opere apenas *inter tertios*, mas também *inter partes*, como no caso da hipoteca, ou, nos países com sistemas Torrens regidos pelo princípio da *immediate indefeasibility*.

Parte da regra básica do sistema transmissivo próprio do Direito comum, no nosso caso, contrato mais *traditio*, consagrada pelo artigo 609 do Código Civil¹⁸, mas exige três requisitos adicionais:

1. o adquirente negocial deve adquirir de quem seja titular registral e tenha faculdades para transmitir;
2. deve fazê-lo a título oneroso e, além disso, caso o registro seja inexato, deve ignorar tal inexatidão – boa-fé;
3. deve solicitar e obter o registro do direito negocialmente adquirido, o que inclui a titularidade sobre o mesmo.

No Direito alemão, o requisito da aquisição do titular registral deriva dos parágrafos 873 e 892.1 do BGB¹⁹: o primeiro referente à necessidade do registro ou *Eintragung* para que se produza a aquisição e o segundo relativo à *Gutgläubenswirkung*, que engloba tanto a presunção de precisão quanto a fé pública registral²⁰.

-
18. De la Rica Arenal argumentou que tradição e Registro da Propriedade são incompatíveis porque são incompatíveis Registro e posse e que, portanto, em matéria de propriedade registrada, o registro deveria substituir a tradição. DE LA RICA ARENAL, R., Op. cit., p. 126 ss. Hermida Linares, anos mais tarde, contestou a posição de Hermida dando-lhe nuances. Dizia: “Também nos parece excessiva afirmação de que a Lei Hipotecária “aplica-se para a propriedade registrada e para a eficácia *erga omnes*, enquanto o Código Civil aplica-se para a não registrada e para a eficácia *inter partes*”. É evidente que a Lei Hipotecária aplica-se à propriedade registrada preferentemente sobre a legislação civil, mas da Lei Hipotecária não se pode deduzir que a propriedade registrada não possa ser transmitida por título e modo com eficácia *erga omnes*, embora essa eficácia *erga omnes* é apenas relativa e enquanto não haja um terceiro que registre seu título no Registro ao amparo da fé pública registral.” HERMIDA LINARES, M. La tradición y la inscripción en el Registro al amparo de la fe pública registral. RCDI, n. 457, p. 1401 a 1507, nov.-dez. 1966, p. 1401 a 1507. Não entro na discussão de que se deveria substituir a tradição pelo registro em matéria de propriedade registrada ou, inclusive, com caráter geral. Essa é outra discussão. Creio, no entanto, que, provavelmente, não seja necessário nem, provavelmente, conveniente, porque o sistema atual tem uma flexibilidade de grande utilidade que, em parte, se perderia.
 19. No presente estudo, utilizei a tradução do BGB realizada por Emilio Eiranova Encinas, com introdução de Költz, e comentário à reforma do Direito da infância de COESTER-WALTIEN, D., Marcial Pons, 1998. Todas as citações de parágrafos do BGB traduzidos que se realizam ao longo das seguintes páginas foram retiradas desta obra.
 20. Provavelmente, por isso, González Martínez refere-se nesse sentido inclusivo de ambos os princípios ao princípio da publicidade: “A partir de dois pontos de vista pode ser examinado o princípio da publicidade, eixo de nosso sistema hipotecário: como legitimação registral e como emanção da *fides pública*.” GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. El principio de publicidad. RCDI, n. 14, p. 91, 1926.

O requisito da onerosidade não é exigido de uma forma expressa, mas deriva do fato de que, nos termos do parágrafo 822 BGB, a ação de enriquecimento injusto pode alcançar os adquirentes a título gratuito. Finalmente, o parágrafo 892.1 BGB, diferentemente do artigo 34 LH, não exige que o adquirente registre sua aquisição para que tenha lugar a *Gutgläubenswirkung* ou fé pública registral. Isso pode ser explicado pelo fato de que em tal sistema o registro é explicitamente constitutivo entre os contraentes conforme o parágrafo 873 BGB²¹, por isso, não é necessário voltar a exigí-lo para que opere a *Gutgläubenswirkung*. No sistema do Código Civil – artigos 609 e 1095 CC –, no entanto, o registro não é explicitamente constitutivo e, por conseguinte, o artigo 34 da Lei Hipotecária se vê obrigado a exigí-lo para que possa operar a fé pública registral e, desse modo, o adquirente fique protegido por uma regra de propriedade, o que revela o alcance real do registro no sistema de registro espanhol.

Os requisitos de onerosidade e ignorância da inexatidão do registro, se existirem, devem-se a que a fé pública registral apenas opera em relação aos denominados atos de mercado, nos quais ambos os requisitos devem estar presentes. O primeiro baseia-se na aplicação do princípio *qui certat de damno evitando anteponendus est qui certat de lucro captando*. O segundo calca-se no fato de que no Registro da Propriedade possa haver inexatidões que, se forem conhecidas pelo terceiro, não poderá este se beneficiar de dito conhecimento, nem sequer em prejuízo de um adquirente anterior meramente negocial. Questão distinta é quais são essas inexatidões. A isso, farei referência brevemente em um momento posterior.

Por que são exigidos os outros dois requisitos? Tais requisitos adicionais, o primeiro e o terceiro dos enumerados anteriormente, são os que implicam a *publicização* do sistema transmissivo tabular, posto que tal procedimento tem lugar por meio de uma instituição pública como é o Registro da Propriedade. A razão de sua exigência deve ser buscada no significado da inscrição em um Registro de direitos ou de tráfico como o nosso, ao qual me referi precedentemente.

O registro é um documento público que contém uma declaração formal de reconhecimento pelo Estado da titularidade de um direito real sobre um bem, o que implica, entre outras coisas, a atribuição de uma titularidade *in rem* ou inatacável, se concorrem as circunstâncias exigidas pelo sistema de registro.

A inscrição dotada de fé pública registral é, assim, o instrumento pelo qual o Estado fornece ao mercado a identidade do *verus dominus*, que não é outro que o

21. No entanto, não ocorre isso em todos os casos, o que propõe a questão de se, para que opere a fé pública registral, nos casos nos quais o registro não é exigido como parte do processo aquisitivo, é exigido que o adquirente registre. A resposta parece que deve ser negativa dado que o sistema transmissivo parte do princípio da abstração.

dominus reconhecido como tal pelo Estado mediante uma inscrição dotada de fé pública registral, pois o adquirente negocial não registrado é apenas isso, um adquirente meramente negocial ou privado.

Tudo isso justifica a exigência de que quem pretenda adquirir um bem imóvel, beneficiando-se da inversão das regras de proteção, tenha de adquiri-lo de um *titular registral*, quer dizer, de um *titular reconhecido pelo Estado como tal*.

Isso deveria ser suficiente? Não, e, por isso, exige-se, ainda, que registre sua aquisição, quer dizer, que solicite que o Estado o reconheça explicitamente como dono. A que se deve esse requisito? Deve-se a várias razões.

Em primeiro lugar, deve-se a que, enquanto um adquirente negocial não obtiver uma declaração por parte do Estado de que o reconhece como dono, não é propriamente tal, pois a única coisa que pode exibir são as razões – documento de ter adquirido de um titular registral²² – pelas quais crê que, no caso de que se estabeleça um conflito, o Estado lhe fará prevalecer. Quer dizer, unicamente pode exibir os argumentos pelos quais crê ser proprietário.

Em segundo lugar, deve-se a que, enquanto não registre, seu transmitente – isto é, o titular do registro – segue sendo o titular reconhecido pelo Estado *erga omnes* ou, se se preferir, perante todos, exceto – ou, quiçá, seria mais exato dizer inclusive – perante o adquirente não registrado, pois a titularidade deste fica protegida tão somente por uma regra de responsabilidade diante dos atos dispositivos realizados pelo titular registral a favor de outro adquirente a título oneroso e de boa-fé que registre seu direito. Pode-se afirmar, por isso, que o titular registral conserva seu *ius disponendi*, enquanto o adquirente negocial não registrar.

Isso ocorre desse modo porque, se o Estado protegesse o adquirente negocial não registrado com uma regra de propriedade ante os atos de tráfico realizados pelo titular registral de que adquiriu, então, o Estado desautorizaria suas próprias declarações de reconhecimento de titularidade – registros – e, em consequência, voltariam a se generalizar as assimetrias informativas preexistentes, e portanto, as incertezas, o que poria em risco tanto a segurança dos proprietários como o comércio jurídico.

Como afirma Mattei²³, as normas mais eficientes são aquelas que não separam os custos e os benefícios de ser proprietário, tratando de mantê-los em mãos do

22. Este documento não prova, por exemplo, que o titular do registro não tenha disposto anteriormente ou posteriormente.

23. MATTEI, U. La transmisión de la propiedad. In: ORDUÑA MORENO, F. J.; DE LA PUENTE ALFARO, F. (Codirectores); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009. p. 128-129.

mesmo indivíduo. Esta é a única maneira de evitar fomentar atuações oportunistas no curso do processo transmissivo. Por isso, se um adquirente se beneficiou dos custos assumidos por seu transmitente de registrar, em seu momento, a titularidade que agora transmite, nesse caso, se adquire do tal titular e decide não registrar, deve também assumir os custos de tal decisão, como consequência da vigência do registro a favor de seu transmitente, que segue sendo titular registral, o que mantém sua titularidade como meramente negocial ou protegida apenas mediante uma regra de responsabilidade enquanto não registre.

Nesta mesma linha, pode-se afirmar que é eficiente que vença o segundo adquirente que decidiu registrar porque os riscos devem ser alocados ao que for mais fácil e menos custoso – *cheapest cost avoider*²⁴ – evitá-los, e esse é o primeiro adquirente.

Pode-se afirmar que, assim como a letra de câmbio modifica o regime da cessão de créditos, quer dizer, da transmissão de créditos do Código Civil em relação aos créditos incorporados a letras de câmbio – créditos cambiais –, o registro dotado de fé pública registral modifica, em relação à propriedade registrada, o sistema de transmissão que o Código Civil estabelece para a propriedade não registrada.

V. O CONHECIMENTO POR PARTE DE UM SEGUNDO ADQUIRENTE A TÍTULO ONEROSO DE QUE O TITULAR REGISTRAL DISPÔS PREVIAMENTE A FAVOR DE ALGUÉM QUE NÃO TENHA REGISTRADO NÃO IMPLICA, POR SI SÓ, UMA PRESUNÇÃO DE CUMPLICIDADE EM UMA FRAUDE DE CREDORES

Efetivamente, se, conforme a argumentação exposta anteriormente, aceitamos que, em se tratando de propriedade registrada, o poder de disposição – e, portanto, a titularidade *in rem* – não são trasladados ao adquirente negocial no momento da *traditio*, mas no do registro, enquanto não registre, é um credor, não um proprietário ou titular de um direito real, de modo que o Registro da Propriedade não reflita inexactidão jurídica real nenhuma se o primeiro adquirente contratual não registrar. Consequentemente, se um segundo adquirente conhecer esta situação, estritamente falando, isso não destrói a ignorância exigida pelo artigo 34 LH, porque se trata de uma situação jurídico-obrigacional, não jurídico-real.

Tratando-se de propriedade registrada, a situação do segundo contratante que registre sua aquisição seria, em relação ao primeiro que não registrou, parecida com a do segundo contratante na dupla venda – isto é, de uma segunda venda

24. SCHÄFER, H. B.; OTT, C. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, Madri, 1986. p. 332-333.

MÉNDEZ, Fernando P. A "boa-fé" do artigo 34 da Lei Hipotecária: uma revisão crítica da posição dominante na doutrina e na jurisprudência. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 423-460. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

precedida de uma primeira não seguida de *traditio* regulada no artigo 1.473 do Código Civil –, em relação ao primeiro, em matéria de propriedade não registrada. Em ambos os casos, estaríamos diante de uma aquisição *a domino* porque o *tradens* é o titular do *ius disponendi*²⁵.

Peña Bernaldo de Quirós²⁶ considera que, mesmo assim, o conhecimento da existência do primeiro contrato de finalidade transmissiva sem *traditio* comprometeria a boa-fé do adquirente. Para isso, ele alega três razões:

1. pela regra imposta pelo artigo 7.1 do Código Civil;
2. porque a condenação da má-fé faz parte de um princípio geral e supremo do ordenamento jurídico – SSTS de 3 abril de 1968 e de 4 de fevereiro de 1972;
3. pelo dever de respeito geral aos direitos alheios, entre os quais se encontram os direitos de crédito – artigo 1.902 CC, repressão à fraude a credores.

Quanto às duas primeiras razões, cabe dizer, seguindo Miquel González²⁷, que:

[...] não se pode argumentar que a boa-fé seja uma para afastar as concreções legislativas da boa-fé, traduzidas em definições precisas como as dos artigos 433 e 1950 do Código Civil ou o artigo 34-II da Lei Hipotecária. Aqui, o juiz se defronta com valorações já realizadas pelo legislador no processo de formação da disposição legal... [...] ... Nesses preceitos, a boa-fé foi especificada pelo legislador e não é um conceito indeterminado que possa ser precisado pelo juiz.

No caso do artigo 34, II, da Lei Hipotecária, a boa-fé consiste no desconhecimento da inexatidão do Registro. E por “inexatidão” deve-se entender inexatidão jurídico-real, por se circunscrever às situações jurídico-reais o objeto próprio do Registro da Propriedade. Por conseguinte, o conhecimento de pactos meramente obrigacionais em nada afeta a boa-fé²⁸.

Não é suficiente, portanto, uma referência geral à boa-fé do artigo 7.1 do Código Civil, nem é admissível sua assimilação à de um comportamento “honesto” – con-

25. A posição geral da doutrina e da jurisprudência é a contrária, quer dizer, que estaríamos diante de uma aquisição *a non domino*. Veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles*. Un estudio del sistema español con referencia al alemán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 22 e ss.

26. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos Reales*. Derecho Hipotecario. Madrid: Corpme – Cer, Madri, 1999. t. II, p. 556.

27. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. In: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ed. Ministério da Justiça, Madri, 1991. t. I, p. 42. No mesmo sentido, JEREZ DELGADO C. *La buena fe registral*. Madrid: Corpme. p. 11-13.

28. Nesse sentido, GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 320.

ceito muito variável em uma sociedade com pluralidade de crenças e valores e na qual é preciso entender a racionalidade subjacente de uma economia de mercado antes de qualificar de honestos ou desonestos determinados comportamentos – sendo pois necessário demonstrar que um determinado comportamento é contrário ao significado específico da boa-fé não apenas no âmbito do registro mas, nesse caso, no do artigo 34 da Lei Hipotecária. E isso não decorre das duas primeiras razões alegadas.

Provavelmente, se o artigo 34 LH tivesse se limitado a exigir ignorância da inexistência do registro sem dar-lhe denominação alguma, tal como faz o BGB, em lugar de denominá-la “boa-fé”, ter-se-ia evitado muita confusão, pois, ao denominá-la deste modo, tende-se a desviar essa exigência específica, ampliando as exigências de uma forma que não encontra fundamento algum no artigo 34 LH nem em uma interpretação da Lei Hipotecária de acordo com os diferentes critérios hermenêuticos geralmente admitidos – conferir artigo 3 CC.

No que se refere à terceira razão, seria admissível apenas se o simples conhecimento da existência de uma transmissão anterior não registrada implicar, por parte do segundo adquirente que registra, cumplicidade em uma fraude de credores, concretamente do direito de crédito do primeiro adquirente.

Segundo Peña Bernaldo de Quirós²⁹, dado que o direito violado é um direito de crédito, para a hipótese de um segundo adquirente que registre antes do que um primeiro adquirente contratual sem *traditio*, tecnicamente, a solução deve ser que o adquirente, embora conheça a compra anterior, adquira, de fato, enquanto o credor – o primeiro comprador – não faça valer a preferência de seu direito. A ação do primeiro comprador é sempre puramente pessoal, com a consequente proteção do subadquirente.

Para Jerez Delgado³⁰ – que faz referência em sua argumentação à fraude de credores, que se aplica a este caso partindo do pressuposto de que, em matéria de propriedade registrada, o poder de disposição se transmite mediante a *traditio*, precedida de justa causa, mais o registro –, há cumplicidade na fraude, mas o primeiro adquirente dispõe de quatro anos para o exercício da ação pauliana, conforme o artigo 1.299 do Código Civil. Se não a exercitar ou ela não prosperar, a aquisição manter-se-á firme, e o adquirente que registrou ficará protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, porque o Registro se tornou exato na prática³¹.

29. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ibidem*.

30. JEREZ DELGADO, C. *La buena fe registral*. Madrid: Corpme. p. 103-104.

31. Relacionado a esta questão, PÉREZ GARCÍA, M. J. In: *La protección aquiliana del derecho de crédito*. Madrid, 2005. p. 2007-2009, sustenta que o artigo 1.473 CC tutela o direito de crédito de um primeiro comprador perante um segundo comprador que conhece

Em outros termos, o referido conhecimento não compromete a boa-fé do artigo 34 da Lei Hipotecária, porque não implica conhecimento de inexatidão jurídico-real alguma, porém, dado que a fé pública registral não purga os vícios do próprio negócio aquisitivo e o registro não convalida os atos e contratos que sejam nulos nos termos das leis, conforme o artigo 33 da Lei Hipotecária, o adquirente do titular registral ficaria desprotegido perante, por exemplo, uma ação pauliana – v. g, o artigo 1.111 CC –, ação que, no entanto, não afetaria a um subadquirente que reunisse os requisitos do artigo 34 da Lei Hipotecária.

Deve-se salientar que às mesmas conclusões se teria que chegar no caso de venda de coisa alheia, isto é, no caso de uma segunda venda precedida por uma primeira seguida de *traditio*, ao que também se estende o artigo 1.473 do Código Civil, segundo a decisão STS de 7 de setembro de 2007, realizada pelo titular registral, pois, enquanto o primeiro adquirente não registrar, sua titularidade será meramente obrigacional, já que o titular do registro segue conservando o *ius disponendi*.

Estas argumentações parecem não levar em consideração que, nesse caso, para a produção do dano causado – eventualmente –, ao primeiro adquirente, tenha sido necessária sua colaboração mediante um comportamento omissivo do mesmo, danoso para o bom funcionamento dos mercados imobiliário e hipotecário, consistente em sua opção pelo não registro e, daí, deveria deduzir-se uma extensão da regra *periculum est emptoris*.

Não teria sido possível ingressar no Registro da Propriedade uma segunda transmissão supostamente fraudulenta se o primeiro adquirente tivesse registrado sua aquisição: a exigência de trato sucessivo – artigo 20 LH –, com seu efeito de fechamento do registro, teria impedido isso³². Se o primeiro adquirente não registrar, correrá o risco de que haja um segundo adquirente que registre sua aquisição, ficando protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, a partir de cujo momento seu direito de propriedade ficaria transformado em um direito de crédito de natureza indenizatória.

A opção pelo não registro durante, pelo menos, um certo tempo – e talvez fosse desejável uma reforma do artigo 34 da Lei Hipotecária nesse sentido³³ –, poderia

que a primeira venda não foi consumada pela *traditio*, em razão da exigência de boa-fé pela jurisprudência, também em matéria imobiliária, para que opere tal artigo. Veja-se também PAU PEDRÓN, A. Doble venta de inmuebles y publicidad registral. In: *La publicidad registral*. Madrid: Corpme, 2001. p. 567-575.

32. Para a caracterização do trato sucessivo no nosso sistema jurídico, veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del tracto sucesivo*. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011. p. 189 e ss.

33. Efetivamente, seria desejável uma reforma do artigo 34 LH com esta previsão expressa. Quanto a qual poderia ser o prazo razoável, caberiam vários critérios: desde um prazo

ser interpretada legitimamente por um terceiro como o primeiro adquirente preferir – ou não repudiar – uma indenização em vez da conservação de seu direito *in natura*. E, por conseguinte, o segundo adquirente, ao ter decidido adquirir, não estaria atuando de “má-fé”, requisito exigido pelo artigo 1.298 do Código Civil, para que se proceda a uma indenização a cargo dos adquirentes, por isso é que esta somente poderia se fazer efetiva, conforme o caso, contra o transmitente. Sua aquisição, por conseguinte, não seria rescindível. Não operaria, portanto, o artigo 33 da Lei Hipotecária, nem careceria da boa-fé específica exigida – conhecimento de uma inexatidão jurídico-real do Registro – pelo artigo 34 da Lei Hipotecária.

O conhecimento de tal situação pelo segundo adquirente, portanto, não deveria comprometer a boa-fé a seu favor, pois nem implica conhecimento de uma situação jurídico-real distinta daquela que o Registro da Propriedade publiciza, nem implica, por si só, uma presunção de cumplicidade em uma fraude de credores – neste caso, ao primeiro adquirente.

Esta conclusão é, aliás, a mais coerente com o entorno social correspondente a uma economia de mercado na qual todos os bens, salvo os qualificados como extracomércio, são, em última instância, mercadorias.

Ademais desses argumentos, baseados em uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, cabe evidenciar a situação à qual a interpretação dominante defende um terceiro adquirente que saiba que o titular do registro dispôs de seu direito.

Nessa situação, de quem deveria adquirir? Se adquirir do titular registral, não ficará protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, porque, com base na

equivalente ao estabelecido pelo artigo 418 RH, para a apresentação da cópia da escritura no Registro da Propriedade, no caso de apresentação prévia de testemunho por fax, ou então um prazo equivalente ao que tem o notário para expedir a cópia, a partir do final desse prazo e que seja entregue ao interessado, ou então o prazo indicado na TR do ITPAJD para liquidar o imposto a partir do encerramento de tal prazo, etc. Em todo caso, a segunda transmissão deveria ter se verificado depois de que se tenha transcorrido o prazo estabelecido. Não obstante, convém destacar que uma interpretação desse tipo cabe perfeitamente sem necessidade de reforma, se aceito que o artigo 34 LH estrutura o Direito à segurança do tráfico jurídico no âmbito imobiliário, o qual, pelas razões expostas ao longo do texto, se sobrepõe às normas próprias do CC, e que todo obstáculo à plena informação dificulta o funcionamento da economia de mercado em benefício de todos, e é por isso que não podem ser premiados aqueles comportamentos que se direcionam a ocultar informação necessária para que o mercado funcione corretamente em nenhum caso, e, portanto, tampouco no daqueles que se serviram da informação que o sistema jurídico de registro elabora para fundamentar sua aquisição com segurança e sem somente incorrer em custos de investigação.

interpretação doutrinária e jurisprudencial vigentes, conhece a inexatidão do Registro e, conseqüentemente, carece de boa-fé. Seria um comprador de coisa alheia, se a primeira venda foi seguida de *traditio*, e o segundo comprador em caso contrário, pois estaríamos diante de uma hipótese de dupla venda. Ambas são hipóteses regidas pelo artigo 1.473 do Código Civil, com idêntica solução, segundo a Sentença do Tribunal Supremo, com valor de unificação da doutrina de 7 de setembro de 2007.

Se adquirir do titular contratual, correrá um sério risco, pois o titular do registro poderá dispor novamente em favor de um terceiro de “boa-fé” que registre sua aquisição. Esta é a situação a qual avoca o paradigma hermenêutico vigente do artigo 34 da Lei Hipotecária. Tudo isso porque um adquirente utilizou o Registro da Propriedade a seu favor, mas se negou a registrar, introduzindo com isso obscuridade e incerteza no mercado, e o potencial segundo adquirente teve o “infortúnio” de ter conhecimento disso.

Não parece que esta solução seja justificável nem tampouco desejável a partir do ponto de vista do interesse público. Não é justificável porque:

1. aquele que adquire é protegido, valendo-se da informação e da segurança jurídica do sistema de registro, mas depois não observa o comportamento necessário para que os demais possam se beneficiar da mesma informação e da mesma segurança jurídica da qual ele se beneficiou;

2. da mesma forma, porque um adquirente do titular registral é punido simplesmente por saber que havia abdicado de seu direito em favor de outra pessoa que não registrou e que, por não registrar, sabia ou devia saber dos riscos que corria como consequência de seu comportamento faltoso de lealdade com o sistema do qual se havia beneficiado quando adquiriu contratualmente. Além disso, não é desejável porque gera incerteza, o que eleva os custos de transação – e as taxas de juros dos empréstimos hipotecários – em troca de proteger a quem decidiu utilizar o sistema para adquirir contratualmente, mas não colaborou com ele, ao abster-se de registrar;

3. os riscos, como já expusemos anteriormente, devem ser atribuídos ao que resultar mais fácil e menos oneroso – *cheapest cost avoider* –³⁴ evitá-los e, com isso, esquivar-se da produção do dano;

4. no contexto próprio de uma economia de mercado, proteger a quem podia evitar ver-se privado de seu direito mediante o registro em troca de desproteger a um adquirente do titular registral que registre sua aquisição, sabendo que seu

34. SCHÄFER, H. B. ; OTT, C., op. cit., 1986, p. 332-333.

transmitente havia disposto em favor de alguém que decidiu não registrar, não significa apenas proteger um negligente, mas salvaguardar quem parasita o sistema de segurança do tráfico jurídico punindo quem se comporta conforme as exigências do sistema jurídico imobiliário, dificultando as transações e prejudicando, com isso, a imensa maioria. A proteção, nesse caso, do segundo adquirente que registra implicaria, simultaneamente, um eficaz estímulo dissuasório para aqueles que parasitam o sistema e, simultaneamente, para que todo adquirente de um titular registral inscrevesse sua aquisição e, com isso, contribuísse para dotar de segurança os direitos e facilitar as transações³⁵.

VI. O CONHECIMENTO DA INEXATIDÃO REGISTRAL NO PARÁGRAFO 892.1 DO BGB

No Direito alemão, em relação aos bens imóveis, o parágrafo primeiro do parágrafo 892-1 do BGB dispõe:

Os conteúdos do Registro são considerados corretos a favor da pessoa que, mediante um negócio jurídico, adquire um direito a um bem ou um direito sobre um bem, a menos que exista um assento de contradição ou, pelo menos, que o adquirente conheça a incorreção.

Observe-se que o parágrafo 892-I BGB estabelece uma presunção de exatidão registral a favor do terceiro, o que equivale, em caso de inexatidão, a uma presunção de ignorância da mesma. Em outros termos, define a mesma presunção de ignorância que o artigo 34 LH, mas sem dar-lhe nome algum, diferentemente do artigo 34 LH, que a denomina boa-fé, o que, como assinalado anteriormente, contribuiu para o confuso entendimento do preceito entre nós.

Isso inclui o conhecimento da existência de negócio obrigacional anterior, realizado pelo titular registral, seguido ou não de *Auflassung*, a favor de pessoa distinta, mas sem *Eintragung*? Nesse caso, ainda não houve transmissão de propriedade, por isso, o primeiro adquirente é tão somente um credor.

Em realidade, não se trata de nenhuma inexatidão, pois o Registro da Propriedade não reflete nada incorretamente: não reflete a *Auflassung* porque não lhe foi

35. Trata-se, em definitivo, de uma ótica semelhante à seguida em matéria de consumo, pela Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, que impõe sua nulidade, em lugar de sua moderação pelos tribunais, o que é um eficaz instrumento para evitar a proliferação de cláusulas abusivas.

solicitado que o faça e, enquanto não houver registro, não há modificação da situação jurídica real.

Consequentemente, o Registro da Propriedade não reflete nenhuma inexatidão jurídico-real. Por isso, se o segundo adquirente negocial, com independência de que conheça ou não tal situação extrarregistral, adquire do titular registral, adquire *a domino*, porque, a rigor, o titular registral segue sendo o *dominus* e conserva o *ius disponendi*. Se, além disso, tem lugar a *Auflassung* seguida da *Eintragung*, tornar-se-á proprietário com uma titularidade *in rem*. Portanto, a situação é, em verdade, e apesar das aparências, muito similar à do Direito espanhol.

Quais seriam as consequências do conhecimento de tal “inexatidão” – efetivamente, de tal relação obrigatória extrarregistral – por parte de um segundo adquirente? Nesse caso, conforme o parágrafo 826 BGB, o primeiro adquirente poderia exercer uma ação indenizatória contra o segundo, por considerar que a proteção do mesmo é contrária aos bons costumes³⁶.

Observe-se que não se trataria de uma ação recuperatória – pois o primeiro adquirente não registrado não é o dono – mas apenas indenizatória, pois o primeiro adquirente tem apenas uma titularidade obrigacional. A admissão desta consequência supõe, não obstante, uma exceção ao princípio da abstração, embora de consequências somente obrigacionais, diferentemente do que sucede em nosso sistema, no qual o conhecimento de uma transmissão *ex* artigo 609 do Código Civil não registrada por parte de um segundo adquirente tem alcance restitutivo, embora cumpra com todos os demais requisitos do artigo 34 da Lei Hipotecária, ainda que tal alcance não se estenda aos subadquirentes que cumpram os requisitos do referido artigo.

Além disso, deve-se ter em conta, como consequência da presunção contida no parágrafo 892-I do BGB, que a prova do conhecimento da “inexatidão” corresponde a quem o alegue, o qual pode ser difícil³⁷. Por outro lado, o adquirente não fica desprotegido ante uma ação de enriquecimento se apenas conhecer os

36. FERRAND, F. *Droit Privé Allemand*. Paris: Dalloz, 1997. p. 390 e 612. HECK. *Das abstrakte diglishe Rechtsgeschäft*, 1937. Trad. Gómez Valenzuela, revisada por Lacruz Berdejo. In: *RCDI*, Tubinga, p. 1465, 1965. Observa Fuenteseca Degeneffe C. que não há acordo na doutrina alemã sobre se o negócio abstrato pode atentar ou não contra os bons costumes. Afirma que, em todo caso, atualmente, a contradição com os bons costumes não tem tanta importância na prática, quer dizer, não surge com demasiada frequência. *Op. cit.*, p. 100-101.

37. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, Madrid: Corpme, 2004. p. 207.

fatos dos quais deriva a inexatidão; deve conhecer, além disso, a própria inexatidão – não é exigido ao adquirente que conheça a relação de causalidade que existe entre os fatos e a “inexatidão” do Registro, com o que se vê beneficiado pelo erro de direito³⁸.

As probabilidades, portanto, que tem um primeiro adquirente de um titular registral que não tenha registrado sua *Auflassung* de vencer a um segundo adquirente que registrou, mesmo quando conheça a existência da situação preexistente, são muito mais escassas.

VII. A INEXATIDÃO REGISTRAL À QUAL SE REFERE O ARTIGO 34 LH. AS INSCRIÇÕES ERRÔNEAS

Se a situação do primeiro adquirente de um titular registral que não registrou sua aquisição não é jurídico-real, senão jurídico-obrigacional, e, ademais, o conhecimento dessa situação por parte de um segundo adquirente a título oneroso que registra sua aquisição não implica, por si só, cumplicidade em uma fraude a credores, e, portanto, não deveria destruir a presunção de boa-fé a qual se refere o artigo 34 LH, surge a questão de a que inexatidões jurídico-reais relativas à titularidade e cujo conhecimento por parte de um segundo adquirente compromete sua boa-fé.

Em minha opinião, tais supostos seriam os referentes a registros errados a respeito dos quais o adquirente conhece o erro. Concretamente, aqueles nos quais o sistema registral, como tal, falha, por exemplo, o notário não detecta um falseamento de identidade por parte de um comparecente que se faz passar pelo titular do registro, autoriza a escritura, e o registrador, não encontrando defeito nenhum, registra; ou o Registro não detecta a falsificação de um título, ou cometeu um erro no trato sucessivo.

38. Como expus no texto principal em páginas anteriores, cabe colocar-se a questão do que sucede se um adquirente sabe que o registro foi praticado erroneamente a favor de uma pessoa equivocada. Neste caso, o parágrafo 900 BGB estabelece que se torna proprietário ao cabo de 30 anos se possuiu do imóvel com *animus* de dono durante esse tempo. À mesma solução dever-se-ia chegar se o adquirente conhece a existência de vícios que implicam a nulidade da *Auflassung*. Observe-se que, nesses casos, o adquirente estaria adquirindo *a non domino*, para o que não o ampara o Registro, mas que necessita adquirir mediante prescrição. Se o adquirente conhece os defeitos do negócio causal de seu transmitente, isso não impede sua aquisição como consequência do princípio da abstração. Poderia dar lugar, em todo caso, a uma ação indenizatória por ser contrário aos bons costumes – *ex* parágrafo 826 BGB.

Nesses casos, o titular registral não abdicou e, portanto, o terceiro, se desconhecer o erro – e, portanto, é de boa-fé –, adquire de um *non dominus*, mas, se conhecer o erro, está conhecendo uma inexatidão jurídico-real e, conseqüentemente, não é mantido em sua aquisição e só poderá adquirir por usucapião.

VIII. REFERÊNCIA À INSCRIÇÃO ERRÔNEA NO BGB

No Direito alemão, se um adquirente souber que o registro foi praticado erroneamente a favor de uma pessoa equivocada, o parágrafo 900 BGB estabelece que se tornará proprietário ao cabo de 30 anos se tiver possuído o imóvel como dono durante esse tempo. À mesma solução dever-se-ia chegar se o adquirente conhecer a existência de vícios que impliquem a nulidade da *Auflassung*. Observe-se que, nesses casos, o adquirente estaria adquirindo *a non domino*, para o que não lhe ampara o Registro, senão que necessita adquirir mediante prescrição. Uma solução semelhante seria a procedente, no mesmo caso, do sistema espanhol.

Pelo contrário, se o adquirente conhecer os defeitos do negócio causal de seu transmitente, isso não impedirá sua aquisição mediante a *Auflassung* como conseqüência do princípio da abstração. Poderia dar lugar, em todo caso, a uma ação indenizatória por ser contrário aos bons costumes *ex* parágrafo 826 BGB.

Em nosso sistema, sem embargo, tal conhecimento – considerado pela jurisprudência do Supremo Tribunal como conhecimento de uma inexatidão registral de caráter jurídico-real e, portanto, que compromete a boa-fé do adquirente – teria efeitos *in rem*, quer dizer, impediria que fosse “mantido em sua aquisição” se o transmitente exercitasse uma ação recuperatória.

Essa é uma diferença essencial entre ambos os sistemas. Por isso, concordo com Nuena Casas³⁹, quando afirma que, no Direito alemão, não se produz com a abstração uma alteração no conceito de boa-fé, mas uma redução das hipóteses de ausência de titularidade, de modo que os terceiros que conheçam o vício da causa jurídica não necessitam invocar os preceitos da fé pública registral – parágrafo 892 do BGB – já que adquiriram de quem tinha poder de disposição e queria transmitir.

Nada impede, no entanto, que nossa jurisprudência evolua até o sentido do que fez a jurisprudência alemã em benefício de proprietários, adquirentes, credores e do sistema econômico em seu conjunto.

39. NUENA CASAS, M. In: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona: J. M. Bosch, 1996. p. 199.

IX. A DILIGÊNCIA EXIGÍVEL PARA FICAR PROTEGIDO PELO ARTIGO 34 DA LEI HIPOTECÁRIA. NEM ESTE ARTIGO NEM O PARÁGRAFO 892.1 DO BGB EQUIPARAM *CULPA LATA* A CONHECIMENTO DA INEXATIDÃO EM MATÉRIA DE IMÓVEIS

Todo o exposto nos leva a provocar a questão de qual deveria ser a diligência exigível a um adquirente para ficar protegido pela denominada fé pública registral. De acordo com o retratado, a única diligência exigível, se houver, deveria ser a consulta do Registro da Propriedade, um instrumento pelo qual o Estado decide quais titularidades protege *in rem* e, além disso, permite conhecê-las a quem tenha um interesse legítimo, como é o caso de quem esteja interessado em adquirir o bem⁴⁰. No limite, nem sequer essa diligência seria exigível, mas tão somente a de adquirir do titular do registro com faculdades de disposição segundo o Registro – o que, a rigor, pode ter lugar sem que se tenha produzido consulta alguma ao mesmo. Seria, além disso, exigível que não conhecesse nenhuma inexatidão jurídico-real que afetasse a situação registral vigente, entendendo que, em se tratando de propriedade registrada, a titularidade meramente negocial, isto é, não registrada, é uma titularidade *in personam* e, portanto, não é uma situação jurídico-real.

Essa interpretação é consistente com a lógica da economia de mercado, que exige que as transações sejam ágeis e seguras e que as questões relativas a titularidades e ônus se resolvam mediante o exame dos títulos que representam os direitos sobre os bens objeto de transação. Para efeitos do mercado – dos terceiros –, tais títulos, em se tratando de imóveis registrados, são as inscrições registrai⁴¹.

A este respeito, convém recordar que as regras da segurança do tráfico jurídico, como afirma Paz-Ares⁴², a partir da perspectiva dos custos, devem ser entendidas como regras que limitam a informação necessária para adquirir um direito. Com base nelas, o adquirente necessita dispor de relativamente pouca informação para se manter ao abrigo daquelas circunstâncias que, sob a vigência das regras de uma suposta segurança dos direitos, o fariam perder o direito que deseja

40. Nesse sentido, o artigo 606 CC dispõe: “O Registro da Propriedade será público para os que tenham interesse conhecido em averiguar o estado dos bens imóveis ou direitos reais anotados ou registrados.” No mesmo sentido, artigos 221 a 237 LH e concordantes com o Regulamento Hipotecário – artigos 332 a 335.

41. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *La inscripción como título valor ...*, cit.

42. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico. *RDM*, p. 175-176, 1985.

obter, pelo que as regras da segurança do tráfico têm por objeto reduzir ou comprimir os custos de transação que alternativamente poderiam dificultar intercâmbios tipicamente eficientes.

O Supremo Tribunal, no entanto, está seguindo, ao menos em parte, uma orientação jurisprudencial que exige uma especial diligência ao adquirente para ficar protegido pela fé pública registral anteriormente exposta. Das duas concepções predominantes em matéria de fé pública registral⁴³, o Supremo Tribunal tende a se inclinar pela denominada concepção ética⁴⁴, segundo a qual “a boa-fé consiste na convicção de não lesionar legítimos direitos ou interesses alheios” – por exemplo: STS 12 de janeiro de 2015 – e, conseqüentemente, a boa-fé só protege do erro escusável. Por isso, essa concepção exige ao adquirente de um titular registral uma maior diligência que a denominada concepção psicológica, uma diligência que vá mais adiante da consulta do conteúdo do Registro da Propriedade.

Assim, a sentença do Supremo Tribunal de 7 de setembro de 2007 – de especial transcendência por se tratar de uma sentença plenária – considerou que “deve-se estimar falta de diligência incompatível com a boa-fé a falta de comprovação da propriedade *in situ*”⁴⁵. Aprofundando nesta mesma linha, a sentença do Supremo Tribunal de 12 de janeiro de 2015 – também sentença plenária – considera que a boa-fé fica desvirtuada quando “existe uma situação possessória clara e manifesta que se exercite com *animus* de dono e que, portanto, contradiga ou ponha em séria dúvida a exatidão da informação registral, com relação ao direito inscrito”.

A “carga ética de diligência” exigível, segundo esta sentença, faz com que a existência de tais situações *claras e manifestas* – e não outras – comprometam a boa-fé do adquirente e impeçam, portanto, que fique protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, pois sua ignorância da “inexatidão” registral não seria escusável.

E não o seria porque tal ignorância se deve a sua negligência – conferir SSTS 25.10.1999 e 11.10.2006 entre outras –, já que tais situações permitem ao terceiro

43. Alguns autores negam a distinção entre uma concepção psicológica e outra ética da boa-fé do artigo 34 LH, *verbi gratia*, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. In: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH, P. (Director). *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1991, p. 42. t. I.

44. Veja-se DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Director). *Comentarios a La Ley Hipotecaria*. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016. p. 561-563.

45. Nessa linha, as sentenças de 14 de fevereiro de 2000, 8 de março de 2001, 9 de maio de 2003 ou 18 de fevereiro de 2005.

conhecer a existência de um possível titular distinto do registral, o que converte seu erro em inescusável, correspondendo, em todo caso, a prova da inescusabilidade do erro a quem a nega – STS 4-III-1988 –, algo que, segundo resulta da lógica da própria sentença, seria, em último extremo, impossível para um adquirente, quando houvesse uma posse com *animus* de dono clara e manifesta.

Desse modo, essa linha jurisprudencial parece ir mais além do que as posições sustentadas por Lacruz e Sancho⁴⁶ ou por Diez Picazo⁴⁷, para se aproximar da tese sustentada por Nuena Casas⁴⁸, Murga Fernández J. P.⁴⁹ ou Vallet de Goytisolo, o qual realizou, por sua vez, uma defesa da sociedade agrária, distante das exigências da economia de mercado e, concretamente, do lavrador que é “diligente no substancial” – o cultivo – e “negligente no acidental” – o registro –, afirmando,

-
46. Lacruz e Sancho afirmam: “Mas a afirmação de que a situação possessória do imóvel, conhecida ou dada a conhecer pelo adquirente, elimina sua boa-fé, precisa, a nosso entender de certos esclarecimentos. A tenência... há de ser a título de dono, mas o adquirente deve conhecer, não apenas o fato da posse por pessoa distinta do alienante, mas o título pelo que se possui. E a atribuição do dever de conhecer deve fazer-se com critério restritivo. A expressão “ter meios racionais e motivos suficientes”, no artigo 36, não impõe ao terceiro um dever estrito de inspecionar o imóvel, nem menos de empregar meios extraordinários para certificar-se de sua situação possessória, e bastará observar, se não houver suspeitas de uma situação anormal, uma conduta que possa ser considerada como corrente e racional em um adquirente de tipo médio. O contrário seria uma remora para o trânsito. Assim, pois, a falta no adquirente de meios racionais para conhecer o estado possessório fará funcionar a proteção do registro contra aquele que oculta sua posse, assim como a ausência de motivo suficiente para investigá-la poderá privar do domínio igualmente por obra da fé registral, a quem ostenta uma posse pública... É, em nosso modo de ver, essa diligência média (que somente poderá ser definida em cada caso concreto) a que basta ao terceiro adquirente para gozar da tutela do Registro.” (LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. de A. *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Librería Bosch, 1977. p. 216.)
47. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008. t. III, Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión, p. 528.
48. NUENA CASAS, M. Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo. *RCDI* n. 722, p. 2930.
49. Para este autor, o terceiro hipotecário “não pode se limitar a consultar o Registro para reunir o requisito da boa-fé, senão que deve fazer algo mais; não desconhecendo aquelas situações possessórias que se oponham frontalmente ao publicado no Registro”. (MURGA FERNÁNDEZ, J. P. La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007. *RCDI*, n. 732, p. 1069-2041 e 2014 ss., 2012.

além disso, que isso é o que convém à economia nacional. Escrevia Vallet de Goytisoló em 1957⁵⁰:

O proprietário que possui e cultiva suas terras, mas esquece-se de seu registro, é diligente no substancial, embora negligencie o formal. Por outro lado, o terceiro adquirente do titular registrado e que, por sua vez, registre, mas não se preocupou em examinar a propriedade, nem se interessou por seu estado possessório, será muito diligente no formal, mas terá descuidado do substancial. E que razão tem para que seja preferida a negligência formal à substancial? Além disso, a partir do ponto de vista nacional ou do social, não cabe dúvida de que merece mil vezes maior proteção o camponês que cultiva suas terras, que as faz produzir incorporando-as à Economia nacional e que, em contato com a coisa, realiza o fim social desta, que não aquele adquirente, provavelmente especulador, que, embora tenha preenchido perfeitamente todos os requisitos formais, nem sequer ao menos se dignou a dar uma olhada de compreensão ao pedaço da mãe-terra que vai adquirir.

-
50. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública, 1957. In: *Estudios sobre Derecho de cosas*, 1973. p. 335. O texto de Vallet é mais um argumento que um raciocínio científico. Simplesmente reflete sua resistência – em 1957 – à evolução do país em direção a uma economia de mercado, com sua característica contratação impessoal e a progressivamente relevante função do Registro da Propriedade na nova realidade. O argumento de Vallet de Goytisoló é muito semelhante ao de Ortiz de Zárate durante a discussão parlamentar da Lei Hipotecária de 1861, mas quase um século depois. Dizia Ortiz de Zárate: “isto, em minha opinião, senhores, é muito grave; aqui, estamos para sancionar um princípio inteiramente oposto aos princípios e às ações legais. Até hoje, entre nós, era um axioma que o dono perseguia a coisa onde quer que a encontrasse, e outro axioma era que nada poderia dar o que não tinha. Esses dois axiomas vêm abaixo com esta Lei.” (*Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Madrid: Castalia, 1989. t. I, v. I., p. 162.)

A resposta a Vallet poderia ser a mesma que o Sr. Permanyer deu um século antes a Ortiz de Zárate: “O que deveria acontecer doravante é que um título, mesmo realmente translativo do domínio, não produza seu efeito em prejuízo de terceiro pela circunstância de não estar registrado, pela falta da condição legal, extrínseca, que é a garantia da publicidade e que o é também do crédito territorial. Mas a falta deste requisito poderia ser imputado a ninguém mais que a si mesmo, aquele que deva sofrer suas consequências, porque já doravante a ninguém será lícito escusar-se de semelhantes omissões.” (*Leyes Hipotecarias...*, t. I, v. I, p. 182). Tudo isso sem nos esquecermos da luminosa intervenção do Sr. Arrazola durante a discussão no Senado do Projeto da Lei Hipotecária de 1861: “... isso é o que havia de fazer a nova lei hipotecária: dar ampliação à propriedade, convertê-la em moeda territorial que possa passar de mão em mão como passa uma nota promissória ou uma letra de câmbio...” (*Leyes Hipotecarias...*, t. I, v. II, p. 80.)

