IRIB

REVISTA DE

DIREITO IMOBILIÁRIO

N. 47 ANO 22 JULHO-DEZEMBRO DE 1999

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

IRIB

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

47

julho-dezembro de 1999

Ano 22

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

IRIB Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Semestral • Ano 22 • n. 47 • julho-dezembro de 1999

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores

© *Edição e distribuição da*

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda. ME.,
Rua. Olímpio José Borges, 124, São Paulo SP, Brasil – CEP 04416-130.
Impressão: Gráfica Circulo, Av. Tucunaré, 299 – Tamboré, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

COLABORADORES 5

APRESENTAÇÃO 7

1. ESTUDOS

1.1 Reforma del Código Civil peruano – CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA 9

1.2 São taxativos os atos registráveis? – RICARDO HENRY MARQUES DIP 34

1.3 Registro do parcelamento do solo urbano. Noções elementares – VICENTE DE ABREU AMADEI 38

1.4 Parcelamento do solo urbano, o consumidor e o registro imobiliário – SÉRGIO JACOMINO 58

1.5 O documento eletrônico como meio de prova – AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI 70

1.6 Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores – DÉCIO ANTÔNIO ERPEN 103

1.7 Natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador – CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR 116

1.8 Decreto-lei 70/66 – Constitucionalidade – DARLI BARBOSA 125

1.9 Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva – BRUNO MATTOS E SILVA 129

1.10 Controvérsias sobre o instituto da ausência – HÉLIO BORGHI 135

1.11 Os problemas mais comuns encontrados nos contratos-padrão de parcelamentos urbanos. Aplicação da Lei 6.766/79 e do Código de Defesa do Consumidor – FLAUZILINO ARAUJO DOS SANTOS 159

1.12 Loteamentos – Considerações sobre a alteração do plano – HELIO LOBO JUNIOR 183

1.13 Aposentadoria compulsória de registradores e notários – RICARDO HENRY MARQUES DIP 190

2. PARECERES

2.1 A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços – CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO 197

3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção, organização e ementas: SÉRGIO JACOMINO

3.1 Superior Tribunal de Justiça 213

3.2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conselho Superior da Magistratura ... 290

3.3 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 292

3.4 Tribunal Superior do Trabalho 300

4. JURISPRUDÊNCIA REGISTRAL IMOBILIÁRIA

4.1 Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo 303

ÍNDICE REMISSIVO 321

COLABORADORES

AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor de Direito Processual Civil. Advogado em São Paulo.

BRUNO MATTOS E SILVA

Procurador autárquico do INSS junto aos tribunais superiores. Professor de Direito Comercial do UNICEUB (Brasília-DF). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Asesor de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil Peruano. Asesor de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Proyecto de Código de Comercio. Presidente del Instituto de Investigación Jurídico-Notarial – INDEJ.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Advogado em São Paulo-SP.

CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS (aposentado).

DARLI BARBOSA

Advogado da Caixa Econômica Federal.

DÉCIO ANTÔNIO ERPEN

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Professor e Conferencista de Direito Notarial e Registral.

FLAUZILINO ARAUJO DOS SANTOS

Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Pedreira-SP. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Paulista.

HÉLIO BORGHI

Professor Titular de Direito Civil da UNESP. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

HELIO LOBO JUNIOR

Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo – 1.º TACivSP.

RICARDO HENRY MARQUES DIP

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – TACrimSP e Professor de Filosofia do Direito e Direito Penal da Universidade Paulista.

SÉRGIO JACOMINO

Registrador e Notário. Professor de Direito Civil da Universidade de Franca.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Juiz de Direito e Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Civil da Universidade Paulista.

APRESENTAÇÃO

Tenho a honra de oferecer aos registradores brasileiros e à seleta comunidade de estudiosos do direito registral mais um exemplar da nossa *Revista de Direito Imobiliário*.

Conforme prometido na edição anterior, completamos a publicação dos trabalhos e contribuições oferecidos por ocasião do concorrido seminário sobre as recentes alterações na lei de parcelamento do solo urbano (Lei 9.785/99). Evento patrocinado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo do Ministério Público de São Paulo, a reunião técnica contou com o decisivo apoio do Instituto nos debates e publicação das importantes conclusões.

Assim, reunimos nesta edição as contribuições oferecidas pelos magistrados Vicente de Abreu Amadei e Hélio Lobo Jr., e dos registradores Sérgio Jacomino e Flauzilino Araújo dos Santos, todas versando sobre problemas relacionados com o parcelamento do solo para fins urbanos.