Muito ao contrário do que afirma Vallet, a criação de capital e o desenvolvimento de uma economia de mercado exige, como observa De Soto:

[...] focalizar a atenção no título que representa um ativo, seja uma casa, um campo, etc., em lugar de no ativo mesmo e na proteção das transações, inclusive, por cima dos títulos, para facilitar a criação de redes amplas de intercâmbios. O capital – afirma De Soto – nasce de representar por escrito – no título, em um valor, em um contrato, e em outros testemunhos similares – as qualidades econômicas e socialmente mais úteis acerca do ativo, em oposição aos aspectos visualmente mais evidentes do próprio ativo. Quando alguém concentra a atenção no título de propriedade da casa, por exemplo, e não na própria casa, enquanto um objeto tangível, automaticamente deu o passo do mundo físico ao universo conceitual onde o capital vive... [...] ...embora estabelecidos para proteger tanto a segurança do título como a das transações, é óbvio que os sistemas ocidentais aprofundam esta última. A segurança se acentua a fim de tornar confiáveis as transações para facilitar que os ativos das pessoas levem uma vida paralela como capital. Por outro lado, na maioria dos países em vias de desenvolvimento, a lei e os escritórios do governo seguem aprisionados na antiga normatividade... romana, mais orientada a proteger o título que as transações. Limitam-se a ser guardiãs dos desejos dos mortos. Isto talvez explique por que criar capital sobre propriedades ocidentais é tão simples, e por que nos países em vias de desenvolvimento e nos que saem do comunismo, a maior parte dos ativos escapou do sistema formal legal em busca de mobilidade.⁵¹

É, portanto, a partir de uma concepção correspondente a um estágio anterior à generalização e ao desenvolvimento da economia de mercado – na qual predominava a economia agrária, preferentemente dirigida à subsistência –, que Vallet de Goytisolo exige para o terceiro no artigo 34 da Lei Hipotecária os mesmos requisitos que exige o artigo 36 da mesma lei para proteger, sob certos requisitos, ao usucapiente *contra tabulas*. Concretamente, a diligência consistente em não ter conhecido nem ter podido conhecer, que exige o artigo 36 da mesma lei para proteger o titular do registro que reúna os requisitos do artigo 34 da Lei Hipotecária diante da prescrição aquisitiva *contra tabulas*. Em consonância com isso, afirma Vallet de Goytisolo⁵²:

O artigo 448 do Código Civil assenta uma presunção de domínio em favor do possuidor com *animus* de dono que, com efeito negativo, pode neutralizar a

51. DE SOTO, H. *El misterio del capital*. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo. Barcelona: Península, 2000. p. 69 y 82.

52. VALLET, ob. cit., p. 443.

presunção legitimadora a favor do titular registral do artigo 38 da Lei Hipotecária. Esta presunção do artigo 448 do Código Civil tem a publicidade que lhe dá a lei. Sua ignorância não se excusa. Por isso, não pode ser catalogada como diligência normal a do adquirente que não se preocupa em examinar a situação possessória do imóvel que vai adquirir.

Não parece, sem embargo, que essa posição se ache justificada: o artigo 34 da Lei Hipotecária é uma peça vertebral do Direito à segurança do tráfico jurídico, próprio de uma economia de mercado, no âmbito imobiliário, enquanto que o artigo 36 da Lei Hipotecária é uma exceção ao mesmo que apenas opera em hipóteses concretas e excepcionais: usucapião consumada ou que possa se consumir dentro do ano seguinte à aquisição – e que, portanto, o adquirente ainda pode interromper – sempre que se cumpram determinadas condições.

A usucapião *contra tabulas* é conceitualmente contrassistemática. Por isso, esse preceito só admite uma usucapião consumada ou ao ponto de ser consumada e, portanto, com um longo tempo de posse a título de dono pelo usucapiente, por isso admite que, nessas circunstâncias, o adquirente, para ficar protegido ante essa exclusiva eventualidade, deve observar uma diligência específica. É essa proteção excepcional em uma situação excepcional a que exige uma diligência específica para o terceiro adquirente para ficar protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, ao passo que o artigo 36 da Lei Hipotecária exige que o adquirente não conheça ou não tenha meios racionais e motivos suficientes para conhecer “antes de consumir sua aquisição, que a propriedade ou direito estava possuído de fato e a título de dono pela pessoa distinta de seu transmitente”, sem embargo, o artigo 34 da Lei Hipotecária afirma que a ignorância da inexatidão do registro por parte do adquirente se presume “sempre”, quer dizer, em todo caso e, portanto, à margem de que tivesse ou não meios racionais e motivos suficientes para conhecê-la ou, inclusive, para saber que o imóvel estava possuído de fato e a título de dono por pessoa distinta de seu transmitente.

Como afirma Roca Trias, o artigo 36 da Lei Hipotecária exige, para que a usucapião *contra tabulas* prejudique a um adquirente que incorra em *culpa lata*, algo que não exige o artigo 34 da mesma⁵³. Como afirma essa autora:

...Pode-se dizer que o artigo 36 coloca o terceiro em uma situação de boa-fé qualificada que se precisa tentar delimitar. A ignorância a que se refere o artigo 36 da Lei Hipotecária parece ser distinta da do artigo 34; efetivamente,

53. ROCA TRIAS, M. A. *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*. RCDI, n. 530, p. 9 a 74, enero-febrero 1979.

o artigo 34 exige desconhecimento da situação jurídico-real do imóvel ou da falta de poder de disposição do transmitente; por outro lado, o artigo 36 da Lei Hipotecária acrescenta a exigência de que esta ignorância se estenda às circunstâncias de fato do imóvel, considerando-se que se o adquirente não chegou a este conhecimento, afetá-lo-á a usucapião porque incorre em *culpa lata*.

Precisamente por isso não se justifica a extensão dos requisitos da boa-fé do artigo 36 da Lei Hipotecária à boa-fé do artigo 34 da mesma. Se o legislador tivesse pretendido estendê-la ao artigo 34, teria dito isso explicitamente, como fez no artigo 36. As normas excepcionais, ademais, são de interpretação restritiva.

Por outro lado, a presunção do artigo 448 do Código Civil entende-se melhor se for circunscrita à propriedade não registrada, como sucede ao longo do Código Civil. Tratando de propriedade inscrita, deve prevalecer o artigo 38 da Lei Hipotecária, como consequência da remissão efetuada à mesma pelos artigos 605, 608 e 1.537 do Código Civil.

Neste ponto, convém sublinhar que, levada às suas últimas consequências, a posição do Supremo Tribunal, expressa na sentença de 12 de janeiro de 2015, tem como consequência que, para o adquirente de um titular registral que possua a título de dono de forma clara e manifesta, lhe é indiferente registrar sua aquisição, pois tal posse impede que haja boa-fé em um segundo adquirente que registre, o que, em última instância, impede que seja protegido pela fé pública registral definida pelo artigo 34 da Lei Hipotecária.

Trata-se, portanto, de uma interpretação inevitavelmente destrutiva do sistema de segurança do tráfico jurídico no âmbito imobiliário, articulada por meio da fé pública registral, contrária à literalidade do artigo 34 da Lei Hipotecária, à consistência interna do sistema, e com efeitos danosos tanto para a segurança das titularidades como para a facilidade de sua transmissão e, portanto, para o funcionamento eficiente dos mercados imobiliário e hipotecário.

No caso objeto da sentença de 12 de janeiro de 2015, é a ausência de uma posse “clara e manifesta” a título de dono a que impede destruir a presunção de boa-fé do artigo 34 da Lei Hipotecária. Esta posição jurisprudencial supõe, além disso, a destruição da presunção da boa-fé específica do artigo 34 da Lei Hipotecária – “A boa-fé do terceiro presume-se *sempre* enquanto não se prove que conhecia a inexistência do Registro” –, mediante a aplicação ao artigo 34 da Lei Hipotecária do disposto pelo artigo 36.b) da mesma, previsto, exclusivamente, para a prescrição aquisitiva *contra tabulas*.

Deve-se levar em consideração, além disso, que um possuidor pode possuir fraudulentamente o título de dono e que, em todo caso, não se lhe pode obrigar a

exibir seu título – artigo 448 CC – e que, ainda que o exibisse, isso demonstraria a vigência do mesmo.

Adicionalmente, que o artigo 34 da Lei Hipotecária não exige a comprovação do estado possessório do imóvel demonstra-o, além disso, o disposto na Lei 4/2013, de 4 de junho, sobre a flexibilização e fomento do mercado de aluguel de habitações, cujo Preâmbulo diz:

Ainda assim é preciso normatizar o regime jurídico do arrendamento de habitações para que a proteção dos direitos, tanto do arrendador quanto do arrendatário, não se consiga à custa da segurança do tráfico jurídico, como acontece na atualidade.

A consecução desta finalidade exige que o arrendamento de habitações regulado pela Lei 29/1994, de 24 de novembro, de Arrendamentos Urbanos, seja submetido ao regime geral estabelecido pelo nosso sistema de segurança do tráfico jurídico imobiliário e, em consequência, em primeiro lugar, que os arrendamentos não registrados sobre propriedades urbanas não possam surtir efeitos frente a terceiros adquirentes que registrem seu direito e, em segundo lugar, que o terceiro adquirente de uma habitação que reúna os requisitos exigidos pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, não possa resultar prejudicado pela existência de um arrendamento não registrado. Tudo isso, sem nenhuma diminuição dos direitos nem do arrendador, nem do arrendatário.⁵⁴

Como consequência, dispõe o artigo 14.1 da citada Lei:

O adquirente de uma propriedade registrada no Registro da Propriedade, arrendada como habitação em todo ou em parte, que reúna os requisitos exigidos pelo artigo 34 da Lei Hipotecária, somente ficará sub-rogado nos direitos e obrigações do arrendador se o arrendamento se achasse registrado, conforme o disposto nos artigos 7 e 10 da presente lei, com anterioridade à transmissão da propriedade.

Se o legislador tivesse considerado ajustada legalmente a exigência de que é necessário inspecionar a propriedade para gozar da boa-fé do artigo 34 da Lei Hipotecária ou que uma posse notória a comprometeria, não teria exigido o registro para que o arrendamento da habitação possa afetar a um terceiro do artigo 34 da Lei Hipotecária, se considerarmos que o arrendamento implica posse.

Essa consequência e, sobretudo, as consequências que derivam da mesma, evidenciam as razões pelas quais a interpretação que faz a sentença citada – que

54. Vejam-se, entre outros, os artigos 7, 9.4 e 14 da citada lei.

segue a linha estabelecida pela sentença de 7 de setembro de 2007 – da diligência exigível ao terceiro para ficar protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária não é consistente com a própria Lei Hipotecária nem com as funções e finalidades do Registro da Propriedade, mas com as necessidades próprias de uma sociedade agrária, baseada predominantemente em uma economia de subsistência, na qual não se desenvolveu a economia de mercado, e contrária às exigências desta última, que requer uma informação em relação aos atributos jurídicos do bem que se deseja adquirir o mais completa e simetricamente distribuída possível.

Efetivamente, o caráter claro e manifesto de uma situação possessória a título de dono tem um alcance espacial muito reduzido. O alcance geográfico da notoriedade opera, em todo caso, a uma escala tão reduzida em relação à escala na qual opera uma economia de mercado – no caso de nosso país, uma escala europeia e, em boa parte, global – que, contemplada a partir desta, deveria resultar irrelevante⁵⁵.

A argumentação da sentença do Supremo Tribunal de 12 de janeiro de 2015 – e da linha jurisprudencial que segue – tem sentido ou pode tê-lo em uma economia agrária, com assentamentos humanos reduzidos, normalmente com um alto grau de analfabetismo, na qual a terra e os imóveis em geral não são objeto de transação frequente – muito menos de hipoteca – porque sua função essencial consiste na produção de alimentos, normalmente para a subsistência, especialmente em economias agrárias com um estado primário de desenvolvimento. Nesse entorno de mercados muito reduzidos, as transações têm lugar entre amigos e conhecidos. Nesse estágio de desenvolvimento, não faz falta nenhum Registro da Propriedade para que os reduzidos mercados existentes possam funcionar, mas apenas para que possam ampliar-se. Para o primeiro, basta que a contratação se faça de forma que seja conhecida por todos.

A necessidade dos registros surge quando os mercados se ampliam e a contratação já não é apenas feita entre amigos e conhecidos, mas entre desconhecidos e, portanto, surge uma série de incertezas que é preciso resolver para poder contratar, às quais me referi anteriormente.

Os registros de direitos solucionam as incertezas relativas à titularidade e ao ônus fornecendo ao mercado um legitimado para dispor, com uma titularidade *in rem inter tertios*, e blindando os adquirentes de boa-fé diante de qualquer causa de invalidez, ineficácia, etc., que possa afetar os atos e os negócios jurídicos relativos ao mesmo bem, anteriores a seu próprio negócio aquisitivo, que, tendo alcance real, não se achem registrados, assim como com relação àqueles direitos

55. Nessa mesma linha, JEREZ DELGADO, C. Q. *La buena fe registral*, cit., p. 24 a 27.

reais de garantia ou medidas cautelares de caráter judicial ou administrativo que não se achem devidamente inscritas ou anotadas.

Isso faz com que a única diligência exigível a quem deseje adquirir uma propriedade registrada seja, se houver, a consulta ao Registro⁵⁶. No limite, o único exigível é que adquira de quem resulte ser o titular registral com faculdades de disposição suficientes e não conheçam inexatidão jurídico-real do Registro, entendendo tal expressão em sentido definido neste estudo⁵⁷.

Se a existência de situações possessórias a título de dono “claras e manifestas” impossibilitar a boa-fé do terceiro – artigo 34 LH –, dificulta-se a contratação impessoal, isso é, o mercado. Se o conhecimento da existência de negócios jurídicos anteriores de finalidade translativa não registrados destruírem a boa-fé – 1.298 CC –, então, paradoxalmente, dificultar-se-á em maior medida a contratação local, entre conhecidos, que a contratação a uma escala mais ampla, na qual a possibilidade de conhecer a existência de tais negócios jurídicos é menor.

Em ambos os casos, chega-se aos mesmos resultados: a proteção de quem utilizou em seu favor o sistema de registro e, no entanto, não registrou sua aquisição, produzindo, assim, prejuízos de caráter geral, como consequência da desproteção de quem consultou o Registro e contratou conforme a informação obtida do mesmo, à margem das situações possessórias existentes ou dos conhecimentos, mais ou menos certos ou completos, que possa ter acerca da existência de transmissões anteriores, em todo caso, não registradas.

Afortunadamente, algumas sentenças posteriores – STS 21-VII-2016, cujo relator foi o Exmo. Sr. Pantaleón Prieto F.–, das quais resulta que a única diligência

56. Essa é a opinião, entre outros, de PAU PEDRÓN, A. La teoría de los principios hipotecarios. In: *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid: Corpme, 1977. p. 66. Também JEREZ DELGADO, C. In: *Tradición y Registro*. Madrid: Corpme, 2004. p. 69.

57. Resulta útil trazer à colação as seguintes observações de De Soto: “Uma razão importante pela qual os sistemas de propriedade formal do Ocidente funcionam como uma rede é que... os registradores públicos administram arquivos que contêm todas as descrições economicamente úteis dos ativos, trate-se de terras, bens móveis ou imóveis, navios, indústrias, minas ou aeronaves. Esses arquivos alertarão ao interessado no uso de determinado ativo acerca dos aspectos que poderiam restringir ou enriquecer sua realização: gravames, servidões, arrendamentos financeiros, dívidas atrasadas, quebras e hipotecas. Os registros também garantem que os ativos estejam representados de modo adequado e preciso, em formatos apropriados fáceis de manter atualizados e de serem obtidos.” (DE SOTO, H., op. cit., p. 81.) Isso torna evidente que, para o adequado funcionamento do mercado, deve bastar a consulta ao Registro e, no limite, simplesmente contratar com o titular do registro sem necessidade de indagar sobre o estado de fato do imóvel.

exigível é a consulta do conteúdo do Registro⁵⁸, como sustenta parte da doutrina⁵⁹, estão corrigindo aquela orientação⁶⁰.

Ao contrário disso, em situações paralelas às da propriedade imóvel registrada que também são regidas pelo Direito da segurança do tráfico, nosso ordenamento jurídico exige, efetivamente, para reconhecer boa-fé ao adquirente, a diligência necessária a fim de não incorrer em culpa grave. Este é o caso dos títulos ao portador – artigo 545 do Código de Comércio –, letras de câmbio – artigo 12 da Lei Cambial – e do Cheque – ou cheques – artigo 119 da mesma Lei.

O artigo 34 da Lei Hipotecária, no entanto, não exige esse nível de diligência. Muito distintamente, afirma que a boa-fé do terceiro “presume-se sempre” e, para desvirtuá-la, é necessário provar “que conhecia a inexatidão do Registro”. Em outros termos, nem sequer o desconhecimento imprudente compromete a presunção de boa-fé do artigo 34 da Lei Hipotecária⁶¹.

58. Diz o Fundamento de Direito Primário da Sentença de 21 de julho de 2016: “Da prova praticada não pode deduzir-se que o Banco atuara de má-fé. O recorrente possui diversos serviços jurídicos, mas não para conhecer a situação das propriedades, pois para isso e para dotar de segurança ao trânsito jurídico, criou-se o Registro da Propriedade. Assim que, em primeiro lugar, a parte autora atuou negligentemente não protegendo seus interesses, pois devia ter comprovado o registro das proibições de alienar escrituradas no Registro ou em seu caso interessando-se por si mesma por seu registro. Por outra parte, não pode prejudicar o não registrado salvo se prove que se conhecia e não efetuou atividade probatória a respeito.”

59. Veja-se JEREZ DELGADO, C. *Tradición y registro*. Madrid, 2004, p. 69 e PAU PEDRÓN, A. La teoría de los principios hipotecarios. In: *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid: Corpme, 1977. p. 66.

60. A STS de 4 de setembro de 2017, no entanto, volta à linha anterior, ao afirmar: “A carga ética da diligência do adquirente não significa que se prescindia do Registro, mas a proteção do registro se limita, de acordo com o disposto pelo artigo 34 LH, que exige boa-fé, quando o adquirente não implantou uma diligência de acordo com as circunstâncias para certificar-se de que haja coincidência entre a realidade e o Registro, quer dizer, quanto teve “meios racionais e motivos suficientes para conhecer, antes de consumir sua aquisição, que a propriedade ou direito estava possuído de fato e a título de dono por pessoa distinta de seu cedente.” Apesar dessa argumentação, na realidade, no entanto, esta sentença considera que desvirtua a boa-fé do adquirente a própria descrição das propriedades no Registro, onde apareciam descritas como “destinadas a zona verde, estrada, estacionamentos e alargamento de uma avenida, tal como resulta da certificação de cargas”. Isso, como afirma o Supremo Tribunal “impunha a implantação de uma diligência mínima... para conhecer a verdadeira situação das propriedades”. Mas esta diligência é exigível pela própria descrição do registro, não porque existia um dever de diligência genérico de comprovar a situação possessória”.

61. O texto que precede ao texto articulado da Lei de 30 de dezembro de 1944, a título de preâmbulo, em seu caso, exposição de motivos, afirma: “O registro somente protege

Isso é o que sucede também no BGB.

Efetivamente, em se tratando de imóveis, a ignorância por *culpa lata* não se equipara ao conhecimento, e isso, como assinala Wolff-Raiser⁶², porque no Registro Imobiliário pode-se ter maior confiança que na posse⁶³. Para que deixe de operar a presunção de exatidão no registro a favor do adquirente do parágrafo 892-I BGB, requer-se, portanto, um conhecimento positivo da inexatidão registral, sem que seja relevante o desconhecimento por imprudência. Além disso, sobre o adquirente que confia no conteúdo do Registro da Propriedade não recai o dever de comprovar a situação jurídico-material da propriedade que adquire⁶⁴.

Tratando-se de bens móveis, no entanto, o parágrafo 932-2º BGB⁶⁵ exige que o adquirente não tenha incorrido em culpa grave, por isso, equipara a *culpa lata* ao conhecimento.

X. A TESE DA IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAR, EM ABSTRATO, A EXISTÊNCIA DE BOA OU MÁ-FÉ, NO ADQUIRENTE

Todo o anteriormente exposto, por si só, já supõe um enfraquecimento – não justificado nem desejável – não apenas para o comércio jurídico de titularidades imobiliárias seguras, mas para a segurança dos próprios direitos que se pretendem proteger, pilares ambos de uma economia de mercado.

com caráter *iuris et de iure* aos que contratarem a título oneroso enquanto não se demonstre havê-lo feito de má-fé”, o que deixa meridianamente clara a vontade do registrador. Não se exige diligência nenhuma ao adquirente – salvo adquirir do titular do registro com capacidade para dispor –, daí que sua boa-fé se presuma “sempre” no texto do artigo 34 LH.

62. WOLFF-RAISER. *Derecho de cosas*. In: KIPP WOLFF, Enneccerus. *Tratado de Derecho Civil*. Trad. Pérez González y Alguer. Barcelona, 1971. t. III, 1º, p. 274.
63. A questão também pode ser enfocada de outro modo: não pode ser dada à posse imobiliária o mesmo alcance legitimador que se dá à posse mobiliária porque, em matéria de imóveis, cabe que coexistam diversos *iura in rem*, não todos os que implicam contato possessório, por isso, diferentemente do que sucede com os bens móveis, a posse imobiliária não é um indício confiável de titularidade. Esta é uma das razões pelas quais surgem os Registros da propriedade. Veja-se MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Fundamentación ecopnómica ...*, cit., p. 102 ss.
64. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*. Madrid: Corpme, 2004. p. 208.
65. O parágrafo 932.2º do BGB dispõe, em relação a bens móveis, que “o adquirente não é de boa-fé se é conhecido por ele, ou desconhecido em consequência de culpa grave, que a coisa não pertence ao alienante”. Deve-se salientar que, no Direito alemão, a transmissão da propriedade mobiliária não requer registro, senão entrega – parágrafo 929 do BGB.

A isso deve-se acrescentar que a concepção dominante da boa-fé, fortemente influenciada pela ideia de que o segundo adquirente que registre é um adquirente *a non domino*, tende a considerar que a questão de se o adquirente que registra procede ou não de boa-fé deve ser avaliada pelo julgador em cada caso concreto. Assim, a tão mencionada sentença de 12 de janeiro de 2015 afirma que, nesses casos, não cabe uma apreciação da existência de boa-fé ou má-fé em abstrato, mas que se deve modular “no marco concreto e circunstancial que apresente a impugnação efetuada pelo titular extrarregistral”. Não é necessário insistir que isso concede ao julgador uma ampla margem de discricionariedade, cuja consequência consiste em uma perigosa diminuição da segurança jurídica e, portanto, um incremento das dificuldades transacionais.

Como expus anteriormente, em minha opinião, tem razão Miquel González⁶⁶ quando afirma que não se pode invocar que a boa-fé é una como instrumento para elidir a definições legislativas precisas como – entre outras – a do artigo 34, II, da Lei Hipotecária, definições que fazem com que nesses preceitos a boa-fé tenha sido concretizada pelo legislador e não seja um conceito indeterminado que possa ser precisado pelo juiz.

A boa-fé, em efeito, tem um significado específico no artigo 34 da Lei Hipotecária, consistente na ignorância da inexatidão do registro, cujo alcance tentei concretizar; desconhecimento que o artigo 34 da Lei Hipotecária presume “sempre”, quer dizer, em todo caso, presunção que, portanto, não pode ser desvirtuada pela existência de situações possessórias a título de dono, ainda quando sejam aparentemente claras e manifestas.

XI. MOMENTO NO QUAL DEVE CONCORRER A BOA-FÉ E COMPETÊNCIA PARA A APRECIÇÃO DA MESMA

Quanto ao momento em que deve concorrer a boa-fé, a generalidade da doutrina e a da jurisprudência coincidem em que há de ser no momento da consumação do negócio jurídico aquisitivo, o que, segundo entendo, faz referência não ao momento da consumação do negócio jurídico de finalidade aquisitiva, mas ao da aquisição, isto é, uma vez que a *traditio* tenha tido lugar. Nas hipóteses nas quais haja outorga de escritura pública, ordinariamente, a *traditio* coincidirá com tal outorga, conforme o disposto no artigo 1.462, II, do Código Civil.

66. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. In: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (Diretor). *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1991. t. I, p. 42. No mesmo sentido, JEREZ DELGADO, C. *La buena fe registral*. Madrid: Corpme. p. 11-13.

Compartilho dessa opinião porque, embora o adquirente do titular registrado, enquanto não registra, tenha uma titularidade meramente negocial, é uma titularidade – precisamente a que lhe faculta solicitar o registro a seu favor – e, portanto, a boa-fé deve ser exigível nesse momento. O princípio segundo o qual *mala fides superveniens non nocet* deve ser entendido que opera a partir desse momento⁶⁷.

No Direito alemão, o momento no qual se deve ter a boa-fé é o da apresentação da solicitação de registro – parágrafo 892, II, BGB –, graças ao caráter explicitamente constitutivo do registro.

A boa ou a má-fé, por último, deve ser apreciada pelos tribunais de instância, entendendo-se por tais tanto o Juizado de Primeira Instância como a Audiência. Tal apreciação não pode ser revista em cassação. Esse princípio cede no caso em que a valoração por parte do Tribunal de instância se situe “em um parâmetro de irracionalidade ou falta de lógica” – STS de 25.05.2006 –. Quanto à fixação dos fatos que fundamentam tal valoração, somente pode ser revista em cassação se forem violadas as normas sobre prova – entre outras, SSTS de 16.03.2007 e 21.01.2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A fé pública registral, de Marcelo Terra – RDI 26/36-56 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/301-332 (DTR\1990\267); e
- A Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral?, de Marinho Dembinski Kern – RDI 78/15-58 (DTR\2015\3593).

67. Sobre o momento em que deve concorrer a boa-fé em nosso sistema, veja-se *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje as profesor Celestino Cano Tello*. In: MEORO, Clemente (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 139. Também JIMÉNEZ PARÍS, T. A. *El momento de la buena fe*. Madrid: Corpme, 2006. p. 47 ss.

DIREITOS REAIS SEM REALIDADE? BREVES REFLEXÕES SOBRE A CRISE E A SUSTENTABILIDADE DA(S) TEORIA(S) REALISTA(S) NA TEORIA GERAL DO DIREITO DAS COISAS

*REAL RIGHTS WITHOUT REALITY? A BRIEF REFLECTION ABOUT THE CRISIS AND THE
PROBLEM OF SUSTAINABILITY OF THE REALIST APPROACH(ES) IN THE REAL ESTATE LAW*

HONG CHENG LEONG

Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
onde também tirou o seu Mestrado Científico em Direito, com especialização
em Direito Administrativo. As suas áreas de investigação abrangem Direito Público em geral,
Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito de Responsabilidade Civil e Direito das Coisas.
sociki124@hotmail.com

Data de recebimento: 21.04.2018

Data de aprovação: 25.05.2018

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: No presente artigo, pretendemos estudar a dinâmica dialética entre a criatividade do poder legislativo e o papel constitutivo-dogmático da doutrina na construção do ordenamento jurídico de direito das coisas em Portugal, perscrutando em especial a compatibilidade da(s) teoria(s) realista(s) com a atual configuração legislativa do direito das coisas densificada pela doutrina. Nessa senda, indagamos, em primeiro, a margem da liberdade de conformação que o legislador possui na modelação da ordem jurídico-real, visando determinar a legitimidade do legislador ordinário de criar figuras "reais" que não se baseiam na dogmática da(s) teoria(s) realista(s). Em seguida, tomando como exemplos de estudo os contratos-promessa com eficácia real e os pactos de preferências com eficácia real (e as preferências legais), ensaiamos saber se esses institutos obrigacionais

ABSTRACT: In this article, we aim to study the dialectic dynamics between the creativity of the legislative power and the constitutive role of doctrine in the construction of real estate law in Portugal, investigating particularly the compatibility of the realist approach(es) with the current legislative configuration of the Portuguese real estate law when combined with the densification contributed by the doctrine. In this vein, we will firstly seek to identify the margin of the liberty of conformation that the legislative power possesses in the task of regulation and construction of real estate law, aiming to determine the ordinary legislator's legitimacy in creating rights *in rem* that may not be based on any *in rem* relationship in the perspective of the realist approach(es). After that, we will analyse especially the promissory contracts with real effectiveness and the pre-emptive

se consubstanciam, ou não, numa fonte imediata de atribuição de qualquer direito real sobre a coisa-objeto de promessa ou de preferência. No fim, tendo como premissa as conclusões chegadas quanto à natureza dos direitos que provêm dessas "figuras duvidosas", tentamos salientar como é que uma compreensão dogmática sistematicamente mais coerente das figuras em apreço é relevante para a sustentabilidade da teoria(s) realista(s) na teoria geral do direito das coisas *de iure condito* e como isto pode ter repercussões jurídico-práticas não despreciables na matéria de responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos reais – Obrigações – Contratos-promessa – Direitos de preferência – Responsabilidade civil.

rights with real effectiveness (including the legally attributed pre-emptive rights), intending to understand if these figures really represent (or not) cases in which we can testify the presence of "rights *in rem* without *in rem* relationship" in the Portuguese legal system. In the end, basing on the conclusions achieved beforehand, we will try to demonstrate the importance of a systematically more coherent understanding of the issue at hand in the defence of the realist approach(es) *de iure condito*, and reveal the practical influences of this understanding on solving the related problems of tort and breach of contract.

KEYWORDS: Rights *in rem* – Obligations – Promissory contracts – Pre-emptive rights – Tort and breach of contract.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. A teoria realista (em sentido estrito). 1.2. A teoria personalista. 1.3. A teoria eclética. 1.4. A teoria realista afinada ou enriquecida (a teoria de Henrique Mesquita). 2. Direitos reais, leis e Constituição. 2.1. Entre os direitos reais e as leis. 2.2. Entre os direitos reais, as leis e a Constituição. 2.3. Nota conclusiva. 3. Os riscos da descaracterização de direitos reais no ordenamento jurídico vigente (alguns casos). 3.1. Os contratos-promessa com eficácia real. 3.1.1. O direito do promissário e a falta de sequência. 3.2. Os pactos de preferência legais e os com eficácia real. 3.2.1. Enquadramento geral. 3.2.2. A nossa reflexão. 4. Direitos reais perfeitos *versus* direitos reais sem realidade *versus* direitos de crédito com eficácia *erga omnes*. 5. Síntese.

1. INTRODUÇÃO

Para quem começa a estudar a ciência de direitos reais,¹ a primeira questão que se levanta de imediato é, naturalmente, "o que são direitos reais?". Aparentemente, isso parece uma questão inocente com resposta direta; mas, como se sabe, isto está longe de ser verdade – por detrás dessa pergunta sucinta, existe não só uma problematização incessante, mas também uma grande divergência (ou melhor, um impasse) de doutrina.

1. O presente texto corresponde ao trabalho que o autor elaborou em 2015, galardoado do Prémio Guilherme Moreira do ano letivo 2014/2015 da Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra. O autor não pode deixar de agradecer a Senhora Professora Doutora Mónica Jardim pelas inspirações e opiniões que lhe foram gentilmente oferecidas na elaboração deste trabalho.

Com efeito, segundo a sistematização tradicional, é possível distinguir, pelo menos, três diferentes teorias respeitantes à noção de direitos reais – a teoria realista (em sentido estrito), a teoria personalista e a teoria eclética. E acrescentamos uma quarta: a teoria realista afinada ou enriquecida (a teoria de Henrique Mesquita). Todas essas teorias são – pelo menos ao nível de uma abordagem superficial – dogmaticamente defensáveis, uma vez que o nosso sistema jurídico não disponibiliza qualquer noção positivada de direitos reais. Portanto, na nossa perspetiva, em abstrato, não é conveniente designar entre essas teorias uma chamada doutrina mais qualificada.

No entanto, sem prejuízo desta afirmação, para o efeito da presente indagação, a nossa atenção será focada principalmente na(s) teoria(s) realista(s) (*mas em sentido muito amplo*²), perscrutando a sua sustentabilidade no ordenamento jurídico atual. Não obstante, no propósito de assegurar a consistência e clareza da nossa exposição argumentativa, realizaremos uma apresentação inicial, nem que seja de maneira perfunctória, de todas as teorias aludidas.

1.1. A teoria realista (em sentido estrito)

Esta teoria, que também é conhecida por teoria clássica, encontra a sua origem na Escola de Glosadores. Segundo esta, o *ius in re*, que funda (*rectius*, que deveria fundar) a *actio in rem* do Direito Romano³, deve ser entendido como uma relação jurídica que se estabelece direta e imediatamente entre o titular do direito e a coisa. Desse modo, o núcleo essencial da noção de direitos reais traduz-se fundamentalmente num poder direto e imediato exercido pelo titular do direito, sem qualquer mediação de outras pessoas, sobre a *sua* coisa. Por isso, o *ius in re* pode ser qualificado como um direito absoluto na acepção de que este não implica “o surgimento de uma relação jurídica entre dois sujeitos com direitos e deveres correspondentes ou simétricos”⁴.

Já os direitos de créditos, pelo contrário, pressupõem sempre uma relação intersubjetiva – a satisfação dos interesses do credor só pode ser realizada por meio

2. v. infra.

3. Como Henrique Mesquita alerta, no Direito Romano, a *actio* e o *ius* eram institutos separados. Foi apenas com os contributos dos glosadores que se passou a entender que todas as ações devem ter sempre uma causa, ou seja, devem ter sempre um direito correspondente. Cfr. Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 44-45.

4. Cfr. Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p.63, nota 51.

de certos comportamentos (*dare, facere, non facere*) do devedor⁵, ainda que a coisa se configure em certos casos como o objeto (mediato) da obrigação.

1.2. A teoria personalista

Com a influência do pensamento kantiano, os juristas passam a considerar a intersubjetividade como o elemento imprescindível de todas e quaisquer relações jurídicas. Os direitos reais não fogem a essa lógica, pois não podem deixar de ser caracterizados como uma relação entre sujeitos. Donde, os direitos reais são perpetuados como uma relação essencialmente estabelecida não entre o seu titular e a coisa, mas sim entre o titular e o resto do mundo – assim, do lado do titular (sujeito ativo), encontra-se o direito de excluir todas e quaisquer perturbações de demais pessoas incompatíveis com a realização das utilidades da coisa; enquanto do lado do sujeito passivo (o resto do mundo), verifica-se a chamada obrigação passiva universal, que se traduz numa obrigação de abster-se de efetuar quaisquer intervenções ilegítimas em coisas alheias (*rectius*, a coisa do sujeito ativo).

Assim sendo, a distinção entre a *obligatio* e o *ius in re* reside em que enquanto no lado passivo das relações jurídicas reais se encontra um conjunto indeterminado de pessoas – o resto do mundo; no lado passivo das relações obrigacionais, já se pode identificar uma pessoa determinada (ou pelo menos, determináveis) – o(s) devedor(es).

1.3. A teoria eclética

Tal como o seu nome sugere, os defensores dessa teoria ensaiam “fundir” duas teorias divergentes (a clássica e a personalista), construindo daí uma nova teoria.

Desenvolvendo-se ainda sob a influência do pensamento kantiano, a teoria eclética insiste em encarar a intersubjetividade como um elemento essencial (também) dos direitos reais (traços da teoria personalista). No entanto, não ignorando os interesses económicos-sociais que justificam o nascimento de direitos reais, a teoria eclética também não deixa de assinalar que os direitos reais implicam indubitavelmente um poder direto e imediato sobre a coisa, em vez de

5. Ainda que se trate de uma obrigação de *dare*, o credor não tem qualquer direito imediato e direto sobre a coisa – a coisa só se constitui o objeto mediato da obrigação. O direito que o credor tem é somente o de exigir ao devedor (não qualquer pessoa) o cumprimento da obrigação da prestação de coisa. Por outras palavras, só mediante a intervenção (*rectius*, a cooperação) do devedor se pode visualizar uma ligação eventual entre o credor e a coisa.

um direito de exigir um certo comportamento/prestação de outrem (traços da teoria clássica).

Nessa senda, para compatibilizar as ideias divergentes daquelas duas teorias, a teoria eclética optou por recorrer a uma “anatomia” de relações jurídicas. Com efeito, para os seus defensores, a intersubjetividade manifesta-se cabalmente no lado da *protectio* (sanção) das relações jurídico-reais, que consiste na atribuição aos titulares do direito real das tutelas jurídicas perante a generalidade de pessoas suscetíveis de realizar ingerências ilegítimas na sua coisa e na imposição do chamado dever geral de abstenção ao resto do mundo⁶. Por enquanto, os traços da teoria clássica constata-se perfeitamente no lado do *licere* (conteúdo), que caracteriza os direitos reais como um poder imediato e direto sobre uma coisa.

Por conseguinte, é legítimo afirmar resumidamente que, no fundo, a admissibilidade dogmática da teoria eclética depende fundamentalmente da resposta para o problema de saber se a *protectio* é um elemento principal (ou não) de uma relação jurídica.

1.4. A teoria realista afinada ou enriquecida (a teoria de Henrique Mesquita)

Preferimos designar esta doutrina por “teoria realista afinada ou enriquecida” uma vez que, em nosso entender, o ilustre jurista Henrique Mesquita construiu a sua doutrina com base na teoria realista. Com efeito, o Professor salienta que nas relações jurídico-reais, não temos qualquer relação intersubjetiva porquanto o que se encontra é simples e puramente uma relação jurídica de ordenação das coisas estabelecida direta e imediatamente entre o titular do direito real e a coisa, diferentemente das relações jurídico-obrigacionais que consubstanciam relações jurídicas de cooperação intersubjetiva. Todavia, o Professor também não ignora que no lado contraposto de qualquer direito existe sempre um dever – e concretamente no caso do *ius in re*, é inegável o chamado dever geral de abstenção, só que esse dever é uma *mera consequência reflexiva da realidade* – ou seja, um mero “efeito da atribuição ou reconhecimento da soberania” sobre as coisas⁷. Por isso, não é adequado enquadrar esse fenómeno meramente secundário no conceito de direitos reais, “sob pena de desvirtuar a essência”⁸. Destarte, justifica-se a rejeição da teoria eclética.

6. A teoria eclética não utiliza a expressão “obrigação passiva universal” para evitar das críticas sofridas pela teoria personalista.

7. Cfr. Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p.70.

8. Cfr. Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p.71.

No entanto, o Professor não se limita a aderir à teoria clássica. Na sua perspectiva, a teoria clássica estagna-se em definir os direitos reais como um poder imediato e direto sobre uma coisa, deixando por compreender “a matriz ou o fundamento jurídico deste poder”, que se consubstancia “numa relação de *domínio* ou *soberania*⁹ estabelecida entre o titular do direito e a coisa”¹⁰. Com efeito, segundo o Professor, só com a referência a esta relação de domínio ou soberania – fonte do mencionado poder imediato e direto sobre uma coisa – é que se pode distinguir com rigor entre os direitos reais e os direitos pessoais de gozo (que, na sua perspectiva, se traduz igualmente num direito imediato e direto sobre uma coisa¹¹). Além do mais, no entender do Professor, a teoria clássica, como as restantes, não consegue transmitir uma imagem completa do estatuto de direitos reais – que, para além de fixar o poder imediato e direto do titular sobre determinada coisa, deve englobar as restrições ou os limites legais aos que o exercício desse poder ficam adstritos, e “a par disto [...] também pode impor ao titular [...] *deveres de conteúdo positivo*”¹² (i.e. as obrigações reais, *ob rem ou propter rem*).

Posto isso, tendo em conta essa concepção materialmente enriquecida do estatuto de direitos reais, descrevemos a teoria de Henrique Mesquita como uma teoria clássica “enriquecida”.

Ora, tendo realizado esta apresentação lacónica das teorias do conceito de direitos reais, podemos já arrancar para a problematização principal do nosso trabalho – que é, partindo essencialmente da(s) teoria(s) realista(s) [repetimos, *em sentido muito amplo*, que abrange assim a teoria clássica, a teoria realista enriquecida e, de certa maneira, também a vertente de *licere* da teoria eclética – ou

9. “Domínio” e “soberania” estes que não são equivalentes a “propriedade”. Com efeito, a propriedade é só uma modalidade de soberania. Consoante os tipos de direitos reais em causa (direitos reais de gozo, direitos reais de garantia e direitos reais de aquisição), a amplitude e o conteúdo desta “soberania” variam. Mais sobre as modalidades de “soberania” e o correspondente conteúdo, V. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 74 e ss. e JARDIM, Mónica. Os direitos reais e os direitos pessoais: distinções e aproximações. In: *Caderno de CENoR*, Coimbra, n.1, 2013, p. 51, nota 12.

10. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 72-73.

11. Não concordamos com esta qualificação de direitos pessoais de gozo. Aderimos à tese de José de Andrade Mesquita, segundo a qual os direitos pessoais de gozo, apesar de implicarem um poder imediato sobre uma determinada coisa, são direitos meramente relativos (não direto, não absoluto) uma vez que pressupõe sempre, na sua matriz, uma relação intersubjetiva entre o titular do direito e o concedente. Sobre isso, V. MESQUITA, José de Andrade. *Direitos Pessoais de Gozo*. Coimbra: Almedina, 1999. passim; e JARDIM, Mónica. Os direitos reais e os direitos pessoais: distinções e aproximações, cit., p. 67-69.

12. Cfr. Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 100.

seja, todas aquelas que defendem que o elemento nuclear (ou um dos elementos nucleares) de direitos reais consiste no reconhecimento de um poder direto e imediato sobre uma coisa], estudar em que medida as legislações vigentes têm criado tipos reais dificilmente enquadráveis na lógica da *realidade* (soberania e domínio) de direitos reais.

2. DIREITOS REAIS, LEIS E CONSTITUIÇÃO

Como a nossa problematização consiste fundamentalmente em confrontar os tipos reais legais vigentes com a natureza nuclear de direitos reais dogmaticamente sedimentada a partir da teoria realista (*em sentido muito amplo*), afigura-se-nos não despendendo a indagação, nem que seja sucinta, sobre a relação entre os direitos reais, as leis e a Constituição, escalpelizando mormente em que medida o legislador ordinário pode conformar a ordem jurídica civilística-real.

2.1. Entre os direitos reais e as leis

A relação entre os direitos reais e as leis não é linear, mas complexa. Essa complexidade pode ser demonstrada desde logo pelas seguintes interrogações que se suscitam a propósito dessa problemática:

- Apenas existem direitos reais criados por leis¹³?
- É possível criar direitos reais pelas outras fontes de direito não reconduzíveis à lei?
- Podemos qualificar certos direitos como reais mesmo que o legislador não os atribua esta natureza?
- É legítimo qualificar certos direitos como não reais se o legislador os considerar como reais?
- Pode o legislador criar direitos “reais” que não assentam *rigorosamente* numa relação de soberania sobre uma coisa?

As primeiras três questões desenvolvem-se no âmbito das problematizações subjacentes ao princípio da tipicidade, que está consagrado expressamente, *de iure condito*¹⁴, no art. 1.306 do Código Civil. Todavia, uma vez que o princípio da

13. Leis, aqui, no sentido do polo oposto da autonomia privada.

14. Já *de iure condendo*, a bondade deste princípio é muito discutida na nossa doutrina. Para um estudo desenvolvido deste problema, v. ASCENSÃO, Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968. *passim*. Um estudo mais resumido do mesmo autor pode encontrar-se em: ASCENSÃO, Oliveira. *Direito civil: reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 153-163.

LEONG, Hong Cheng. Direitos reais sem realidade?

Breves reflexões sobre a crise e a sustentabilidade da(s) teoria(s) realista(s) na teoria geral do direito das coisas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 461-502. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

tipicidade dos direitos reais não constitui o alvo de investigação do presente trabalho, deixe-nos remeter o correspondente estudo para as obras supracitadas.

Já as últimas duas questões, que se colocam relativamente à *margem* da problemática do princípio da tipicidade, são dotadas de grande relevância para a nossa investigação.

Concretamente, a primeira destas questões (i.e. *podemos qualificar certos direitos como não reais se o legislador os considerar como reais?*) traduz-se numa dúvida de natureza jurídico-metodológica. Porquanto, no fundo, a essência deste problema consiste em saber o papel do elemento gramatical na tarefa de interpretação e integração das normas jurídicas.

Assim sendo, para resolver essa problemática, é necessário recordar que o pensamento jurídico acerca de interpretação e integração das normas jurídicas tem evoluído ao longo do tempo, tendo adotado uma atitude cada vez mais “aberta”, “substancialista”, “menos presa à letra da lei”. Com efeito, sucintamente dito, se no século XIV, o pensamento jurídico era marcado pelo conceitualismo normativo, cujo *Método Jurídico* culminava a filosofia de que as resoluções dos problemas jurídicos eram todas prescritas nas leis, que o sistema jurídico era autossuficiente, e que em quaisquer tarefas hermenêuticas (realizadas sempre em abstrato, abstraído-se da problematicidade do próprio caso) a letra da lei consubstanciava sempre uma fronteira inultrapassável que pré-definia todos os sentidos possíveis das normas, com a chegada da Jurisprudência dos Interesses de Ihering, a letra da lei já perdeu a sua importância então inquestionável na tarefa hermenêutica – com efeito, como as normas já passaram a ser encaradas como uma resolução valoradora de conflitos de interesses, a interpretação das normas era realizada, sobretudo, com o propósito de reconstituir os conflitos de interesses subjacentes e de ponderar os critérios de correspondente resolução na perspectiva dos próprios conflitos. Dessa forma, o fim da norma adquiriu uma elevada importância na tarefa hermenêutica, permitindo até a adoção dos resultados que seriam excluídos pelo elemento gramatical da norma (a interpretação corretiva).

Por ora, com o advento da Jurisprudência dos Valores, que advoga não só a relevância da *ratio legis*, mas também a importância da *ratio iuris* na interpretação das normas jurídicas, a primazia dos princípios normativos na ordem jurídica enquanto uma ordem de validade não pode deixar de fortalecer ainda mais a tese que assinala o valor não determinante do elemento gramatical na tarefa hermenêutica (que consubstancia um momento metodologicamente integrado e indissociável da aplicação de direito em concreto).

Nessa senda, voltando à problemática concreta em análise, podemos constatar que, segundo o pensamento jurídico vigente, ou melhor, segundo a maioria dos

pensamentos pós-positivistas, a mera letra da norma ou o pensamento legislativo subjacente que indica a natureza real de certos direitos não constitui um obstáculo invencível para qualificá-los como obrigacionais (ou melhor, não reais).

Contudo, afigura-se que essa posição pós-positivista não é *cabalmente* acolhida pelo legislador do Código Civil, que consagra no seu art. 9º a chamada teoria da alusão, determinando assim que “[a] interpretação não deve cingir-se à letra da lei [...] Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”. Consequentemente, parece que, no direito positivado, estaria legalmente impedido interpretar e qualificar uma figura como não real se o legislador *claramente* previr a sua natureza real.

Todavia, isso não é verdade. Com efeito, não se pode ignorar que a conveniência, a legitimidade, a imperatividade e até a constitucionalidade¹⁵ dos Capítulos I e II da Parte Geral do Código Civil têm sido sempre contestadas pela doutrina. Aliás, a nosso ver, aderindo à doutrina qualificada de Castanheira Neves¹⁶, é dogmaticamente legítimo defender que esses cânones metódicos legislativamente codificados têm *valores meramente relativos*, cuja aplicação deve estar sempre em conformidade com o pensamento jurídico vigente. Por isso, parece-nos que nada obsta a que, tendo em conta a problematicidade subjacente a casos concretos, a própria normatividade jurídica nos obrigue ou aconselhe a adoção fundamentada de uma qualificação sem correspondência na letra da norma. Ou seja, defendemos que é legítimo qualificar uma figura como não real mesmo que o legislador diga aparentemente o contrário, mas *desde que se fundamente devidamente*.

2.2. Entre os direitos reais, as leis e a Constituição

A segunda questão que se urge resolver é, recordando, “Pode o legislador criar direitos “reais” que não assentam rigorosamente numa relação de soberania sobre uma coisa?”. Trata-se de uma problemática cuja essência consiste em saber a amplitude da liberdade de conformação do legislador da ordem jurídica civilística-real.

15. Defendendo a inconstitucionalidade material e orgânica destas normas, cfr. BRONZE, Pinto. “Quae sunt Caesari Caesaris et quae sunt jurisprudentia, jurisprudentiae”. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 02-18.

16. A propósito do valor e sentido dos cânones metódicos interpretativos legislativamente prescritos, v. NEVES, Castanheira. *Interpretação Jurídica*. In: *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra, 1976. p. 27-32.

Ora, ninguém contesta que o legislador é dotado da competência-liberdade de conformar a ordem jurídica. Ao abrigo dessa “liberdade” constitucionalmente garantida, o legislador não se limita a “executar” as normas constitucionais; antes, ele desempenha uma função constitutiva na concretização e dinamização da ordem jurídica à luz da própria constituição, modelando-a com as suas opções políticas. Todavia, a liberdade de conformação do legislador está longe de ser uma fonte de arbitrariedade; muito pelo contrário, essa “liberdade” consubstancia-se numa competência-legitimidade jurídico e politicamente vinculada e responsável¹⁷.

Por isso, ao respondermos à questão suscitada, é imprescindível perscrutar, antes de mais, os determinantes que vinculam o legislador ordinário na tarefa de criação de direitos reais:

Em nível de determinantes com vinculatividade-validade positivada, sem dúvida, encontra-se um conjunto de princípios constitucionais vinculativos, designadamente o princípio da proteção da propriedade privada e o princípio da dignidade da pessoa humana (maxime, o subprincípio da proibição da escravidão). Todavia, a verdade é que a nossa Constituição não nos fornece uma definição de direitos reais. Por isso, *pelo menos a este subnível*, o nosso legislador ordinário, ao conformar a ordem jurídica civilística-real, não está vinculado a observar qualquer conceito constitucional prescrito – por outras palavras, o legislador ordinário, dentro da margem de liberdade permitida pelos aludidos princípios constitucionais, pode criar direitos e atribuí-los natureza real desde que assim queira e considere-o conveniente (trata-se de uma opção legislativa política legítima).

Por enquanto, em nível de determinantes com vinculatividade, no sentido de racionalidade e de funcionalidade juridicamente relevante, em nosso entender, o legislador ordinário deve ponderar essencialmente as contribuições doutrinárias para a densificação do conceito de direitos reais e as funções social-económicas de direitos reais. Com efeito:

(1) Relativamente aos contributos da doutrina, como se menciona, existe entre nós uma grande divergência acerca do conceito de direitos reais e não há uma doutrina que pode ser verdadeiramente considerada, em abstrato, como dogmaticamente mais “correta”. Destarte, o legislador ordinário não é obrigado a adotar a(s) teoria(s) realista(s)¹⁸ (nem a teoria personalista), possuindo justifi-

17. Mais sobre o problema da liberdade de conformação legislativa e a sua vinculação, V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 246 e ss.

18. Ainda que, para alguém, a doutrina eclética deva ser considerada como maioritária entre nós, é importante salientar que a vinculatividade decorrente da presunção de racionalidade de uma doutrina maioritária, como Castanheira Neves ensina, não é absoluta, mas

cadamente a liberdade de criar direitos reais que não implicam *rigorosamente* um poder imediato e direto sobre uma coisa. *O que leva a que é constitucionalmente legítimo existir tipos reais legais que não implicam rigorosamente qualquer poder imediato e direto sobre uma coisa.*

(2) Em relação às funções social-econômicas de direitos reais, julgamos que já é possível retirar daí uma certa vinculação material para o legislador ordinário. Com efeito, como os direitos reais têm como função social-econômica fundamental a regulação da afetação de *coisas* na sociedade, seria abusivo e até arbitrário o legislador conferir natureza real a um direito que não manifestasse nem sequer uma *ligação mínima* com uma coisa. Portanto, a nosso ver, seria ilegítima (um abuso da liberdade de conformação do legislador), a título exemplificativo, a qualificação do direito da entidade patronal de exigir a realização de atividades-funções aos seus trabalhadores como um direito real.

2.3. *Nota conclusiva*

Antes de avançarmos para as indagações subsequentes, afigura-se-nos relevante tecer uma observação adicional (conclusiva) por meio de confrontar a nossa posição tomada em relação à primeira questão com a tomada em relação à segunda.

Recordando: ao responder à primeira questão, afirmámos que *é possível qualificar uma figura como não real mesmo que o legislador diga aparentemente o contrário*, desde que se fundamente devidamente; já em relação à segunda problemática, escudámos que *é constitucionalmente legítimo existir tipos reais legais que não implicam rigorosamente qualquer poder imediato e direto sobre uma coisa*, mas já seria abusivo e até arbitrário o legislador qualificar como real um certo direito que não tivesse uma *ligação mínima com uma coisa*.

Prima facie, as posições tomadas parecem contraditórias, criando um impasse entre a dogmática e o poder legislativo, levando os aplicadores de direito ou a uma anulação prática da constitucionalmente legítima criatividade conformativa do poder legislativo, ou a uma rejeição irrazoável das contribuições doutrinárias.

No entanto, isso não é verdade. Com efeito, o ponto de harmonia e compatibilidade entre as duas posições encontra-se no momento de fundamentação-contrargumentação – efetivamente, não se verifica qualquer anulação prática da criatividade conformativa do poder legislativo, uma vez que a requalificação ou a

é ilidível e flexível. Sobre a presunção de racionalidade e a vinculatividade da doutrina (jurisprudência dogmática), v. NEVES, Castanheira. *Curso de Introdução ao estudo do direito (extractos)*. policop. Coimbra: Coimbra Editora, 1971-1972. p. 138 e ss.

qualificação corretiva exercida no momento da aplicação do direito em concreto é legítima só se for suficiente e devidamente fundamentada. E este ônus de fundamentação é proporcionalmente maior quando mais elevada seja a clareza das leis e da vontade do legislador.

Por outro lado, não existe qualquer rejeição irrazoável das contribuições doutrinárias porquanto não se pode olvidar que embora a doutrina tenha uma função contributiva na tarefa de criação do direito¹⁹, ela não é um outro legislador. Sem dúvida, as tarefas de doutrina não são, nem devem ser, tautológicas, limitando-se a “dizer a lei”; no entanto, é igualmente verdade que a criatividade contributiva de doutrinas não é um sinónimo de arbitrariedade – efetivamente, não se pode prescindir do indispensável respeito pela liberdade conformativa do legislador *legitimamente* exercida. Por conseguinte, as requalificações dogmáticas apenas podem derogar as qualificações legislativas, mormente quando se consiga provar, fundamentando: ou um erro do legislador²⁰, ou que a qualificação do legislador está fora da amplitude da sua liberdade conformativa²¹, ou que o legislador não tinha, de facto, a intenção de assumir a tarefa de qualificação.

Consequentemente, partindo das posições assumidas, defendemos que é constitucionalmente possível e legítima, *ainda que seja dogmaticamente muito irrecomentável*, a existência de direitos reais que não implicam rigorosamente qualquer poder direto e imediato sobre uma coisa (direitos estes que designamos por *direitos reais sem realidade*). Portanto, no nosso sistema jurídico civilística-real, *pelo menos em abstracto*, podemos distinguir duas grandes categorias de tipos reais: (1) *os direitos reais perfeitos*, que têm previsão legal e assentem *rigorosamente* em poderes diretos e imediatos sobre uma coisa e; (2) *os direitos reais puramente legais*, i.e. *os aludidos direitos reais sem realidade*.

3. OS RISCOS DA DESCARATERIZAÇÃO DE DIREITOS REAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE (ALGUNS CASOS)

Como se compreende, indubitavelmente, o primeiro destes riscos consiste na abordada legitimidade potencial da existência de *direitos reais sem realidade*,

19. Sobre o papel contributivo de doutrina na chamada dialéctica superação/estabilização do Direito, V. NEVES, Castanheira. *Curso de Introdução ao estudo do direito (extractos)*, cit., p. 138 e ss.

20. Por exemplo, erro na redação da lei, incoerência sistemática dentro ou entre as legislações etc.

21. Particularmente, quando o legislador viole qualquer um dos princípios constitucionais, quando o legislador qualifique como direito real um certo direito que não tem uma mínima ligação com uma coisa, etc.

e julgamos que já podemos dispensar a reiteração da argumentação tecida a este propósito. Já o segundo risco, que, em nosso entender, se consubstancia numa verdadeira crise da(s) teoria(s) realista(s), consiste na qualificação doutrinal (incorreta) – até pelos próprios defensores da(s) teoria(s) realista(s) – dos direitos que não assentem rigorosamente em poderes diretos e imediatos sobre uma coisa como verdadeiros direitos reais, contribuindo negligentemente para a sedimentação da figura de direitos reais sem realidade no ordenamento jurídico positivo.

Por isso, para assegurar a sustentabilidade da(s) teoria(s) realista(s) na ordem jurídica vigente, a nossa missão consiste inelutavelmente em qualificar as figuras de contorno duvidoso de maneira dogmaticamente mais rigorosa, evitando assim o recurso impertinente à categoria de direitos reais sem realidade.

Ora, essas figuras de contorno duvidoso são várias. Sem qualquer pretensão de realizar uma exposição exaustiva, concentraremos a nossa indagação em duas figuras principais – (1) os contratos-promessa com eficácia real, e (2) os pactos de preferência com eficácia real e as preferências legais.

3.1. *Os contratos-promessa com eficácia real*

A figura de contratos-promessa com eficácia real está consagrada no art. 413º do Código Civil. O regime especial desta figura reside em que o promissário-comprador de um contrato-promessa com eficácia real (adotaremos o contrato-promessa de compra e venda como o caso paradigmático para a seguinte indagação), diferentemente do promissário dos contratos-promessa com eficácia meramente obrigacional, goza do direito de exigir ao tribunal, por meio de uma sentença constitutiva emitida na sede de execução específica, substituir-se ao faltoso promitente-vendedor na emissão da declaração negocial necessária para a conclusão do contrato definitivo (um contrato real quanto aos efeitos), ainda que a coisa já não se encontre no momento da prolação da sentença na esfera jurídica do faltoso por ter sido alienada a um terceiro²². Ora, para justificar

22. Se o contrato-promessa tiver eficácia meramente obrigacional, a execução específica será improcedente se a coisa-objeto do contrato definitivo for alienada já anteriormente a um terceiro (suponha agora que o terceiro tenha procedido ao registo da sua aquisição antes do registo da ação da execução específica para não entrarmos já aqui no problema complexo do efeito substantivo do registo da ação de execução específica. Mais sobre este problema, deixe-nos remeter para o estudo minucioso de Mónica Jardim: JARDIM, Mónica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeitos de Registo)*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 636 e ss.). Isso porque, na propositura da ação, a coisa já não pertence mais ao faltoso. Portanto, o tribunal não pode substituir-se ao faltoso na emissão da declaração negocial para o efeito da alienação ou oneração da coisa, sob pena de violar o princípio de *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. O negócio

nesta sede a prevalência do direito real adquirido pelo autor vencedor da execução específica sobre aquele direito real incompatível adquirido anteriormente por um terceiro, uma parte da doutrina²³ (em que se encontram também os adeptos das teorias realistas) recorre à figura de *direito real de aquisição*, advogando em geral que a dita prevalência pode ser explicada pela titularidade do direito real de aquisição adquirido pelo promissário-comprador no momento da conclusão do contrato-promessa dotado da eficácia real – momento este que é anterior ao momento da aquisição do direito real incompatível pelo terceiro (*prior in tempore, potior in iure*)²⁴.

jurídico assim celebrado por força da sentença seria então nulo. Consequentemente, estamos perante um caso de inadmissibilidade da execução específica assimilável ao âmbito problemático do art. 830º/1, *in fine* do Código Civil.

23. Para assegurar a concisão da presente investigação, não exporemos todas as doutrinas defendidas na ordem jurídica portuguesa a propósito da fundamentação da prevalência do direito real adquirido pelo autor vitorioso da execução específica sobre o direito real incompatível adquirido anteriormente por um terceiro. Limitamo-nos a estudar apenas a tese que defende a natureza real de um dos direitos do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real e a tese que defende claramente a natureza creditória dos direitos desse promissário. Sobre as outras teses, designadamente a tese de obrigação *propter rem* e a tese de efeito retroativo da sentença da execução específica, que nos parece menos sustentáveis, remetemos para: Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 236 e ss.
24. Na nossa ordem jurídica, podemos identificar pelo menos duas subteses da tese de direito real de aquisição.

(1) A tese de Galvão Telles:

Segundo o saudoso Professor, com o registo exigido no art. 413º do CC, o direito potestativo do promissário à execução específico passa a ser um direito real de aquisição. Por isso, sendo um direito real, vale aqui a regra de *prior in tempore, potior in iure*. Consequentemente, o direito (real de aquisição) do promissário prevalece sobre o direito real incompatível adquirido (posteriormente ao registo) pelo terceiro.

(Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 148-149)

(2) A tese de Oliveira Ascensão e de Menezes Cordeiro:

Segundo essa tese, a reivindicação da coisa da mão do terceiro depois da celebração coativa do contrato é legitimada não pelo próprio direito à execução específica, que é um direito de crédito e, portanto, não pode prevalecer sobre o direito adquirido pelo terceiro, que é um direito real. Nem se pode invocar o direito real adquirido pelo promissário depois da celebração coativa do contrato por intermédio do tribunal porque o direito real do terceiro é adquirido num momento anterior (*prior in tempore, potior in iure*). Por isso, para explicar a viabilidade da execução específica e a legitimidade da reivindicação da coisa da mão do terceiro, segundo os autores, só se pode defender que, através

Ora, independentemente da noção do direito real de aquisição (que é muito polémica na doutrina²⁵) e de outras críticas dirigidas a esta tese, o maior problema que se urge resolver, dentro da órbita da nossa problematização principal, é saber se a doutrina tem razão na qualificação do direito do promissário como um direito real (de aquisição) por este implicar mesmo um poder direto e imediato sobre a coisa-objeto mediato do contrato-promessa; ou se a doutrina fica preconceituada mormente pela terminologia “eficácia real” mobilizada pelo legislador na designação da figura, contribuindo assim negligentemente para a sedimentação da categoria de direitos reais sem realidade no ordenamento jurídico positivo.

A questão é pertinente e a dificuldade de resolução reside essencialmente no facto de que as características de direitos reais – sequela e prevalência/preferência – são, *prima facie*, verificadas no direito do promissário de um contrato-promessa com eficácia real.

No entanto, antecipando a nossa conclusão, isto é, de facto, uma mera ilusão. Para se desiludir, afigura-se imprescindível sondar o mecanismo por detrás do funcionamento dos contratos-promessa dotados da eficácia real. A este propósito, não se pode deixar de recorrer à tese do ilustre jurista Henrique Mesquita, Obrigações Reais e Ónus Reais.

Segundo o Professor, depois da celebração de um contrato-promessa dotado da eficácia real, o promissário adquire apenas um direito de natureza creditória – o direito de crédito ao cumprimento do contrato-promessa pelo promitente, que se desdobra em (1) o direito de exigir ao promitente a emissão da declaração negocial para o efeito da conclusão do contrato definitivo e (2) o direito à execução específica²⁶. Em qualquer desses momentos, verifica-se apenas um direito a uma prestação debitória, que não assenta em qualquer poder imediato e direto sobre a coisa-objeto do contrato. Portanto, não temos aqui qualquer *ius in re*.

da celebração de um contrato-promessa dotado da eficácia real, nasce *ex novo* um direito real de aquisição na esfera jurídica do promissário. Ou seja, depois da celebração de um contrato-promessa dotado da eficácia real, o promissário possui simultaneamente i) um direito de crédito à emissão de uma declaração negocial em conformidade com o conteúdo do contrato-promessa; ii) um direito potestativo à execução específica; e iii) um direito real de aquisição da “coisa prometida”. Este último, porquanto nasceu num momento anterior ao direito real adquirido pelo terceiro, tem prevalência.

(Cfr. ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 561-571; CORDEIRO, Menezes. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Almedina, 2001. v. 1. p. 475-476.)

25. Sobre esta discussão, V. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 187-189, nota 109.

26. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 241-243.

Entretanto, a viabilidade da execução específica (apesar de a coisa já ter sido alienada a um terceiro) é justificada pelo facto de que, pelo registo do contrato-promessa, a eficácia do direito de crédito do promissário fica ampliada – adquirindo uma eficácia *erga omnes*. Por conseguinte, o direito do promissário, mesmo que seja de crédito, é oponível ao terceiro titular de um direito real adquirido num momento posterior à data do registo da promessa. Por isso, mesmo que o negócio jurídico real realizado entre o promitente e o terceiro seja e continue a ser válido (porquanto o promitente permanece a ser o proprietário da coisa depois da celebração do contrato-promessa), é *ineficaz* perante o promissário. Desse modo, o promissário pode fazer valer o seu “direito de crédito fortalecido” por meio da execução específica como se o negócio jurídico celebrado entre o promitente e o terceiro nunca existisse, ou por outras palavras, como a coisa ainda permanecesse na esfera jurídica do promitente²⁷⁻²⁸.

27. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 252-264.

28. Henrique Mesquita aproxima a sua posição à racionalidade subjacente ao instituto “anotação prévia” (*Vormerkung*) do ordenamento jurídico alemão, defendendo que, em ambos os casos, está-se perante um caso da reserva da prioridade.

Contudo, salvo todo o respeito devido, essa observação comparatística de Henrique Mesquita não é rigorosa. Isso porque como Mónica Jardim explica pertinentemente:

1) No caso do direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real, estamos perante somente um caso *análogo* ao da reserva da prioridade imprópria *latu sensu* – com efeito, não é um verdadeiro caso da reserva da prioridade imprópria *latu sensu*, uma vez que o registo do contrato-promessa dotado da eficácia real é um registo *definitivo* (um verdadeiro caso deveria ser um registo *provisório*). É, porém, um caso *análogo*, dado que o registo em causa visa garantir, em primeira linha, um direito de crédito *já existente* na esfera jurídica do beneficiário do registo, e por mor desta, protege *também* um direito real que pode vir a ser adquirido *no futuro*. Por conseguinte, é diferente, por um lado, de uma reserva da prioridade em sentido próprio que garante *apenas* um direito real *futuro* e não publicita nem garante uma pretensão ou um direito *já existente* na esfera jurídica do beneficiário do assento registal; e por outro lado, de uma reserva da prioridade imprópria *stricto sensu*, que assegura um direito real *já existente*, mas que por certos motivos ainda não pode ser registado definitivamente. Sobre as categorias da reserva da prioridade, V. JARDIM, Mónica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeitos de Registo)*, cit., p. 109 e ss.

2) A aproximação do nosso registo do contrato-promessa dotado da eficácia real ao *Vormerkung* é incorreta, uma vez que estão em causa registos de natureza diferente. Com efeito, enquanto o nosso registo do contrato-promessa dotado da eficácia real é um registo *definitivo*, o *Vormerkung* é um registo *provisório*, mesmo que ambos visem garantir e publicitar um direito de crédito já existente e por causa disso protege também um direito real futuro. Além disso, os âmbitos de protecção de um e de outro também são diferentes. Mais sobre o instituto *Vormerkung*: *ibidem*, maxime, p. 118-122.

Sem dúvida, essa tese de Henrique Mesquita é pertinentemente elaborada e é perfeitamente defensável no nosso ordenamento jurídico vigente. Contudo, ainda assim, temos um problema que fica por resolver, i.e., por que se deve entender que os promissários adquirem um direito de crédito fortemente tutelado, mas não (como Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro defendem) um direito real de aquisição para além do direito de crédito ao cumprimento do contrato-promessa?

Curiosamente, Henrique Mesquita, ao criticar a tese de Oliveira Ascensão/Menezes Cordeiro, não argumenta diretamente no sentido de que os direitos dos promissários não evidenciam qualquer poder imediato e direto sobre a “coisa prometida” – argumento este que, se fosse invocado e justificado, excluiria imediatamente a possibilidade de existência de qualquer direito real *perfeito* (mesmo de aquisição) sobre a coisa. Pelo contrário, o Professor limitou-se a escudar que “[a]través da figura do direito real de aquisição [...] não é possível explicar o regime de todas as promessas a que a lei permite atribuir eficácia real”²⁹ – isto é, explicando, segundo a tese do Professor, no caso de um contrato-promessa de oneração e não de alienação, para satisfazer a pretensão do promissário, é suficiente conferir ao futuro direito real de garantia a adquirir pelo contrato definitivo (e.g. uma hipoteca) um grau de prioridade superior ao do direito real de garantia adquirido pelo terceiro. Desse modo, já não é pertinente recorrer à figura de direitos reais de aquisição, uma vez que, para satisfazer a pretensão do promissário, não é necessário adquirir *aquela* direito que o terceiro adquiriu³⁰.

Todavia, essa (contra-)argumentação de Henrique Mesquita não nos convence. Pelo contrário, a contestação de Oliveira Ascensão afigura-se-nos mais pertinente. Segundo este, o direito real de aquisição adquirido pelo promissário de um contrato-promessa de oneração não é necessário funcionar de maneira a deixar o promissário adquirir *aquela* direito real de garantia adquirido pelo terceiro. A ideia de direito real de aquisição legitima pacificamente a aquisição de um direito real de garantia com grau de prioridade superior ao daquele adquirido pelo terceiro (uma aquisição em detrimento da posição do terceiro)³¹.

Assim sendo, pelo tudo exposto, não podemos deixar de questionar se tudo isto significa que acerca da natureza do direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real, estamos perante uma situação de “viabilidade alternativa de enquadramento”, i.e., uma escolha *livre* entre a figura de direito de crédito com eficácia *erga omnes* e a de direito real (perfeito) de aquisição?

29. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 247.

30. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 247-248.

31. Cfr. ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 568.

Em nosso entender, a resposta não pode deixar de ser negativa, logo porquanto essas duas figuras não são permutáveis – a matriz de cada uma delas é diferente, para além de não falar já da diferença em termos de consequências jurídico-pragmáticas (v. infra: ponto 4). Aliás, não hesitamos em afirmar que, na nossa perspectiva, o direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real não pode ser um direito real (perfeito) de aquisição. O nosso argumento consiste precisamente naquele que julgamos que Henrique Mesquita não escudou diretamente, i.e., a inexistência de qualquer poder imediato e direto do promissário sobre a coisa-objeto do contrato-promessa. Eis a nossa justificação:

Admitindo a dificuldade numa justificação direta da (in)existência do poder imediato e direto sobre uma coisa, adotamos o método de “justificação pelo regime”. Ou seja, investigaremos se o direito do promissário revela as consequências da existência de um poder imediato e direto sobre a coisa-objeto do contrato-promessa, i.e., a seqüela e a prevalência – com efeito, na nossa perspectiva, embora não seja verdadeira a afirmação de que só os direitos reais são dotados da seqüela³² e/ou da prevalência³³, já é defensável que um direito que não possui a característica de seqüela ou de prevalência não implica qualquer poder imediato e direto sobre uma coisa, e por isso não pode consubstanciar qualquer direito real perfeito³⁴.

32. Pense-se, por exemplo, no direito do arrendatário (que, para nós, não é um direito real) cujo regime estipulado nos art. 1037º/2 e art. 1057º do Código Civil evidencia explicitamente a presença da seqüela.

Cumprе salientar que a natureza dogmática do direito do arrendatário é muito debatida na nossa ordem jurídica. Contudo, tendo em conta o objetivo principal deste nosso trabalho, não será oportuno abordar aqui esta temática.

33. Por exemplo, nos conflitos entre os direitos pessoais de gozo, vale também a regra de *prior in tempore, potior in iure* (cfr. art. 407º do Código Civil).

34. A racionalidade é a seguinte: numa lógica realista, os direitos reais implicam necessariamente uma “soberania” ou “domínio” sobre uma coisa. Assim sendo, para se poder afirmar que o titular de um direito real “domina” / tem um poder absoluto efetivo sobre a sua coisa, é racionalmente necessário que o titular, por força da matriz do seu direito real, pode (1) perseguir diretamente a coisa onde quer que esta se encontre, e negar quaisquer atuações perturbadoras de terceiros através da simples invocação do seu direito – *seqüela* (se não pudesse fazer valer o seu direito desta maneira, a satisfação dos interesses do titular do direito não seria realizada *imediatamente* pelas utilidades da coisa e por isso não se pode afirmar que o titular domine a coisa); e (2) fazer prevalecer o seu direito sobre todos os direitos que não implicam soberania e também sobre todos os outros direitos reais adquiridos *a posteriori* – *prevalência* (se não se pudesse fazer isso, já não existiria a estabilidade que uma soberania deve implicar).

Portanto, afigura-se-nos correto considerar a seqüela e a prevalência como as concretizações naturais da “soberania” dos direitos reais. Daí, se faltar qualquer uma destas, já

3.1.1. O direito do promissário e a falta de sequela

A sequela pode ser entendida em geral como uma faculdade do titular de um direito real de fazer valer/ opor a sua posição jurídica absoluta diante quaisquer atos perturbadores exercidos por terceiros na sua coisa, perseguindo a coisa ou simplesmente negando a legitimidade/ licitude das atuações de terceiros.

No caso do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real, *prima facie*, parece que o seu direito manifesta a característica de sequela, dado que se reconhece a faculdade de opor o seu direito aos terceiros, quem quer que seja, que adquiram a coisa-objeto do contrato-promessa (uma atuação perturbadora da posição jurídica do promissário). O eventual sucesso da aquisição da coisa pelo promissário na sede da execução específica, independentemente de a coisa já ter sido passado pelas mãos de milhares de pessoas, mostra também a miragem da perseguição da coisa. *No entanto, como se menciona, este é apenas uma ilusão.* Com efeito, se a sequela tivesse mesmo presença aqui, o promissário não teria de intentar qualquer execução específica, *que é uma ação constitutiva de contratos definitivos.* Ele deveria poder instaurar apenas uma ação constitutiva para o efeito de exercício direto do seu direito potestativo real de aquisição. Ou seja, a causa da aquisição da coisa não deveria ser o efeito real do contrato definitivo celebrado coativamente por intermédio do tribunal como estando regulado no Código Civil³⁵ – efetivamente, se somente por meio da conclusão do contrato definitivo se

não temos uma soberania completa, que tolhe consequentemente a afirmação da existência de um poder direto e imediato sobre uma coisa.

Por fim, é importante tecer uma observação adicional para salientar que no nosso ordenamento jurídico, há doutrinas que advogam a existência de direitos reais sem sequela, mormente através da invocação dos casos do art. 5º/4 do Código do Registo Civil e do art. 291º do Código Civil. Salvo todo o respeito devido, julgamos que estas “alegadas exceções” são impertinentes – simplesmente dito (maxime segundo o ensinamento oral da Senhora Professora Mónica Jardim), em ambos esses casos de exceção ao princípio de *nemo plus iuris*, a razão de o titular originário não poder opor a sua posição jurídica contra o terceiro adquirente do mesmo autor (no caso do art. 5º/4)/ o terceiro subadquirente (no caso do art. 291º) não é a falta da sequela; mas sim que, por força do funcionamento do esquema da inoponibilidade desencadeada pelo instituto de registos (a primeira dimensão da inoponibilidade no caso do art. 5º/4, e a segunda dimensão da inoponibilidade no caso do art. 291º segundo a terminologia de Mónica Jardim. Sobre estas, v. Jardim, Mónica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeitos de Registo)*, cit., p. 85-98, 497-564 e 705-740), o direito real do titular originário não é eficaz perante o terceiro adquirente do mesmo autor/ o terceiro subadquirente.

35. Curiosamente, Oliveira Ascensão, defensor da tese de direito real de aquisição, também não ignora este facto. O autor até afirmou que, “[é] a execução específica que lhe atribui

LEONG, Hong Cheng. Direitos reais sem realidade?

Breves reflexões sobre a crise e a sustentabilidade da(s) teoria(s) realista(s) na teoria geral do direito das coisas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 461-502. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

puder desencadear o efeito aquisitivo, não se consegue ver onde estão a sequela e a inerência sobre a coisa que possam justificar a existência de uma relação íntima entre o titular e a coisa e donde a presença de um direito real de aquisição (perfeito)³⁶ – a não autonomização da aquisição do direito diante a conclusão do contrato definitivo com efeito real revela que se está perante uma verdadeira relação jurídica de cooperação entre sujeitos em lugar de uma relação jurídica da ordenação de coisas.

A nosso ver, a aludida ilusão de “perseguição da coisa prometida” é, de facto, potenciada pela conjugação dos seguintes dois factos que não têm nada a ver com a sequela dos direitos reais: (1) o direito ao cumprimento do promissário é um direito específico – quer dizer, é um direito à celebração *daquela* (e não de

o direito definitivo” e que “[...] a eficácia real está dependente da execução específica” (Cfr. ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 566). Nas páginas 565 e 566, podemos também reparar que para o Professor, a conclusão do contrato definitivo é necessária para a aquisição do direito pelo promissário. O sugerido direito real de aquisição é dotado, então, apenas da função de “fazer reverter” o direito adquirido validamente pelo terceiro para o promissário (ibidem, p. 567).

Por isso, na nossa perspectiva, mesmo à luz da própria construção doutrinal de Oliveira Ascensão, também não se evidencia qualquer sequela regular no exercício do direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real na sede de execução específica. O instituto do direito real de aquisição é aproveitado pelo autor *apenas* para ativar o esquema de “prevalência/ preferência” dos próprios direitos reais.

Ora, como se analisa, para explicar o fenómeno da prevalência do direito real adquirido pelo promissário na sede de execução específica sobre o direito do terceiro adquirido *a priori*, não é necessário recorrer ao esquema de prevalência próprio dos direitos reais. Com efeito, é igualmente plausível a explicação do fenómeno através do referido efeito substantivo do registo do contrato-promessa dotado da eficácia real, que funciona no sentido de tornar todos os direitos incompatíveis adquiridos por terceiros *a posteriori* inoponíveis perante o direito *de crédito* à celebração do contrato prometido do promissário. Isto até parece-nos a tese mais sustentável do ponto de vista dogmático, uma vez que, como se compreenderá, se advogássemos a tese do direito real de aquisição, teríamos necessariamente de suportar a inconveniência da existência de direitos reais (um direito real de aquisição no caso em apreço) sem sequela, que é, no fundo, um direito real sem realidade.

36. É legítimo argumentar que temos aqui uma mera expectativa “real”. Mas essencialmente porque esta é uma expectativa e não um direito, não há aqui um verdadeiro “poder” (imediate e direto) sobre uma coisa. Por isso, negamos que esta expectativa é um direito real.

Em sentido contrário, defendendo que a expectativa real pode ser um direito real: ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 559-561.

outro) contrato definitivo previsto no contrato-promessa. Como a identidade do objeto mediato do contrato – a coisa – encontra-se já prefixada, o promissário não pode exigir outra prestação senão a celebração do contrato definitivo aquisitivo *daquela* coisa; (2) o efeito substantivo do registo do contrato-promessa dotado da eficácia real funciona de maneira a que, nas relações “promissário-promitente-terceiros”, apesar de a coisa já ter sido alienada a terceiros, seja legítimo ficcionar que a coisa se permanecesse ainda, no plano jurídico (não fático), na esfera jurídica do promitente – o único devedor na relação obrigacional com o promissário.

Por conseguinte, epilogando, na nossa perspetiva, não se verifica qualquer sequela no caso do direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real. Segundo a racionalidade exposta *supra*, isto permite-nos concluir pela inexistência do poder imediato e direto do promissário sobre a coisa-objeto mediato do contrato-promessa. Por isso, se ainda se insistisse em defender a tese de direito real de aquisição, contribuir-se-ia somente negligentemente para a sedimentação da figura de direitos reais sem realidade na ordem jurídica vigente³⁷. Assim sendo, o correto enquadramento do direito do promissário de um contrato-promessa da eficácia real deve ser o aludido direito de crédito com eficácia *erga omnes*³⁸.

Por ora, como esse enquadramento é essencialmente possibilitado pelos efeitos substantivos do registo predial, não podemos negar que, quer *de iure condito* quer *de iure condendo*, a (re-)emergência da importância do estudo dos efeitos substantivos do registo predial constitui um dos pilares fundamentais da sustentabilidade das teorias realistas na teoria geral do Direito das Coisas.

37. É importante salientar que para nós, ainda assim, é juridicamente plausível qualificar o direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real como um direito real. Mas(!) este já é *necessariamente* um direito real sem realidade. E como temos defendido, a figura de direito real sem realidade é muito perturbadora para a lógica das teorias realistas. Além disso, trata-se de uma construção dogmaticamente defeituosa (ou melhor, substancialmente menos consistente) em face da tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*, uma vez que ignora o estudo dos efeitos substantivos do registo predial dos contratos-promessa com eficácia real.

Já nos parece indefensável que este direito seja um direito real perfeito.

38. Ora, esta nossa qualificação não implica uma “anulação prática da constitucionalmente legítima criatividade conformativa do poder legislativo”, uma vez que (1) a lei não é clara – o legislador fala de “eficácia real” e não de “direito real”. A expressão “eficácia real” pode ser interpretada no sentido de “eficácia do direito real”, ou seja, “eficácia *erga omnes*”; (2) cumprimos o ónus de fundamentação da nossa posição.

LEONG, Hong Cheng. Direitos reais sem realidade?

Breves reflexões sobre a crise e a sustentabilidade da(s) teoria(s) realista(s) na teoria geral do direito das coisas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 461-502. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

3.2. *Os pactos de preferência legais e os com eficácia real*

3.2.1. *Enquadramento geral*

Em geral, a preferência pode ser entendida como uma relação jurídica em que uma parte, se quiser vender³⁹ determinada coisa a outrem, é obrigada a dar preferência a outra parte nesta venda com as mesmas condições. No nosso ordenamento jurídico, temos dois tipos fundamentais de preferências consoante a sua origem: a preferência convencional (prevista nos art. 414º e seguintes do Código Civil) e a preferência legal (prevista pontualmente em diferentes lugares do Código Civil e nas legislações avulsas). Por seu turno, dentro da preferência convencional, o legislador distingue entre os pactos de preferência com eficácia obrigacional e os com eficácia real.

No plano do regime substantivo, os pactos de preferência com eficácia real aproximam-se às preferências legais e distinguem-se dos pactos de preferência com eficácia obrigacional. Isto porque de acordo com a opção legislativa vigente, por força da norma de remissão (art. 421º/2 do Código Civil), o preferente de um pacto de preferência com eficácia real, tal como os preferentes legais, pode recorrer à ação de preferência diante o incumprimento do pacto pelo obrigado à preferência⁴⁰. Já em relação ao preferente de um pacto de preferência com eficácia obrigacional, a doutrina maioritária entende que o legislador o priva da legitimidade de recorrer à ação de preferência⁴¹.

Ora, como por meio do recurso à ação de preferência, o preferente, diante o incumprimento do pacto pelo obrigado à preferência (que vendeu a coisa a um terceiro sem antes dar preferência), pode, pelo tribunal, “haver para si”⁴² a coisa vendida (ou seja, pode adquirir a coisa mesmo que esta já não se encontre na esfera jurídica do obrigado à preferência), a doutrina maioritária⁴³ (embora com

39. Ou fazer dação em cumprimento.

40. É importante salientar que a aproximação do pacto de preferência com eficácia real à preferência legal é só tendencial, uma vez que, por exemplo, segundo o art. 422º do Código Civil, o direito convencional de preferência (quer obrigacional quer real) nunca prevalece sobre os direitos legais de preferência.

41. Contra, defendendo que os pactos de preferência obrigacional são tuteláveis também pela ação de preferência: SILVA, Calvão de. S.T.J., Acórdão de 12 de setembro de 2013. (Âmbito de aplicação e eficácia real de cláusula estatutária de preferência). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, p. 127-128, 2013.

42. Expressão recorrida no próprio art. 1410º do Código Civil.

43. V. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Coimbra: Almedina, 2013. v. I. p. 182 e 379; TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*, cit., p. 21; CARVALHO,

justificação em construções dogmáticas diferenciadas) entende que de um pacto de preferência real ou de uma preferência legal nasce⁴⁴ logo um direito real de aquisição – que permite justificar a razão da prevalência da posição jurídica do preferente em face do terceiro que adquiriu a propriedade da coisa já no momento anterior à propositura da ação de preferência.

Contudo, essa tese não foi sufragada por Henrique Mesquita. Com efeito, segundo o Professor, para que se consiga assegurar um entendimento rigoroso da natureza dos direitos envolvidos, afigura-se pertinente fracionar o funcionamen-

Orlando. *Direito das Coisas – Do Direito das Coisas em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 257; CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil VII*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 535-536; ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 574; FERNANDES, Carvalho. *Lições de Direitos Reais*. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 167 e ss.; LEITÃO, Luís Menezes. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 463, 470 e 461-462, etc.

44. Na nossa perspetiva, é inaceitável afirmar que o direito de preferir “se converta” num direito real de aquisição. Ainda que às vezes, no caso das preferências legais, o lado passivo da relação de preferência seja determinado pela titularidade de uma coisa, o direito de preferir e a obrigação de dar preferência são sempre de natureza obrigacional: o direito de preferir é, e deve ser, sempre dirigido ao obrigado à preferência e não ao terceiro adquirente da coisa enquanto tal (*i.e.* não enquanto o novo obrigado à preferência no caso da obrigação de preferência *propter rem*) – se se recordar, o direito de preferir consubstancia um direito de exigir ao obrigado à preferência dar preferência se este quiser vender a coisa-objeto da preferência. Ora, como o terceiro adquirente adquire e não aliena, é lógico que não se verificam as condições do exercício do direito de preferir contra ele. Mesmo se o terceiro adquirente depois quiser vender a coisa a outras pessoas, no caso das preferências convencionais com eficácia real, o preferente não pode preferir nesta venda porque este primeiro terceiro adquirente nunca assumiu perante o preferente qualquer obrigação de dar preferência (como Henrique Mesquita ensinou: a obrigação de dar preferência só se transmite para o terceiro adquirente se este prestar o seu consentimento, cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 200). Naqueles casos de preferências legais em que a obrigação de dar preferência surge como uma obrigação *propter rem*, o preferente pode sim preferir nesta venda (se as respetivas condições legais se verificarem); porém, como se disse, o terceiro adquirente já não aparece aqui como tal mas sim como um novo obrigado à preferência.

Por isso, não podemos concordar com Antunes Varela e Pires de Lima, que advogam que “[...] a eficácia *real* do direito de preferência [...] *converte* a preferência num verdadeiro direito real de aquisição” (itálico nosso) (VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. III. p. 371). Na nossa perspetiva, só é legítimo afirmar (mas não concordamos: v. *infra*) que nasce de um pacto de preferência com eficácia real ou de uma relação de preferência legal um direito real de aquisição, *ao lado* do direito de preferir que, repetimos, é um verdadeiro direito de crédito.

to prático de um pacto de preferência com eficácia real ou de uma preferência legalas em várias fases⁴⁵:

Fase 1: Tomada de decisão pelo obrigado à preferência de realizar o negócio jurídico sujeito à prelação

A partir deste momento, o preferente torna-se no titular de um direito de exigir ao obrigado à preferência a notificação dos elementos essenciais do projeto de negócio. Como esse direito é um direito a prestações (*in casu*, à notificação) que se dirige apenas ao obrigado à preferência, é indubitável que não é um direito real – trata-se apenas de uma relação jurídica intersubjetiva de cooperação que não envolve qualquer poder imediato e direto sobre a coisa-objeto do negócio sujeito à prelação.

Fase 2: Notificação (sem vícios) dos elementos essenciais do projeto de negócio ao preferente

Na sequência deste momento, ao preferente assiste efetivamente um direito potestativo de declarar a sua pretensão de preferir. Se o preferente exercer este direito, então, conjugando com a declaração decorrente da notificação do obrigado à preferência, fica constituída uma relação jurídica entre o preferente e o obrigado – que pode, consoante o caso, consubstanciar-se já no contrato definitivo (o negócio sujeito à prelação), ou apenas numa relação equiparável a um contrato-promessa bilateral quando esteja em causa um negócio não consensual ou um negócio solene (daí, o preferente passa a ter o direito de exigir ao obrigado à preferência a celebração do contrato sujeito à prelação⁴⁶ e simultaneamente ficar adstrito a uma obrigação de celebrar este contrato). Em ambos os casos, o efeito *imediato* decorrente do exercício do aludido direito potestativo não consiste na aquisição da coisa/ no nascimento de um *ius in re*, mas sim na perfeição de um contrato ou na constituição de uma outra relação contratual. Por isso, para o Professor, também não é adequado qualificar esse direito potestativo como um direito real (de aquisição).

Fase 3: Incumprimento da obrigação de celebrar com o preferente o negócio sujeito à prelação (situação: o obrigado à preferência alienou a coisa sem

45. Da referência da seguinte abordagem da tese de Henrique Mesquita: MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 187-229.

É importante e da nossa obrigação salientar que abordaremos a matéria, a nível estrutural, de maneira ligeiramente diferente da do Professor. No entanto, mantemos sempre a fidelidade à essência substantiva da tese do Professor.

46. Como já se explicou na parte relativa aos contratos-promessa com eficácia real, este é um direito de crédito.

proporcionar antes ao preferente a oportunidade de adquirir a coisa em igualdade de condições).

Nesta situação, ao preferente assiste o direito potestativo, a exercer por intermédio do tribunal numa ação de preferência, de substituir-se ao terceiro adquirente da coisa no contrato por este celebrado com o obrigado à preferência – isto é, uma subrogação da posição contratual⁴⁷. Por isso, o que parece *prima facie* um direito de adquirir uma coisa sem necessidade de cooperação de qualquer terceiro é, de facto, “um direito que *incide sobre um contrato* e que [...] tem por finalidade conseguir [...] *a execução específica* da prestação que o vinculado à preferência não cumpriu, de, em igualdade de condições (tanto por tanto), realizar o negócio com o preferente interessado em fazer valer o seu direito”⁴⁸⁻⁴⁹; essa “possibilidade de fazer valer judicialmente o direito contra terceiros mais não é [...] do que uma

47. Apesar do silêncio da lei, a doutrina maioritária defende que o que acontece, no fundo, numa ação de preferência é uma substituição potestativa com eficácia retroativa, pelo preferente, da posição contratual do adquirente no negócio sujeito à prelação. Cfr., *inter alia*, LOUREIRO, Pinto. *Manual dos Direitos de Preferência*. Coimbra: Coimbra Editora, 1945. p. 271 e ss.; VARELA, Antunes; Lima, Pires de. *Código Civil Anotado*, cit., v. III, p. 380-381; COSTA, Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 458-459.