Por outro lado, concretizando a opção do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil de abrir-se aos países latino-americanos, trocando informações e experiências, celebrando convênios de cooperação técnica e científica, publicamos o texto de Carlos Alberto Soto Coaguila, que sumaria o estágio dos debates acerca da reforma do Código Civil do Peru.

Outro tema que tem despertado bastante interesse dos registradores e notários brasileiros versa sobre a importância dos documentos eletrônicos e firmas digitais. Com o Projeto de Lei 1.589/99, em tramitação na Câmara Federal, que visa disciplinar o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, o interesse dos notários e registradores avulta. De fato, o projeto de lei prevê atribuições aos notários e registradores de títulos e documentos e estes profissionais do direito devem estar preparados para fazer frente às fundas transformações que se avizinham. O texto do advogado Augusto Tavares Rosa Marcacini representa importante contribuição por perfilar os conceitos fundamentais que cercam os documentos eletrônicos e firmas digitais, guiando-nos seguramente pela algaravia terminológica que envolve os temas atuais da contratação eletrônica.

A doutrina de Ricardo Henry Marque Dip, Darli Barbosa, Bruno Mattos e Silva e Hélio Borghi iluminam aspectos atuais de direito imobiliário e registral.

Finalmente, o Instituto encara decididamente o problema da aposentadoria compulsória dos notários e registradores brasileiros e da necessidade de lei para criação de cartórios. Enfrenta o tema, que encerra notórias dificuldades técnicas e políticas, com apoio nos estudos dos Desembargadores Décio Antônio Erpen e Cristiano Graeff Jr., dto Magistrado Ricardo Henry Marques Dip e do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Com isso, o Irib pretende oferecer um amplo e rico painel, reunindo nesta publicação os temas mais palpitantes e atuais, contribuindo com o aprimoramento técnico, profissional e institucional dos registradores brasileiros, oferecendo aos estudiosos do direito imobiliário a mais completa publicação especializada.

Lincoln Bueno Alves

Presidente.

1. ESTUDOS

1.1

REFORMA DEL CODIGO CIVIL PERUANO *

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA**

"La importancia de la legislación atinente al Derecho privado es tal que, cuando el doctor Guillermo A. Borda presentó a la opinión pública la Ley 17.711 – que en 1968 introdujo trascendentes reformas al Código Civil –, expresó que, aun a riesgo de ser considerado herético, estaba 'tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional', porque ella 'está más alejada de la vida cotidiana del hombre' que el Código Civil, el cual, en cambio, 'lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad.'"***

SUMARIO: 1. La codificación en el Perú – 2. Reforma del Código Civil peruano – 3. Razones que motivaron la reforma del Código Civil de 1984 y la creación de una comisión reformadora – 4. Reforma parcial del Código Civil y metodología de trabajo – 5. Reformas aprobadas preliminarmente en la comisión – 6. Título preliminar: 6.1 Innovaciones; 6.2 Enmiendas de técnica legislativa – 7. Derecho de las personas – 8. Acto jurídico – 9. Contratos – Parte general – 10. Derechos reales – 11. Unificación de los Códigos Civil y Comercial – 12. El proyecto del Código Civil argentino – 13. A modo de conclusión.

1. La codificación en el Perú

La Codificación Civil en el Perú se inició en 1825, cuando el Libertador Simón Bolívar nombró una Comisión encargada de elaborar los Códigos Civil y Criminal, la misma que estuvo presidida por Don Manuel Lorenzo de Vidaurre. Lamentablemente, esta Comisión nunca funcionó. Según el historiador Jorge Basadre, se debió a que el Perú no contaba aún con su Carta Política.

Mediante un Decreto del 22 de octubre de 1831, el Presidente Agustín Gamarra dispuso el establecimiento de una Comisión Codificadora General para que se encargase de elaborar el Código Civil. Tampoco funcionó.

(*) El presente trabajo se elaboró sobre la base de la Conferencia que el autor pronunció en el Salón Rojo de la Universidad de Buenos Aires el 30 de julio de 1999 con motivo del Encuentro de las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Perú y Argentina. El evento fue organizado por el Departamento de Derecho Privado.

(**) Los artículos referidos en el presente trabajo se refieren al vigente Código Civil Peruano de 1984.

(***) Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Nota de Elevación del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Buenos Aires : Editorial La Ley, 1999, p. 1.