Contra, entre outros: GUEDES, Agostinho Cardoso. *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 66-84 (maxime, p. 77 e ss.); e idem, *O Exercício do Direito de Preferência*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2006. p. 665-685 e p. 693-694, para quem “[...] o ganho de causa na acção de preferência tem como consequência a constituição entre sujeito passivo e preferente de um contrato novo, diferente do contrato celebrado entre o mesmo sujeito passivo e terceiro (embora de conteúdo idêntico a este último), o qual só se torna perfeito com a respectiva sentença constitutiva, só a partir desta data podendo produzir os competentes efeitos negociais típicos”.

48. Cfr. Mesquita, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 228.

49. Um argumento muito importante e convincente de Henrique Mesquita para justificar que o direito do preferente não é um direito real consiste em que, no plano processual, é possível haver casos em que a pretensão do preferente não é dirigida, na *ação de preferência*, contra o proprietário da coisa sujeita à prelação.

A nosso ver, isso mostra bem que ao preferente não assiste um direito que lhe permite perseguir *diretamente* a coisa. Por outras palavras, o direito do preferente não tem sequelas e por isso, como se explica, na nossa perspectiva, não pode implicar qualquer poder imediato e direto sobre a coisa.

Com efeito, os casos sugeridos pelo autor são os seguintes, citando (MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 222):

“tutela reforçada da posição do sujeito activo da preferência, estabelecida pelo ordenamento jurídico”⁵⁰.

“1ª hipótese: A vende a B determinado imóvel sem possibilitar a C (arrendatário) o exercício da preferência que a lei lhe confere; B, por sua vez, antes de decorrido o prazo em que C pode preferir, vende de novo o imóvel a D, sem, de igual modo, oferecer a prelação a C

2ª hipótese: E vende um prédio rústico a F; sem oferecer a um proprietário confinante a preferência que o artigo 1380º lhe atribui; F, por seu turno, ainda dentro do prazo em que pode ser exercida a preferência, doa o prédio a G ou troca-o por outro imóvel de que este é proprietário.”

Em ambos os casos, estamos perante uma preferência legal.

Na primeira hipótese, segundo o Professor, quer a venda entre A e B quer a entre B e D origina para C um direito de preferência autónomo. Por isso, C pode optar livremente por exercer o seu direito de preferência na venda entre A e B, ficando subrogado com efeito *extunc*, na posição contratual de B, que, porém, já não é o proprietário da coisa no momento da ação preferência. Tendo subrogado, retroativamente, na posição de B, a aquisição de D a B passa a ser uma aquisição *a non domino*, que é nula. Isso então significa que a propriedade de D fica “resolvida”, pois este já não terá qualquer direito real oponível a C (preferente) que adquiriu a propriedade da coisa *devido ao efeito real do contrato* em que ele se substituiu a B. O preferente, pode assim reivindicar a sua coisa da mão de D.

Assim compreendendo, e bem na nossa perspetiva, já se pode afirmar que a *ilusão da existência da inerência à coisa* é, de facto, um fenómeno provocado pela conjugação de: (1) a substituição retroativa da posição contratual do terceiro adquirente pelo preferente; (2) o efeito real do próprio contrato em que ocorre a substituição; (3) a sequele do direito real adquirido pelo preferente depois da substituição; e (4) a inoponibilidade do direito do adquirente ou do subadquirente diante do preferente.

Na segunda hipótese, a situação é basicamente a mesma. A única diferença reside em que como o negócio entre o primitivo adquirente (F) e o subadquirente (G) é uma doação ou uma troca, que, segundo a doutrina, não pode dar origem a um direito de preferência, o preferente só pode preferir na venda entre E e F, procedendo à substituição da posição contratual de F, que também já não é o proprietário da coisa no momento da ação preferência.

Ora, como se aludiu, os exemplos dados pelo autor são casos de preferências legais. No entanto, de facto, nos pactos de preferência com eficácia real, também pode acontecer a mesma situação. A título exemplificativo, é possível imaginar um caso em que A celebrou um pacto de preferência com eficácia real com B, mas logo vendeu a coisa sujeita à prelação a C sem antes dar preferência a B. C depois vendeu a coisa a D. Neste caso, como a obrigação de dar preferência não se transmite automaticamente ao adquirente da coisa sujeita à prelação no caso da preferência convencional real, B só pode preferir na venda entre A e C, mesmo que nem A nem C seja o proprietário da coisa no presente momento.

50. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 228.

3.2.2. *A nossa reflexão*

Entre a tese de direito real de aquisição e a tese de Henrique Mesquita, aderimos (*embora com algumas reservas*) a esta última, uma vez que, como se explica, concordamos com a ideia de que, em nenhuma dessas fases que ocorram na vigência de um pacto de preferência com eficácia real ou de uma preferência legal, se consegue revelar a existência de um laço de inerência entre o preferente e a coisa-objeto mediato do negócio sujeito à prelação. Por causa dessa falta do poder imediato e direto sobre a coisa, de acordo com a racionalidade defendida ao longo deste texto, é impertinente advogar a presença de um direito real (perfeito) *senão* um direito real sem realidade – figura esta que, insistimos, embora seja juridicamente legítima existir, deve ser evitada sempre que possível, dado que isto é incompreensível por meio da lógica realista (incompreensibilidade esta que, como já aludimos, põe em xeque agudamente a sustentabilidade das teorias realistas).

Todavia, não obstante a pertinência da tese de Henrique Mesquita, e salvo todo o respeito devido, não podemos deixar de manifestar a nossa reserva perante o argumento que o Professor invocou para justificar a prevalência da posição jurídica do preferente face à posição jurídica do terceiro adquirente naquela terceira fase apresentada *supra*.

Com efeito, recordando, para o Professor, essa prevalência deriva-se de uma “tutela reforçada da posição do sujeito activo da preferência, estabelecida pelo ordenamento jurídico”. Todavia, diferentemente da sua tese defendida a propósito dos contratos-promessa com eficácia real, em que o Professor justificou a eficácia *erga omnes* do direito do promessário com fundamento nos efeitos substantivos do respetivo registo predial, aqui, o Professor não explicitou nem desenvolveu o problema de “do qual estrato ou instituto do nosso ordenamento jurídico positivo origina tal tutela reforçada?”⁵¹.

51. Nem outros apoiantes da mesma tese, por exemplo, Agostinho Cardoso Guedes, entram desenvolvidamente nesta problemática, v. GUEDES, Agostinho Cardoso. *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, cit., p. 131-133, na qual o autor expôs a sua adesão à tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*, mas sem que problematizasse a fonte normativa específica desta eficácia alargada. Na sua tese de 2006, o autor entrou colateralmente nessa problematização, afirmando que a eficácia *erga omnes* do direito de preferente é constituída por efeito do próprio acordo dos contraentes, com a fundamentação numa racionalidade de que “[m]esmo que do pacto de preferência com eficácia real não deriva um verdadeiro *ius in re* mas um direito de crédito eficaz em relação a terceiros, a locução “eficácia real” escolhida pelo legislador para descrever este direito de preferente (e o direito atribuído ao promitente-comprador no contrato-promessa com eficácia real) mostra uma intenção do legislador em submeter este direito às regras fundamentais dos direitos com eficácia real, nos quais se inclui o princípio da consensualidade[...]” (idem, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., p. 265).

Em nosso entender, esta problematização “omissa”, porém, é relevantíssima, uma vez que, recordando, a lei – uma das fontes principais do Direito no nosso ordenamento jurídico – pode ser perfeitamente a origem dessa tutela reforçada. Só que, se se invocar simplesmente a lei para justificar a eficácia ampla do direito do preferente, isto não consegue contribuir para um enquadramento dogmaticamente correto e mais rigoroso do direito do preferente. A razão é que se for legítimo invocar a lei *tout court* para fundamentar a tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*, a simples invocação da lei pode ser igualmente aproveitada para consolidar a figura de direito real sem realidade na nossa ordem jurídica civilística-real. Por outras palavras, se não se conseguir especificar o instituo jurídico que legitima a atribuição da eficácia *erga omnes* a um direito de crédito *sem alterar a sua natureza creditória*, torna-se não afastável o recurso patológico à figura de direito real sem realidade. Ou seja, na nossa perspectiva, salvo todo o respeito devido, o argumento de Henrique Mesquita não consegue fundamentar de maneira sólida a tese de direito de crédito fortemente tutelado. Isto constitui a razão de ser da nossa reserva perante a tese do Professor.

Por ora, tendo assumido desde o início a tarefa de evitar o recurso à figura de direito real sem realidade, não podemos deixar de tentar encontrar um instituto suscetível de sustentar com mais rigor dogmático a tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*.

A este propósito, indagaremos separadamente os pactos de preferência com eficácia real e as preferências legais.

Em relação a pactos de preferência com eficácia real, como se traduzem num ato sujeito a registo (cfr. o art. 421º do Código Civil, que remete expressamente para o art. 413º do mesmo diploma legislativo, e o art. 2º/1, alínea f) do Código do Registo Predial), podemos, no primeiro ensaio, tentar justificar a eficácia *erga*

Na nossa perspectiva, sem dúvida, a tese do autor não é implausível. Todavia, como se explicará, insistimos em defender que a mera invocação da “intenção do legislador” é infrutuosa para justificar (com suficiente rigor) a tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*, uma vez que a invocação de “intenção do legislador” pode ser igualmente aproveitada para sustentar a criação legislativa intencional de um direito real sem realidade.

Além disso, como veremos, parece-nos incorreto considerar que os direitos de créditos com eficácia *erga omnes* (do preferente convencional real e do promissário de um contrato-promessa com eficácia real) são, pela opção legislativa, submetidos às regras fundamentais dos direitos com eficácia real. Para nós, o sentido de “eficácia *erga omnes*” dos direitos de crédito em apreço é muito especial e *sui generis*. Tudo isso mostra que as construções doutrinárias vigentes, acerca da natureza e regime dos direitos do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real e do preferente de um pacto de preferência com eficácia real ou preferência legal, são frequentemente preconceituadas (senão puramente enganadas) pela terminologia legislativa de “eficácia real”.

omnes do direito do preferente e a eventual prevalência do direito real adquirido pelo preferente (em virtude da substituição contratual desencadeada pela sentença constitutiva da ação de preferência) em face do direito real incompatível adquirido *a priori* pelo terceiro adquirente da coisa sujeita à prelação por meio do esclarecimento dos efeitos substantivos do tal registro⁵².

Efetivamente, como o art. 2º/1, alínea f) do Código do Registo Predial determina, o ato jurídico sujeito ao registo é o próprio pacto de preferência com eficácia real. Por isso, resta saber quais são os direitos protegidos imediata e mediatamente (se houver) pelo tal registo. Nessa sede, atendendo sobretudo à função de publicidade do próprio instituto de registo, julga-se que os direitos protegidos imediatamente pelo registo devem ser aqueles que nascem (também) imediatamente do facto registado. A razão é que se os direitos protegidos imediatamente pelo registo fossem os direitos que apenas tivessem uma ligação mediata com o facto publicado, os operadores no comércio jurídico não iam conseguir perceber diretamente do registo a situação jurídica do titular do assento registal e a do beneficiário do registo. Ou seja, se assim fosse, o registo contradiria a sua própria finalidade, prejudicando a transparência do comércio jurídico.

Assim sendo, aplicando essa racionalidade ao caso do registo dos pactos de preferência com eficácia real, afigura-se legítimo afirmar que os direitos protegidos de maneira imediata pelo tal registo são, e devem ser, os direitos que nascem diretamente deste negócio jurídico – que são, numa ótica estática (ou seja, abstraindo-se daquela dinâmica desenvolvida por Henrique Mesquita), a pretensão do preferente à celebração do negócio sujeito à prelação quando o condicionalismo do exercício do seu direito se verificar em concreto. Essa pretensão, como se alude, tem como sujeito passivo somente o obrigado à prelação e por isso é um direito de crédito (trata-se de um caso excecional da registabilidade de um direito de crédito).

Por ora, ao afirmar que a pretensão creditória do preferente é *protegida* por meio do registo, isto implica necessariamente um *plus* para o estatuto deste direito de crédito, sob pena de esvaziar indevidamente os efeitos substantivos deste registo predial. Nessa senda, a nosso ver, este *plus* concretiza-se efetivamente na garantia da viabilidade de celebração do negócio sujeito à prelação (quando o respetivo condicionalismo se verificar), que torna todos os atos suscetíveis de inviabilizá-la inoponíveis (ineficazes) ao preferente⁵³ e, por mor do qual, legiti-

52. Tal como o que o Professor desenvolveu na sua fundamentação da eficácia *erga omnes* do direito do promissário de uma contrato-promessa dotado da eficácia real.

53. *Rectius*, só os atos incompatíveis realizados depois do registo do pacto de preferência com eficácia real e os atos que, apesar de ser realizados antes, não se procedem ainda

ma a subrogação coativa (por intermédio do tribunal) do preferente na posição contratual do terceiro adquirente. Assim sendo, como essa viabilização da celebração do contrato sujeito à prelação (*rectius*, segundo a doutrina majoritária, por meio da técnica de substituição da posição contratual) permite o preferente adquirir, com segurança jurídica e *por meio deste contrato*, o direito real-objeto mediato do contrato, o registo protege também, agora mediatemente⁵⁴, este direito real futuro do preferente. A nosso ver, é exatamente essa proteção derivada dos efeitos substantivos do registo que justifica a sublinhada prevalência do direito real adquirido pelo preferente (em virtude da substituição contratual desencadeada pela sentença constitutiva da ação de preferência) sobre o direito real incompatível adquirido *a priori* (mas depois do registo definitivo do pacto de preferência) pelo terceiro adquirente da coisa sujeita à prelação.

Por isso, concluindo, estamos perante um registo definitivo, que protege em primeira linha um direito de crédito presente⁵⁵, e por causa disso, também um direito real futuro. Esses efeitos substantivos do registo, de acordo com a tese de Mónica Jardim, devem enquadrar-se nos casos análogos ao da “reserva da prioridade imprópria *latu sensu*”⁵⁶.

ao registo e por isso não têm a sua eficácia *erga omnes* totalmente consolidada. Ou, com ainda mais rigor, nas palavras de Mónica Jardim – que embora problematize em concreto a propósito dos contratos-promessa com eficácia real e não dos pactos de preferência com eficácia real – “após o registo definitivo [...], o direito de crédito [...] prevalece em face dos actos dispositivos conflituantes que não beneficiam de prioridade registal, *quer assentem ou não num acto de vontade do titular registal (ou de um seu subadquirente) e, ainda, quer tenham ocorrido antes ou depois do registo definitivo do contrato-promessa dotado de “eficácia real”*“. Cfr. JARDIM, Mónica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeitos de Registo)*, cit., p. 887 (destacado original da obra citada).

54. Porquanto mediante a proteção em primeira linha do direito de crédito do preferente.

55. Embora sob condição suspensiva – uma vez que, recordando, o preferente só pode preferir se o obrigado à preferência quiser vender.

No entanto, é relevante salientar que não é doutrinariamente pacífico qualificar o direito de preferir como um direito presente sob condição suspensiva. Particularmente, para Agostinho Cardoso Guedes, “[a]o contrário do que sustentam as doutrinas defensores das teorias do direito de preferir como direito condicionado, parece, verdadeiramente, que antes de verificados os pressupostos de constituição do direito de preferir, o preferente não tem sequer uma expectativa jurídica, mas apenas, e quando muito, uma mera expectativa de facto “de um dia poder vir a adquirir a coisa sujeita à prelação, com prioridade sobre os demais interessados, se o vinculado à preferência decidir aliená-la”. Cfr. *Idem*, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, cit., p. 125. O autor reafirma a sua tese na sua obra de 2006, v. *idem*, *O Exercício do Direito de Preferência*, maxime, p. 295-312.

56. Remete-se para a nota 27 e a bibliografia ali citada.

Conseqüentemente, na nossa perspectiva, somente por meio da fundamentação específica nos efeitos substantivos do registro de pactos de preferência com eficácia real é que se pode justificar o maior rigor dogmático e normativo da tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes* em face da tese de direito real sem realidade⁵⁷.

Ora, se é possível e pertinente invocar os efeitos substantivos do registro predial para justificar a prevalência do direito do preferente em face do direito real adquirido *a priori* pelo terceiro adquirente da coisa-objeto mediato do negócio sujeito à prelação, a verdade é que esse fundamento já não é recorrível no caso de preferências legais, dado que, segundo o vigente Código do Registro Predial, as preferências legais não são sujeitas a registro⁵⁸. No entanto, infelizmente, a nosso ver, já não há outros fundamentos normativos, senão a lei *tout court*, que consigam explicar a tutela reforçada do direito do preferente. Desse modo, não podemos deixar de confessar que no caso de preferências legais, carecemos de um fundamento normativo (senão puramente jurídico-ideológico) suscetível de convencer os interlocutores na escolha da tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*, em detrimento da tese (criticável) de direito real sem realidade. Isso, na nossa perspectiva, consubstancia-se inelutavelmente numa verdadeira crise da sustentabilidade das teorias realistas.

4. DIREITOS REAIS PERFEITOS *VERSUS* DIREITOS REAIS SEM REALIDADE *VERSUS* DIREITOS DE CRÉDITO COM EFICÁCIA *ERGA OMNES*

Ora, a problematização realizada ao longo deste texto não se esgota num plano meramente teórico. Na nossa perspectiva, a adoção de cada uma das teses referidas têm repercussões relevantes no plano jurídico-pragmático. Para demonstrar a relevância jurídico-prática dessas repercussões, sem assumirmos qualquer pretensão de exaustividade, recorreremos ao seguinte caso hipotético:

57. Recordando, a tese de direito real *perfeito* de aquisição para nós nem sequer é defensável sob a lógica realista, uma vez que, em bom rigor, não se verifica aqui qualquer poder imediato e direto sobre a coisa-objeto mediato do negócio sujeito à prelação.

58. Como Antunes Varela e Pires de Lima ensinam, esta não sujeição a registro é justificada porquanto “é a lei que cria directamente a preferência e, por conseguinte, o requisito da publicidade está em larga medida preenchido desde logo por essa circunstância. Para saber se determinada coisa está onerada com algum direito de preferência, bastará a consulta dos textos legais, uma vez conhecida a situação de facto ou de direito que serve de pressuposto a concessão de preferência”, cfr. Varela, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*, cit., v. III, p. 383.

A celebrou com B um contrato-promessa de venda do seu automóvel. As partes atribuíram eficácia real a este contrato-promessa e cumpriram todos os requisitos legais enunciados no art. 413º do Código Civil. Logo a seguir, A depositou este automóvel na oficina de C (um contrato normal de depósito). Contudo, antes da celebração do contrato definitivo entre A e B, o automóvel ficou danificado por causa da conduta culposa de C. Assim, questiona-se: haverá e, no caso afirmativo, qual será a relação jurídica entre o depositário (C) e o promissário-comprador (B) no âmbito de responsabilidade civil?

Não se trata de um problema com solução fácil, uma vez que está aqui subjacente um conjunto de *vexatae quaestiones*, que abrange, *inter alia*, a questão de dualidade/ unidade da responsabilidade civil e a questão da relação (concorrencial ou especial) entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Contudo, para manter a concisão da nossa investigação, que consiste na escarpelização da diferença jurídico-pragmática entre as teses aludidas, analisaremos o caso hipotético apenas como um problema inserido no nicho dogmático da responsabilidade civil extracontratual, e dentro desta, na problemática da licitude/ilicitude da conduta (ou do resultado da conduta)⁵⁹ de terceiros – *in casu*, o depositário. Por enquanto, para revelar de maneira mais direta e precisa a enfatizada diferença jurídico-pragmática entre a tese de direito real perfeito, a tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes* e a tese de direito real sem realidade, concentraremos o nosso estudo principalmente na primeira modalidade de ilicitude – isto é, a violação de um direito absoluto⁶⁰⁻⁶¹ (mas sempre com referência à

59. O presente trabalho não é um lugar oportuno para analisar o problema da ilicitude de conduta e da ilicitude de resultado. Deixe-nos remeter o estudo desta matéria para MONTEIRO, Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Tese de doutoramento em Direito (Direito Civil) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 1990, p. 300 e ss.

60. A doutrina maioritária, através da interpretação do n. 1 do art. 483º do Código Civil, identifica, à partida, duas modalidades de ilicitude, i.e. a violação de um direito absoluto e a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios.

Uma boa parte de doutrina defende ainda uma terceira modalidade autónoma de ilicitude – o abuso do direito, com fundamentação direta no art. 334º do Código Civil. Nesse sentido, entre outros, VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., v. I, p. 544-548; VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. I. p. 474; Costa, Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 564. Contra: Sousa, Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. I. p. 205, nota 504, segundo o qual “[p]arece-nos, no entanto, que o exercício abusivo de direito próprio viola a norma tuteladora de interesses alheios do art. 334º e como tal é subsumível, imediatamente, no art. 483º, n.1, como fonte geradora de responsabilidade civil”. No mesmo sentido, aparentemente, Menezes Cordeiro, para quem “[o] artigo 334º refere

problematicidade do nosso caso hipotético, investigando se a frustração de satisfação dos interesses do promissário no caso pela atuação do terceiro é assimilável ou não à violação de um direito absoluto). Vejamos.

Para que seja possível realizar os testes de assimilação, é necessário saber, antes de mais, a noção de direitos absolutos à luz da axiologia do próprio instituto da responsabilidade civil extracontratual (sem qualquer propósito de revitalização do conceitualismo). Nessa sede, cumpre referir-se a que a doutrina, em geral, define os direitos absolutos como direitos com eficácia *erga omnes*⁶², em contra-

os bons costumes. A correcta interpretação desse preceito revela, todavia, que os bons costumes fixam limites extrínsecos ao exercício dos direitos, não se configurando, na sua aplicação, como “abuso”: antes como ausência de direito. O abuso restringe-se, hoje, à violação de boa fé. E este pode ser fonte de regras de conduta” mas “[a] boa fé surge, cultural e cientificamente, como um instrumento da área obrigacional (ou contratual): não da área aquiliana. A técnica básica da boa fé é a de enriquecer o dever de prestar, com novas pretensões de conduta específica. No campo aquiliano, há outros instrumentos mais adequados, como o dos deveres de tráfico”. Cfr. CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português VIII*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 455.

61. Ora, segundo a letra da norma, o legislador fala de “violação do direito de outrem” em vez de “violação de um direito absoluto”.

Contudo, como Antunes Varela interpretou, “[...] desde que o não-cumprimento, o cumprimento *tardio* e o cumprimento defeituoso dos direitos de créditos são abrangidos pela responsabilidade contratual [...]”, “[o]s direitos subjectivos aqui abrangidos [...] são, principalmente, os direitos *absolutos*, nomeadamente os direitos sobre as coisas (corpóreas ou incorpóreas) ou direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual (direitos de autor e direitos conexos e propriedade industrial)”. Cfr. Varela, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., v. I, p. 533 (destacado original da obra citada).

Contra, Cordeiro, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português VIII*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 446-448 – citando, “[a] figura-se-nos [...] inadequado restringir, por paralelismo com a doutrina alemã, os “direitos” do artigo 483º/1 a direitos absolutos [...] A matéria deve ser estudada sem o preconceito alemão”; “ficam abrangidos todos os direitos subjectivos, incluindo os relativos. Nenhuma razão existe para os excluir, em nome dos artigos 798º e seguintes: estes preceitos apenas se aplicam ao devedor, como é sabido: não a terceiro. A eficácia externa das obrigações acaba por ter pouca expressão não por via da não-aplicação do artigo 483º/1, mas antes pela dificuldade em reunir os demais pressupostos de imputação aquiliana”.

62. Porém, há autores que optam por não definir diretamente o conceito de “direitos absolutos”, preferindo considerá-los como “direitos não relativos”. Nesse sentido, entre outros, Ascensão, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 45, para quem “[d]ireitos absolutos são os *direitos não relativos*; são independentes de uma relação[...] O direito relativo é o que assenta numa relação. E a relação é uma figura perfeitamente demarcada, pois

LEONG, Hong Cheng. Direitos reais sem realidade?

Breves reflexões sobre a crise e a sustentabilidade da(s) teoria(s) realista(s) na teoria geral do direito das coisas. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 85. ano 41. p. 461-502. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2018.

posição dos direitos relativos que têm eficácia meramente *inter partes* e abrangem principalmente os direitos de crédito⁶³.

Entretanto, quer a teoria personalista quer a teoria realista (em sentido muito amplo) afirma que os direitos reais são, em regra⁶⁴, dotados da eficácia *erga omnes*; são direitos cuja matriz permite que o seu titular oponha a sua posição jurídica a qualquer pessoa do mundo. Por isso, basicamente, ninguém contesta que os direitos reais são um tipo de direitos absolutos. Donde, é pacífico afirmar que a violação dos direitos reais de outrem constitui um ato ilícito “sancionável” por meio do instituto de responsabilidade civil extracontratual.

Desse modo, se se considerar que o direito do promissário de um contrato-promessa com eficácia real e o direito do preferente de um pacto de preferência com eficácia real ou de uma preferência legal devem ser qualificados como um direito real (de aquisição), a sua frustração constitui, em regra, uma violação de direitos absolutos, sancionável pelos art. 483º e seguintes do Código Civil (responsabilidade civil extracontratual). E essa conclusão mantém-se ainda que se defenda que estamos apenas perante “direitos reais sem realidade”, que carecem do poder imediato e direto sobre a coisa na qual, racionalmente, se arrega a eficácia *erga omnes* segundo a lógica realista. A razão é que, se se chegar à conclusão de que o legislador mesmo quis atribuir natureza real a um direito que rigorosamente não implica qualquer poder imediato e direto sobre uma coisa, tendo em conta a legitimidade dessa opção legislativa, salvo indicações no sentido contrário, tem-se de admitir

supõe sujeitos determinados, cuja posição é reciprocamente delimitada [...]Vários direitos assentam, essencialmente, numa relação jurídica; antes de mais o direito de crédito” (destacado original da obra citada).

63. Já Menezes Cordeiro defende que “a relatividade não é característica dos direitos de crédito”, “[...] e a sua violação dá lugar, mesmo face a terceiros, ao dever de indemnizar, dentro das regras e limites da responsabilidade civil”. Contudo, mesmo assim, o autor não chegou a advogar que a infração do direito de crédito por terceiro é *sempre* uma fonte da responsabilidade civil. Só que a razão desta não reside na falta da eficácia *erga omnes* do direito de crédito; mas sim no facto de que “as obrigações tendem a ser conhecidas, apenas, pelo credor e pelo devedor. O desconhecimento das situações subjectivas lesadas paralisa o funcionamento das obrigações de indemnizar, quer por amputar os pressupostos da responsabilidade civil – a falta de culpa ou de acção final ilícita, por exemplo – quer por permitir a aplicação de princípios de boa fé que *ilibam* o agente da violação”. cfr. CORDEIRO, Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., v.1. p. 282-283 (destacado original da obra citada).
64. A doutrina tem constantemente invocado o caso especial do art. 5º do Código do Registo Predial, (enquanto uma exceção ao princípio de *nemo plus iuris*) para justificar que, excepcionalmente, os direitos reais também podem carecer da eficácia *erga omnes*.

que – embora seja dogmaticamente inconveniente e até incompreensível – os direitos reais sem realidade são dotados de uma eficácia *erga omnes artificialmente* equiparada à dos direitos reais perfeitos. Por isso, em princípio, a violação de um direito real sem realidade deve ser considerada igualmente como um ato ilícito (da primeira modalidade) a propósito da responsabilidade civil extracontratual.

Todavia, em relação à categoria de direitos de crédito com eficácia *erga omnes* (concentramo-nos na seguinte problematização *apenas* nos casos do direito do promissário de um contrato-promessa com eficácia real e do direito do preferente de um pacto de preferência com eficácia real ou preferência legal), já é muito duvidosa a sua qualificação como direito absoluto. Com efeito, se é verdade que esta figura reúne as características de direitos absolutos maxime por ser dotada da eficácia *erga omnes*, ela continua a ser um mero direito de crédito que, pela sua natureza, é qualificado pela doutrina como um direito relativo. Aliás, perante esta figura ambivalente, até parece legítimo questionar se estamos perante um caso excepcional⁶⁵ em que o próprio legislador aceita/ não opõe à teoria da “eficácia externa da obrigação”⁶⁶.

No entanto, apesar desse dilema, em nosso entender, os direitos de crédito com eficácia *erga omnes, rectius*, o do promissário e o do preferente, são, e só podem ser, qualificados como um direito relativo. Com efeito, mobilizando uma frase de Oliveira Ascensão como o ponto de partida da nossa argumentação (embora esta afirmação do Professor não seja relatada a propósito do problema em apreço), “[a] obrigação, com a sua eficácia externa, continua a ser um direito relativo. Continua a assentar numa relação e toda a pretensão dela emergente é dirigida contra alguém determinado pela posição que ocupa naquela relação”⁶⁷. Aliás, se se recordar ainda as várias fases que compõem o funcionamento do direito do promissário e o do preferente no caso do incumprimento da contraparte, as pretensões

65. Descrevemo-lo como excepcional porquanto aderimos à doutrina que defende que em regra, no nosso ordenamento jurídico, as obrigações têm eficácia meramente *inter partes*, v. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., v. I, p.175-182; COSTA, Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 91-101 (maxime, p. 91-96 e a grande lista da bibliográfica ali encontrada); MONTEIRO, Sinde. *Responsabilidade por Conselhos Recomendados ou Informações*, cit., p.185-187; e BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade vs. responsabilidade, a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006. p. 86-102.

66. Antecipamos que, como se justificará, em nosso entender, a “eficácia externa” do direito obrigacional do promissário (e do preferente) não deve ser entendida à luz da teoria da “eficácia externa da obrigação”.

67. Cfr. ASCENSÃO, Oliveira. *Direito Civil: Reais*, cit., p. 47.

que se visam fazer valer por intermédio do tribunal são sempre fundamentadas numa causa relativa e dirigidas, antes de tudo, contra o devedor. Além do mais, se se tentar encontrar uma justificação axiológica para a consagração legal da ação de execução específica e da ação de preferência (pelo menos no caso de preferências convencionais reais), esta, a nosso ver, será o princípio de *pacta sunt servanta*.

Desse modo, afigura-se-nos seguro afirmar que o direito do promissário e o do preferente são sempre um direito de exigir o cumprimento do contrato-promessa/ da obrigação legal de preferência – que se satisfaz, respetivamente, pela celebração do contrato definitivo e da celebração (com condição suspensiva) do negócio jurídico sujeito à prelação. E reiteramos, a satisfação desse direito somente pode ser reclamada contra quem se encontra vinculado a cumprir o contrato-promessa/ a obrigação legal de preferência (i.e., a outra parte relacional ligada à mesma causa relativa). Por conseguinte, parece-nos indubitável que o direito do promissário e o do preferente são perfeitamente direitos relativos.

No entanto, essa resposta está ainda longe de ser suscetível de resolver o problema de saber se a violação desse direito relativo, que possui “eficácia *erga omnes*”, deve ser considerado como um ato ilícito (da primeira modalidade) na sede de responsabilidade civil extracontratual. Na nossa perspetiva, a chave para resolver esse paradoxo reside, essencialmente, em compreender com precisão o sentido próprio da tal “eficácia *erga omnes*”. Donde, é fulcral indagar a teleologia – a *ratio legis* – da atribuição dessa eficácia alargada aos direitos em apreço.

Nessa senda, em nosso entender, o legislador, ao prever os institutos de contratos-promessa com eficácia real e de pactos de preferência com eficácia real, parte de uma racionalidade finalística de alargamento de proteção – que consiste em fortalecer normativamente a posição jurídica creditória vulnerável do promissário/ do preferente em face das vicissitudes que eventualmente possam acontecer na posição jurídica do promitente/ do obrigado à prelação sobre a coisa-objeto mediato do contrato-promessa/ do pacto de preferência. Ou seja, mais concretamente, o legislador pretende que, por meio de atribuir uma eficácia alargada aos direitos em apreço, mas sem alterar a sua natureza creditória, os titulares desses direitos possam ser protegidos contra o risco da posterior inviabilização da satisfação do seu direito de crédito (a conclusão do contrato pretendido) causada por atos de alienação (ou de oneração) a terceiros da coisa-objeto mediato do contrato-promessa/ do pacto de preferência⁶⁸.

68. Nesse sentido: JARDIM, Mónica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeitos de Registo)*, cit., p. 886 (importa prestar atenção a que o estudo da Professora na citada página incide sobre os contratos-promessa com eficácia real, não abrangendo diretamente o problema dos pactos de preferência com eficácia real).

Portanto, ao compreender o sentido rigoroso da chamada “eficácia *erga omnes*” do direito de crédito (do promissário de um contrato-promessa com eficácia real e do preferente de um pacto de preferência com eficácia real) à luz dessa finalidade, julgamos que é legítimo defender que o âmbito dessa eficácia alargada não pode ser mais nem menos daquilo que o legislador pretende implementar – ou seja, a amplitude dessa eficácia alargada deve limitar-se precisamente ao suficiente para tutelar a posição vulnerável do promissário/ do preferente em face das aludidas vicissitudes inibidoras. E na nossa perspectiva, esse ponto de suficiência é atingido quando a eficácia alargada desses direitos consiga tornar essas vicissitudes normativamente inoponíveis aos titulares desses direitos.

Por ora, deslocando-se para o nível da justificação axiológica desta tutela fortalecida, como a eficácia alargada dos direitos de crédito em apreço visa primariamente garantir o cumprimento de contratos ou inviabilizar a consolidação dos efeitos do incumprimento contratual – em lugar de concretizar a tutela da relação geral de mútuo respeito na convivência entre os seres humanos sem relações intersubjetivas específicas (de confiança) entre si –, é forçoso afirmar que a *ratio iuris* subjacente se arrega fundamentalmente no princípio de *pacta sunt servanda*, em lugar do princípio de *neminem laedere*⁶⁹.

Posto isso, na nossa perspectiva, a tal “eficácia *erga omnes*” deve ter um sentido que consegue refletir precisamente a ideia de “inoponibilidade dos atos incompatíveis com o cumprimento dos contratos”, que, contudo, não se confunde com a ideia de “oponibilidade do direito de crédito do promissário/ do preferente perante quaisquer terceiros”⁷⁰. Com efeito, essas duas ideias não são iguais, porquanto enquanto a primeira é dotada apenas de um conteúdo negativo essencialmente inviabilizador em face dos atos do devedor; a segunda vai mais longe, sendo dotada de um conteúdo positivo marcadamente reclamador em face de quaisquer terceiros. Desse modo, sendo a eficácia alargada em apreço – até por determinação das suas próprias *rationes (legis et iuris)* – dotada apenas de um conteúdo negativo⁷¹, afigura-se forçoso concluir que estamos perante uma eficácia alargada

69. Em nosso entender, *neminem laedere* é o princípio fundamentante do instituto da responsabilidade civil extracontratual. Sobre a evolução do sentido de *neminem laedere* e a sua ligação com a responsabilidade civil extracontratual, v. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade vs. Responsabilidade, A Precaução como Fundamento da Imputação Delitual?*, cit., p. 169-196.

70. Com efeito, o titular dos direitos de crédito com eficácia alargada em causa não tem título legítimo para reclamar (reivindicar) a coisa da mão de terceiros. Essa reclamação só é possível se o titular, em virtude da proteção do seu direito de crédito, vier adquirir o direito real protegido mediatamente.

71. Todavia, sobretudo a propósito do estudo dos contratos-promessa, é importante salientar que a associação de um conteúdo meramente negativo a esta eficácia alargada atribuída pelo

sui generis diferente daquela eficácia *erga omnes* própria dos direitos reais. Por isso, salvo todo o respeito devido, não concordamos com a posição (ou, quiçá, apenas a terminologia) sufragada pelos autores como Henrique Mesquita⁷² e Mônica Jardim⁷³, que advogam uma *equiparação* entre a eficácia alargada em causa e a eficácia *erga omnes* dos direitos reais. Com efeito, essa equiparação escamoteia as *rationes legis et iuris* especiais subjacentes à atribuição da eficácia alargada em apreço, potenciando o entendimento errôneo que encara os contratos-promessa com eficácia real e os pactos de preferência com eficácia real como um caso excepcional de consagração legal da teoria da “obrigação com eficácia externa”, considerando assim os atos frustradores de terceiros como um ato extracontratual ilícito responsável autónomo.

Por enquanto, é relevantíssimo exaltar que as considerações antes tecidas a propósito dos contratos-promessa com eficácia real e dos pactos de preferência com eficácia real não são automaticamente estendíveis às preferências legais. Com efeito, as *rationes legis et iuris* subjacentes à atribuição da eficácia alargada às preferências legais são diferentes e variam em função da especificidade de cada relação jurídica complexa em que são inseridos o direito de preferência e a correspondente obrigação de dar preferência. Por isso, a propósito das preferências legais, para compreender o sentido rigoroso da chamada “eficácia *erga omnes*”, é sempre imprescindível realizar um estudo contextualizado de cada um dos direitos legais de preferência.

A este propósito, para demonstrar essa especificidade das preferências legais, sem ignorarmos a variedade dos direitos legais de preferência previstos no ordenamento jurídico vigente, indagaremos o caso do direito legal de preferência dos comproprietários que, de resto, constitui o paradigma dos direitos legais de preferência.

registro predial definitivo em apreço não implica qualquer degradação dos efeitos substantivos deste, confundindo-os com os efeitos mais limitados do registro provisório de aquisição. Com efeito, apesar dessa nossa compreensão restritiva, o âmbito de proteção do registro definitivo em causa mantém a ser mais amplo do que o do registro provisório de aquisição. Efetivamente, enquanto o registro definitivo em causa gera a inoponibilidade de todos os atos ou direitos incompatíveis com registro posterior; o registro provisório de aquisição gera apenas a inoponibilidade dos atos incompatíveis posteriores realizados *com base na vontade do promitente*, cfr. JARDIM, Mônica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeito de Registo)*, *maxime*, cit., p. 836 e ss.; JARDIM, Mônica. O registro provisório de aquisição. In: *Publicações Online do CENoR*, Coimbra, 2003. *passim*.

72. Cfr. MESQUITA, Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*, cit., p. 254.

73. Cfr. JARDIM, Mônica. *Efeitos Substantivos do Registo Predial (Terceiros para Efeitos de Registo)*, cit., p. 886.

Segundo o art. 1409º/1 do Código Civil, “[o] comproprietário goza do direito de preferência e tem o primeiro lugar entre os preferentes legais no caso da venda, ou dação em cumprimento, a estranhos da quota de qualquer dos seus consortes”. De acordo com o ensinamento de Antunes Varela e Pires de Lima, “[s]ão três os fins principais que justificam a concessão da preferência no caso especial da compropriedade: a) fomentar a propriedade *plena*, que facilita a exploração mais equilibrada e mais pacífica dos bens; b) não sendo possível alcançar a propriedade exclusiva, diminuir o número dos consortes; c) impedir o ingresso, na contitularidade do direito de pessoas com quem os consortes, por qualquer razão, o não queiram exercer”⁷⁴.

Por isso, desde logo, afigura-se-nos legítimo afirmar que, nesse caso, a atribuição legal do direito de preferência e a respetiva eficácia alargada não são justificadas, no plano teleológico, *primariamente* pela finalidade da tutela da posição vulnerável do preferente. No plano axiológico, também não é o princípio de *pacta sunt servanta* que fundamenta a eficácia alargada. Efetivamente, como se vê, a atribuição da eficácia alargada, nesse caso, é teleologicamente justificada pela política legislativa relativa à ordenação e partilha das propriedades privadas na sociedade civil. Por isso, é patente que as considerações antes tecidas a propósito dos pactos de preferências com eficácia real não são analogicamente aplicáveis.

Todavia, sem prejuízo dessa singularidade, julgamos que, para alcançar a teleologia do art. 1409º/1, pode ser suficiente, à partida, apenas a atribuição ao direito legal de preferência dos comproprietários uma eficácia alargada com conteúdo meramente negativo, essencialmente inviabilizador em face dos atos dos outros comproprietários. Desse modo, na nossa perspetiva, a eficácia alargada desse direito legal de preferência é, em princípio, apenas uma eficácia *erga omnes sui generis* (mais limitada que a dos direitos reais); só que, diferentemente do direito do preferente de um pacto de preferência com eficácia real, a importância dessa ideia não deve ser levada ao máximo, porquanto não se pode olvidar que o direito legal de preferência em apreço faz parte do estatuto de compropriedade, que é um direito real perfeito.

Agora, tendo percorrido todos esses caminhos de indagação dogmática, podemos finalmente voltar ao nosso caso hipotético. Nessa senda, podemos afirmar que: se o direito do promissário for considerado como um direito real perfeito de aquisição ou como um mero direito real de aquisição sem realidade, o ato do depositário, que danificou a coisa-objeto imediato do direito real do promissário, deverá ser considerado como um ato ilícito (da primeira modalidade)

74. VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*, cit., v. III, p. 367.

suscetível de desencadear uma responsabilidade civil extracontratual. Ou seja, o promissário, agora enquanto o titular de um direito absoluto, pode pedir uma indenização ao lesante (*in casu*, o depositário) a título da responsabilidade civil extracontratual.

Entretanto, se considerar o direito do promissário como um direito de crédito com eficácia *erga omnes*, segundo a nossa interpretação relativo ao sentido rigoroso dessa reiterada “eficácia *erga omnes*”, a frustração da satisfação do direito do promissário por atos de terceiros já não se consubstancia num ato ilícito (da primeira modalidade). Por isso, se a segunda e a terceira modalidade da ilicitude também não se verificarem, o terceiro (*in casu*, o depositário), não é extracontratualmente⁷⁵ responsável perante o promissário. A frustração da satisfação do direito do promissário por atos de terceiros constitui assim um *dano puramente patrimonial*⁷⁶ que, segundo a doutrina majoritária nacional, não é indenizável em regra.

Por conseguinte, como se demonstra, a tomada de posição perante a querela entre a tese de direito real perfeito, a tese de direito real sem realidade e a tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes* (*rectius, sui generis*) não possui apenas relevância teórico-dogmática. Trata-se de uma problematização com importância jurídico-pragmática que não deve ser menosprezada.

5. SÍNTESE

a) Constitucionalmente analisando, o legislador pode legitimamente criar direitos reais que não assentem rigorosamente num poder imediato e direto sobre uma coisa – os direitos reais sem realidade, na nossa terminologia.

b) Esses direitos reais sem realidade são incompreensíveis ao abrigo da racionalidade das teorias realistas. Por isso, a sua sedimentação efetiva no nosso ordenamento jurídico provocará inevitavelmente uma crise de sustentabilidade para as teorias realistas. Para sustentar as teorias realistas, é, pois, necessário evitar quer o recurso dogmático direto a essa categoria perturbadora, quer a contribuição indireta/negligente doutrinária para a distorção sistemática potenciada pela tal categoria.

75. Muito menos seja contratualmente porque o promissário e o depositário não são ligados entre si por qualquer causa relativa.

76. Salvo esteja em causa (também) uma violação da titularidade do direito de crédito em causa. Sobre o problema de (não) indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais, v. entre outros, MONTEIRO, Sinde. *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, cit., p. 187 e ss.; BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade vs. Responsabilidade, A Precaução como Fundamento da Imputação Delitual?*, cit., p. 214-253.

c) Para o efeito de demonstração e resolução da aludida crise das teorias realistas, estudámos o instituto dos contratos-promessa com eficácia real, dos pactos de preferência com eficácia real e das preferências legais.

d) Em nosso entender, o direito do promissário de um contrato-promessa dotado da eficácia real e o direito do preferente de um pacto de preferência com eficácia real devem ser entendidos como direitos de crédito com eficácia *erga omnes*, sendo dogmaticamente incorreta e insustentável a sua qualificação como direitos reais sem realidade, e muito menos como direitos reais perfeitos.

e) Já em relação às preferências legais, uma vez que só a lei *tout court* é capaz de fundamentar a eficácia alargada do direito legal do preferente – diferentemente do direito do preferente de um pacto de preferência com eficácia real cuja eficácia alargada pode ser (*rectius*, deve ser) explicada à luz dos efeitos substantivos do registo predial –, não podemos deixar de confessar que é normativamente viável a qualificação dos direitos legais de preferência como direitos reais sem realidade, embora, em nosso entender, seja dogmaticamente mais sustentável e mais conveniente qualificá-los como direitos de crédito com eficácia *erga omnes*.

f) Passando para o nível jurídico-pragmático do nosso estudo, investigámos a repercussão da tomada de posição – entre a tese de direito real perfeito, a tese de direito real sem realidade e a tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes* – no problema da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual.

g) A esse propósito, esclarecemos que, no caso dos contratos-promessa com eficácia real e dos pactos de preferência com eficácia real, a chamada “eficácia *erga omnes*” da tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes* tem um sentido *não equiparável* ao da eficácia *erga omnes* de direitos reais. Efetivamente, atendendo à teleologia e à axiologia subjacentes à atribuição da tal “eficácia *erga omnes*” ao direito do promissário e ao direito do preferente, não se pode deixar de concluir que essa “eficácia *erga omnes*” é *sui generis*, tendo apenas um conteúdo negativo.

h) Já em relação às preferências legais, chegámos à conclusão de que como as considerações específicas que ocupam o legislador na atribuição da eficácia alargada aos direitos legais de preferência variam em função de cada relação jurídica complexa em que são inseridos o direito de preferência e a correspondente obrigação de dar preferência, só por meio de um estudo autónomo de cada um dos direitos legais de preferência se consegue compreender o sentido exato da eficácia *erga omnes* aí implicada.

i) No fim, concluímos que, em coerência com a nossa compreensão da tese de direito de crédito com eficácia *erga omnes*, a violação do direito do promissário de um contrato-promessa com eficácia real, do direito do preferente de um

pacto de preferência com eficácia real e de certos direitos legais de preferência não constitui um ato ilícito (da primeira modalidade) suscetível de desencadear uma responsabilidade civil extracontratual.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também doutrina

- Direito real, de Dilvanir José da Costa – *RT* 782/727-736 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/153-165 (DTR\2000\563); e
- Direitos reais no Código Civil de 2002: inovações, de Rodrigo Fernandes Rebouças – *RDI* 71/155-203 (DTR\2011\5249).

O REGISTO PREDIAL E O CADASTRO TERRITORIAL: COMPLEMENTARIDADE OU INDIFERENÇA?

*LAND REGISTRY AND CADASTRE:
COMPLEMENTARITY OR INDIFFERENCE?*

MADALENA TEIXEIRA

Conservadora dos Registos Predial e Comercial. Membro do Conselho Consultivo do IRN, I.P.
mmrteixeira@hotmail.com

Data de recebimento: 30.08.2018

Data de aprovação: 03.09.2018

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Ao registo predial, enquanto sistema destinado a publicitar a situação jurídica do prédio tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário, interessa uma informação fidedigna e segura acerca do prédio e da sua identidade material. Logo, o cadastro, enquanto *informação certificada* acerca das características do prédio, não é indiferente ao registo predial e pode, realmente, constituir uma ferramenta fundamental para a realização de um objetivo de segurança jurídica plena. Contudo, importa ter presente que o cadastro é apenas uma ferramenta, para finalidades diversas, e que ao registo predial interessa, antes de mais, a *coisa jurídica* que é objeto dos direitos publicitados, pelo que nenhum grau de subordinação, senão de complementaridade, pode existir entre o registo e o cadastro.

PALAVRAS-CHAVE: Cadastro – Registo – Segurança jurídica – Informação certificada – Descrição material – Objeto jurídico.

ABSTRACT: To the land registry, as a system designed to publicize the legal situation of the property with a view to the security of the real estate legal trade, it is important to have reliable and trustworthy information about the land parcel and its material identity. Therefore, the cadastre, as certified information about the characteristics of the land parcel, is not indifferent to the land registry and may indeed constitute a fundamental tool for achieving a goal of full legal security. However, it is important to point out that the cadastre is only a tool, for multiple purposes, and that the land registry is primarily concerned with the legal object, so that no degree of subordination, but of complementarity, may exist between registry and cadastre.

KEYWORDS: Cadastre – Land Registry – Legal certainty – Certified information – Geometric description – Property object.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A função e a finalidade do registo predial. 3. Os novos desafios. 4. Da relevância da informação cadastral para o registo predial. 5. A complementaridade. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Como todos sabemos,¹ os prédios são o objeto do cadastro territorial e são, outrossim, a referência do registo predial².

Daí que, em uma perspectiva eminentemente tecnicista, resume imediatamente a ideia de que *um sistema de informação predial único*, capaz de agregar uma informação mais ou menos exata, certificada e multifuncional em um serviço público dedicado à inventariação do território, possa bem constituir a solução para eliminar as redundâncias da informação e, mais grave do que isso, as assimetrias de informação acerca dos prédios e das suas características fundamentais.

Sucede que o registo predial é um sistema de informação com uma função muito precisa, que não se confunde com a mera catalogação dos prédios que compõem o território, com a sinalização das suas coordenadas geográficas, com a definição dos seus limites geométricos, ou com a simples divulgação dos fatos jurídicos a que os mesmos respeitam e que, portanto, não pode participar de um conceito amplo de “cadastro predial”, sem perda de identidade ou desvio de finalidade.

Assim, qualquer reflexão que se faça acerca da articulação ou relacionamento entre o cadastro e o registo predial, exigirá, primeiro, ponderação acerca dos fins da publicidade registal e da intencionalidade subjacente à existência de um sistema de cadastração nacional, de forma a que não se apague o que de essencial e de distinto existe em cada uma destas funções.

2. A FUNÇÃO E A FINALIDADE DO REGISTO PREDIAL

Como se sabe, o registo predial tem por função publicar ou publicitar *os direitos, ônus ou encargos* que recaem sobre os prédios. O objeto do registo predial é,

1. Trabalho apresentado na *II Conferência Ibérica em Registos e Notariado* realizada em 30 de novembro de 2016, em Felgueiras.
2. Sendo o registo predial português um sistema de fôlio real, o elemento de conexão é o prédio, com os caracteres que o individualizam e distinguem dos demais, e o descrevem como objeto de direitos ou *coisa jurídica*, logo, o primeiro grupo de dados que importa dar a conhecer são os que diretamente versam sobre a *natureza, localização, composição, finalidade econômica e situação fiscal* do prédio.

assim, a *situação jurídica* do prédio rústico, urbano ou misto, resultante ou não de uma operação de transformação fundiária ou de uma operação urbanística, mas, em qualquer caso, o bem que está no comércio jurídico e, portanto, a *coisa jurídica* que é objeto de um direito de propriedade privada.

Porém, não se trata apenas de divulgar um conjunto de realidades jurídico-reais, que têm por referência ou base comum uma porção delimitada de território objeto de domínio privado, mas de dar a conhecer a *situação jurídica do prédio*, ou de tornar essa informação cognoscível por quem quer que nela tenha interesse, mobilizando os meios técnicos adequados, de modo que os fatos jurídicos se apresentem em referência recíproca, atestando, no seu todo, a situação jurídica do prédio; interpondo, como ato prévio à difusão do conhecimento, um *juízo de legalidade* sobre o valor dos fatos jurídicos a inscrever; recolhendo os dados reais e pessoais que compõem a informação registal; e materializando essa informação em suportes duradouros, tudo isso de acordo com um conjunto articulado de princípios, de normas substantivas e de regras procedimentais que dão corpo ao *sistema de registo predial português* e que concretizam o objetivo de garantia da segurança jurídica dos direitos e de proteção do tráfico imobiliário, que é transversal a todos os sistemas de registo³⁻⁴.

3. Numa perspetiva funcional, destacamos, como traço distintivo do sistema de registo predial português, o fato de a função de publicidade atribuída ao registo ser assegurada por unidades orgânicas integradas na estrutura do Estado, com competência para a prática de todos os atos de registo, seja qual for a área de localização do prédio, que atuam sob direção de um técnico especializado (o conservador), a quem se exige requisitos mínimos de acesso à carreira, que passam pela curso de licenciatura em Direito e por uma especialização na área dos registos e do notariado, e a quem cabe desenvolver a atividade registal segundo critérios de estrita legalidade, com autonomia funcional e com independência e imparcialidade semelhantes à do poder judicial.
4. Dando conta das características da publicidade registal como publicidade jurídica com especificidades, que tem por objeto principal situações jurídico-reais, por serem as que, em geral, estão dotadas de eficácia *erga omnes*; que gera cognoscibilidade geral de forma continuada ou permanente por meio de suportes adequados; e que tem por finalidade, de um lado, a eliminação de assimetrias de informação, a garantia da segurança jurídica dos direitos, a proteção do comércio jurídico, a facilitação do crédito e a agilização das transações imobiliárias, e, do outro, a prevenção da usura, da fraude e do litígio sobre questões jurídico-imobiliárias, pela produção de um conjunto de efeitos jurídicos substantivos. JARDIM, Mónica. *Efeitos substantivos do Registo Predial*. Teses. Coimbra: Almedina, 2013. p. 44-45, e MENDES, Isabel Pereira. *O Registo Predial e a Segurança Jurídica nos Negócios Imobiliários. Estudos sobre Registo Predial*. Coimbra: Almedina, 2003.

3. OS NOVOS DESAFIOS

O programa do registo predial é, pois, de tutela da confiança daqueles que determinam as suas relações jurídicas a partir da informação nele contida, e de segurança adicional no campo dos direitos privados.

Creemos, ainda assim, que não é só no plano jurídico-privado que o registo predial pode e deve atuar, e que também neste âmbito se impõe assimilar a “mudança de escala, de ritmo ou de estrutura” introduzida pelas novas tecnologias da informação e da comunicação em setores que têm o território por objeto, e dar uma expressão mais carregada à nova concepção do direito de propriedade, cada vez mais orientada pela *referência social* da propriedade e pelo interesse público⁵.

Em plena sociedade da informação, é natural, e até exigível, que também o registo predial se deixe contaminar pela *vis atractiva* das novas tecnologias. Nos dias de hoje, a informação é o novo “petróleo”, e a tecnologia é a ferramenta ou o suporte preferencial, pelo que, a partir do momento em que a informação registal passe a estar convertida em texto pesquisável, circulável e indexável em ambiente eletrónico, não há como ficar de fora das políticas públicas de partilha de informação e de conhecimento.

É claro que a informação registal não é toda feita de dados relativos aos prédios e que devemos ter sempre presentes preocupações relativas à proteção dos dados pessoais e à salvaguarda do *direito à identidade informacional*⁶. Porém, desde que se garanta uma proteção fina e rigorosa dos dados pessoais, e desde que queiramos acompanhar o pulso da mudança e a tendência de fundo para uma organização social e económica em torno da informação e das novas tecnologias, será sempre possível encontrar valências novas para o registo predial, também elas assentes nas novas ferramentas tecnológicas e nas suas virtualidades.

Obviamente, já não estamos a falar de funções que ocupem o centro do sistema de registo predial, mas de cooperação na concretização de interesses públicos novos, que pedem compromissos e entreaajuda entre diversas entidades, e

5. Sobre a conceção do direito de propriedade à luz do Direito Português em vigor, a modelação que este direito real, máximo e paradigmático, foi recebendo ao longo dos tempos, e os limites, com relevância registal, que lhe foram sendo permitidos e ou impostos tanto no Código Civil como em legislação avulsa, TEIXEIRA, Madalena. As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito Português. *Cadernos do Cenor*, Coimbra, n. 1, p. 137-169, abril 2013.

6. Cfr. a este propósito, TEIXEIRA, Madalena. A informação contida no registo predial eletrónico: os dados pessoais. Recolha, uso e limitações à luz da privacidade no ordenamento jurídico português. In: *XX Congresso do CINDER*, Dubai, 2016. No prelo.

estamos a pensar, por exemplo, no contributo que a informação registal em ambiente eletrónico poder representar no potencial de gestão da cidade e do espaço urbano, e na relevância que uma informação registal eletrónica, sistematizada e testada do ponto de vista da exatidão, pode representar na analítica urbana e no processo de formação das chamadas “*ciudades inteligentes*”.

Mas, mesmo que se prefira manter o registo predial na esquadria tradicional, resguardado em uma finalidade estritamente jurídica e orientado para a produção de efeitos substantivos sobre direitos privados, sempre se terá de reconhecer que a propriedade é hoje dominada por uma *função social*.

Estamos hoje perante uma realidade predial fortemente influenciada pelo interesse coletivo e pela emergência de implicações tão diversas como são as que decorrem da política dos solos, do direito do ambiente e do direito do urbanismo, sendo desde logo inegável a ação do plano urbanístico na conformação do direito de propriedade privada.

Como a doutrina vem salientando, não é mais o solo que constitui o *valor fundamental*, mas antes *a capacidade de nele se criar riqueza*, pelo que conhecer determinado prédio e o seu valor é conhecer *a espécie e a intensidade* de utilização conferida ao solo, designadamente, no âmbito da planificação territorial⁷.

Ora, tendo o registo predial como objeto publicitar a situação jurídica dos prédios, faz sentido atribuir aos serviços de registo uma posição ativa na divulgação de todos os condicionamentos de utilidade pública ao direito de propriedade privada, os quais, pelo impacto que representam no valor económico do prédio, se justifica que façam parte da informação registal.

Cremos acertado dizer que é ainda de segurança jurídica que se fala quando o registo predial é constituído em meio de conhecimento de uma cópia de limitações de direito público, oponíveis independentemente de registo, subsidiadas pela *função social da propriedade* ou particularmente reentrantes no conteúdo deste direito e, como tal, suscetíveis de indemnização, mas, em qualquer caso, parametrizadoras da capacidade de *criação de riqueza* associada a determinado prédio.

Na verdade, são fáceis de adivinhar os efeitos negativos de uma transação imobiliária que desconhece as qualidades da *coisa*; que desconhece a sua finalidade social e económica; que desconhece o *destino que o prédio há de servir*, designadamente, em face das prescrições de índole urbanística e da política dos solos.

7. Como constata CORREIA, Fernando Alves. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 335, nota 89, o valor do solo é fortemente condicionado pela espécie e intensidade de utilização que nele for possível realizar; o solo passou a ser um simples valor instrumental, um mero fator de *radicação* ou de *localização*.

Então, por que não conferir à descrição registal a função de sinalizar o *estatuto* do prédio à luz das prescrições do plano, identificando o prédio nas suas múltiplas vertentes, dando, direta ou indiretamente, conta do seu relevo económico, não só por referência ao que existe (*objeto material*), mas também ao que pode ou deve existir (*objeto funcional*)?

Por que não, se tudo isto é conformação do direito de propriedade; se tudo isto é situação jurídica do prédio; se tudo isto assume particular relevância no âmbito das transações imobiliárias e é ainda consolidação da segurança jurídica, facilitação do intercâmbio dos bens e do crédito e garantia do cumprimento da função social da propriedade?

4. DA RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO CADASTRAL PARA O REGISTO PREDIAL

Sucedem que para ser assim, com utilidade ou pertinência, há que *acreditar* primeiro a realidade material representada no registo. Para que esta camada adicional de informação se apresente como benefício, em vez de elemento perturbador, é necessária, se não a certeza, ao menos a presunção de que o prédio existe com as características físicas indicadas no registo.

Como todos sabemos, até agora, a informação acerca do prédio oferecida pelo registo é essencialmente aquela que o interessado declara corresponder à realidade material. Quando o prédio não se encontra cadastrado, a “acreditação” da sua existência física faz-se com base nas declarações dos interessados e em uma matriz fiscal que, o mais das vezes, também não faz a verificação da realidade material a que respeita.

Por isso, na jurisprudência, o entendimento é pacífico: a presunção derivada do registo não se estende a área, às confrontações ou aos limites do prédio, precisamente porque esses elementos assentam em mera declaração dos interessados⁸.

Não havendo um sistema de controle efetivo da configuração e da área do prédio que se projecte na descrição registal, garantindo uma identificação unívoca do objeto material das situações jurídicas registadas, não há como presumir que as características do prédio são aquelas que estão indicadas no registo; não há sequer como presumir que o próprio prédio existe.

Certo é que a credibilidade de um sistema de registo se faz de *certeza* e de *verdade*, e é aqui, ao nível da certeza e do rigor da informação registal, que entra a informação cadastral, como ferramenta ou *valor acrescido* para o registo predial.

8. Cfr., entre outros, STJ 19.02.2013 (367/2002.P1.S) e STJ 23.09.2004 (04B2324), disponíveis em: [www.dsgi.mj.pt].

Há muito que é assumido que para atingir uma segurança jurídica plena precisamos de rigor na identificação física dos prédios. Ao menos nos seus traços fundamentais, importa não haver dúvidas de que estamos diante do mesmo prédio quando se trata, por exemplo, de inscrever uma operação de loteamento no registo predial, ou de estabelecer a correspondência com um prédio inscrito na matriz tributária.

É precisamente essa *acreditação* da existência material do prédio, utilizável pelas várias entidades públicas que têm o território por objeto ou fator relevante, que o cadastro pode conferir. Esse rigor na identificação física do prédio e essa *interpretação única* dos dados materiais do prédio só se conseguem através de um cadastro predial, de um “inventário geral da riqueza territorial”, mais ou menos abrangente em termos de finalidades a alcançar, porém, suficientemente técnico, preciso e assertivo no que respeita à informação nele contida e à sua conservação e atualização.

A valia do cadastro multifuncional estará precisamente no fato de poder constituir uma inventariação territorial única, que sirva a todas as entidades e para a qual concorra o esforço de todos.

5. A COMPLEMENTARIDADE

Verdadeiramente, articulação entre registo e cadastro já existe, como demonstra o artigo 28º do Código do Registo Predial, e desde sempre se reclamou uma inventariação territorial que pudesse auxiliar no escopo do registo predial.

Então qual é o dado novo? A nosso ver, o *dado novo* são precisamente as novas tecnologias da informação e da comunicação e o seu potencial de concentração e de transformação da informação.

O problema não estará, por isso, na coordenação entre registo e cadastro, mas na confusão de propósitos que as valências das novas tecnologias da informação e da comunicação poderão gerar, numa hierarquização incorreta ou distorcida dos interesses em jogo, e na *ligeireza* da qualificação do registo predial como mero “registo público de prédios”.

Na nossa opinião, interessa, realmente, ao registo predial uma informação fidedigna e segura acerca do prédio e da sua identidade, pelo que o cadastro, enquanto *informação certificada* acerca das características do prédio (designadamente, da sua localização administrativa e geográfica, configuração geométrica e área) não é indiferente ao registo predial.

Porém, como já vimos, o *objeto imediato* do registo predial é a *situação jurídica* do prédio ou os fatos jurídicos que a conformam, tendo em vista a produção de

efeitos jurídicos substantivos e a segurança do comércio jurídico imobiliário, pelo que ao registo interessa, antes de mais, a *coisa jurídica* que integra a estrutura objetiva das relações jurídicas publicitadas.

O mesmo é dizer que a *informação cadastral* pode constituir um importante instrumento de *acreditação* da descrição do prédio contida no registo, seja por incorporação eletrónica dos dados nela contida, seja por harmonização no âmbito do processo de registo, desde que não haja dúvidas quanto à *identidade* do prédio e seja possível asseverar que a porção delimitada do território identificada pelo cadastro é aquela que é referenciada no registo predial e, portanto, aquela que constitui o objeto, direto ou indireto, das *relações jurídicas publicitadas*⁹.

O ponto estará então em garantir que não existam desconformidades, incoerências e assimetrias de informação relativas à mesma realidade predial, fomentando a *boa articulação* entre o registo predial e o cadastro e, certamente, só poderão ser as tecnologias da informação geográfica, a gestão eletrónica dos conteúdos cadastrais, as interoperabilidades semânticas e tecnológicas e o “diálogo permanente” entre as entidades envolvidas a ditar o ritmo e a eficácia de um programa de cadastração multifuncional.

Mas o ponto estará também em apagar protagonismos; em partilhar responsabilidade; em concertar procedimentos; e, acima de tudo, em distinguir muito bem o que pertence ao sistema de cadastro e o que pertence a cada uma das entidades que com ele cooperam, a fim de *não se eliminar* o que de essencial e de particular se visa a cada uma das missões e competências implicadas.

6. CONCLUSÃO

Não sabemos ainda em que termos legislativos irá efetivamente operar a implementação do cadastro. Muitas tentativas foram feitas e, a nosso ver, muito trabalho tem sido desperdiçado neste sucessivo “apagar e começar de novo”.

Do ponto de vista do registo predial, continuamos convictos de que o cadastro territorial constitui um suplemento fundamental de *certificação* da descrição registal que favorece o alargamento do âmbito da publicidade registal e permite caminhar para um sistema de registo mais forte e para a obtenção de uma segurança jurídica plena.

9. Um dos princípios basilares do nosso sistema de registo é precisamente o *princípio da especialidade*, o qual se funda no *princípio da especialidade ou da individualização dos direitos reais* e impõe que não haja dúvidas quanto à *identidade* do prédio.

Sobre o ponto, vd. GUERREIRO, J.A. Mouteira. *Temas de Registos e de Notariado*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 08 e ss.

No entanto, importa ter bem presente que o cadastro territorial não é um fim em si mesmo, mas uma ferramenta necessária ao desenvolvimento de outras valências de interesse público.

Para nós, só uma visão apressada e acrítica, assente em um *deslumbramento tecnológico*, permitirá concluir que a agregação da informação acerca do prédio, em todas as suas dimensões, em uma única base de dados, é capaz de satisfazer todas as necessidades ou de cumprir o conjunto das finalidades implicadas, sem perda de qualidade ou de eficácia.

Se não se quiser perder aquilo que de distintivo e essencial existe no sistema de registo predial, é na *complementaridade*, e não na *aglutinação*, que o paradigma deverá assentar.

Na nossa opinião, a chave está, pois, na *complementaridade*, mas também na boa articulação e conjugação de esforços, tendo em vista a recolha e conservação de uma informação precisa, unívoca, atualizada e essencial acerca das características materiais do prédio que sirva ao registo predial, ao ordenamento do território, à gestão das cidades, à justa tributação do património, ao desenvolvimento social e económico, em suma, à vida das pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORREIA, Fernando Alves. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GUERREIRO, J. A. Mouteira. *Temas de Registos e de Notariado*. Coimbra: Almedina, 2010.
- JARDIM, Mónica. *Efeitos substantivos do Registo Predial. Teses*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MENDES, Isabel Pereira. *O Registo Predial e a Segurança Jurídica nos Negócios Imobiliários. Estudos sobre Registo Predial*. Coimbra: Almedina, 2003.
- TEIXEIRA, Madalena. As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito Português. *Cadernos do Cenor*, Coimbra, n. 1, p. 137-169, abril 2013.
- TEIXEIRA, Madalena. A informação contida no registo predial eletrónico: os dados pessoais. Recolha, uso e limitações à luz da privacidade no ordenamento jurídico português. In: *XX Congresso do CINDER*, Dubai, 2016. No prelo.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Publicidade e privacidade no registro de imóveis: a caminho de uma ponderação, de Anderson Henrique Teixeira Nogueira – *RDI* 84/15-71 (DTR\2018\14296); e
- Segurança jurídica e confiança na publicidade registral imobiliária: recentes avanços e problemas remanescentes, de Rafael Ricardo Gruber – *RDI* 84/353-382 (DTR\2018\14309).

Jurisprudência Comentada^{NE}

NE Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TJSP – *Apelação 1002214-84.2017.8.26.0281* – Conselho Superior de Magistratura – j. 23.04.2018 – v.u. – rel. Des. Pinheiro Franco – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – Registro na matrícula do imóvel – Inadmissibilidade – Inexistência do ponto de amarração nos documentos apresentados que não permite a precisa localização da área usucapienda – Averbação de construção e presença do titular do domínio como vendedor, todavia, que não representariam óbice ao apontamento – Impossibilidade de registro até a correta descrição da área que se impõe.

Veja também Jurisprudência

- *RT 862/232 (JRP\2007\970)*.

Veja também Doutrina

- A função da atividade registral e as provas admitidas no registro de imóveis, de Fernando Henrique Rovere de Godoy – *RDI 82/53-69 (DTR\2017\2480)*;
- A usucapião extrajudicial e a concentração dos atos na matrícula do imóvel, de Assuero Rodrigues Neto – *RDI 83/401-421 (DTR\2017\6966)*;
- A usucapião extrajudicial e o provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça, de Luiz Gustavo Montemor – *RDI 84/201-240 (DTR\2018\14304)*;
- Usucapião extrajudicial: fundamentos constitucionais para a desjudicialização e o direito comparado, de Henrique Ferraz de Mello – *RDI 82/107-153 (DTR\2017\2464)*; e
- Usucapião extrajudicial: há efetividade?, de Graciele Cristina Alves Ribeiro e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – *RT 989/407-436 (DTR\2018\10318)*.

Apelação nº 1002214-84.2017.8.26.0281

Apelante: Cássio de Araújo Oliveira Calza

Apelado: Oficial do Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Itatiba

Voto nº 37.332

REGISTRO DE IMÓVEIS – Usucapião Extrajudicial – Ata Notarial – Memorial Descritivo – Art. 176 e 225 da Lei nº 6.015/73 – Impossibilidade de registro – Óbice mantido – Averbação de construção – Possibilidade de registro da usucapião independentemente da averbação da área construída – Titular do domínio figurando como promitente vendedor – Possibilidade do interessado optar pela aquisição originária, caso possua prazo para a prescrição aquisitiva – Recurso desprovido.

COMENTÁRIO

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – APLICABILIDADE RESIDUAL?

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A decisão em pauta refere-se ao recurso de apelação contra a r. sentença que deu procedência à dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Itatiba com a manutenção dos óbices apontados pelo registrador para o registro da usucapião requerida.

A justificativa do oficial foi a de que a pretensão dos apelantes não atendeu às exigências legais, pois (a) a ata notarial não descreveu adequadamente o imóvel; (b) não foram apresentados documentos para a averbação da construção; e, (c) a situação restou configurada como caso de desmembramento, com o consenso dos proprietários, não existindo motivação jurídica para a usucapião, indicando-se, portanto, a adoção das providências para o regular parcelamento do solo, outorga de escritura de venda e compra e recolhimento do Imposto da Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, incidente sobre a transação.

Objetiva-se, pelo presente, tratar da utilização da usucapião – incluindo seu processamento extrajudicial – quando estiverem presentes os pressupostos de sua aplicabilidade, ainda que outros instrumentos jurídicos possam ser considerados para a obtenção do registro imobiliário pretendido.

Antes de adentrarmos ao tema proposto, importante mencionar que, no que diz respeito à necessidade de correta especialização do imóvel usucapiendo, com base no princípio da especialidade registral, "princípio apreensivo e manifestativo da *individualização* de pessoas, fatos jurídicos e imóveis que constem das inscrições prediais¹, que norteia a atividade registral imobiliária, e na normativa

1. DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis (Princípios)* – Série Registros sobre Registros. São Paulo: Ed. Primvs, 2018. t. II.

brasileira que rege o tema – alínea *b* do n.3 do inciso II do § 1º do artigo 176 da Lei 6.015/73² –, a descrição dos imóveis urbanos deve enunciar suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e sua designação cadastral, se houver.

Nesse sentido, se as informações do imóvel, contidas na ata notarial que integrou o pedido de usucapião, não contemplaram os requisitos legais necessários, inclinamo-nos no sentido de que o apontamento indicado pelo oficial é bastante coerente.

Quanto à necessidade de apresentação de documentação para averbação da construção, parece-nos que, considerando o entendimento de tratar-se a usucapião de modo originário de aquisição de propriedade, que reconhece e regulariza a situação de posse exercida sobre determinado imóvel, entendemos que esse reconhecimento declara a propriedade acerca de todo o bem e, inclusive, da edificação nele constante, com a dispensa de documento de aprovação municipal para a averbação da construção.

"A posse e o tempo concretizam uma situação fática que se estabelece independentemente do querer"³ e "juntamente com o bem usucapido prescrevem os acessórios"⁴.

A referida percepção é corroborada pela previsão contida no Provimento 65 do CNJ, de acordo com o § 3º do art. 20⁵, que dispensa a apresentação de habite-se para os casos de imóveis edificados. Acrescente-se que a planta e memorial descritivo apresentados, junto ao requerimento, são de responsabilidade técnica do profissional legalmente habilitado que, a nosso ver, deve se atentar à existência da construção também. Por isso, é controversa a solicitação de apresentação de documento de aprovação, nos casos de usucapião.

2. O PROCESSO EXTRAJUDICIAL E A APLICABILIDADE DA USUCAPIÃO

Seguindo a tendência de desjudicialização, o Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, trouxe a previsão de tramitação pela via extrajudicial dos pedidos de usucapião.

Conforme ensina o registrador Leonardo Brandelli⁶:

No caso da usucapião, salvo as hipóteses em que houver lide instaurada, a desjudicialização não é só constitucional e possível juridicamente, como é recomendável, como forma de tirar do Poder Judiciário matéria que não lhe é essencialmente afeta, colaborando assim para reduzir a sobrecarga, logrando-se maior celeridade com igual nível de segurança jurídica.

Diz ainda: "Não havendo litígio, não há ato jurisdicional necessário, de tal modo que a atuação do Estado-Juiz não é imprescindível."

2. BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm]. Acesso em: 24.09.2018.

3. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

4. Idem.

5. BRASIL. *Provimento 65, de 14 de dezembro de 2017*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394]. Acesso em: 24.09.2018.

6. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Aos cartórios de registros de imóveis, restou a incumbência de processar a usucapião requerida pelo interessado, instruída, em suma, com ata notarial, que deve atestar o tempo e características da posse, representado por advogado.

No caso da usucapião, o Oficial de Registro de Imóveis, profissional do direito dotado de fé pública e com profunda *expertise* na matéria imobiliária, é o profissional adequado para analisar e decidir acerca das questões em que não haja lide estabelecida.⁷

Em um primeiro momento, a inovação legislativa não surtiu grandes efeitos, pois os critérios estabelecidos pela lei dificultaram, na prática, a utilização do novo instrumento. Exemplificadamente, mencionamos a necessidade de anuência expressa do titular de domínio do imóvel usucapiendo, sendo o silêncio sinal de discordância e, dessa forma, um empecilho para o êxito da nova medida, visto que em considerável parte dos casos, o paradeiro do proprietário tabular é desconhecido.

Em julho de 2017, a Lei 13.465 modificou algumas das disposições relativas à usucapião extrajudicial que, em tese, favoreceriam a sua efetiva utilização. Há notícia da edição de provimentos pelas Corregedorias de diversos Estados da Federação estabelecendo normas para o processamento da usucapião nos serviços notariais e de registros.

Por um lado, verifica-se um certo "incentivo" à utilização do instrumento, mas, ao nos depararmos com decisões que questionam a utilização da usucapião, tal qual acontece no julgado em estudo, é importante meditarmos sobre o assunto.

O registrador de imóveis passou a exercer função até então de responsabilidade do Judiciário, desempenhando um papel fundamental no que diz respeito ao acolhimento ou não da usucapião em detrimento de outro instrumento jurídico.

O exercício de sua função realiza-se com independência jurídica por meio de uma "atuação imparcial, com sua subordinação à lei, em que não ceda ao temor de desagradar às autoridades superiores sempre que elas ultrapassem os limites legais de sua atividade"⁸.

O pedido de usucapião deve observar os requisitos pessoais, que dizem respeito às pessoas capazes de usucapir; os requisitos reais, que se referem às coisas e direitos suscetíveis de serem usucapidos; e os requisitos formais e especiais que se relacionam ao exercício da posse, ao tempo de posse, à existência (ou não) de justo título e à boa-fé.

Ocorrendo a prescrição aquisitiva, no momento em que há o implemento dos requisitos anteriormente mencionados, os interessados "podem perfeitamente optar em registrar sua propriedade originária, não podendo ser imposto que, mesmo usucapindo o bem, devam adquirir a propriedade de forma derivada, decorrente de negócio jurídico"⁹. (E isso está contido no corpo do próprio acórdão em questão.)

A usucapião é modo originário de aquisição de propriedade, conforme entendimento majoritário da doutrina brasileira, que se constitui pelo exercício de posse e decurso de tempo – uma situação de fato, declarada judicialmente (nos processos judiciais) ou por nota fundamentada de deferimento emitida pelo registrador imobiliário.

7. Idem.

8. DIP, Ricardo Henry Marques. *Da ética geral à ética profissional dos registradores*. 2. ed. Porto Alegre: Safe/Irib, 1998.

9. CSM/SP – Apelação Cível 1002214-84.2017.8.26.0281, 23.04.2018.

Ainda, de acordo com a própria decisão em comento, "a usucapião traduz aquisição originária de propriedade, que independe de manifestação de vontade de anteriores proprietários, sem vínculo com a cadeia dominial antecedente".

Não há que se falar em condicionar a sua utilização à impossibilidade de aquisição do domínio por outra maneira. Operando-se os requisitos para o seu reconhecimento, a usucapião é modo legítimo de aquisição de propriedade. Possui natureza declaratória e com o seu registro, adquire oponibilidade *erga omnes*. Não deve ser entendida como instrumento residual (secundário, subsidiário), utilizável por exclusão, apenas quando não for possível o implemento de outra medida jurídica.

2.1. Provimento CNJ 65, de 14.12.2017, e suas implicações

O Provimento 65 tem sido uma importante ferramenta prática no dia a dia dos profissionais que atuam com a usucapião extrajudicial.

De maneira geral, buscou regulamentar e padronizar a tramitação para a admissão da usucapião, no âmbito dos serviços notariais e de registro de imóveis, nos termos do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos.

Embora destine-se à uniformização dos procedimentos nas serventias extrajudiciais, sabe-se que os demais profissionais envolvidos com o tema estão atentos às suas disposições, buscando dar efetividade às suas demandas.

Não nos cabe, neste momento, avaliar o caráter legislativo protagonizado pelo Poder Judiciário na edição da normativa em questão, mas em que medida suas previsões podem influenciar e/ou direcionar o oficial, no âmbito de sua independência jurídica, na análise de admissibilidade da utilização da usucapião.

A usucapião proposta pela via extrajudicial é o mesmo instituto que, em momento anterior, era processada apenas no Judiciário e que consolida juridicamente a posse mansa, pacífica e incontestada.

O pedido de reconhecimento no cartório não elimina a via jurisdicional. É faculdade do interessado a opção de seu processamento que trata de uma "mesma" usucapião – já bastante conhecida – como "modo originário de adquirir domínio, com a perda do antigo dono, cujo direito sucumbe em face da aquisição"¹⁰.

[...] a usucapião extrajudicial é verdadeira alteração procedimental no meio de reconhecimento da prescrição aquisitiva. Todavia, o direito visado por traz deste procedimento continua o mesmo daquele buscado na via judicial. Ou seja, a natureza da usucapião não se altera em razão do procedimento adotado: tanto perante o cartório de registro de imóveis como perante o poder judiciário, é ela método originário de aquisição de propriedade, a significar que gravames anteriores, como garantias, cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, não impedem o reconhecimento do direito, não sendo necessária a observação do princípio da continuidade.¹¹

10. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

11. 1ª VPR/SP – Processo 1008143-25.2018.8.26.0100, 06.04.2018.

De acordo com Orlando Gomes¹²:

A ação do tempo sana os vícios e defeitos dos modos de aquisição, porque a ordem jurídica tende a dar segurança aos direitos que confere, evitando conflitos, divergências e mesmo dúvidas. Bem certo é que 'acabar com as incertezas da propriedade' é a 'razão final' da usucapião.

Por isso, com todo respeito, não é razoável o teor do § 2º do artigo 13 do Provimento 65¹³, que assim dispõe:

§ 2º Em qualquer dos casos, deverá ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes sobre os negócios imobiliários, devendo registrador alertar o requerente e as testemunhas de que a prestação de declaração falsa na referida justificação configurará crime de falsidade, sujeito às penas da lei.

Por outro lado, o mesmo Provimento 65 menciona a possibilidade de apresentação de títulos e instrumentos que, em sede do processo extrajudicial de usucapião, são aptos a conferir outorga de consentimento em favor do andamento da medida¹⁴.

Não há conexão, enfim, entre o pleito que prevê a necessidade de apuração de óbice "à correta escrituração de transações" e a possibilidade de que o mesmo título ou instrumento norteie a dispensa de notificação por ser considerado forma de consentimento ao processamento da usucapião.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, entendemos que a aplicabilidade da usucapião vai além de uma utilização secundária ou residual. O detentor do direito que preencha os requisitos para a prescrição aquisitiva pode ter a propriedade registrada em seu nome, de forma originária, sem a necessidade de se buscar a forma derivada, fruto de um negócio jurídico.

Conforme ensina Benedito Silvério Ribeiro¹⁵:

12. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
13. BRASIL. Provimento n. 65, de 14 de dezembro de 2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394]. Acesso em: 24.09.2018.
14. "Art. 13. Considera-se outorgado o consentimento mencionado no *caput* do art. 10 deste provimento, dispensada a notificação, quando for apresentado pelo requerente justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica com o titular registral, acompanhado de prova da quitação das obrigações e de certidão do distribuidor cível expedida até trinta dias antes do requerimento que demonstre a inexistência de ação judicial contra o requerente ou contra seus cessionários envolvendo o imóvel usucapiendo." Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394]. Acesso em: 24.09.2018.
15. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O possuidor que pretenda valer-se da prescrição aquisitiva precisa estar imbuído daquela crença ou consciência de haver adquirido a propriedade na ocasião em que tomou posse da coisa, já que boa-fé é a crença ou a convicção de que o bem possuído lhe pertence de fato e de direito.

Finalmente, entendemos que não é o processo judicial ou extrajudicial de usucapião que retira a propriedade do titular registral. A propriedade já foi "perdida" e o processo de usucapião se destina a reconhecer essa perda, declarando o possuidor como o novo proprietário tabular. O processamento pela via extrajudicial efetiva uma situação fática existente, de forma mais célere, demonstrando a eficiência dos serviços notariais e registrais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- DIP, Ricardo. *Direito Administrativo Registral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis (Princípios)* – Série Registros sobre Registros. São Paulo: Ed. Primvs, 2017. t. I.
- DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis (Princípios)* – Série Registros sobre Registros. São Paulo: Ed. Primvs, 2017. t. II.
- DIP, Ricardo. *Sobre a qualificação no Registro de Imóveis*. Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil (Encontro Elvino Silva Filho), realizado em Maceió, no período de 21 a 25.10.1991.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- KOLLEMATA [www.kollemata.com.br]: jurisprudência mencionada.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMANDA GIL

Advogada. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário.
aa.gil@uol.com.br

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 1002214-84.2017.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante CÁSSIO DE ARAÚJO OLIVEIRA CALZA, é apelado OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ITATIBA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, 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 Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS(PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) E FERNANDO TORRES GARCIA(PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 23 de abril de 2018.

PINHEIRO FRANCO
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA E RELATOR

Assinatura Eletrônica

Trata-se de recurso de apelação interposto por CÁSSIO DE ARAÚJO OLIVEIRA CALZA, contra r. sentença que julgou procedente dúvida suscitada pelo Sr. OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DE ITATIBA, mantendo os óbices levantados para ingresso do título na serventia imobiliária.

A recorrente sustenta que a ata notarial e o memorial descritivo atendem perfeitamente aos requisitos legais para a identificação do imóvel, e que não haveria necessidade de averbação da construção, para somente então haver o registro da usucapião. Sustenta também que não há impedimento à usucapião em razão dos titulares de domínio serem também os compromissários vendedores da área a ser usucapida.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes pressupostos legais e administrativos, conheço do recurso.

No mérito, a r. sentença deve ser mantida.

Observando os documentos juntados, verifica-se que os requisitos dos art. 176 e 225 da Lei nº 6.015/73 não estão integralmente atendidos, já que não existe ponto de amarração do imóvel no memorial descritivo ou na planta de fl. 19/26, de modo a permitir sua precisa localização no solo e dentro da área maior do imóvel de onde será destacado.

Tampouco há identificação dos respectivos registros dominiais dos confrontantes, o que poderia auxiliar na precisa localização da área usucapienda, na falta do ponto de amarração.

Tais elementos são imprescindíveis à exata localização do imóvel no solo, com base nas informações que constem da leitura da matrícula a ser aberta.

O recorrente deverá, assim, realizar novo estudo que atenda integralmente aos ditames legais, em observância ao princípio da especialidade objetiva e subjetiva.

No mais, a averbação prévia das construções não seria óbice ao registro, já que poderia ser feita posteriormente.

Da mesma forma, o fato dos titulares de domínio da área maior serem sogros do requerente, e também promitentes vendedores do imóvel usucapiendo, também não seria óbice ao registro da usucapião.

Isso porque a usucapião traduz aquisição originária de propriedade, que independe de manifestação de vontade de anteriores proprietários, sem vínculo com a cadeia dominial antecedente.

Se a prescrição aquisitiva, de fato, ocorreu, os proprietários podem perfeitamente optar em registrar sua propriedade originária, não podendo ser imposto que, mesmo usucapindo o bem, devam adquirir a propriedade de forma derivada, decorrente de negócio jurídico.

Contudo, face à necessidade de correção da descrição do imóvel, o óbice deve ser mantido quanto a este ponto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

PINHEIRO FRANCO
Corregedor Geral da Justiça e Relator

Assinatura Eletrônica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – *Recurso Especial 1.545.457/SC* – 1ª T. – j. 27.02.2018 – m.v. – rel. Min. Regina Helena Costa – *DJe* 09.05.2018 – Áreas do Direito: Imobiliário e Registral; Administrativo.

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Imóvel objeto de penhora em favor da União – Admissibilidade – Aquisição que se dá de forma originária que afasta os ônus que agravam o bem – Medida, ademais, que busca cumprir com a destinação social adequada da propriedade e induz a boa-fé do adquirente.

Jurisprudência no mesmo sentido

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2018\274049.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2018\950174.

Veja também Doutrina

- Das modalidades de usucapião a valorização da posse – Trabalho como meio de aquisição da propriedade imobiliária, de Cássio Augusto Barros Brant – *RDPriv* 45/219-238 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/1163-1182 (DTR\2011\1118); e
- O usucapião na atual constituição, de Artur Marques da Silva Filho – *RT* 989/465-483 (DTR\2018\10328).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.457 - SC (2015/0183682-1)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : MARINES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOSÉ JACIR VICTOVOSKI E OUTRO(S) - SC014215
INTERES. : ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MONTE CASTELO CONSTRUÇOES E
EMPREENDIMENTOS LIMITADA

EMENTA**ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL OBJETO PENHORA EM FAVOR DA UNIÃO. ATENDIDO O REQUISITO DO JUSTO TÍTULO. INDUZ A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. SÚMULA n. 308 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO JUDICIAL À POSSE DA AUTORA USUCAPIENTE.**

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A usucapião tem assento constitucional (art. 183 da Constituição da República) e se afirma como instrumento de realização da função social da propriedade, de modo a prestigiar aquele que confere uma destinação socialmente adequada ao bem.

III - Se o título de propriedade anterior se extingue, tudo o que gravava o imóvel - e lhe era acessório - também extinguir-se-á.

IV - A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, de modo que não permanecem os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração.

V - Recurso Especial improvido.

COMENTÁRIO**REFLEXÕES SOBRE A AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE IMÓVEL PELA USUCAPIÃO E SEUS EFEITOS NOS ÔNUS E RESTRIÇÕES ANTERIORES À SUA DECLARAÇÃO INSCRITOS NA MATRÍCULA DO IMÓVEL**

Administrativo. Usucapião extraordinário. Imóvel objeto de penhora em favor da União. Atendido o requisito do justo título. Induz a boa-fé do adquirente. Súmula 308 desta corte. Ausência de oposição judicial à posse da autora usucapiente.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – A usucapião tem assento constitucional (art. 183 da Constituição da República) e se afirma como instrumento de realização da função social da propriedade, de modo a prestigiar aquele que confere uma destinação socialmente adequada ao bem.

III – Se o título de propriedade anterior se extingue, tudo o que gravava o imóvel – e lhe era acessório – também extinguir-se-á.

IV – A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, de modo que não permanecem os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração.

V – Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 1.545.457/SC (2015/0183682-1), rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª T., j. 27.02.2018, *DJe* 09.05.2018.)¹

O foco desse comentário de jurisprudência será analisar o tema dos efeitos da usucapião em relação aos direitos reais, ônus e gravames inscritos na matrícula do imóvel pela leitura da jurisprudência atual. Na linha do entendimento do julgado selecionado *supra* do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual verifica-se ser o entendimento reiterado e consolidado, deste Tribunal Superior, no sentido de que a usucapião, por se tratar de forma originária de aquisição da propriedade imobiliária consubstanciada na posse *ad usucapionem* pelo interregno temporal definido em lei, faz extinguir todas as inscrições acessórias e anteriores à sua declaração por sentença, como no caso em tela, dos ônus que gravavam o imóvel, que não mais subsistem depois da sua declaração.

Este tem sido o entendimento que prevalece no STJ, que considera desimportante, inclusive, a prévia existência de proprietário no imóvel usucapido, conforme se observa nos seus julgados² e publicações nos informativos de jurisprudência desse Tribunal Superior³. Assim, os direitos reais,

1. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1635372&num_registro=201501836821&data=20180509&formato=PDF]. Acesso em: 07.09.2018.

2. STJ, REsp 941.464/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 24.04.2012, *DJe* 29.06.2012; e REsp 964.223/RN, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2011, *DJe* 04.11.2011.

No julgado de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp 941.464/SC, firmou-se a base do entendimento atual, na linha da doutrina citada de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenthal e Sílvio de Salvo Venosa e precedentes da Corte, de que na usucapião adquire-se a propriedade contra o anterior proprietário, absolutamente nova – *ab novo* – que, por sua vez, não nasce da antiga porque não há transferência de direitos, adquire-se a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse *ad usucapionem* pelo interregno temporal exigido por lei. Trata-se de oposição à aquisição derivada que se opera pela sucessão da propriedade, de forma singular ou universal, adquirida do anterior proprietário; como a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga, não guarda com ela relação de continuidade.