La Constitución Política de 1834 estableció, en una disposición transitoria, que anualmente, en la apertura de sesión, la Corte Suprema presentaría al Congreso los proyectos de Códigos de la Legislación, empezando con el Civil. El Presidente de la Corte Suprema de entonces, Don Manuel Lorenzo de Vidaurre, asumió la redacción del Código Civil. Entre agosto de 1834 y 1836, Vidaurre presentó su Proyecto con una Exposición de Motivos. Este Proyecto no fue tomado en cuenta.

En el año de 1836, un hecho histórico aconteció en la vida republicana del Perú: los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cusco y Puno se constituyeron en un Estado Libre e independiente bajo la denominación de Estado Sud-Peruano, y por Decreto del 22 de junio de 1836 adoptaron el Código Civil Boliviano, el cual se encontraba vigente desde 1830 y era copia fiel del Código Civil Francés de 1804.

Unos meses después ocurrió otro hecho similar. El 11 de agosto de 1836 se creó el Estado Nor-Peruano conformado por los departamentos de Lima, Libertad, Junín y Amazonas.

Ese mismo año, el 28 de octubre, el Mariscal Andrés de Santa Cruz estableció la Confederación Perú-Boliviana, integrada por los Estados Nor-Peruano, Sur-Peruano y Bolivia. Por Decreto de 1.° de noviembre de 1836, se dispuso la aplicación de los Códigos bolivianos, con ligeras modificaciones, al Estado Nor-Peruano.

Ambos Códigos tuvieron una vida efímera, pues en 1838 el Presidente Luis José Orbegoso los derogó totalmente.

Ante la ausencia de norma civil vigente, nuevamente se aplicó la legislación española, que era dispersa y confusa, además de alejada de la realidad sudamericana.

En 1845, el Presidente Ramón Castilla nombró una nueva Comisión Codificadora. Esta Comisión concluyó su trabajo en 1848. Así, el 22 de noviembre de 1850, Ramón Castilla promulgó los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles, postergando su vigencia en el plazo de siete meses. Pero en este lapso de *vacatio legis* se produjo la transmisión del mando supremo al general José Rufino Echenique, quien en mayo de 1851 solicitó la suspensión de la ley que promulgaba los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles.

En efecto, en junio de 1851, se ordenó la suspensión de la entrada en vigencia de ambos Códigos y se nombró otra Comisión presidida por el ilustre jurista Andrés Martínez. Esta Comisión trabajó sobre la base del proyecto de 1847-1848. Fue recién el 29 de diciembre de 1851 que se promulgaron los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles, los mismos que entraron en vigencia el 28 de julio de 1852. Este Código Civil, promulgado por Ley de 29 de diciembre de 1851, entró en vigencia a partir del 29 de julio de 1852 y tuvo una marcada influencia del Código Civil Francés de 1804.

La gran mayoría de autores se refieren al Código de 1852 como el primer Código Civil Peruano, en virtud de su aplicación en toda la República y la vigencia de más de 80 años. Si bien este Código tuvo una gran importancia en la vida jurídica del Perú, no deben olvidarse los otros tres cuerpos legales reseñados.

Consecuentes con el cambio, los juristas peruanos del siglo veinte no tardaron en promulgar otro Código Civil. De esta forma, el 30 de agosto de 1936, promulgaron un nuevo Código Civil y difirieron su vigencia hasta el 14 de noviembre del mismo año. Sus fuentes principales – según las Actas de la Comisión – fueron los Códigos Civiles de Francia, Argentina, Alemania, Suiza y Brasil.

Siguiendo la corriente codificadora, el Código Civil de 1936 fue revisado, y la Comisión Reformadora creada al efecto

elaboró el texto de 1984. En esta ocasión, el Código Civil Italiano de 1942 constituyó una importante fuente de inspiración. Así, el 24 de julio de 1984, se promulgó el Código Civil Peruano, entrando en vigencia a partir del 14 de noviembre del mismo año.

En síntesis, el Perú ha contado con seis Códigos Civiles, todos los cuales – salvo uno – entraron en vigencia luego de su promulgación.

La historia del Código Civil de 1984 se inició en el año de 1965, cuando el Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien ocupaba el cargo de Ministro de Justicia y Culto, convocó a distinguidos juristas, profesores y magistrados para estudiar y revisar el entonces vigente Código Civil de 1936.