3. STJ. Informativo 0527. Período: 9 de outubro de 2013. 4ª Turma. [...] A decisão que reconhece a aquisição da propriedade de bem imóvel por usucapião prevalece sobre a hipoteca judicial que anteriormente tenha gravado o referido bem. Isso porque, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real constituído sobre o imóvel, antes ou depois do início da posse *ad usucapionem*, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos *ex tunc*, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade. Precedentes: AgRg no Ag 1.319.516-MG, Terceira Turma, *DJe* 13.10.2010; e REsp 941.464-SC, Quarta Turma, *DJe* 29.06.2012. REsp 620.610-DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 03.09.2013; e Informativo n. 0496. Período: 23 de abril a 4 de maio de 2012. 4ª Turma. [...] No mérito, julgou-se procedente o REsp para declarar a prescrição aquisitiva – usucapião – de imóvel em favor do promitente comprador, mesmo havendo penhora e hipoteca constituída sobre o empreendimento em benefício do agente financeiro, por empréstimo contraído pelo promitente vendedor. No entendimento da Turma, o ajuizamento de execução hipotecária pelo recorrido contra o recorrente, por não interromper o prazo prescricional da usucapião, não constitui resistência à posse *ad usucapio-*

inclusive a hipoteca anterior, também se extinguem pela usucapião de acordo com a robusta jurisprudência do STJ⁴.

Nesse sentido, existe também enunciado firmado relacionado à incorporação imobiliária na Súmula 308 do STJ com o seguinte teor: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."⁵

Nota-se que no voto vista do REsp 1.545.457/SC em destaque, o Min. Sérgio Kukina, reitera que "a aquisição pela usucapião induz o desaparecimento de eventuais direitos reais de garantia que estivessem a gravar o bem assim adquirido". O Ministro ainda indica a doutrina de Luiz Edson Fachin⁶

nem de quem pleiteia a prescrição aquisitiva, não se podendo falar em falta de justo título e boa-fé do usucapiente. Este terá a propriedade originária do imóvel de forma livre e desembaraçada de quaisquer gravames. REsp 941.464-SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.04.2012; e Informativo n. 0420. Período: 14 a 18 de dezembro de 2009. 4ª Turma. [...]. A questão posta no REsp consiste em definir se a prescrição aquisitiva (usucapião) está sujeita a eventuais limitações relacionadas com a anterior constituição de ônus real sobre o bem usucapido. A Turma entendeu que, consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concedida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória, não havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos, a partir de então, pelo anterior proprietário. REsp 716.753-RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 15.12.2009.

4. STJ, AgRg no REsp 647.240/DF, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 07.02.2013, *DJe* 18.02.2013; AgRg no AREsp 737.731/RS, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 10.11.2015, *DJe* 19.11.2015; STJ, AgRg no AREsp 600.900/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 01.09.2015, *DJe* 08.09.2015; REsp 620.610/DF, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 03.09.2013, *DJe* 19.02.2014; AgRg no REsp 647.240/DF, 2004/0029738-0, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 07.02.2013, *DJe* 18.02.2013; REsp 716.753/RS, 2005/0002065-0, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., j. 15.12.2009, *DJe* 12.04.2010; AgRg no Ag 1.319.516/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 28/09/2010, *DJe* 13.1.2010; REsp 1366/SP, 1991/0016616-2, rel. Min. Athos Carneiro, 4ª T., j. 22.09.1992, *DJ* 26.10.1992.
5. STJ, Súmula, 308, Segunda Seção, em 30.03.2005, *DJ* 25.04.200, destaca-se que essa súmula foi firmada em casos de proteção ao consumidor frente a aquisição de unidades autônomas em regime de incorporação imobiliária, e que a hipoteca se valeu de garantia de Instituição Financeira e o Incorporador/Construtor do empreendimento, desvinculado dos promitentes adquirentes que não se comprometem a adimplir a hipoteca da construtora. Em razão do crédito da sociedade de crédito imobiliário passar a incidir sobre "os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado" (art. 22 da Lei n. 4.864/1965). (STJ, REsp n. 187.940-SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 21.06.1999.) Relevante trazer o entendimento constante nas razões da súmula de que "a hipoteca é um direito real de garantia, mas a ação prescreve juntamente com a obrigação garantida, no caso, em vinte anos (artigo 177 do CC)" (REsp n. 30.027/RJ, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 06.03.1995). Disponível em: [www2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula308.pdf]. Acesso em: 08.09.2018.
6. FACHIN, Edson Luiz. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 41.

que preleciona, como ressaltava Pontes de Miranda que, na usucapião, o fato principal da aquisição originária é a posse, por não se adquirir de alguém; logo, esse novo direito começa a se formar antes que o velho se extinga, até que chega um momento em que esse direito pretérito não mais subsiste, por ser suplantado por aquele que tem por consequência a impossibilidade de coexistência entre ambos que por não haver continuidade ou relação entre os proprietários, tal gravame deixaria de existir.

É notório que o entendimento do julgado em comento tem sido adotado por outros tribunais do país pesquisados nessa oportunidade, como pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁷; no Tribunal de Justiça de São Paulo⁸ que afastou inclusive uma arrematação realizada depois da propositura de ação de usucapião por considerar preenchidos os requisitos da usucapião anteriormente à ela⁹; de Minas Gerais¹⁰; e do Rio Grande do Sul¹¹.

Portanto, conforme análise da jurisprudência atual, exceto nas hipóteses em que a hipoteca se faz para Instituição Financeira no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação em que o imóvel particular é considerado bem público pelo financiamento subsidiado – logo, não se admite aquisição por usucapião¹²–, a usucapião será admitida como forma de aquisição originária mesmo que contenham ônus e restrições inscritas na matrícula do imóvel, pois estes serão extintos.

Importante mencionar que, embora os ônus e gravames da matrícula não impeçam a aquisição por usucapião como forma originária, os credores do imóvel a qualquer título, sejam hipotecas, sejam penhoras, devem ser notificados para fins de assegurar sua participação, para exercer o direito fundamental ao contraditório e, também, poder realizar algum ato inequívoco de interrupção que indique a intenção do credor de realizar esse crédito¹³. É verdade que, uma vez assegurado ao primitivo credor hipotecário sua participação na ação de usucapião, não será considerada ilegal a decisão que reconhece ser a usucapião modo originário de aquisição da

7. TRF 4/RS – AC 5007090-87.2013.4.04.7204/SC, j. 31.07.2018, *DJ* 01.08.2018. rel. Marga Inge Barth Tessler; precedentes: TRF4, AC 2007.72.02.000672-0, 3ª T., Des. Federal Fernando Quadros da Silva, por unanimidade, *DE* 20.06.2011, publ. 21.06.2011.
8. TJSP, AC 1076136-27.2014.8.26.0100/SP, rel. James Siano, 5ª Câmara. Dir. Priv., j. 24.04.2018, publ. 24.04.2018.
9. TJSP, Apelação/Usucapião Especial 0137076-19.2007.8.26.0100/SP, rel. Vito Guglielmi. 6ª Câmara. Dir. Priv., j. 23/08/2018, *DJ* 23.08.2018.
10. TJMG, AC 1.0604.07.002393-1/004 (0023931-85.2007.8.13.0604), rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, j. 14.08.2018, data da publicação da súmula 24.08.2018; e TJMG, AC 1.0143.13.000190-0/001, rel. Des. Octávio de Almeida Neves, j. 23.11.2017, data da publicação da súmula 01.12.2017.
11. TJRS, AC 70077595478, 17ª Câmara. Civ., rel. Liege Puricelli Pires, j. 13.09.2018; AC 70074616277, 19ª Câmara. Civ., Tribunal de Justiça do RS, rel. Mylene Maria Michel, j. 09.08.2018; entre outros precedentes.
12. STJ, REsp 1.448.026/PE, 2014/0081994-7, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 17.11.2016, *DJe* 21.11.2016; AgInt no AREsp 1.151.574/RJ, 2017/0200922-0, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 06.02.2018, *DJe* 26.02.2018; AgInt no REsp 1.480.254/AL, 2014/0230820-7, rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 21.09.2017, *DJe* 09.10.2017. Arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único da Constituição Federal de 1988; e art. 102 do Código Civil.
13. STJ, AgRg no REsp 1.291.386/RS, 2011/0267532-6, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 20.10.2016, *DJe* 24.10.2016;

propriedade e, portanto, prevalente sobre os direitos reais de garantia que anteriormente gravavam a coisa na linha dos julgados do STJ¹⁴.

Busca-se nessa oportunidade, com *maxima venia*, fazer reflexões a respeito desse entendimento consolidado na jurisprudência sobre a aquisição originária pela usucapião e seus efeitos extintivos absolutos quanto aos demais ônus, restrições ou inscrições constantes da matrícula. Será essa premissa verdadeira em nosso sistema registral e deve ser aplicada em qualquer hipótese?

Abre-se então a reflexão de que, na hipótese de um gravame instituído de maneira onerosa e de caráter *propter rem*, como um direito real de garantia inscrito e conhecido do possuidor pela Publicidade Registral Imobiliária, se extinguiria ou apenas haveria a sucessão ou sub-rogação desse ônus real inscrito na matrícula. Isso porque o nosso sistema registral protege as relações jurídicas inscritas na tábula registral ao estabelecer a eficácia *erga omnes* dos direitos reais, ou seja, aquelas relações jurídicas inscritas são oponíveis contra todos e não pode ser alegado o seu desconhecimento por terceiros, principalmente por um possuidor do imóvel que tem amplo acesso ao Registro de Imóveis.

Podemos afirmar que aquilo que consta no Registro de Imóveis não pode ser ignorado totalmente pelo possuidor, principalmente nas hipóteses em que se exige boa-fé na usucapião, justamente pelo entendimento moderno da amplitude da boa-fé objetiva e da tutela da aparência nas relações jurídicas, que também devem ser observadas no exercício da posse.

Nesse sentido, parece ser o entendimento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, pois, no julgado objeto dessa análise, votou contra a maioria, no sentido de que deveria ser mantida a penhora, mesmo tendo havido a transmissão originária pela usucapião.

Apesar da respeitável doutrina indicada e do entendimento dos ilustres Ministros do STJ prevalecerem na jurisprudência atual, é necessário mencionar que há divergência doutrinária a respeito do conceito de aquisição originária e seus efeitos. Isso porque, segundo a doutrina alemã de Von Tuhr¹⁵, que foi estudada pelo registrador de imóveis Leonardo Brandelli, a aquisição originária implica em uma não relação entre os sujeitos de direito, porque não há relação com o proprietário anterior, ou seja, a aquisição não depende de um instrumento ou transmissão de um titular para outro, pois tem um fato definido em lei para ocorrer a aquisição, como no caso da usucapião que substitui o direito anterior de igual conteúdo, pois já existente. E ainda afirma Brandelli que apenas extingue o direito que já existia se não for possível a coexistência entre eles, entretanto, diferente será *quando é possível a coexistência do direito adquirido originariamente com eventual direito que já existia, fosse ele adquirido originariamente ou derivadamente*.

No mesmo raciocínio, a jurisprudência administrativa do Estado de São Paulo acolheu os estudos do magistrado Josué Modesto Passos¹⁶ que também aprofundou a conceituação da aquisição originária no direito alemão, igualmente pela doutrina de Andreas von Tuhr, que conceitua a aquisição originária como aquela que independe, no seu suporte fático, da existência de um direito anterior e, conseqüentemente, por isso, não se leva em conta o proprietário anterior. O que bem observa Passos que é diferente do que a doutrina brasileira afirma: que a aquisição originária independe da relação com o titular anterior, pois isso não faz ignorar o direito em si e o seu conteúdo.

14. REsp 620.610/DF, 2003/0230194-7, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 03.09.2013, DJe 19.02.2014.

15. TUHR, Von. *Derecho civil*. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. III, p. 47 apud BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. De acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

16. PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no Registro de Imóveis*. Continuidade do registro e natureza da aquisição. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 104-112.

Ademais, Josué Modesto Passos menciona que a doutrina brasileira deixa passar despercebido que, para a aquisição originária se caracterizar, *não exige que o direito adquirido originariamente tenha conteúdo distinto do conteúdo do direito anterior, nem que o direito anterior sempre seja destruído para que o direito agora adquirido possa surgir ex novo*. Isso porque, na doutrina de Von Tuhr¹⁷, a aquisição será originária mesmo que os direitos sejam idênticos, pois apenas necessita que a aquisição originária tenha sido adquirida por meio do suporte fático que não entrou no direito anterior, como na usucapião, que um novo direito de domínio extingue o anterior por não ser possível a existência de dois direitos de domínio. Mas não significa que o novo direito tenha sido adquirido da forma que melhor aprouver ao seu titular ou, ainda, sem restrições ou limitações de qualquer tipo.

Concordam os autores Leonardo Brandelli e Josué Modesto Passos mencionados que o fato da aquisição ser originária não significa que fará extinguir pura e simplesmente todos os direitos inscritos em todas as hipóteses, e tornar a propriedade absolutamente livre e desembaraçada de qualquer restrição anterior ao lapso temporal da aquisição pela usucapião, pois essa não é a característica técnica essencial para a configuração de uma aquisição originária. Apenas que ela não depende, em seu suporte fático da existência de um direito anterior e, também, porque a existência de um direito real anterior deverá ser transportado para o direito novo, sem que a aquisição deixe de ser originária¹⁸.

Ao retroagir à jurisprudência do próprio STJ, importante mencionar que houve um precedente no qual o Ministro Relator João Otávio de Noronha, REsp 716.753/RS¹⁹, apresentou razões em seu *obiter dictum* de que apenas os ônus constituídos em momento posterior ao período aquisitivo da usucapião deveriam ser extintos, logo, deveriam prevalecer e ser mantidos na nova propriedade os gravames anteriores ao início da posse *ad usucapionem*. O que podemos concluir é que o Ministro aliou-se ao entendimento de que o fato de a aquisição da propriedade pela usucapião ser originária não tem por efeito a extinção de inscrições prévias ao direito do usucapiente, pois o termo inicial da aquisição é o início do exercício da posse. O ministro trouxe larga doutrina nesse sentido, que se avalia relevante para relacionar a seguir:

[...] Cremos, porém, ser o usucapião uma forma de aquisição originária, porque não deriva de ato entre usucapiente e proprietário, tal qual se dá na desapropriação e na ocupação, por exemplo. A nosso ver, a aquisição da propriedade pelo usucapião, faz com que se extinguam todos os direitos reais constituídos sobre a coisa pelo antigo proprietário, *durante a posse ad usucapionem*" (Nelson Luiz Pinto, "Ação de usucapião", ed. RT, 2. ed., n. 3.2).

[...] Caio Mário da Silva Pereira, citando Mazeaud e Mazeaud (Leçons, vol. II, n. 1.508), que: [...] A sentença será o desfecho de uma ação, a que sempre os processualistas se referiram. E sendo declaratória, *produz efeito retrooperante, como se a propriedade se tivesse adquirido desde o dia da tomada de posse*. (Instituições de Direito Civil, Ed. Forense, 2009, vol. IX, p. 125.)

17. TUHR, Andreas Von. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft*. Goldbach: Keip, 1997 (Neudruck d. Ausg. München, 1914). v. 2 (1ª parte), XV apud PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no Registro de Imóveis. Continuidade do registro e natureza da aquisição*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 107.
18. PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no Registro de Imóveis*. Continuidade do registro e natureza da aquisição. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 111.
19. REsp 716.753/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., j. 15.12.2009, DJe 12.04.2010.

No mesmo diapasão, os comentários de Orlando Gomes, *in verbis*:

A aquisição da propriedade pelo usucapião opera-se *ex tunc*. Não se realiza quando expira o prazo dentro do qual a coisa deve ser possuída ininterruptamente, mas, sim, *no momento em que se inicia a posse*. Essa doutrina se inspira na conveniência de proteger terceiros que, supondo ser o possuidor proprietário, com ele mantiveram relações jurídicas com base na aparência da propriedade. (Direitos Reais, Ed. Forense, 2006, p. 196).

Considerados, assim, os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória da usucapião, que fazem com que a aquisição da propriedade retroaja à data de início da posse com intenção de dono, não há como pretender prevaleçam contra o usucapiente eventuais ônus constituídos, a partir de então, pelo anterior proprietário do imóvel.

Por outro lado:

se não é razoável legitimar-se contra o usucapiente eventuais gravames feitos incidir sobre o imóvel por quem não mais detinha a sua titularidade, também não se faz plausível invalidar-se o ônus real anterior à posse *ad usucapionem*, porquanto constituído pelo legítimo proprietário do bem, no pleno exercício dos direitos inerentes à tal condição. Admitir-se o contrário, seria fazer tabula rasa dos princípios afetos ao direito de seqüela, informadores dos direitos reais de garantia, com graves e indesejáveis conseqüências no plano da segurança jurídica.

A propósito, vêm à baila os doutos apontamentos de Lenine Nequete, *in verbis*:

[...] Em suma, estabelecida depois de iniciada a prescrição do imóvel, perece a hipoteca, consumada a usucapião; e, constituída antes, pode ela extinguir-se (prescrição extintiva) nos termos do art. 849, IV, do CC, em relação ao adquirente, nos mesmos prazos e nas mesmas condições estipuladas para a prescrição extintiva dos direitos reais (CC, art. 177), aplicados adequadamente os arts. 550 e 551, do referido diploma. (*in Da prescrição aquisitiva*. *Ajuris*. 3. ed., 1981, p. 57).

Na mesma alheta, as conclusões de J. M. Azevedo Marques:

Por conseguinte, *inscrita e, portanto, tornada pública a hipoteca, ninguém, sob qualquer pretexto, pode ignorá-la; e quem adquirir o imóvel, seja por compra, herança, doação, ou outros títulos, inclusive a prescrição aquisitiva, adquire-o com o ônus real da hipoteca, ou outro qualquer inscrito*. (A Hypotheca, Ed. Monteiro Lobato, São Paulo, 1925, p. 163.) (grifos e destaques nossos).

Pela doutrina qualificada indicada pelo Ministro João Otávio de Noronha, podemos concluir que a aquisição da propriedade pela usucapião se concretiza da data do início da posse como o termo inicial dessa aquisição. Logo, há vezes na doutrina que demonstram relevantes razões jurídicas para afirmar que os direitos reais inscritos na matrícula em período anterior à aquisição pela usucapião devam ser mantidos, por não operar sua completa extinção no plano real imobiliário.

Isso porque, pelas próprias características informadoras dos direitos reais de garantia, como o direito de seqüela que são afetados e que se desrespeitados, trazem conseqüências desabonadoras no plano da segurança jurídica. Ademais, é evidente que uma vez inscrita e tornada pública a hipoteca, não se admite a alegação de ignorância, pois esta deve ser preservada pela sistemática registral.

Corroborar esse entendimento a doutrina de Lafayette Rodrigues Pereira²⁰, ao prelecionar que o usucapiente que exerce posse, sem qualquer impugnação de eventuais titulares de direitos reais sobre a coisa, terá por consequência a extinção de tais gravames. Por outro lado, os titulares de direitos reais inscritos sobre a coisa continuaram a exercê-los ou, ainda, se o possuidor conhecia a sua existência, a aquisição da coisa se opera com a subsistência dos ônus reais preexistentes.

Em trabalho de referência sobre a usucapião, Benedito Silvério Ribeiro também entende que os ônus pretéritos ao termo inicial da usucapião devem ser mantidos, ao mencionar que²¹ (2003, p. 1.407):

[...] Aquela hipoteca existente antes do início do exercício da posse pelo usucapiente permanecerá e poderá extinguir-se, em relação ao terceiro adquirente, nos mesmos prazos e condições estipulados para a prescrição extintiva de direitos reais, observadas as disposições dos arts. 550 e 551 do Código Civil de 1916 (arts. 1.238 e 1.242 do novo Código Civil).

No mesmo sentido, Éder Maurício Pezzi López²², ao analisar o tema, recupera na origem do Direito Romano que as garantias reais se mantinham sobre o bem usucapido, porque a usucapião, apesar de ser forma originária de aquisição da propriedade, adquiria-se o bem no estado em que se encontrava, ou seja, mantinham-se intactos os ônus sobre ele incidentes, da mesma forma que ocorria na *mancipatio* e na *in jure cessio*, nas quais se adquiria com as vantagens e desvantagens daquela propriedade²³. Sendo a única exceção do direito romano a existência de justo título e boa-fé de um terceiro possuidor da coisa em relação ao próprio credor hipotecário, no caso, por exemplo, de este efetuar uma venda a *non domino* do bem gravado (PETIT, 1924, p. 305 *apud* LOPEZ).

Ainda, Éder Maurício Pezzi López afirma que os efeitos da subsistência ou não da hipoteca depois da declaração de usucapião devem ser analisados pelo momento exato em que a propriedade do usucapido se extingue e que o usucapiente a adquire. Isso porque, como a usucapião trata-se de um fenômeno que se opera no mundo dos fatos, a sentença apenas a reconhece, tendo natureza declaratória da situação do possuidor que é em verdade proprietário e retroage até o primeiro dia em que se iniciou a contagem do prazo legal, ou seja, o início da posse do possuidor²⁴.

20. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 185.

21. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2003. T. I e II, p.1407.

22. LOPEZ, Éder Maurício Pezzi. *Usucapião de Imóvel Hipotecado sob a Ótica do Novo Código Civil*. Disponível em: [<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9355-9354-1-PB.pdf>]. Acesso em: 18.09.2018.

LOPEZ, Éder Maurício Pezzi. Implicações e aspectos registraís da usucapião de imóveis hipotecados à luz do novo Código Civil Novo Direito Imobiliário e Registral. In: TIMM, Luciano Benetti; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; PAIVA, João Pedro Lamana (Orgs.). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latim, 2010.

23. Conforme PETIT, Eugène (1924, p. 272), *apud* LOPEZ: "Está en la misma situación que si hubiera adquirido la cosa por *mancipatio* o *in jure cessio*, porque la adquiere tal como estaba en el patrimonio del antiguo propietario, com todas las ventajas que le estaban unidas, pero también com todas las cargas de que está gravada; de este modo las hipotecas y las servidumbres establecidas sobre la cosa no se extinguen por efecto de la usucapión." (PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Madrid: Calleja, 1924.

24. Pontes de Miranda, analisando o efeito da sentença de usucapião prevista na Constituição de 1946, é expresso ao afirmar que "a sentença a que se refere o art. 156, § 3º, é declaratória e seus efeitos, *ex tunc*" (1958, t. XI, p. 150).

Nesse cenário, pelo princípio da retroatividade, uma vez que a hipoteca tenha sido instituída depois de iniciado o lapso temporal, a usucapião terá como efeito intrínseco a extinção do que estiver inscrito nesse lapso temporal, tornando-a insubsistente, por força do art. 1.420 do CC. Por outro lado, o gravame constituído antes de iniciada a posse *ad usucapionem* não pode ser extinto pela simples consumação da usucapião²⁵.

Permitir que todos os ônus e gravames constantes na matrícula se extingam, principalmente os anteriores ao exercício da posse, pela aquisição por usucapião, traz a possibilidade de fomentar situações de fraude (seja fraude contra credores, seja fraude à execução) por parte dos devedores que têm uma brecha para realizar alienações irregulares e permitir uma burla pelo instituto da usucapião que extinguirá todos os ônus inscritos, uma verdadeira limpeza na matrícula prejudicial a terceiros interessados.

Na lição de Luciano de Camargo Penteado²⁶ como o instituto da usucapião pressupõe a posse para sua aquisição, não se poderia usucapir hipoteca por esta não deter posse do imóvel, e uma vez que não se pode adquirir hipoteca pela posse *ad usucapionem*, também não faz sentido que dessa forma seja extinta. Ademais, indica o autor ainda que:

[...] Pensamos não ser admissível a tese da *usucapio libertatis* no sistema brasileiro por conta da concepção que existe a respeito da usucapião. O fato de ela se conceber como aquisição a título originário não faz com que deixe de ser uma espécie de trespasses, ou seja, de que a relação jurídica de direito real deixe de ter como figurante no pólo ativo um sujeito de direitos, para apresentar outro. Existe esta sucessão, sem a alienação, ou seja, sem um fato jurídico causa que instrua e justifique a modificação de titularidade da situação jurídica.

[...] Desse modo, pode-se concluir que usucapir não implica em extinguir todas as posições jurídicas de direito das coisas eventualmente instituídas sobre o bem, matricularmente instituídas. Excepcionalmente, isto pode ocorrer, se a posse do usucapiente for incompatível com estes direitos. [...]

Na opinião de Cavalcanti, que não se adota inteiramente,

[...] conclui-se que a usucapião, não sendo aquisição a título derivado [...] inclui-se em um terceiro tipo de aquisição, a aquisição originária derivada ou mista, em que também se situam a aquisição por desapropriação e a aquisição de coisa que já teve e não mais tem dono.²⁷

25. Ademais, a hipoteca, como direito real de garantia, fica sujeita apenas a sua perempção e às demais hipóteses de extinção previstas no Código Civil. Isso porque a hipoteca e eventual ação hipotecária tem natureza real e não pessoal, ou seja, se estabelecem pela coisa, e não pelo seu titular, semelhante às obrigações *propter rem*, que jamais serão extintas pelo reconhecimento da prescrição aquisitiva, por estarem vinculadas ao bem em si. E, ainda, afirma Éder Maurício Pezzi López que o credor hipotecário não tem a posse da coisa, logo, seria bastante difícil ter conhecimento da posse ou impedir o seu exercício por qualquer pessoa, porque a posse decorre justamente da faculdade de fruição da coisa de seu titular, faltando-lhe inclusive legitimidade.

26. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 265.

27. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 265-266.

Leonardo Brandelli²⁸, em obra importante e recente sobre a usucapião, aprofunda bastante a questão e define a *usucapio libertatis* como a prescrição aquisitiva na qual se adquire o direito real livre de qualquer outro direito preexistente, ou seja, a usucapião faz adquirir o direito real liberto de quaisquer outros que tenham sido inscritos. Ressalta o jurista que apesar de a doutrina brasileira divergir, deve ser analisado o caso concreto que dependerá da posse exercida, do justo título, da publicidade registral e do direito que se pretende adquirir para existir essa figura da *usucapio libertatis*. Isso porque não haverá aquisição de bem liberto em qualquer hipótese, pois devem prevalecer os direitos reais ou com eficácia real publicizados e proteção ao terceiro de boa-fé.

Ademais, preleciona Leonardo Brandelli²⁹ que, no Direito Brasileiro, adotamos o princípio da proteção da aparência jurídica de maneira tácita por um encadeamento lógico sistemático, que visa proteger aqueles que confiaram legitimamente nas situações inscritas por aparência de verdade jurídica, em detrimento ao que de fato eram, por estar essa situação real oculta. Por isso, defende-se que o direito publicizado no registro imobiliário detém fé pública e deve ser protegido pela tutela da aparência jurídica.

Além disso, se o ordenamento determina a obrigatoriedade ou o ônus de publicizar direitos reais ou com eficácia real na matrícula do imóvel que tenham potencialidade de afetar terceiros; que essas inscrições são depuradas de maneira hígida pelo registrador de imóveis na qualificação registral; que a publicidade registral é acessível por todos pela territorialidade do Registro de Imóveis; e que incide a presunção *juris tantum* de ser verdadeiro aquilo que se publiciza: as situações jurídicas nele inscritas são oponíveis *erga omnes* e prevalecentes pela própria eficácia material dos registros públicos.

Veja que, no Direito Comparado, o Código Civil Português de 1966 positivou expressamente o termo inicial de aquisição da usucapião, no art. 1.288, que dispõe: “*invocada a usucapião, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse*”³⁰, que é confirmado pela jurisprudência portuguesa que protege as relações pretéritas inscritas:

[...] I – A usucapião é um modo de aquisição originária do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo (arts. 1287º e 1316º do CC) que depende apenas da verificação de dois elementos: a posse e o decurso de certo lapso de tempo, que varia em função da natureza do bem (móvel ou imóvel) sobre que incide e de acordo com os caracteres da mesma posse. Quando invocada, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse (art. 1288º do CC), adquirindo-se o direito de propriedade no momento do início da mesma posse (art. 1317º, al. c), do CC) [...]. (STJ, Portugal, Ac.1578/11.9TBVNG.P1.S1. N. Convencional: 7ª S., rel. Nunes Ribeiro, j. 06.04.2017.)

[...] II – Ainda que o promitente comprador se encontre na situação de possuidor, nos termos definidos em I, não pode opor, a sua posição ao titular de hipoteca sobre o imóvel, com registo anterior. (STJ, Portugal, Processo: 1223/05.1TBCSC-B.L1.S1. N. Convencional, 2ª S., rel. Bettencourt de Faria, data do acórdão 21.03.2013.)

28. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. De acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53-65.

29. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. De acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53-65.

30. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (versão atualizada), DL 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1201&artigo_id=&nid=775 &pagina=13&tabela=leis&inversao=&to_miolo=]. Acesso em: 20.09.2018.

No Direito Italiano, sobre a operabilidade dos efeitos da usucapião, Gambaro e Morello³¹ entendem que a aquisição da usucapião ocorre no primeiro momento em que se inicia a posse, pelo tempo de aquisição pela usucapião sem prejuízo de terceiros:

[...] L'acquisto del diritto e la sua retroattività.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, l'usucapione há effetti retroattivi: si ritiene, quindi, che l'usucapiente sia stato titolare del diritto oggetto di usucapione sin dal primo momento in cui ha cominciato a possedere la cosa, com la conseguenza che tutti i comportamenti tenuti dal medesimo usucapiente, rispetto ala cosa posseduta, durante il tempo necessário per il maturarsi dell'acquisto, si considerano manifestazioni del diritto che, in forza del possesso, si è conseguito.

Tale principio trova fondamento in contingenti ragioni do necessità e di opportunità pratica al fine di sanare o rendere certe e definitive, senza pregiudizio dei terzi (che nell'intervallo abbiano ad esempio acquistato dal proprietário), situazioni alle quali abbiano dato luogo gli atti intermedi dell'usucapione.

Ademais, os autores Gambaro e Morello³² ainda afirmam que a *usucapio libertatis* não é reconhecida no ordenamento para tornar o imóvel livre de qualquer ônus ou restrição, e apenas se reconhece a perda dos direitos em situações específicas, como se comprovado o não uso:

In conclusione, quindi, nel nostro ordinamento non è configurabile la possibilità di usucapire il diritto alla libertà di un immobile dai pesi che lo gravino, essendo, invece, soltanto configurabile la prescrizione per non uso dei diritti parziali gravanti sullo stesso.

Como a declaração da usucapião pode se valer do procedimento extrajudicial requerido diretamente perante o Registro de Imóveis competente, se cumpridos todos os requisitos definidos em lei³³, torna-se relevante a compreensão de tais julgados relacionados e da doutrina, para a aplicação prática do registrador de imóveis na sua função típica de qualificação jurídica, agora com a missão de também operacionalizar a usucapião pelo procedimento administrativo com maior carga valorativa nessa atribuição.

A regulamentação do procedimento administrativo pelo Provimento 65/2017 do Conselho Nacional da Justiça demonstra conter em partes o entendimento jurisprudencial analisado expressamente no seu art. 14, ao dispor que a existência de ônus real ou gravames na matrícula não impedem o reconhecimento da usucapião. Mas menciona ser necessária a anuência expressa com reconhecimento de firma ou, na ausência, de notificação aos titulares de direitos reais constantes na matrícula (arts. 10 a 13, 16) e que, uma vez notificados, se não se manifestarem, terão por consequência o efeito da concordância tácita com a usucapião. Se houver impugnação da usucapião extrajudicial³⁴, o oficial

31. GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. *Trattato dei Diritti Reali*. Milano: Giuffrè, 2008. v. I – *Proprietà e possesso*, p. 919-922.

32. GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. *Trattato dei Diritti Reali. Volume I, Proprietà e possesso*. Milano: Giuffrè, 2008. v. I – *Proprietà e possesso*, p. 919-922.

33. Art. 216-A da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 regulamentado pelo Provimento 65/2017, do Conselho Nacional da Justiça, DJe/CNJ 210, de 15.12.2017.

34. Em São Paulo, deverá ser uma impugnação fundada para impedir o procedimento da usucapião extrajudicial a qual não sido objeto de recurso pelo impugnante das razões da decisão

poderá utilizar a conciliação ou mediação para composição da divergência, que se for infrutífera impedirá o deferimento da usucapião pela via extrajudicial.

No entanto, novamente aqui, reitera-se a reflexão: qual seria realmente o efeito da concordância do credor em um processo administrativo de usucapião extrajudicial? Por se tratar de aquisição originária, terá como efeito a extinção de seu direito real inscrito, na linha dos entendimentos jurisprudenciais trazidos, mesmo se prévio ao lapso temporal aquisitivo da usucapião, ou poderia concordar apenas com a usucapião, sem extinção de seu direito real inscrito?

Por outro lado, pode ser afirmado que, no procedimento extrajudicial de usucapião, o registrador não poderá cancelar restrições administrativas ou gravames judiciais inscritos ou no caso de abertura de nova matrícula, pois deverá fazer o transporte dos ônus e restrições, de conformidade com o art. 21 do Provimento 65/2017 do CNJ, que estabelece que o reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóvel matriculado não extinguirá eventuais restrições administrativas nem gravames judiciais regularmente inscritos. Mas fica a dúvida, se seria aplicável também para as hipóteses de ônus reais ou direitos reais constituídos previamente, não vencidos³⁵.

Ademais, o provimento impõe que a parte requerente deverá formular pedido de cancelamento dos gravames e restrições diretamente perante a autoridade que emitiu a ordem e, ainda, que os entes públicos ou *credores podem* anuir expressamente a extinção dos gravames no procedimento da usucapião.

Logo, se não houver pedido de cancelamento para a autoridade competente ou não houver anuência do credor pela extinção, a restrição não poderá ser cancelada ou sumir da matrícula, de ofício.

Há quem entenda ser possível aplicar o mesmo entendimento consolidado nos precedentes administrativos da CGJ/SP³⁶, pela impossibilidade do cancelamento de inscrição de penhora no registro imobiliário depois da adjudicação ou arrematação judicial ou de hipoteca na qual o credor não tenha sido notificado, realizada a partir de determinação da Autoridade Jurisdicional, por decisão administrativa da Corregedoria Permanente, sendo necessário requerimento específico e ordem expressa daquela autoridade originária para tanto.

Apesar do entendimento da usucapião ser forma de aquisição originária que tem como efeito a extinção de todos os direitos anteriores do imóvel estar bastante consolidado na jurisprudência do

de impugnação infundada do Oficial do Registro de Imóveis, conforme já era adotado para os procedimentos administrativos de retificação, nos termos dos itens 429.2 a 429.5, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, consolidado pelo Provimento 51, DJE 19.12.2017.

35. Veja que, se for o caso de hipoteca premissa, esta pode ser cancelada de ofício pelo Registrador de Imóveis, conforme entende de maneira pacífica a jurisprudência administrativa da 1VRPSP (Hipoteca. Promessa de venda e compra. Prazo trintenar. Preempção. Cancelamento determinado. (1VRPSP – Processo 000.04.012762-1/SP (13º SRI), j. 06.05.2004, rel. Venício Antonio de Paula Salles.
36. CGJSP – Recurso Administrativo 1093002-08.2017.8.26.0100/SP, j. 13.03.2018, DJ 22.03.2018, rel. Geraldo Francisco Pinheiro Franco. Especialidades: Registro de Imóveis; CGJ, Processo 0004589-40.2014.8.26.0456/Pirapozinho, rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 03.08.2016, DJ 12.09.2016; CGJ, Processo 0011823-84.2015.8.26.0344/Marília, rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.07.2016, DJ 12.08.2016; TJSP, CGJ, Processo 1017712-21.2016.8.26.0100/SP, unidade: 15, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 16.07.2016, DJ 12.08.2016.

STJ e nos Tribunais, data máxima vênia, não parece estar correto reconhecer a automática extinção de todos os direitos reais, ônus ou restrições de qualquer ordem constantes na matrícula mediante a declaração de usucapião por implicar em uma verdadeira mitigação da eficácia material do Registro de Imóveis³⁷. Isso porque prevalece uma verdadeira exceção *contra legem* da oponibilidade e eficácia *erga omnes* da Publicidade Registral Imobiliária nos direitos reais, ao se considerar que a forma originária de aquisição da propriedade purifica em absoluto e torna a propriedade nova e imune a qualquer direito, que estivesse legalmente inscrito, sem considerar as características próprias dos direitos reais (absolutos e perpétuos).

Será mesmo uma verdade o entendimento de que a Publicidade Registral não terá oponibilidade em relação ao usucapiente de bem imóvel? A posse qualificada prevalece em relação à Publicidade Registral, como uma exceção ao sistema registral brasileiro?

Em decisão da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo³⁸, não foi aceita a afirmação de posse *ad usucapionem* por ciência da parte interessada que recebeu o imóvel por cessão de contrato, sem consentimento do credor, de prévia garantia por hipoteca inscrita na matrícula de imóvel em virtude de mútuo, por não configurar posse qualificada, estando ausentes os requisitos da usucapião. Isso porque "para sua concretização, a prescrição aquisitiva não se contenta com qualquer espécie de posse, sendo insuficiente a relação de origem justa que garanta o direito à proteção possessória, mas que não gera a usucapião", e também porque havia litigiosidade sobre a coisa.

Ademais, afirma o magistrado Paulo César Batista dos Santos, atualmente Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que:

[...] Nem se diga, assim, que os autores desconheciam a existência da hipoteca, já que tudo estava devidamente registrado junto à matrícula do imóvel, o que significa ciência inequívoca de terceiros, decorrente dos efeitos do registro público. *Ora, se o registro público não servir, dentre outras relevantes finalidades, para dar ciência inequívoca a terceiros, não se sabe para o que servirá.*

Cuida-se, assim, de posse precária, não-mansa, não-pacífica, o que, por óbvio, não enseja a usucapião. Tal circunstância elimina o ânimo de dono dos autores, *sabedores do vício que contaminava sua posse, afastando o animus necessário para declarar a usucapião.*
[...] (grifo nosso)

Note que, no julgado do TJMG³⁹, também foi afastada a qualificação da posse como *ad usucapionem* em virtude de adotar razões de julgados, que se no momento da realização do negócio jurídico (justo título), o pretense usucapiente tem ciência de assentamento realizado no registro imobiliário, como ônus de hipoteca em favor de agente financeiro pelos proprietários originários que cedem direitos de contrato e posse, mas continuam vinculados ao adimplemento da dívida em solidariedade, não se configura, portanto, a posse *animus domini*. Conforme também se verifica em precedente

37. Cf. BRANDELLI, Leonardo. *Registro de Imóveis*. Eficácia Material. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

38. Usucapião. Hipoteca. Cessão de direitos. Posse *ad usucapionem*. Ausência. (TJSP, 1VRPSP, Processo 0330499-70.2009.8.26.0100/SP, j. 25.03.2015, DJ 30.03.2015, Unidade: 10, rel. Paulo César Batista dos Santos).

39. TJMG, AC 1.0143.13.000190-0/001, rel. Des. Octávio de Almeida Neves, j. 23.11.2017, data da publicação da súmula 01.12.2017.

do STJ⁴⁰, que afasta o *animus domini* se demonstrar a ciência prévia da situação do imóvel pelo pretense usucapiante, entre outros precedentes encontrados.

Ademais, a certidão atualizada da matrícula do imóvel é documento essencial para instruir o pedido de usucapião para justamente identificar o proprietário do imóvel usucapiendo e dos imóveis confrontantes, aferir a existência de eventuais registros de alienação e averbações de penhora, hipoteca, credores hipotecários, construção e outros gravames, para que seus titulares tenham ciência da usucapião⁴¹.

Esse também parece ser o entendimento da inteligência do art. 792 do Código de Processo Civil e Lei 13.097/2015 ao estabelecerem que devem estar inscritas na matrícula todas as situações opositivas à propriedade inclusive para poder configurar fraude à execução.

Trata-se de um tema a ser discutido academicamente, bastante espinhoso por entrar no confronto entre qual interesse jurídico deveria prevalecer, a Publicidade externada pela posse e que gera a aquisição originária da propriedade tornando-a absolutamente nova; ou a Publicidade Registral Imobiliária, que gera a oponibilidade *erga omnes* no sistema registral imobiliário brasileiro e, por isso, deveria ser observada pelo possuidor quanto às situações inscritas que precedem a sua aquisição.

Essa discussão traz à tona a necessidade de ponderação entre os princípios para se evitar prejuízos à eficácia material do sistema registral imobiliário e a segurança jurídica das relações imobiliárias e, inclui-se também, creditícias. Pode-se afirmar que seria mais seguro adotar a premissa de que não serão em todos os casos em que a usucapião por si só fará extinguir os direitos inscritos sobre o imóvel, principalmente sobre os quais não estejam relacionados ao seu período aquisitivo, por não poder ser ignorada a Publicidade Registral pelo possuidor para garantir sua posse qualificada como *ad usucapionem*.

Reitera-se que o foco desse comentário de jurisprudência foi analisar os precedentes consolidados e lançar novos nortes interpretativos em prol do Princípio da Segurança Jurídica norteador da atividade registral definido no sistema jurídico pátrio e preservação da pacificação social, sem o intuito de trazer conclusões pela dificuldade do tema, que certamente mereceria um maior aprofundamento em forma de artigo ou mesmo tese jurídica. Por fim, o objetivo foi oxigenar os entendimentos atuais para que os operadores do direito que se deparem com o instituto da usucapião tenham maiores recursos para analisar todas as informações tabulares, em busca de adotar a decisão que melhor atenda a Segurança Jurídica Imobiliária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. De acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRANDELLI, Leonardo. *Registro de Imóveis*. Eficácia Material. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (versão atualizada). DL n.º 47.344/66, de 25 de novembro. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1201&artigo_id=&nid=775&pagina=13&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 20.09.2018.

40. STJ, REsp 1.501.272/SC (2014/0328730-7), rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 12.05.2015, *DJe* 15.05.2015; STJ AgRg no REsp 1.322.079/CE, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 03.03.2015, *DJe* 09.03.2015.
41. TJMG, AC 1.0079.12.065564-6/001 (0655646-46.2012.8.13.0079), rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câm. Cív., j. 04.08.2016, *DJe* 18.08.2016.

- FACHIN, Edson Luiz. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. *Trattato dei Diritti Reali*. Milano: Giuffrè, 2008.v. I – *Proprietà e possesso*.
- LOPEZ, Éder Maurício Pezzi. Implicações e aspectos registraes da usucapião de imóveis hipotecados à luz do novo Código Civil Novo Direito Imobiliário e Registral. In: TIMM, Luciano Benetti; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; PAIVA, João Pedro Lamana (Orgs.). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier latim, 2010.
- LOPEZ, Éder Maurício Pezzi. *Usucapião de Imóvel Hipotecado sob a Ótica do Novo Código Civil*. Disponível em: [<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9355-9354-1-PB.pdf>]. Acesso em: 18.09.2018.
- PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no Registro de Imóveis*. Continuidade do registro e natureza da aquisição. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Madrid: Calleja, 1924.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2003. t. I e II, p. 1407.
- TUHR, Andreas Von. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft*. Goldbach: Keip, 1997 (Neudruck d. Ausg. München, 1914). v. 2 (1ª parte), XV.
- TUHR, Von. *Derecho civil*. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. III.

GIOVANNA TRUFFI RINALDI

Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 2º Subdistrito da Comarca de Barretos/SP. Graduada em Direito pela FMU. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura, em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – GVlaw, em Direito Civil pelo Instituto Toledo de Ensino. Mestre e Doutoranda em Função Social do Direito pela FADISP.
giovanna.cartorio@gmail.com

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Sérgio Kukina (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

RELATÓRIO**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA
HELENA COSTA (Relatora):**

Trata-se de Recurso Especial interposto pela **UNIÃO**, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 337/340e):

ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PENHORA DO BEM USUCAPIENDO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO JUDICIAL À POSSE DA AUTORA USUCAPIENTE. Provimento da apelação.

Com amparo no art. 105, III, a, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos arts. 659, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, porquanto "a existência de registro de penhora sobre o imóvel usucapiendo caracteriza oposição, afastando a tranquilidade da posse, retirando-lhe a aptidão para gerar aquisição imobiliária".

Sustenta que "no caso dos autos, em 04 de março de 1997, o imóvel foi gravado com averbação de penhora em sua matrícula (AV – 5 27.969), de acordo com mandado judicial expedido pela 2ª Vara Federal desta Subseção no processo n. 96.6001055-9, sendo que o imóvel também apresenta averbação de protesto judicial, com data de 21.11.1986, impedindo a alienação ou oneração do bem".

Alega que "como tais constrições foram registradas antes mesmo da autora passar a ocupar o imóvel, conclui-se que desde a origem a autora passou a exercer sua posse de forma precária, tendo ciência da existência de interesse e de resistência de terceiro em relação ao imóvel", constituindo-se oposição para fins do art. 1.238 do Código Civil".

Sem contrarrazões, o recurso foi admitido (fl. 393e).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 421/422e, opina pelo não conhecimento do recurso especial.

Inicialmente distribuído ao Senhor Ministro Marco Buzzi, nos termos do art. 9º, § 2º, I, do Regimento Interno desta Corte (fl. 409e), posteriormente, o recurso foi redistribuído (fl. 424e).

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Por outro lado, apesar da competência da 2ª Seção desta Corte, para processar e julgar recursos relativos a "domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação" (art. 9º, § 2º, I, do RISTJ), os autos foram declinados em decorrência do fato do imóvel controvertido ser objeto de penhora em favor da União, firmando-se a competência da Seção de Direito Público (*v.g.* CC n. 41.241/SP, 1ª S., Rel. Ministro José Delgado, j. 10.11.2004, DJ 17.12.2004, p. 392).

Os arts. 551 do Código Civil de 1916 e o 1.242 do Código Civil de 2002 assim dispõem:

Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

É de se ressaltar que a usucapião tem assento constitucional (art. 183 da Constituição da República) e se afirma como instrumento de

realização da função social da propriedade, de modo a prestigiar aquele que confere uma destinação socialmente adequada ao bem.

Com efeito, os interesses em confronto na usucapião são o do *possuidor* - que alega dar destinação social à propriedade - e o do *proprietário*, que se mantém inerte.

Trata-se de aquisição originária da propriedade a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse *ad usucapionem* pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário, mostrando-se bastante comum a situação em que se pleiteia usucapião de bem sem registro imobiliário anterior em nome de particular (v.g. REsp n. 964.223/RN, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2011, DJe 04.11.2011).

Portanto, se o título de propriedade anterior se extingue, tudo o que gravava o imóvel - e lhe era acessório - também extingue-se-á.

Nessa linha é o teor do enunciado da Súmula n. 308 desta Corte Superior:

A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Firmou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual o recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas a e/ou c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontrar-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula 83, *verbis*:

Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Cumprе sublinhar que o alcance de tal entendimento aos recursos interpostos com fundamento na alínea a, do permissivo constitucional, decorre do fato de que a aludida divergência diz respeito à interpretação da própria lei federal (v.g.: AgRg no AREsp 322.523/RJ, 1ª T., Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 11.10.2013; e AgRg no REsp 1.452.950/PE,

2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.08.2014).

Anote-se que, para a aplicação do entendimento previsto na Súmula 83/STJ, basta que o acórdão recorrido esteja de acordo com a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte, sendo prescindível a consolidação do entendimento em enunciado sumular ou a sujeição da matéria à sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, com trânsito em julgado (AgRg no REsp 1.318.139/SC, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 03.09.2012).

No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, de modo que não subsistem os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração.

Nesse sentido:

DIREITO DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INSTRUMENTO QUE ATENDE AO REQUISITO DE JUSTO TÍTULO E INDUZ A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. EXECUÇÕES HIPOTECÁRIAS AJUIZADAS PELO CREDOR EM FACE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. INEXISTÊNCIA DE RESISTÊNCIA À POSSE DO AUTOR USUCAPIENTE. HIPOTECA CONSTITUÍDA PELO VENDEDOR EM GARANTIA DO FINANCIAMENTO DA OBRA. NÃO PREVALÊNCIA DIANTE DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA N. 308.

1. O instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião ordinária. Tal entendimento agarra-se no valor que o próprio Tribunal - e, de resto, a legislação civil - está conferindo à promessa de compra e venda. Se a jurisprudência tem conferido ao promitente comprador o direito à adjudicação compulsória do imóvel independentemente de registro (Súmula n. 239) e, quando registrado, o compromisso de compra e venda foi erigido à seleta categoria de direito real pelo Código Civil de 2002 (art. 1.225, inciso VII), nada mais lógico do que considerá-lo também como "justo título" apto a ensejar a aquisição da propriedade por usucapião.

2. A própria lei presume a boa-fé, em sendo reconhecido o justo título do possuidor, nos termos do que dispõe o art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil de 2002: "O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em

contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção".

3. Quando a lei se refere a posse "incontestada", há nítida correspondência com as causas interruptivas da prescrição aquisitiva, das quais é exemplo clássico a citação em ação que opõe resistência ao possuidor da coisa, ato processual que possui como efeito imediato a interrupção da prescrição (art. 219, CPC). Por esse raciocínio, é evidente que os efeitos interruptivos da citação não alcançam a posse de quem nem era parte no processo. Assim, parece óbvio que o ajuizamento de execução hipotecária por credores contra o proprietário do imóvel, por não interromper o prazo prescricional da usucapião, não constitui resistência à posse ad usucapionem de quem ora pleiteia a prescrição aquisitiva.

4. A declaração de usucapião é forma de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais, modo que se opõe à aquisição derivada, a qual se opera mediante a sucessão da propriedade, seja de forma singular, seja de forma universal. Vale dizer que, na usucapião, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas, em boa verdade, contra ele. A propriedade é absolutamente nova e não nasce da antiga. É adquirida a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse ad usucapionem pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário.

5. Os direitos reais de garantia não subsistem se desaparecer o "direito principal" que lhe dá suporte, como no caso de perecimento da propriedade por qualquer motivo. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, extingue-se e dá lugar a uma outra, ab novo, que não decorre da antiga, porquanto não há transferência de direitos, mas aquisição originária. Se a própria propriedade anterior se extingue, dando lugar a uma nova, originária, tudo o que gravava a antiga propriedade - e lhe era acessório - também se extinguirá.

6. Assim, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real hipotecário constituído pelo antigo proprietário, antes ou depois do início da posse ad usucapionem, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos ex tunc, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade.

7. Ademais, "a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel" (Súmula n. 308).

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 941.464/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012 - destaques meus).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. HIPOTECA. NÃO SUBSISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA Nº 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 211/STJ E Nº 282/STF.

1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Ausente o prequestionamento de dispositivos apontados como violados no recurso especial, sequer de modo implícito, incide o disposto nas Súmulas nº 211/STJ e nº 282/STF.

3. A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, de modo que não permanecem os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 647.240/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013 - destaque meu).

Isto posto, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2015/0183682-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.545.457 / SC**

Números Origem: 018090242995 50037187320124047202 SC-018090242995 SC-50037187320124047202

PAUTA: 19/09/2017

JULGADO: 19/09/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : MARINES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOSÉ JACIR VICTOVOSKI E OUTRO(S) - SC014215
INTERES. : ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MONTE CASTELO CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LIMITADA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Domínio Público - Bens Públicos

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. MARCIA LUCIANA DANTAS, pela parte RECORRENTE: UNIÃO.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de recurso especial manejado pela União, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 340):

*ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PENHORA DO BEM USUCAPIENDO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO JUDICIAL À POSSE DA AUTORA USUCAPIENTE.
Provimento da apelação.*

A parte recorrente aponta violação ao art. 659, § 4º, do CPC/73, ao argumento de que o dispositivo legal apontado assegura a presunção absoluta de conhecimento por terceiros do gravame, de forma que, uma vez averbada a penhora na matrícula do imóvel, não é mais possível falar em posse mansa e pacífica.

O Ministério Público Federal, no parecer às fls. 414/419, opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

A eminente relatora, Ministra Regina Helena Costa, ao apreciar as razões de inconformismo, em síntese, reafirmou o entendimento consolidado nesta Corte no sentido de que a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, não subsistindo os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração. Para tanto, citou os seguintes julgados: **REsp**

941.464/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012; e **AgRg no REsp 647.240/DF**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013.

Assim, negou provimento ao presente recurso especial, com a compreensão de que, a partir da usucapião, ocorre a extinção do título de propriedade anterior e, como consequência, também o cancelamento dos gravames que acompanhavam o imóvel.

Após o voto da relatora, pedi vista antecipada dos autos para examinar mais de perto a questão.

É o sucinto relatório.

Desde logo, ressalto que meu voto converge com o da relatora, no sentido de afastar a alegada violação ao art. 659, § 4º, do CPC/73.

Radica a controvérsia sobre a possibilidade de imóvel gravado por penhora (no caso, em favor da União) ser objeto de usucapião.

No caso dos autos, a ação de usucapião extraordinária foi julgada improcedente em primeiro grau, ao fundamento de que "*O registro da penhora caracteriza oposição, afastando a tranqüilidade da posse, retirando-lhe a aptidão para gerar aquisição imobiliária (CC, art. 1.238). E tal oposição, em razão da presunção absoluta prevista na legislação, não pode ser ignorada pelo possuidor (CPC, art. 659, § 4.º)*" (fl. 284).

O Tribunal regional, incorporando o parecer do Ministério Público Federal, reformou a sentença, firmando o entendimento de que, "*sendo a usucapião modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, mediante o qual não subsiste qualquer vínculo com a propriedade anterior, incorporando-se o bem ao patrimônio do novo titular livre de todos os ônus que a relação jurídica pregressa ostentava, a constrição do imóvel pela penhora em face do antigo proprietário não possui eficácia no que diz respeito ao pretenso usucapiente*". (fl. 338).

Por sua vez, a ilustre Ministra relatora, firme na compreensão de que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, concluiu que são eliminados todos os gravames que recaiam sobre o bem quando ele pertencia ao antigo *dominus*, motivo pelo qual afastou a suscitada violação ao art. 659, § 4º, do CPC/73 e confirmou o acórdão recorrido.

Conforme doutrina majoritária, a usucapião é modo de aquisição originária da propriedade, uma vez que ela não é transmitida pela vontade do anterior proprietário apontado no registro de imóveis, mas por ato sentencial do Judiciário, após avaliar se presentes se fazem os

requisitos previstos no art. 1.238 e seguintes do Código Civil de 2002. Assim, inexistente relação entre aquele que perde a propriedade e o usucapiente.

Como explica LUIZ EDSON FACHIN:

Disso se tem que é um modo originário de aquisição. E assim se posta a maior parte da doutrina. Como ressalta Pontes de Miranda, na usucapião não se adquire de alguém: 'Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não para se adquirir de alguém. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, antes que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não pode mais subsistir, suplantado por aquele. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, não de sucessão, ou nascer um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tão-pouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente'.

[...] Não é caso, pois não há qualquer vínculo entre o usucapiente e o usucapido, não há relação de sucessor e antecessor. Imagine-se, por hipótese, imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade. Evidente que o prescribente (na usucapião extraordinária) adquire o domínio sem tal gravame.

(*A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 41).

De outra banda, a jurisprudência do STJ também se firmou no sentido de que a aquisição pela usucapião induz o desaparecimento de eventuais direitos reais de garantia que estivessem a gravar o bem assim adquirido (**AgRg no AREsp 737.731/RS**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 19/11/2015; e **REsp 620.610/DF**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 19/02/2014).

Contraopondo-se a esse fundamento, a União sustenta que a expressão "*sem oposição*", como utilizada no *caput* do art. 1.238 do CC/2002, deve ser compreendida como a exigência de que inexistam gravames sobre o imóvel, o que não ocorreu no caso em exame, pois que a posse teria sido exercida pela parte autora após a averbação da penhora no ofício imobiliário, ou seja, longe de ser considerada mansa e pacífica.

Entretanto, a presunção absoluta de conhecimento da penhora por terceiros, assim estabelecida no § 4º do art. 659 do CPC/73, não tem o condão, só por si, de concretizar a pretendida resistência da União quanto à posse exercida *ad usucapionem* pela ora recorrida.

Segundo precedentes desta Corte, a oposição de que trata o citado dispositivo deve ser traduzida como a utilização, pelo proprietário, de alguma medida efetiva que tenha como deliberado objetivo interromper a continuidade da posse, interferindo em sua mansidão e pacificidade. Nesse sentido:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATORIA. USUCAPIÃO ALEGADO EM DEFESA. OPOSIÇÃO. CC, ART. 550. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO.

I - A teor do art. 550 do Código Civil, a ausência de oposição e requisito essencial ao reconhecimento da prescrição aquisitiva.

II - O período anterior ao trânsito em julgado de ação em que se discutiu o domínio da área reivindicada não pode ser computado para fins de usucapião, se a parte que o alega em defesa foi devidamente citada para o processo, integrando a relação processual.

III - Segundo autorizada doutrina, a oposição a que se refere o art. 550, CC, traduz medidas efetivas "visando a quebrar a continuidade da posse, opondo a vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes inerentes ao domínio qualificador da posse".

(REsp 53.800/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/1997, DJ 02/03/1998, p. 93)

Nesse contexto, o acórdão recorrido está em consonância com a consolidada jurisprudência desta Corte Superior, calhando, em remate, reportar o seguinte e elucidativo julgado: "*Os direitos reais de garantia não subsistem se desaparecer o "direito principal" que lhe dá suporte, como no caso de perecimento da propriedade por qualquer motivo. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, extingue-se e dá lugar a uma outra, ab novo, que não decorre da antiga, porquanto não há transferência de direitos, mas aquisição originária. Se a própria propriedade anterior se extingue, dando lugar a uma nova, originária, tudo o que gravava a antiga propriedade - e lhe era acessório - também se extinguirá"* (REsp 941.464/SC, Rel. Ministro, LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012).

Ante o exposto, acompanho as conclusões da ilustre Relatora, em ordem a negar provimento ao recurso especial da União.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhora Presidente, dou provimento ao Recurso Especial da União para manter a penhora, mesmo tendo havido a transmissão originária pelo usucapião.

2. É com voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2015/0183682-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.545.457 / SC**

Números Origem: 018090242995 50037187320124047202 SC-018090242995 SC-50037187320124047202

PAUTA: 27/02/2018

JULGADO: 27/02/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : MARINES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOSÉ JACIR VICTOVOSKI E OUTRO(S) - SC014215
INTERES. : ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MONTE CASTELO CONSTRUÇOES E EMPREENDIMENTOS LIMITADA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Domínio Público - Bens Públicos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Sérgio Kukina (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

TRF-4ª Reg. – *Agravo de Instrumento 5021966-52.2018.4.04.0000/PR* – 4ª T. – j. 15.08.2018 – v.u. – rel. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

EXECUÇÃO FISCAL – Penhora – Imóvel que é objeto de ação de usucapião – Admissibilidade – Medida que visa resguardar direito potencial do exequente – Reversibilidade, ademais, que é garantida pela suspensão dos atos de alienação até trânsito em julgado.

Jurisprudência em sentido contrário

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2008\3149.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2010\10816.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5021966-52.2018.4.04.0000/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

AGRAVANTE: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: FRICAL INDUSTRIA E COMERCIO DE CAL LTDA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. IMÓVEIS OBJETO DE AÇÃO DE USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DOS ATOS DE ALIENAÇÃO.

1. A existência de ação de usucapião discutindo a propriedade de bens imóveis não impede a sua penhora em execução fiscal, na medida em que esta visa resguardar o direito potencial da parte exequente sobre esses bens, o qual pode ser preterido na eventualidade de deferimento da constrição em favor de outros credores, em outras demandas.

2. Nada obstante, como forma de garantir a reversibilidade da medida caso seja julgada procedente a pretensão dos usucapiantes, é prudente que, uma vez formalizada a penhora, a alienação desses bens permaneça suspensa até o trânsito em julgado de decisão final nos autos da referida ação, quando restará então definida a titularidade dos imóveis e a viabilidade, ou não, de prosseguimento dos atos expropriatórios.

COMENTÁRIO

A PUBLICIDADE, A PRIORIDADE, A USUCAPIÃO E O REGISTRO DE IMÓVEIS

Este breve comentário não tem o escopo de resolver os efeitos da publicidade, ou a falta dela, no registro de imóveis durante o processamento judicial ou extrajudicial da usucapião. A intenção é agitar o debate com relação à necessidade do registro da citação na ação de usucapião na matrícula do imóvel que é seu objeto, seus efeitos, e se existe diferença com relação à prenotação da usucapião extrajudicial.

No julgado que trataremos, o egrégio Tribunal Federal do Rio Grande do Sul reformou a decisão de primeiro grau para permitir que fosse averbada penhora em execução fiscal, mesmo havendo notícia de ação de usucapião.

Assim, colocam-se três pontos controversos que serão tratados neste comentário: 1. Registro da citação na ação de usucapião na matrícula imobiliária; 2. Prenotação da usucapião extrajudicial e; 3. Possibilidade e efeitos dos registros posteriores.

1. REGISTRO DA CITAÇÃO NA AÇÃO DE USUCAPIÃO NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA

O julgado não informa como se deu a notícia da existência da ação de usucapião nos autos e, tão pouco, se ela foi registrada na matrícula do imóvel. Resta então nos perguntar se é possível o registro e, sendo possível, se é necessário ou facultativo.

Conforme ensina Brandelli¹:

no passado, a posse fazia presumir a propriedade ou algum outro direito real imobiliário praticamente de maneira absoluta, diante da menor complexidade das relações jurídicas, em que a existência de um direito imobiliário oponível a terceiros implicava a transmissão possessória, que por sua vez tornava público o direito.

Todavia, nos dias de hoje, relegar exclusivamente a posse como único vetor a expressar publicidade do domínio é impensável. O ritmo vivido nos grandes centros e a quantidade de informações com que somos bombardeados dificultam conhecermos até mesmo nossos vizinhos e a complexidade que hoje existe nas relações jurídicas, havendo, inclusive, direitos reais opacos (exemplo: alienação fiduciária), o que torna imprescindível a existência de um sistema registral que garanta a propriedade, seja ele jurídico ou econômico.

Assim, demonstra o citado jurista, que há uma tendência em concentrar no Registro Imobiliário todas as situações jurídicas que digam respeito aos imóveis².

1. Y BRANDELLI, Leonardo. *Registro de imóveis: eficácia material*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 101.
2. BRANDELLI, Leonardo. *Registro de imóveis: eficácia material*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 103.

Dito isso, é preciso destacar que a ação de usucapião é uma ação real e, por essa razão é possível o seu registro, mais especificamente, o registro da citação da ação de usucapião (art. 167, I, "21", da Lei 6.015/73).

Viegas de Lima³ explica ainda que "[...] não se trata de ato judicial, realizado pelo Juiz da causa. Mesmo porque trata-se de faculdade à disposição do autor da ação, e não de uma obrigatoriedade".

Nos parece acertado o posicionamento do referido autor em determinar que não cabe ao juiz determinar o registro da citação. Deve o usucapiente buscar a efetividade da medida jurisdicional pretendida.

Superada a taxatividade registral e a legitimidade, cabe-nos perquirir qual efeito teria o referido registro.

A Lei 6.015/73 não estabelece expressamente nenhuma penalidade pela falta do registro da citação apesar de determinar a sua "obrigatoriedade" (art. 169).

Aliás, a Lei 6.015/73 (art. 172) concede genericamente aos registros três efeitos: a) constituição, transferência e extinção de direitos; b) validade dos direitos inscritos frente a terceiros e; c) assegurar sua disponibilidade.

Sarmiento Filho⁴ explica ainda que "Como regra, o registro representa um ônus. A falta de inscrição não resulta em qualquer punição ou multa, deixando-se, apenas, de obter os efeitos decorrentes do ato (constitutivo ou declaratório)".

O Desembargador Ricardo Dip⁵ informa que o registro da citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias

dá espedeque à eficácia prenotante, ou seja, a que o efeito dos fatos inscritos posteriormente se condicione ao resultado advindo do processo em que se cumpriu a citação inscrita, sempre que, com o *status* derivado da solução do processo, haja incompatibilidade jurídica ou factual da inscrição póstera (assim, uma sentença trãnsita em julgado em determinado processo judicial de usucapião é título bastante para expurgar, sem nova demanda, os efeitos das inscrições posteriores ao do registro da citação nesse processo).

Em que pese o acerto desta afirmativa, a jurisprudência vem entendendo que as penhoras efetuadas antes da declaração da usucapião não interrompem a posse mansa e pacífica do usucapiente⁶, mesmo não havendo o registro da citação. Tão pouco estabelecem a necessidade de ação própria para o levantamento dos ônus anteriores.

3. LIMA, Viegas de. *Lei de registros públicos comentada*. ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 682.
4. SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Curitiba: Juruá, 2017. v. I, p. 185.
5. DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (princípios)*. Descalvado: PrimVs, 2017. t. I, p. 88.
6. AC 5007090-87.2013.4.04.7204/SC, TRF-4ª Reg., rel. Marga Inge Barth Tessler, j. 31.07.2018. Disponível em: [www.kollemata.com.br/uploads/2018/08/27/trf4-ac-no-5007090-87-2013-4-04-7204-sc.pdf]. Acesso em: 18.09.2018.

Veja que o art. 54, parágrafo único, da Lei 13.097/15 informa que:

Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Assim, por meio da leitura atualmente feita pela jurisprudência, como a aquisição da propriedade pela usucapião independe do registro, a falta do registro da citação não obsta a oposição da usucapião ao terceiro de boa-fé e, as penhoras não interrompem a posse mansa e pacífica.

É preciso ressaltar que, como a usucapião é considerada, pela doutrina majoritária, forma de aquisição originária⁷ e, mesmo antes da promulgação da Lei 13.097/15, a falta do registro da citação não causa prejuízo ao autor da ação, por isso são raros os casos em que ele é feito.

Nos parece sensato e razoável trasladar o posicionamento do Passarelli⁸, em que extrai a responsabilidade civil pelo dano causado pela falta do registro do título aquisitivo, apesar do registro da citação da usucapião não constituir forma de aquisição da propriedade.

Não se pretende retirar do ordenamento jurídico a posse como forma eficaz de publicidade mas restringir seus efeitos para até a citação. O terceiro que visa a inscrição de um título deve verificar o domínio visitando o imóvel.

Todavia, ainda que a posse seja considerada um meio de publicidade, nos parece razoável e defensável a indenização ao terceiro de boa-fé que adquiriu o imóvel objeto da ação de usucapião justamente para dar efetividade ao art. 169 da Lei de Registros Públicos.

2. PRENOTAÇÃO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Diferentemente da ação de usucapião, cuja citação pode ser registrada, a usucapião extrajudicial é prenotada e, essa prenotação, não tem prazo definido, prolongando até o acolhimento ou rejeição do pedido (art. 216-A, § 1º, da Lei 6.015/73).

A entrada de um título por meio da prenotação, como regra, gera uma série de efeitos, e traz também garantia para a pessoa que o fez com prontidão, por força de disposição legal⁹. Por essa razão, não há um prazo determinado e nem sanção para proceder à entrada do título.

Marcelo Augusto Santana de Melo ensina-nos que:

a data da prenotação é de suma importância para o registro, em razão de constar do art. 1.246 do Código Civil que "o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar

7. Exemplos: RIZZARDO, Arnaldo. *Direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 260; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5, p. 335.

8. PASSARELLI, Luciano Lopes. Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 68, p. 9-61, jan.-jun. 2010, p. 54.

9. Arts. 190 e 191 da Lei 6.015/73, por exemplo.

o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo". Assim sendo, com o registro do título, ter-se-á efeito retroativo ao da data da aquisição, que para todos os efeitos jurídicos, é a mesma da prenotação.¹⁰

Afrânio de Carvalho explicita que:

[...] o princípio da prioridade significa que, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, estes não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento: *prior tempore potior jure*.¹¹

A questão se torna espinhosa em definir se a prenotação da usucapião extrajudicial se traduz em prioridade e, havendo, quais são os títulos contraditórios.

Temos dois grandes juristas que já escreveram sobre o assunto e cada qual chega a uma conclusão diferente.

De um lado o posicionamento do Registrador Brandelli¹² que afirma que a prenotação barra a entrada de todos os outros títulos posteriormente apresentados pois "haverá a criação e a extinção de direitos registrados, o que impactará na qualificação de eventuais títulos subsequentes que versem sobre direitos contraditórios".

De outra banda o Des. Ricardo Dip¹³ informa que

nenhum é o motivo para inferir, do só protocolo, o embotamento dos registros posteriores, coisa que sequer da inscrição na matrícula poderia resultar (p. ex., o registro de uma citação em demanda reipersecutória não importa, *ipso facto*, no entrave de registros posteriores; por que então, a mera indicação no protocolo de uma publicidade notícia produziria um efeito que seu registro definitivo na matrícula, não estaria habilitado a produzir? Anote-se, neste passo, a interessante opinião do Registrador paulistano Ricardo Nahat, no sentido de que se averbe, na matrícula, a notícia da demanda extrajudicial de usucapião, formula com que se observaria a extensão jurídica do protocolo – tal o impera o § 1º do art. 216-A da Lei n. 6.015 –, sem a paralisação do tráfico imobiliário correspondente).

O provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) parece adotar, ainda que de forma não clara, o posicionamento do Registrador Leonardo Brandelli, vez que fala que o procedimento goza de prioridade (art. 17, § 4º).

10. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria geral do registro de imóveis: estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016. p. 139.

11. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 181.

12. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.

13. DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (princípios)*. Descalvado: PrimVs, 2017. t. I, p. 105.

3. EFEITOS DOS REGISTROS EFETUADOS DEPOIS DA PRENOTAÇÃO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL OU DO REGISTRO DA CITAÇÃO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO

Apesar de parecer inicialmente correto o posicionamento do Dr. Ricardo Dip e, conseqüentemente, a decisão deste julgado, um outro problema surge ao se admitir o registro de títulos depois da prenotação da usucapião extrajudicial ou, do registro da citação na ação de usucapião, que é o de como proceder com esses registros depois que a usucapião foi deferida.

Poderia então, o registrador, ao registrar a usucapião, cancelar de ofício o registro dos outros títulos?

O problema é semelhante ao que ocorre com o cancelamento das demais penhoras não relacionadas com a arrematação. Recentemente, neste caso, a Corregedoria Geral da Justiça entendeu que apenas o juiz que determinou a penhora teria competência de cancelar a penhora¹⁴.

Interessante notar que a Lei 6.015/73 permite o cancelamento apenas nos casos de pedido de uma ou todas as partes e em decorrência de sentença judicial (art. 250). Esse rol, entretanto, não é taxativo e, segundo Narciso Orlandi¹⁵, o registrador, ao descerrar as novas matrículas para inaugurar cadeia originária, deve, ainda que a sentença não explicita, averbar a perda da propriedade nas matrículas de origem e proceder o encerramento da matrícula anterior se a perda da propriedade for total.

É relativamente pacífico na doutrina e na jurisprudência que com a sentença de usucapião não permanecem os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração¹⁶.

O problema de trasladar isso para a usucapião extrajudicial é justamente criar uma falsa aparência de segurança, uma vez que, por ser o processo administrativo, não há coisa julgada material.

A devolução de títulos pode gerar não só graves prejuízos no caso de indeferimento da usucapião, como também dificulta a livre circulação de bens.

Uma solução para o caso em tela seria permitir a prenotação dos títulos posteriores, mas aguardar o resultado da usucapião para qualificar esses títulos. Dessa forma se protegeria tanto a usucapião como o título posterior, e a devolução do título noticiaria a decisão do registrador para que os interessados tomem as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis.

4. CONCLUSÃO

Conforme já dissemos, não buscamos aqui solucionar a questão, mas apresentar os pontos controvertidos sobre a matéria.

14. Rec. Adm. 1093002-08.2017.8.26.0100, CGJSP, rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 13.03.2018. Disponível em: [www.kollemata.com.br/adjudicacao-penhora-cancelamento-indireto.html]. Acesso em: 18.09.2018.

15. ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 235.

16. REsp 1545457/SC, STJ, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 27.02.2018, disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=usucapi%E3o+e+penhora&tb=ACOR&tp=true&tt=JURIDICO&tl=10&ti=1]. Acesso em: 18.09.2018 e AC 5007090-87.2013.4.04.7204/SC, TRF-4ª Reg., rel. Marga Inge Barth Tessler, j. 31.07.2018. Disponível em: [www.kollemata.com.br/uploads/-2018/08/27/trf4-ac-no-5007090-87-2013-4-04-7204-sc.pdf]. Acesso em: 18.09.2018.

O mais importante é estabelecer que tanto o registro da citação da ação de usucapião e a prenotação da usucapião extrajudicial tenham eficácia prenotante e, portanto, geram efeitos semelhantes.

Não é razoável estabelecer a devolução de títulos por força da prenotação da usucapião extrajudicial assim como não o seria em face de registro da citação da ação de usucapião.

Restam, assim, duas posições: a primeira, de se franquear a entrada dos títulos posteriores apenas no livro protocolo deixando sua qualificação para momento posterior, quando resolvida a usucapião; ou registrar todos os títulos posteriores que ali restariam consignados, só podendo cancelar com determinação judicial ou acordo entre as partes, mas nunca de ofício.

Os dois posicionamentos não são livres de críticas. No primeiro caso, a suspensão da matrícula gera entraves econômicos, dificulta a circulação de bens.

De outro lado, o registro dos títulos posteriores gera problemas na leitura da matrícula e dificulta a determinação com segurança do proprietário, vez que os mesmos não podem ser cancelados de ofício pelo registrador, o que determinará maior cuidado na análise da matrícula.

O mais importante é buscar sempre aquilo que for mais seguro para os interessados e detentores do direito, servindo o registrador imobiliário como verdadeiro guardião dos direitos reais, não só resguardando aqueles já inscritos, como franqueando a entrada daqueles que legalmente pedem passagem.

BIBLIOGRAFIA

- BRANDELLI, Leonardo. *Registro de imóveis: eficácia material*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (princípios)*. Descalvado: PrimVs, 2017. t. I.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.
- LIMA, Viegas de. *Lei de Registros Públicos comentada*. ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria geral do registro de imóveis: estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016.
- ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 68, p. 9-61, jan.-jun. 2010.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Curitiba: Juruá, 2017. v. I.

PEDRO HENRIQUE MARTINS BRAGATTO

Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da Sede da Comarca de Ribeirão Bonito/SP. Pós-Graduado em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito – EPD. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Ex-Escrevente do 15º Tabelião de Notas da Cidade de São Paulo/SP. bragatto@icloud.com

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, para autorizar a penhora dos imóveis de matrículas nºs 18.599 e 18.600 do Registro de Imóveis de Colombo/PR, vedada a prática de quaisquer atos de alienação antes do trânsito em julgado da ação de usucapião nº 0000414-92.2014.8.16.0193, em trâmite junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Colombo/PR, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de agosto de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de penhora de imóveis que são objeto de discussão em ação de usucapião, nos seguintes termos:

1. Evento 111. A questão já foi tratada nos autos da execução fiscal nº 5051790-76.2016.404.7000.

Os imóveis de matrículas 18.599 e 18.600 do Registro de Imóveis de Colombo/PR são objeto de discussão em ação de usucapião.

Trata-se de questão prejudicial externa que retira a utilidade da penhora ao processo.

Deve-se aguardar o desfecho da discussão judicial sobre os bens. Se julgado improcedente o pedido, pode o exequente, a qualquer tempo, renovar o pedido de penhora.

Posto isso, indefiro o pedido do evento 111.

2. Intime-se a parte exequente para, no prazo de 30 (trinta) dias manifestar-se sobre o prosseguimento do feito, ciente de que decorrido o prazo e nada sendo requerido, havendo somente requerimento de novo prazo, vista ou reiteração de pedido já analisado, independentemente de nova intimação, o andamento da execução será suspenso, nos termos do artigo 40, da Lei nº 6.830/80, considerando que não foi(ram) encontrado(s) o(s) devedor(es) e/ou bem(ns), ficando intimada desde já a peticionar nos autos requerendo a retomada do feito, a qualquer tempo, independentemente de nova intimação, respeitada a prescrição.

Em suas razões, a ANTT alega que a penhora requerida é a única forma, ainda que potencial, do exequente obter a satisfação de seu crédito e imprimir eficácia e utilidade ao processo executivo. Aduz que a formalização da penhora, além de preservar o direito da autarquia, ainda que potencial, não prejudicará os usucapiantes, pois a constrição não persistirá no caso deles obterem êxito. Requer a antecipação da tutela recursal, a fim de que seja deferida a penhora dos imóveis de matrículas nºs 18.599 e 18.600, ambos do Registro de Imóveis de Colombo/PR.

Foi deferida em parte a antecipação da tutela recursal.

Sem contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Quando da análise do pedido de antecipação da tutela recursal, foi proferida a seguinte decisão:

A irresignação deve ser acolhida em parte.

Com efeito, a existência de ação de usucapião discutindo a propriedade dos imóveis indicados pela agravante não impede a sua penhora em execução fiscal, na medida em que esta visa resguardar o direito potencial da parte exequente sobre esses bens, o qual pode ser preterido na eventualidade de deferimento da constringimento em favor de outros credores, em outras demandas.

Nada obstante, como forma de garantir a reversibilidade da medida caso seja julgada procedente a pretensão dos usucapiantes, é prudente que, uma vez formalizada a penhora, a alienação desses bens permaneça suspensa até o trânsito em julgado de decisão final nos autos da referida ação, quando restará então definida a titularidade dos imóveis e a viabilidade, ou não, de prosseguimento dos atos expropriatórios.

*Em face do exposto, **deíro, em parte, a antecipação da tutela recursal**, para autorizar a penhora dos imóveis de matrículas nºs 18.599 e 18.600 do Registro de Imóveis de Colombo/PR, vedada a prática de quaisquer atos de alienação antes do trânsito em julgado da ação de usucapião nº 0000414-92.2014.8.16.0193, em trâmite junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Colombo/PR.*

Não configurados elementos hábeis para alterar o entendimento inicial, mantenho-o, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto por **dar parcial provimento ao agravo de instrumento**, para autorizar a penhora dos imóveis de matrículas nºs 18.599 e 18.600 do Registro de Imóveis de Colombo/PR, vedada a prática de quaisquer atos de alienação antes do trânsito em julgado da ação de usucapião nº 0000414-92.2014.8.16.0193, em trâmite junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Colombo/PR.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – *Recurso Especial 1.361.226/MG* – 3ª T. – j. 05.06.2018 – v.u. – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – *DJe* 09.08.2018 – Áreas do Direito: Processual; Civil.

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Bem imóvel – Prazo previsto em lei que é completado no curso da demanda – Admissibilidade – Transcurso do lapso temporal legal e presença dos demais requisitos que permitem a aquisição da propriedade.

Jurisprudência no mesmo sentido

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2018\279833 e JRP\2018\245290.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2017\272133.

Veja também Doutrina

- O usucapião na atual Constituição, de Artur Marques da Silva Filho – *RT* 989/465-483 (DTR\2018\10328).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.226 - MG (2013/0001207-2)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : GILMAR DE ANDRADE E CÔNJUGE
ADVOGADOS : ALEXANDRE MESQUITA MUSA E OUTRO(S) - MG116646
WALMIR TADEU DE SOUZA - MG103724
RECORRIDO : IMOBILIÁRIA PIRRI LTDA
ADVOGADOS : JOSÉ ALBERTO FERRAZ MEDRADO - MG048104
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ASSISTENTE : KENJI KANO
ADVOGADO : JULIO CESAR GIRUNDI DIAMANTINO - MG118115

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO. IMPLEMENTAÇÃO. CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC/1973. CONTESTAÇÃO. INTERRUÇÃO DA POSSE. INEXISTÊNCIA. ASSISTENTE SIMPLES. ART. 50 DO CPC/1973.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda.
3. A decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido. Precedentes.
4. O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493 do CPC/2015).
5. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.
6. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si. Precedentes.
7. Na hipótese, havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença e sendo reconhecido pelo tribunal de origem que estão presentes todos os demais requisitos da usucapião, deve ser julgado procedente o pedido autoral.
8. O assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, não podendo requerer a produção de provas e a reabertura da fase instrutória nesta via recursal (art. 50 do CPC/1973). Precedente.
9. Recurso especial provido.

COMENTÁRIO

USUCAPIÃO: IMPLEMENTO DOS REQUISITOS E IMPUGNAÇÕES NO CURSO DO PROCESSO

BREVE INTRODUÇÃO

Trata-se de Recurso Especial julgado procedente, em que a parte recorrente buscou o reconhecimento de usucapião cujo tempo de posse necessário implementou-se no curso do processo.

Alegou a parte ser irrazoável a hipótese de ajuizar nova ação para ver reconhecido um direito cuja declaração poderia ser realizada nos próprios autos, sustentando que a consumação do requisito temporal é fato superveniente que deve ser levado em conta pelo magistrado ao prolatar sua decisão (art. 493¹ do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, antigo art. 462 do Código de 1973).

1. Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Consta do referido acórdão que o "legislador consagrou o princípio de que a decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido". Assim, decidiu-se pela possibilidade de se completar o prazo necessário no curso da demanda.

Outro ponto analisado no acórdão diz respeito à contestação do réu. Consignou-se que essa não impunha oposição à posse do usucapiente, mas tão somente à aquisição pela usucapião.

Ainda, no caso concreto, tal contestação não teria o condão de interromper a prescrição aquisitiva do autor. Isso porque o réu "não compareceu pessoalmente aos autos para opôr [sic] resistência ao pedido de usucapião do imóvel, tendo havido a citação por edital e a consequente nomeação de curador especial?".

TRANSPOSIÇÃO DO RACIOCÍNIO AO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL

Com base no raciocínio adotado no acórdão objeto destes comentários, e transportando-o ao procedimento de reconhecimento de usucapião perante o Registro de Imóveis, indaga-se: é possível deferir o registro de uma usucapião quando o usucapiente atender ao requisito temporal da posse durante o procedimento extrajudicial? As impugnações, em sede administrativa, teriam o condão de macular a posse *ad usucapionem*, interromper a prescrição aquisitiva e obstar a declaração da usucapião pelo Registrador?

PERFAZIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL E ECONOMIA PROCESSUAL

O Registrador de Imóveis, via de regra, recepciona títulos previamente elaborados por um terceiro (Notário, Administração Pública, Poder Judiciário ou um particular), os quais serão qualificados e inscritos, se o caso. Excepcionam-se a retificação de área³ (inciso II do art. 213 da LRP⁴) e a usucapião administrativa, pois nessas cabe ao Registrador formar o título que ele próprio inscreverá.

Há um processo administrativo, e nele serão verificados os requisitos legais, realizados atos intimatórios ou de produção de provas, resultando pela possibilidade, ou não, de se praticar o ato registral

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

2. Sabe-se que o parágrafo único do art. 341 faculta ao curador especial valer-se da negativa geral.
3. Tal raciocínio é exposto por Luciano Lopes Passarelli (*As retificações no registro de imóveis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 145), para quem "o procedimento de 'retificação administrativa' visa constituir um título que vai ingressar no álbum imobiliário depois de um procedimento presidido pelo próprio Registrador que estará, assim, participando da formação do título".
4. Lei 6.015/1973. Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação: [...] II – a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, bem assim pelos confrontantes. [...].

almejado pela parte requerente. A esse aplicam-se as normas de processo civil quando a legislação específica for omissa⁵. Assim, irradiam no procedimento extrajudicial de usucapião os princípios da duração razoável do processo⁶⁻⁷ e eficiência⁸⁻⁹, bem como o disposto no art. 493 do CPC/2015.

Acertado, portanto, o entendimento de Leonardo Brandelli¹⁰, de que:

[...] nada obsta que o prazo [da usucapião] se complete no curso do processo, judicial ou administrativo, ressalvada a hipótese de má-fé processual do autor, conforme ficou assentado no enunciado 497 da *V Jornada de Direito Civil*¹¹, e que nos parece correto.

Firmada tal possibilidade, questiona-se: A prenotação de novos títulos, posteriormente à do requerimento do procedimento extrajudicial de usucapião, impacta de algum modo a declaração da prescrição aquisitiva em favor do requerente que completar o tempo de posse no curso do processo?

Cumpra tecer algumas considerações acerca do princípio da prioridade registral.

PRIORIDADE REGISTRAL

Os títulos apresentados ao Registro Imobiliário, em regra¹², são lançados no "Livro n. 1 – Protocolo", ao que se atribui o nome de "prenotação". Desse lançamento decorre a prioridade do título, de

5. CPC/2015. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.
6. Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."
7. CPC/2015. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.
8. "A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece nos textos da Constituição e do CPC, mas, sobretudo, por ser uma técnica retórica de reforço da relação entre esse princípio e a atuação do juiz como um administrador (CUNHA, 2014b, p. 69-74) – ainda que administrador de um *determinado* processo." (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, comentários ao art. 8º).
9. CPC/2015. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a *eficiência*. (Destaque nosso).
10. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: de acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39.
11. Enunciado 497 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor.
12. Não são lançados no Livro 1 os títulos apresentados apenas para "exame e cálculo" (parágrafo único do art. 12 da Lei 6.015/1973).

acordo com o número de ordem a ele atribuído, o qual "assegurará a inscrição, contanto que o resultado final do exame da legalidade lhe seja favorável"¹³.

Essa prioridade se traduz na primazia de um ato, fato ou direito que, caso inscrito, produzirá efeitos desde seu lançamento no protocolo (prioridade material ou substancial – Código Civil, art. 1.246¹⁴ e Lei 6.015/1973, art. 186¹⁵). Além do referido efeito retroativo da inscrição, o título gozará de uma prioridade em sentido formal, ou seja, existirá "(i) a prioridade da qualificação e (ii) o impedimento de inscrever-se, no interregno do processo registral, título algum oposto ao título de posição antecedente"¹⁶.

Marcelo Augusto Santana de Melo¹⁷ explica:

Parte do princípio da prioridade do lema *prior tempore potior iurie*, respectivamente com relação à data de entrada do título no Registro de Imóveis. O título que primeiro ingressa no Registro de Imóveis tem eficácia excludente ou preferente sobre os títulos que não tenham ingressado no Registro ou tenham sido apresentados posteriormente.

Para que incida o princípio da prioridade, pressupõe-se, conforme lição de Ricardo Dip¹⁸, a existência de "títulos com (i) simultâneo processamento registral, (ii) identidade do prédio objeto, (iii) identidade do transmitente, (iv) contradição dos direitos reais a constituir e (v) identidade de fôlio real".

Desde logo nota-se que o termo "contraditórios", presente no referido art. 190 da Lei 6.015/1973¹⁹, indica que nem todos os títulos, prenotados posteriormente a outro título que tenha por objeto o mesmo imóvel, submetem-se à prioridade registral.

Basta notar que o título de hipoteca de primeiro grau, ainda que protocolado posteriormente ao de uma hipoteca de segundo grau, será registrado em primeiro lugar (art. 189 da Lei de Registros Públicos – LRP²⁰). O requerimento de retificação de área (art. 213, inciso II, da LRP) também não

-
13. 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*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 183.
 14. Código Civil, art. 1.246: O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.
 15. Lei 6.015/1973, art. 186: O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente.
 16. DIP, Ricardo. *Registros sobre registros – n. 89*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/registros-sobre-registros-89/>]. Acesso em: 15.09.2018.
 17. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria geral do registro de imóveis: estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016. p. 138.
 18. DIP, Ricardo. *Registros sobre registros – n. 98*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/registros-sobre-registros-98/>]. Acesso em: 17.09.2018.
 19. Art. 190. Não serão registrados, no mesmo dia, títulos pelos quais se constituam direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel.
 20. Art. 189. Apresentado título de segunda hipoteca, com referência expressa à existência de outra anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, aguardará durante 30 (trinta) dias que os interessados na

obsta o registro (*lato sensu*) de outros títulos (subitem 138.2, do Cap. XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²¹).

Em relação à prenotação do requerimento instaurador do procedimento administrativo de usucapião, não há previsão legal acerca de consistir, ou não, óbice ao registro de títulos protocolados enquanto o referido processo estiver em curso.

Nesse cenário, prenotado um título posteriormente apresentado, três seriam as possíveis soluções: (i) devolvê-lo, informando a impossibilidade, ao menos provisória, de registro; (ii) mantê-lo numa espécie de fila, aguardando o desfecho do procedimento extrajudicial de usucapião; ou (iii) registrá-lo.

A primeira hipótese, de simples devolução, não parece adequada. Isso porque o título devolvido, após o prazo de 30 dias da prenotação²², perderia a prioridade em relação a outros títulos eventualmente protocolados na sequência, e sequer constaria das certidões expedidas pelo Registro de Imóveis.

A segunda solução é deveras razoável. O título teria sua prenotação suspensa em virtude da prorrogação da prenotação do procedimento de usucapião. Seu registro – caso positiva a qualificação que tivesse por óbice somente o título primeiramente apresentado – seria postergado e dependeria do desfecho do procedimento extrajudicial de usucapião.

Decidindo o Registrador pela possibilidade de registrar-se a usucapião, devolver-se-ia o título posteriormente protocolado, já que contraditório; caso decidisse pela impossibilidade de declarar-se a usucapião, registrar-se-ia o título posteriormente apresentado.

Filia-se à mencionada corrente de pensamento o Registrador Leonardo Brandelli²³. Argumenta o autor que "haverá a criação e a extinção de direitos registrados, o que impactará na qualificação de eventuais títulos subsequentes que versem sobre direitos contraditórios". Assim, a análise de títulos posteriormente protocolados somente ocorrerá "após o encerramento da análise do pedido de usucapião".

Embora defensável, este entendimento tem por desvantagem não gozar da graficidade da matrícula²⁴. Isso porque das certidões do Registro de Imóveis constará a matrícula ou transcrição do imóvel,

primeira promovam a inscrição. Esgotado esse prazo, que correrá da data da prenotação, sem que seja apresentado o título anterior, o segundo será inscrito e obterá preferência sobre aquele.

21. "138.2. O protocolo do requerimento de retificação de registro formulado com fundamento no artigo 213, inciso II, da Lei 6.015/73 não gera prioridade nem impede a qualificação e o registro, ou averbação, dos demais títulos não excludentes ou contraditórios, nos casos em que da precedência destes últimos decorra prioridade de direitos para o apresentante."
22. O prazo de eficácia da prenotação é, usualmente, de 30 dias, dentro dos quais deverá ser registrado o título, ou devolvido com exigências a serem atendidas pelo interessado antes de findo o aludido prazo. Nos procedimentos, entretanto, prorrogar-se-á "o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido" (§ 1º do art. 216-A da Lei 6.015/1973).
23. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.
24. "Um dos objetivos da transformação da técnica de transcrição para a técnica do fôlio real foi, exatamente, propiciar uma visualização mais gráfica das informações relativas ao imóvel – sobretudo no que diz respeito às descrições. Essa 'graficidade' estará muito melhor em uma descrição unitária do que numa descrição parcelada em que se efetua uma averbação para

toda a documentação relativa ao pedido administrativo de usucapião, além de todo e qualquer título com prenotação suspensa.

A terceira e última alternativa é a de registrar os títulos posteriormente protocolados. Com todo o respeito, esta parece ser a corrente mais razoável.

Dentre as vantagens desta opção, está o fato de existir uma graficidade da matrícula, de modo que o requerente de uma certidão relativa ao imóvel usucapiendo teria maior facilidade em visualizar os direitos incidentes sobre o bem, já constantes do Livro n. 2 - Registro Geral (também conhecido por "matrícula"), além de tomar conhecimento acerca da usucapião em curso perante o Registro de Imóveis.

O registro de títulos sequencialmente lançados no protocolo, ainda que pendente o procedimento extrajudicial de usucapião, não esbarra na prioridade registral e é juridicamente possível, caso atendidos os requisitos legais à inscrição²⁵.

Nem mesmo a notícia na matrícula acerca do processamento de ação judicial de usucapião, nos termos do n. "21" do inciso I do art. 167 da LRP²⁶, tem o condão de impedir o ingresso e registro de quaisquer títulos na matrícula do imóvel.

Em ambos os casos (judicial ou administrativamente), o pedido poderá ser indeferido, não sendo razoável barrar o tráfico imobiliário. Entender diversamente poderia acarretar prejuízos à sociedade.

Um devedor, por exemplo, ao notar que um imóvel de sua propriedade será alienado judicialmente, poderá fraudar um procedimento de usucapião administrativa, bastando que solicite a um conhecido (o famoso "laranja") que formule um pedido ao Registrador de Imóveis, impedindo que o bem seja alienado, e conseqüentemente, que o credor tenha satisfeita sua dívida, por um período indeterminado.

É possível a flexibilização da ordem sequencial de lançamentos no protocolo²⁷⁻²⁸, não restando impedidos o registro ou a averbação de outros títulos, embora prenotado um pedido de declaração extrajudicial de usucapião.

dizer que se alterou o nome da rua, outra averbação para dizer que se modificou o número, dependendo gasto de tempo para a remontagem da descrição inicial." (*Normas da CGJ-SP em discussão: Princípio da graficidade e o inventário da matrícula. Itens 65 - 72*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/normas-da-cgj-sp-em-discussao-principio-da-graficidade-e-o-inventario-da-matricula-itens-65-72/>]. Acesso em: 24.09.2018).

25. Vide os apontamentos realizados por Ricardo Dip no artigo "Três notas sobre a usucapião extrajudicial" (*Direito registral e o novo Código de Processo Civil*. DIP, Ricardo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 142-144).
26. Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: [...] 21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis; [...].
27. Acerca da prioridade registral, leciona Ricardo Dip "que, *no plano formal*, a garantia própria do *status* posicional emanado do protocolo tabular é o da prioridade de qualificação, não o de prioridade quanto a efetivar-se, lançar-se a inscrição; ou seja, nada impede que um título, prenotado posteriormente a outro, seja inscrito com antecedência, desde que não lhe ofenda a prioridade substantiva." (*Registros sobre registros - n. 98*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/registros-sobre-registros-98/>]. Acesso em: 17.09.2018).
28. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho, ao tratar da prioridade sustentou que "o critério cronológico não deve ser considerado em termos absolutos. Em alguns casos, deve ser registrado

Francisco José Barbosa Nobre²⁹ faz a seguinte ressalva:

Por cautela, entendemos que, se na pendência do procedimento de usucapião for apresentado no protocolo título translativo da propriedade tabular, deverá o registrador, sem embargo da ausência de prioridade, providenciar a notificação do adquirente para se manifestar, abrindo-se-lhe prazo para impugnação do pedido.

Parece correto o procedimento de, após o registro ou averbação, notificar-se o interessado (por exemplo, o adquirente do bem ou o juízo que expediu o mandado de penhora ou de indisponibilidade).

Uma hipótese em que de fato parece haver contrariedade capaz de impedir o registro de títulos protocolados subsequentemente, é a de existirem requerimentos distintos de usucapião sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas.

Solucionando a questão, o Provimento 65/2017 do Conselho Nacional da Justiça – CNJ, é expresso no sentido de que:

[n]a hipótese de já existir procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião acerca do mesmo imóvel, a prenotação do procedimento permanecerá sobrestada até o acolhimento ou rejeição do procedimento anterior (§ 9º do art. 4º).

Mesmo ciente da redação normativa, Francisco José Barbosa Nobre³⁰ sustenta:

A existência de dois pedidos de usucapião sobre o mesmo imóvel revela uma litigiosidade incompatível com o procedimento extrajudicial. Melhor será receber o segundo pedido como impugnação ao pedido anterior, remetendo-se ambos os autos a juízo para prosseguimento, um na qualidade de feito principal e outro, distribuído por dependência, em caráter de oposição.

Conclui-se, portanto, ser possível o registro de títulos posteriormente protocolados, ainda que esteja em curso um procedimento extrajudicial de usucapião.

um título que tenha ingressado no protocolo depois de outro". Continua exemplificando com o "caso de uma compra e venda definitiva, não levada, por descuido, ao registro, e que o seu outorgante vem a falecer. Os herdeiros, ignorando a venda, levam o bem ao inventário e recebem o formal de partilha. Parece mais razoável que se registre a compra e venda, mesmo tendo sido protocolada depois" (SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 69-70).

29. NOBRE, Francisco José Barbosa. *Manual da usucapião extrajudicial: de acordo com a Lei n. 13.465/2017, incluindo comentários ao Provimento n. 65/2017 do CNJ*. 1. ed. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018. p. 190.
30. NOBRE, Francisco José Barbosa. *Manual da usucapião extrajudicial: de acordo com a Lei n. 13.465/2017, incluindo comentários ao Provimento n. 65/2017 do CNJ*. 1. ed. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018. p. 179.

EFEITOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E TÍTULOS REGISTRADOS DURANTE O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO

Embora a doutrina majoritária seja enfática quanto à eficácia declaratória da sentença de usucapião (entendimento que se aplica, também, à decisão do Registrador de Imóveis em procedimento administrativo), não há uniformidade em relação ao momento ao qual retroagem os efeitos da declaração da prescrição aquisitiva.

De um lado, há autores sustentando a retroação ao momento em que o usucapiente preencheu os requisitos necessários à usucapião. Nesse sentido, Benedito Silvério Ribeiro³¹, Leonardo Brandelli³² e Sandro Gilbert Martins³³.

Em contrapartida, existem autores que entendem retroagir ao momento em que iniciada a posse com a intenção de adquirir a propriedade ou outro direito real. Assim se posicionam Éder Maurício Pezzi López³⁴, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho³⁵, José Carlos de Moraes Salles³⁶ e Orlando Gomes³⁷. Essa é a solução constante do Código Civil de Portugal, em seus artigos 1.288³⁸ e 1.317³⁹.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ aderiu à primeira tese, no Recurso Especial – REsp 118.360/SP⁴⁰. A segunda corrente foi adotada pela 3ª Turma do STJ, no AgRg no Ag 1.319.516⁴¹ e pela 4ª Turma, nos Recursos Especiais 716.753/RS⁴² e 941.464/SC⁴³.

31. RIBEIRO, Benedito Silvério. A sentença de usucapião e o registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*, São Paulo, n. 33, jan.-jun. 1994. p. 94.
32. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.
33. MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil: anotado*. MARTINS, Sandro Gilbert; DOTTI, Rogéria Fagundes (Coord.). Curitiba: OABPR, 2013. Disponível em: [www.oabes.org.br/noticias/556405/]. Acesso em: 09.04.2015, comentários ao art. 945, p. 1713.
34. LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi. Implicações e aspectos registraes da usucapião de imóvel hipotecado à luz do novo Código Civil. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 380.
35. SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 72-73.
36. SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 250.
37. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 189.
38. Artigo 1288.º (Retroactividade da usucapião) Invocada a usucapião, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse.
39. Artigo 1317.º (Momento da aquisição) O momento da aquisição do direito de propriedade é: [...] c) No caso de usucapião, o do início da posse; [...].
40. "Civil e processual civil. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Ação reivindicatória. Título de propriedade. Sentença de usucapião. Natureza jurídica (declaratória). Forma de aquisição originária. Finalidade do registro no cartório de imóveis. Publicidade e direito de dispor do usucapiente. Recurso desprovido. [...]"

Ainda que a adoção de qualquer uma das correntes possa gerar certa controvérsia acerca da prevalência, ou não, de direitos reais e outros ônus incidentes sobre o imóvel usucapiendo, ao menos no âmbito extrajudicial a solução será mais simples, já que a declaração da usucapião pelo Registrador

3. A sentença proferida no processo de usucapião (art. 941 do CPC) possui natureza meramente declaratória (e não constitutiva), pois apenas reconhece, com oponibilidade *erga omnes*, um direito já existente com a posse *ad usucapionem*, exalando, por isso mesmo, efeitos *ex tunc*. O efeito retroativo da sentença se dá desde a consumação da prescrição aquisitiva. [...]" (REsp 118.360/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª T., j. 16.12.2010, *DJe* 02.02.2011).
41. "Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de usucapião modo originário de aquisição de propriedade. Extinção da hipoteca sobre o bem usucapido. Súmula 83 desta Corte. Reexame do quadro probatório. Súmula 7 DO STJ. Divergência não demonstrada. Decisão agravada mantida. Improvimento.
I – Consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concebida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória, não havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos pelo anterior proprietário. [...]" (AgRg no Ag 1319516/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 28.09.2010, *DJe* 13.10.2010).
42. "Direito civil. Usucapião. Sentença declaratória. Efeito *ex tunc*. Ônus real. Hipoteca constituída no curso da posse *ad usucapionem*. Não-prevalecimento do gravame contra o usucapiente.
1. Consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concebida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória, não havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos, a partir de então, pelo anterior proprietário.
2. Recurso especial não-conhecido." (REsp 716.753/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., j. 15.12.2009, *DJe* 12.04.2010).
43. "Direito das coisas. Recurso especial. Usucapião. Imóvel objeto de promessa de compra e venda. Instrumento que atende ao requisito de justo título e induz a boa-fé do adquirente. Execuções hipotecárias ajuizadas pelo credor em face do antigo proprietário. Inexistência de resistência à posse do autor usucapiente. Hipoteca constituída pelo vendedor em garantia do financiamento da obra. Não prevalência diante da aquisição originária da propriedade. Incidência, ademais, da Súmula n. 308. [...]
4. A declaração de usucapião é forma de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais, modo que se opõe à aquisição derivada, a qual se opera mediante a sucessão da propriedade, seja de forma singular, seja de forma universal. Vale dizer que, na usucapião, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas, em boa verdade, contra ele. A propriedade é absolutamente nova e não nasce da antiga. É adquirida a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse *ad usucapionem* pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário.
5. Os direitos reais de garantia não subsistem se desaparecer o 'direito principal' que lhe dá suporte, como no caso de perecimento da propriedade por qualquer motivo. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, extingue-se e dá lugar a uma outra, ab novo, que não decorre da antiga, porquanto não há transferência de direitos, mas aquisição originária. *Se a própria propriedade anterior se extingue, dando lugar a uma nova, originária, tudo o que gravava a antiga propriedade – e lhe era acessório – também se extinguirá.*

de Imóveis se pautará no pedido do usucapiente, desde que atendidos os requisitos para a modalidade de prescrição aquisitiva alegada.

Ausentes impugnações, poderá o requerente ver os direitos e ônus reais extintos, adquirindo a propriedade ou direito real exatamente como espelhado por sua posse⁴⁴ e alegado no pedido declaratório.

Se faz necessário ressaltar, no âmbito administrativo, as restrições administrativas⁴⁵ e os gravames judiciais⁴⁶ regularmente inscritos. Estes não se extinguirão com a declaração da usucapião, salvo se houver *expressa* anuência pelos entes públicos, credores ou autoridades judiciais⁴⁷.

Voltando ao cerne inicial, questiona-se: O que ocorrerá com os títulos registrados durante o procedimento extrajudicial de usucapião, caso procedente o pedido do usucapiente? Quanto à usucapião cujo requisito temporal foi implementado durante o procedimento, será idêntica a solução?

Inexistindo impugnações dos titulares dos direitos decorrentes de eventuais títulos registrados no curso do processo administrativo, a usucapião será registrada, acarretando a extinção destes direitos, uma vez que a prenotação do requerimento instaurador do procedimento extrajudicial é suficiente para tornar oponível o direito do usucapiente⁴⁸.

6. Assim, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real hipotecário constituído pelo antigo proprietário, antes ou depois do início da posse *ad usucapionem*, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos *ex tunc*, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade. [...]” (REsp 941.464/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 24.04.2012, DJe 29.06.2012).

44. A posse *ad usucapionem* pode (e às vezes deve) conviver com ônus e direitos reais (servidões, tombamento, limitações administrativas etc.), os quais poderão continuar a incidir sobre o imóvel, mesmo depois de declarada a usucapião, judicial ou extrajudicialmente.
45. São modalidades de intervenção restritiva na propriedade a servidão, o tombamento, a ocupação provisória, a requisição e a limitação administrativa.
46. Indisponibilidades, penhoras, arrestos, sequestros etc.
47. Essa é a redação do Provimento 65/2017, do CNJ: “Art. 21. O reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóvel matriculado não extinguirá eventuais restrições administrativas nem gravames judiciais regularmente inscritos.
§ 1º A parte requerente deverá formular pedido de cancelamento dos gravames e restrições diretamente à autoridade que emitiu a ordem.
§ 2º Os entes públicos ou credores podem anuir expressamente à extinção dos gravames no procedimento da usucapião.”
48. Há, nesse caso, uma inscrição no “Livro n. 1 – Protocolo”, cujo efeito é de “mera notícia”. Trata-se de um registro, conforme lição de Ricardo Dip “que não tem eficácia alguma sobre o fato inscrito e da qual inscrição emana, quando muito, oponibilidade mínima do *status* publicado, sem outros consequentes que os de (i) afastar a presunção de boa fé de terceiros quanto aos fatos inscritos e à situação jurídica derivada da inscrição e (ii) permitir, em dados casos, a produção da eficácia prenotante”. A situação se assemelha à do registro de citação em ação real ou pessoa reipersecutória, em “que o efeito dos fatos inscritos *posteriormente* se condicione ao resultado advindo do processo em que se cumpriu a citação inscrita, sempre que, com o status derivado da solução do processo, haja incompatibilidade jurídica ou factual da inscrição póstera (assim,

A resposta é a mesma quando o prazo necessário à usucapião for alcançado no curso do processo registral. A despeito da controvérsia supramencionada quanto ao momento de retroação dos efeitos da declaração da prescrição aquisitiva (início da posse ou implementação dos requisitos da usucapião), inexistindo impugnação ao pedido do usucapiente, poderão ser afastados os direitos de terceiros.

Novamente, cabe ressaltar as restrições administrativas e as constringências judiciais, ainda que posteriores à prenotação do pedido de usucapião, vez que continuarão gravando o imóvel. Isso decorre de uma interpretação literal do art. 21 do Provimento 65/2017 do CNJ.

IMPUGNAÇÕES

Por fim, no caso concreto, o acórdão ora comentado afastou a contestação do réu. Decidiu-se que tal ato não teria o condão de interromper a prescrição aquisitiva do autor. Pautou-se no fato de o réu não ter comparecido pessoalmente ao processo "tendo havido a citação por edital e a consequente nomeação de curador especial", sendo que esse último apresentou a contestação.

No procedimento extrajudicial o cenário é, nesse ponto, diverso do processo judicial.

A Lei de Registros Públicos não prevê a nomeação de curador especial. A aplicação do inciso II do art. 72 do CPC/2015⁴⁹ até poderia ser cogitada, por força do disposto no art. 15⁵⁰ do mesmo diploma legal. Não parece ser essa a melhor saída para um procedimento com nitido intento de desjudicialização, em que a figura do curador especial provavelmente conduziria ao retorno dos casos ao âmbito judicial.

Caso fosse nomeado um curador, este poderia impugnar o procedimento mediante uma "negativa genérica". O Registrador, diante da literalidade da redação do § 10 do art. 216-A da Lei de Registros Públicos⁵¹, teria que encaminhar o procedimento ao Juiz de Direito competente, frustrando os objetivos da lei.

Note-se que a possibilidade de realizar citação por edital foi inserida pela Lei 13.465/2017, que alterou o art. 216-A da Lei 6.015/1973. Além de tal inovação, passou a norma a prever que o silêncio dos titulares de direitos sobre os imóveis usucapiendo e confinantes será interpretado como concordância com o procedimento extrajudicial.

uma sentença transitada em julgado em determinado processo judicial de usucapião é título bastante para expurgar, sem nova demanda, os efeitos de inscrições posteriores ao do registro da citação nesse processo" (*Registros sobre registros – n. 13*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/registros-sobre-registros-13/>]. Acesso em: 25.09.2018).

49. CPC/2015: Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao: [...] II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. [...]
50. CPC/2015: Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.
51. § 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

Outro ponto versado no julgado objeto destes comentários diz respeito à interrupção da prescrição. O STJ considerou que a contestação efetuada pelo curador não teria o condão de interromper o curso do prazo prescricional, sob o fundamento de que não houve impugnação à posse, mas à usucapião em si. Assim, restou declarada a prescrição aquisitiva em favor da parte autora.

Em um procedimento administrativo de usucapião, essa discussão não seria cabível, eis que a impugnação obriga o Registrador a remeter o pedido à via judicial. Além disso, o ato impugnativo não está enquadrado nas hipóteses interruptivas da prescrição, previstas no art. 202 do Código Civil.

Há posicionamento doutrinário no sentido de que providências extrajudiciais (no que se enquadra a impugnação ao procedimento administrativo) teriam o condão de afetar a mansidão e pacificidade da posse, configurando oposição. Nessa linha de entendimento, Leonardo Brandelli⁵², Luciano de Camargo Penteado⁵³, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁴.

Entretanto, somente a citação válida, em processo movido por aquele que deseja se opor à posse do usucapiente, tem o condão de tornar litigioso o bem possuído e, portanto, potencialmente evitar a prescrição aquisitiva⁵⁵⁻⁵⁶. O mesmo efeito teria uma contestação fundamentada, na própria ação de usucapião. Qualquer oposição extrajudicial serviria apenas como elemento probatório a ser considerado pelo juiz.

CONCLUSÃO

Com base no acima exposto, conclui-se inexistir óbice ao implemento do requisito temporal da usucapião no curso do procedimento administrativo perante o Registro de Imóveis.

Além disso, a prenotação do processo extrajudicial não impede o registro de outros títulos que tenham por objeto o imóvel usucapiendo, assim como não o impediria o registro de citação em ação judicial de usucapião.

A inscrição no "Livro n. 1 – Protocolo" torna cognoscível o procedimento, de modo que, uma vez declarada a usucapião pelo Registrador, os direitos registrados no período que medeia a prenotação e o registro da prescrição aquisitiva não poderão ser opostos ao usucapiente. Ficam, assim, sujeitos ao resultado da qualificação do requerimento declaratório da usucapião.

52. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: de acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36.

53. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 329.

54. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III, comentários ao art. 1.238, p. 522.

55. CPC/2015: Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). [...]

56. "A pacificidade da posse cessa apenas no instante em que há *oposição judicial* por parte de quem pretende retomá-la, condicionada a interrupção da usucapião ao reconhecimento da procedência da sentença transitada em julgado na ação possessória ou petitoria na qual o usucapiente figura como réu." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 413).

Ressalva-se o fato de que eventuais impugnações ofertadas pelos titulares de direitos advindos dos referidos títulos terão o condão de obstar a declaração extrajudicial, encaminhando-se o usucapiente à via judicial.

Há controvérsia acerca do momento ao qual retroagem os efeitos da declaração de usucapião, se ao início dos atos possessórios ou ao implemento dos requisitos legais necessários à prescrição aquisitiva. De todo modo, inexistindo impugnações ao pedido de usucapião, poderá o usucapiente ver declarada a prescrição aquisitiva em seu favor, livre dos direitos e ônus incompatíveis com sua posse, ainda que implementado o prazo da usucapião durante o procedimento administrativo.

Existe incompatibilidade entre o processo extrajudicial e a nomeação de curador especial, uma vez que o intuito da lei é desjudicializar.

Por fim, a despeito de certa controvérsia, a impugnação ofertada no procedimento de usucapião não tem o condão de interromper a prescrição aquisitiva, nem de afetar a mansidão e pacificidade da posse *ad usucapionem*. Para se opor à posse, impedindo a usucapião ou o curso da prescrição, seria necessário que o interessado se valesse de um processo judicial e que lograsse êxito em sua demanda.

BIBLIOGRAFIA

- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: de acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- 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*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Código Civil de Portugal. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=]. Acesso em: 25.09.2018.
- DIP, Ricardo. *Registros sobre registros – n. 89*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/registros-sobre-registros-89/>]. Acesso em: 15.09.2018.
- DIP, Ricardo. *Registros sobre registros – n. 98*. Disponível em: [<http://iregistradores.org.br/registros-sobre-registros-98/>]. Acesso em: 17.09.2018.
- DIP, Ricardo (Coord.). *Três notas sobre a usucapião extrajudicial. Direito registral e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi. Implicações e aspectos registrares da usucapião de imóvel hipotecado à luz do novo Código Civil. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). *Novo direito imobiliário e registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil: anotado*. MARTINS, Sandro Gilbert; DOTI, Rogéria Fagundes (Coord.). Curitiba: OABPR, 2013. Disponível em: [www.oabes.org.br/noticias/556405/]. Acesso em: 09.04.2015.
- MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *Usucapião extrajudicial*. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2016.

- MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Teoria geral do registro de imóveis: estrutura e função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016.
- NOBRE, Francisco José Barbosa. *Manual da usucapião extrajudicial: de acordo com a Lei n. 13.465/2017, incluindo comentários ao Provimento n. 65/2017 do CNJ*. 1. ed. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. *As retificações no registro de imóveis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. A sentença de usucapião e o registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário – RDI*, São Paulo, n. 33, jan.-jun. 1994.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Curitiba: Juruá, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III.

RODRIGO PACHECO FERNANDES

Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da Sede da Comarca de São Bento do Sapucaí/SP. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura – EPM; em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio; e em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito – EPD. Aluno especial do curso de mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP em 2014. Foi Interventor no Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do Município de Santo Antonio do Pinhal/SP. Ex-Preposto do 15º Oficial de Registro de Imóveis da Cidade de São Paulo/SP.
pachecofernandes0001@hotmail.com

Data de recebimento: 25.09.2018

Data de aprovação: 02.10.2018

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de junho de 2018(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por GILMAR DE ANDRADE e MIRTES LEITE DE ANDRADE, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

"APELAÇÃO - AÇÃO DE USUCAPÍÃO - CÔMPUTO DO DECURSO DO PRAZO DE 20 (VINTE) ANOS DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL - LAPSO TEMPORAL INCOMPLETO - IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A INCLUSÃO DO CÔMPUTO DO PRAZO REMANESCENTE E HAVIDO NO CURSO DA AÇÃO - AÇÃO DE PRESSUPOSTO FORMAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DE AÇÃO - POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO POSTERIOR DO PEDIDO.

A usucapião é modo de aquisição da propriedade (ou seja, não há transferência de domínio ou vinculação entre o predecessor e o usucapiente) e de outros direitos reais pela posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei.

Para que a usucapião extraordinária prevista no 'caput' do artigo 1.238 do Código Civil de 2002 possa ser reconhecida, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1º requisito: a coisa usucapível deve estar no chamado 'comércio jurídico', ou seja, pode ser negociada; 2º requisito: posse contínua, pacífica e com 'animus domini'; 3º requisito: decurso do prazo previsto em lei.

Não havendo se completado o decurso do lapso temporal para efeito de se deduzir a pretensão 'ad usucapionem', impossível considerar o cômputo do prazo havido no curso da ação para se admitir o julgamento do processo com resolução do mérito.

Em razão dessa circunstância, é de se concluir, imperativamente, da ausência de pressuposto formal a ensejar a extinção do processo por flagrante carência de ação do autor do pedido, ensejando-lhe, por corolário lógico, a renovação oportuna do pedido, preenchidos todos os requisitos próprios de sua pretensão. Recuso não provido" (fl. 240 e-STJ).

Nas razões recursais (fls. 250-259 e-STJ), os ora recorrentes alegam violação do art. 462 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e a existência de dissídio jurisprudencial quanto à interpretação do referido dispositivo legal.

Sustentam que o requisito temporal (no caso, o prazo de 20 anos) para a usucapião pode ser implementado no curso do respectivo processo judicial.

Acrescentam que, por ter natureza declaratória, não há nenhum óbice em que o prazo se verifique no curso do processo, ou seja, *"embora o lapso temporal ainda não tenha ocorrido quando do ajuizamento da ação, nada impede que seja declarada a propriedade pela usucapião acaso esse prazo tenha se completado durante o transcorrer da marcha processual"* (fl. 255 e-STJ).

Ponderam que os fatos supervenientes devem ser levados em consideração pelo magistrado no momento de proferir a sentença, cabendo, na hipótese, o reconhecimento da propriedade sobre o imóvel em litígio, pois, "*do contrário, estaria se admitindo a absurda hipótese de os recorrentes terem de instaurar nova lide para que se declare o que em verdade já foi reconhecido na origem*" (fl. 257 e-STJ), afrontando os postulados da eficiência, da instrumentalidade e da economia processual.

Com as contrarrazões (fls. 278-293 e-STJ), o Tribunal de origem admitiu o processamento do presente recurso (fl. 295 e-STJ).

Por meio da petição de fls. 303-346, KENJI KANO postularam a intervenção no feito na qualidade de assistente da ora recorrida, pedido deferido por esta relatoria na decisão de fls. 385-386 e-STJ.

ANTONIETA ESTANISLAU, alegando a condição de terceira interessada, manifesta-se nos autos às fls. 366-377 e-STJ.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, opinou pelo conhecimento e provimento do presente apelo especial (fls. 397-403 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA (Relator): A irresignação merece prosperar.

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n^{os} 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda.

1. Histórico da demanda

GILMAR DE ANDRADE e MIRTES LEITE DE ANDRADE (ora recorrentes) ajuizaram ação de usucapião contra a IMOBILIÁRIA PIRRI LTDA. (ora recorrida) postulando o reconhecimento de propriedade sobre o imóvel descrito na petição inicial com o consequente registro em cartório de imóveis (fls. 3-8 e-STJ).

Interposta apelação (fls. 214-220 e-STJ), o tribunal de origem negou provimento ao recurso nos termos do seguinte excerto:

"(...)Examinando-se os autos, tem-se que não assiste razão aos Apelantes ao se insurgirem-se contra a r. sentença.

Para que a usucapião extraordinária prevista no caput artigo 1.238, do Código Civil, de 2002, possa ser reconhecida, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

1º requisito: a coisa usucapível deve estar no chamado 'comércio jurídico', ou seja, pode ser negociada;

2º requisito: posse contínua, pacífica e com animus domini;

3º requisito: decurso do prazo previsto em lei'.

Passa-se à análise dos mencionados requisitos.

- 1º requisito: a coisa usucapível deve estar no chamado 'comércio jurídico', ou seja, pode ser negociada: encontra-se presente, pois o imóvel que os Apelantes pretendem usucapir está registrado em nome de pessoa jurídica de direito privado, não havendo nenhum impedimento para a sua negociação com terceiros, ao contrário do que se observa, por exemplo, com os bens públicos.

Além disso, os entes de direito público manifestaram-se no sentido de que não possuem interesse na presente ação.

- 2º requisito: posse contínua, pacífica e com animus domini: encontra-se presente, pois, examinando-se os autos infere-se que os Apelantes encontram-se desde fevereiro de 1990 mantendo a posse mansa, pacífica e ininterrupta da área que pretendem usucapir. Referida constatação pode ser comprovada por meio das provas testemunhais produzidas nos autos às fls. 150 e 151.

- 3º requisito: decurso do prazo previsto em lei: não se encontra presente. O Juiz primevo, quando da prolação da sentença, entendeu que, no momento da propositura da ação, bem como na data em que realizada a citação da Apelada, ainda não havia decorrido o prazo de 20 (vinte) anos necessário para a configuração da prescrição, conforme previsto no artigo 550, do Código Civil de 1916 c/c 2.028 do Código Civil, de 2002, mesmo que na data em que proferida a r. sentença, houvesse completado o mencionado prazo legal.

Como se percebe, o decurso do prazo prescricional, para efeito de se reconhecer e declarar a prescrição aquisitiva, deve estar completo à data do ajuizamento da ação de usucapião, bem como todos os demais requisitos necessários para se apresentar essa pretensão ao Poder Judiciário. (...)

Portanto, não se encontram presentes os requisitos necessários à configuração da usucapião requerida pelos Apelantes.

Desta forma, uma conclusão é imperativa: não se completando o lapso prescricional, anteriormente ao ajuizamento da ação, ou seja, até a data de propositura do pedido de reconhecimento da prescrição extintiva e aquisitiva, não se pode admitir o julgamento do mérito do pedido, sendo de todo razoável, portanto, o julgamento do pedido, sem resolução do mérito, com espeque no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil. (...)

Desta forma, deve-se substituir, portanto, a conclusão do julgamento, passando-se da improcedência do pedido inicial proferida pelo Juiz primevo para extinção do processo sem resolução do mérito. Isso, conseqüentemente, permitirá ao seu autor vir a Juízo reclamar o reconhecimento da prescrição extintiva e aquisitiva, uma vez completado o lapso temporal exigido por Lei" (fls. 243-245 e-STJ - grifou-se).

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise do recurso especial.

2. Possibilidade de implementação do prazo para usucapião no curso da demanda judicial - art. 462 do CPC/1973

Os recorrentes alegam que é possível complementar o prazo de usucapião no curso da demanda judicial, haja vista que a legislação processual civil autoriza o magistrado a examinar fatos ocorridos após a instauração da demanda.

O art. 462 do CPC/1973, norma indicada como violada, determina que, "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

À luz da referida norma processual, é dever do magistrado levar em consideração algum fato constitutivo ou extintivo do direito ocorrido após a propositura da ação, podendo fazê-lo independentemente de provocação das partes.

O legislador consagrou o princípio de que a decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido (REsp 1.147.200/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

Assim, cabe ao magistrado examinar o requisito temporal da usucapião ao proferir a sentença, permitindo que o prazo seja completado no curso do processo judicial. Evita-se, com isso, que o autor proponha nova ação para obter o direito que já poderia ter sido reconhecido se o Poder Judiciário apreciasse eventual fato constitutivo superveniente, cuja medida se encontra em harmonia com os princípios da economia processual e da razoável duração do processo.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvand têm a mesma orientação:

*"(...) Porém, se o prazo for complementado no curso da lide, entendemos que o juiz deverá sentenciar no estado em que o processo se encontra, recepcionando o fato constitutivo do direito superveniente, prestigiando a efetividade processual, a teor do art. 462 do Código de Processo Civil [de 1973]. É de se compreender que a pretensão jurisdicional deverá ser concedida de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença". (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais - 6ª edição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 287 - grifou-se)*

Essa linha de raciocínio também é confirmada pelo Enunciado nº 497 da V Jornada de Direito Civil (STJ/CJF), segundo o qual "**o prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor**" (grifou-se).

Além disso, incumbe ressaltar que a contestação apresentada pelo réu não impede o transcurso do lapso temporal. Com efeito, a mencionada peça defensiva não tem a

capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião. **Contestar, no caso, impõe mera oposição à usucapião postulada pelos autores, e não à posse.**

Sobre o tema, eis a seguinte lição doutrinária:

"(...) Não se esqueça, por sinal, que a citação feita ao proprietário na ação de usucapião não se insere dentre as causas interruptivas da usucapião. Ora, o art. 202, inciso I, do Código Civil foi instituído em proveito daquele a quem o prazo da usucapião prejudicaria apenas nas ações por ele ajuizadas, mas não aquelas contra ele promovidas. Daí a necessidade de se outorgar eficácia jurídica ao fato superveniente, pois a lixe mudou de configuração no seu curso". (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais - 6ª edição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 287 - grifou-se)

A propósito, ainda, os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. VALORAÇÃO E NECESSIDADE DA PROVA. PERSUASÃO RACIONAL. SÚMULA 7/STJ. QUALIDADE DA POSSE. PRECARIEDADE. NÃO RECONHECIMENTO. REEXAME DE PROVAS. CONTESTAÇÃO NA PRÓPRIA AÇÃO DE USUCAPIÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. NÃO OCORRÊNCIA.
(...)

3. A contestação apresentada na ação de usucapião não é apta a interromper o prazo da prescrição aquisitiva e nem consubstancia resistência ao afastamento da mansidão da posse. Precedentes.

Ademais, não haveria como se ter por interrompida uma prescrição que já se consumou.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 180.559/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 3/2/2014 - grifou-se)

"Civil. Usucapião. Prescrição. Contestação.

I - A contestação na ação de usucapião não pode ser erigida à oposição prevista em lei, não tendo o condão de interromper, só por si, o prazo da prescrição aquisitiva.

II - Comprovada a posse desde o ano de 1947, sem que fosse intentada qualquer medida judicial ou extrajudicial para desalojar os possuidores, é de ser reconhecido o direito ao usucapião pretendido.

III - Recurso especial conhecido e provido."

(REsp 234.240/SC, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/12/2004, DJ 11/4/2005 - grifou-se)

De fato, a interrupção do prazo da prescrição aquisitiva poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse.

Corrobora esse entendimento o fato de que a citação em demanda possessória julgada improcedente, ou extinta sem resolução de mérito, não interrompe o prazo para aquisição do imóvel pela usucapião (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas - 8ª edição*. Rio de Janeiro, Forense, 2016, pág. 275).

Com idêntico raciocínio, eis o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"Prescrição aquisitiva. - Pretendida interrupção do prazo pela citação em ação possessória julgada improcedente. - Julgado que decide que, rejeitada a demanda, a citação não tem efeito interruptivo. - Interpretação razoável, sem negativa de vigência de lei. - Divergência não demonstrada. - Recurso extraordinário não conhecido."

(RE 77.298, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN, Primeira Turma, julgado em 10/12/1974, DJ 11/4/1975)

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPÍÃO SUSCITADA EM DEFESA. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. EFEITO INTERRUPTIVO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS INTEGRANTES DA SEGUNDA SEÇÃO.

1. Segunda a jurisprudência dominante desta Corte, a citação promovida em ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 944.661/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/8/2013, DJe 20/8/2013 - grifou-se)

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ATOS POSTERIORES AO FALECIMENTO DE UM DOS ADVOGADOS DA PARTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE - NÃO SUSPENSÃO DO PROCESSO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - USUCAPÍÃO - CITAÇÃO DO POSSUIDOR EM AÇÃO POSSESSÓRIA IMPROCEDENTE - EFEITO INTERRUPTIVO - AUSÊNCIA.

I- Por sua própria teleologia, o Código de Processo Civil rechaça o reconhecimento de eventual nulidade, se dela não resultou prejuízo às partes. Vigora, no sistema processual, o princípio pas de nullité sans grief. Nesse sentido, a declaração de nulidade de qualquer ato processual requer a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, bem como, em se tratando de nulidade relativa, a brevidade na sua comunicação, sob pena de convalidação, em face da preclusão temporal e consumativa.

II- No caso em exame, inviável o reconhecimento da nulidade de todos os atos praticados durante o processamento do acórdão rescindendo, sob o argumento de que um dos causídicos havia falecido, pois a defesa técnica manteve-se hígida com a presença de outro advogado.

III- A teor da reiterada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a ação possessória cujo pedido fora julgado improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião.

Pedido rescisório julgado improcedente."

(AR 440/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/8/2005, DJ 3/10/2005)

Desse modo, é possível o reconhecimento da usucapião quando o prazo exigido por lei se complete no curso do processo judicial, conforme a previsão do art. 460 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493, *caput*, do CPC/2015), ainda que o réu tenha apresentado contestação.

3. Apreciação do caso concreto - procedência do pedido de usucapião extraordinária de imóvel

Os oras recorrentes, na petição inicial, postularam o reconhecimento da usucapião extraordinária, com base no art. 1.238 do CC/2002, aduzindo que possuem a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel por mais de 17 (dezessete) anos.

O acórdão recorrido, ao confirmar a sentença de improcedência do pedido, assentou que, a partir da aplicação do direito intertemporal, o caso se submete ao art. 550 do CC/1916 e, por conseguinte, o prazo para a usucapião extraordinária é de 20 (vinte) anos (fls. 236-246 e-STJ).

Em seguida, destacou que (i) o bem imóvel é usucapível, visto que está registrado em nome de pessoa jurídica de direito privado e inexistente impedimento para a sua negociação com terceiros; (ii) presente o exercício de posse contínua, mansa, pacífica e com ânimo de dono (*animus domini*) desde fevereiro de 1990 e, (iii) no momento da propositura da ação, ainda não havia transcorrido o prazo legal.

Assim, o tribunal de origem concluiu que faltou unicamente o requisito temporal (decurso do prazo de 20 anos), estando presentes todos os demais.

Nesse contexto, destacando o magistrado de primeiro grau que a posse sobre o imóvel teve início em fevereiro de 1990, na data da sentença, proferida em 3/11/2010, já havia ultrapassado o prazo de 20 (vinte) anos.

Além disso, observa-se que o proprietário do imóvel não compareceu pessoalmente aos autos para opor resistência ao pedido de usucapião do imóvel, tendo havido a citação por edital e a consequente nomeação de curador especial.

Desse modo, verificada a possibilidade de complementação do prazo no curso do processo de usucapião e havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença, deve ser julgado procedente o pedido autoral.

Por oportuno, transcreve-se o parecer do Ministério Público Federal no qual opina pelo provimento do recurso especial para deferir o pedido de usucapião:

"(...) 18. Com razão os recorrentes quanto à irresignação.

19. O próprio dispositivo apontado como violado (art. 462 do CPC/1973) prevê que o magistrado deve, de ofício, considerar fatos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos que influenciem no julgamento da lide.

20. Especificamente acerca da possibilidade de reconhecimento de prescrição aquisitiva no curso da demanda, essa Corte Superior possui

entendimento no sentido de que 'É plenamente possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do ação de usucapião, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes' (AgRg no REsp 1.163.175/PA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 11/4/2013 – grifos nossos).

21. Verificada a possibilidade de implementação do prazo para a prescrição aquisitiva no curso do processo, cumpre verificar se, no caso concreto, estão preenchidos os demais requisitos para o reconhecimento da usucapião.

22. A aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária pressupõe o preenchimento de três requisitos: a) tempo (decorso do prazo de 20 anos, ininterruptamente – art. 550 3 do CC/16, dispositivo considerado aplicável pelas instâncias de origem); b) posse mansa e pacífica (sem oposição); e c) *animus domini* (intenção de ter a coisa como sua). (...)

25. Desta forma, tendo as instâncias de origem, soberanas na análise do acervo fático-probatório, verificado que os recorrentes possuem posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini* sobre o imóvel em questão desde fevereiro de 1990, constata-se que estão preenchidos todos os requisitos necessários para a declaração de aquisição da propriedade por usucapião.

26. A propósito, destaque-se que já na data da prolação da sentença – 3 de novembro de 2010 – estes requisitos já estavam preenchidos.

29. Diante do exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso especial, reconhecendo-se aos recorrentes a aquisição da propriedade do imóvel em questão, por usucapião" (fls. 401-403 e-STJ).

Portanto, assiste razão aos recorrentes quanto ao reconhecimento da usucapião sobre o imóvel descrito na petição inicial.

4. Análise das petições apresentadas por KENJI KANO e ANTONIETA ESTANISLAU

KENJI KANO, alegando a existência de interesse jurídico na demanda, informa que, em meados de 1985, adquiriu o imóvel usucapiendo por meio de contrato de compra e venda e, em seguida, sustenta a possibilidade de juntada de documentos na presente fase processual (fls. 306-346 e-STJ).

Assevera que não houve o cumprimento dos requisitos necessários à usucapião em razão das seguintes circunstâncias: (i) o recorrente foi notificado para que interrompesse, de imediato, a turbação e o esbulho sobre o referido imóvel; (ii) o autor não cuida do imóvel com ânimo de dono, tanto que a prefeitura municipal multou o ora peticionante para manter o imóvel limpo, e (iii) realizou benfeitorias e limpezas no imóvel no período de 8/11/2005 a 25/11/2005.

ANTONIETA ESTANISLAU aduz que adquiriu o imóvel da ora recorrida em 6/12/1994, lavrando-se a escritura pública somente em 2014 (fls. 366-377 e-STJ). Pondera que o autor *"tem pleno conhecimento que a referida senhora é a proprietária do imóvel, que ele maldosamente tenta usucapir, e omitiu este fato não dando ciência desta realidade nos autos"* (fl. 369 e-STJ).

Ocorre que, tendo havido o encerramento da fase instrutória, é inadmissível a juntada de novos documentos com o objetivo de comprovar a propriedade do referido imóvel. Além disso, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, nesta via recursal, revolver a matéria fático-probatória em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ.

A propósito:

"PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA. O assistente recebe o processo no estado em que se encontra (CPC, art. 50, parágrafo único), já não podendo requerer a produção de provas se, encerrada a instrução, os autos estão conclusos à sentença. Recurso especial conhecido e provido."
(REsp 681.769/PE, ReL. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 21/11/2005 - grifou-se)

Com efeito, de acordo com o parágrafo único do art. 50 do CPC/1973, *"a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimentos e em todos os graus de jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra"* (grifou-se).

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA. RECEBIMENTO DO PROCESSO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STJ.
1. O assistente recebe o processo no estado em que se encontra, razão pela qual não pode praticar atos em relação aos quais já se operou a preclusão (art. 50, parágrafo único, do CPC).
2. É imprescindível o prequestionamento ainda que se trate de matéria de ordem de pública. Súmula n. 282/STF.
3. Agravo regimental desprovido."
(AgRg no REsp 1.265.322/AM, ReL. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/2/2015, DJe 19/2/2015 - grifou-se)

Por oportuno, cumpre ressaltar que a notificação de fls. 316-317 e-STJ, dirigida por KENJI KANO a GILMAR DE ANDRADE (ora recorrente), que poderia evidenciar oposição à posse, é datada de 3/5/2012, quando já havia transcorrido o lapso temporal para a aquisição da propriedade por meio da usucapião. De resto, as demais argumentações estão destituídas de lastro probatório, especialmente a alegação de que adquiriu o imóvel no ano de 1985.

Por fim, quanto à afirmação de ANTONIETA ESTANISLAU de que adquiriu o imóvel em 6/12/1994 (fls. 369 e-STJ), o instrumento de compra e venda juntado às fls. 376-377 e-STJ demonstra que o negócio foi celebrado somente em 19/12/2013.

5. Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente a pretensão autoral e declarar a aquisição do domínio útil do imóvel descrito na petição inicial, valendo esta decisão, juntamente com a certidão de trânsito em julgado, como título hábil para o registro no Cartório de Imóveis competente.

Condeno a ré (ora recorrida) ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, sendo estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0001207-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.361.226 /**
MG

Números Origem: 10024075493619 10024075493619001 10024075493619002 24075493619

PAUTA: 22/05/2018

JULGADO: 22/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GILMAR DE ANDRADE E CÔNJUGE
ADVOGADOS : ALEXANDRE MESQUITA MUSA E OUTRO(S) - MG116646
WALMIR TADEU DE SOUZA - MG103724
RECORRIDO : IMOBILIÁRIA PIRRI LTDA
ADVOGADOS : JOSÉ ALBERTO FERRAZ MEDRADO - MG048104
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ASSISTENTE : KENJI KANO
ADVOGADO : JULIO CESAR GIRUNDI DIAMANTINO - MG118115

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Aquisição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, dando provimento ao recurso especial, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0001207-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.361.226 /
MG**

Números Origem: 10024075493619 10024075493619001 10024075493619002 24075493619

PAUTA: 22/05/2018

JULGADO: 05/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GILMAR DE ANDRADE E CÔNJUGE
ADVOGADOS : ALEXANDRE MESQUITA MUSA E OUTRO(S) - MG116646
 : WALMIR TADEU DE SOUZA - MG103724
RECORRIDO : IMOBILIÁRIA PIRRI LTDA
ADVOGADOS : JOSÉ ALBERTO FERRAZ MEDRADO - MG048104
 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ASSISTENTE : KENJI KANO
ADVOGADO : JULIO CESAR GIRUNDI DIAMANTINO - MG118115

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Aquisição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

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, o qual, 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 das 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.
 - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
 - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrônica.
 - 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
 - 3.1. Formatação exigida para os artigos
 - (a) Tamanho do papel: A4.
 - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
 - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
 - (d) Alinhamento: justificado.
 - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).
 - (f) Espaçamento entre linhas: 1,5.
 - (g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado.
 - (h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).
 - (i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) 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 de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada

identificação e localização. Em citações de *sites*, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agra-apostar-projeto-cpc]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitável que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 242, jul.-set. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.