El propósito del Doctor Fernández Sessarego era revisar el Libro Primero del Derecho de las Personas, aunque de sus considerandos se desprende la dación de un nuevo Código Civil. Sobre la reforma del Código Civil de 1936, el profesor Fernández Sessarego afirmaba que "... la dación de un nuevo Código Civil pudo haberse evitado – al menos por el momento – si es que, como ha ocurrido en Francia, una legislación atenta y una creativa jurisprudencia hubieran cumplido con la imprescindible tarea de actualizar periódicamente dicho cuerpo legal, durante el último medio siglo".[1]

Sin embargo, nuestro país no siguió el camino francés. La legislación no fue muy atenta y los operadores del Derecho no fueron muy creativos. A todo ello, debemos sumar los incontenibles y continuos cambios en las estructuras sociales, económicas, políticas, jurídicas y culturales, que contribuyeron a la desactualización e ineficacia del Código Civil de 1936.

En 1980, el profesor Felipe Osterling Parodi,[2] quien asumió la Presidencia de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1936, expresó: "Han pasado 44 años desde que entrara en vigencia el Código Civil de 1936 y el dilatado tiempo transcurrido reclamaba el estudio de su *reforma integral*, como directa consecuencia de los profundos cambios ocurridos en todos los órdenes y con el propósito esencial de adecuarlo a dichos cambios y a la nueva dimensión que han adquirido los valores de la solidaridad social y el humanismo. Era indispensable, pues, proponer la actualización de los preceptos del Código Civil vigente debido a esas realidades del mundo de hoy que influyen decisivamente en materias vinculadas al derecho de personas, al de familia, al sucesorio, al de los derechos reales y al de obligaciones y contratos". Añadía el Doctor Osterling que la reforma del Código de 1936 era indispensable en razón de la dación de la Constitución Política de 1979, la misma que introdujo sustanciales cambios, tales como una nueva concepción del derecho de propiedad con contenido social, la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y otros temas relevantes.

Las razones para reformar totalmente el Código de 1936 eran irrefutables. Resultaba, pues, inevitable la dación de un nuevo Código Civil.

Luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de 1984, no tardaría el momento en que numerosos juristas – entre los que se encontraban sus propios autores –, planteasen la necesidad de reformar artículos e incluso instituciones del Código Civil, con la finalidad de corregir errores. Inclusive al día siguiente de su

(1) Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*. 7. ed. Lima : Editora Jurídica Grijley, 1998, p. 8.

(2) Citado por CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, t. I, p. 53-54.

promulgación, los autores del Código exigían enmiendas, en razón de que la Comisión Revisora[3] del Proyecto presentado por la Comisión Reformadora[4] modificó (o simplemente no acogió) algunos de los planteamientos de dichos juristas. Tal es el caso – por mencionar alguno – del profesor Carlos Fernández Sessarego, autor del Libro Primero de Derecho de las Personas del Código Civil, quien ha escrito que "(...) la reforma del Libro Primero del Código Civil quedó planteada al día siguiente de su promulgación. Preocupaba el que algunos planteamientos del ponente del Libro Primero del Código Civil, no obstante su probada bondad, no fueran acogidos por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, contrariando la opinión mayoritaria de la doctrina o de la legislación comparada que avalaba tales propuestas".[5]

[3] La Comisión Revisora fue una Comisión nombrada por Ley 23.403, de 13 de mayo de 1982. Esta Comisión estuvo integrada más por políticos que por juristas, y estuvo facultada no sólo para revisar el Proyecto presentado por la Comisión Reformadora, sino para introducir las reformas que estimase convenientes, previa audiencia de la Comisión Reformadora.

[4] La Comisión Reformadora es la Comisión que nombró el Doctor Carlos Fernández Sessarego, en su condición de Ministro de Justicia y Culto, mediante Decreto Supremo 95, de 1.º de marzo de 1965. Esta Comisión estuvo facultada para estudiar y revisar el Código Civil de 1936, con la finalidad de "proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes". Esta Comisión sí estuvo compuesta completamente por juristas y profesores universitarios.

[5] Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Breves comentarios sobre las enmiendas propuestas al Libro Primero del Código Civil sobre el derecho del concebido y de las personas naturales. En *Reforma del Código Civil peruano*, Lima : Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, 1998, p. 70.

2. Reforma del Código Civil peruano

Desde que se promulgó y entró en vigencia el Código Civil de 1984, se organizaron diversas actividades académico-institucionales. A lo largo de todo el Perú se difundió el nuevo texto legal a través de congresos, seminarios, cursos, fórums, entre otros. Destacados juristas extranjeros y nacionales participaron como expositores, resaltando el carácter moderno e innovador del Código Civil de 1984 y dejando constancia de los errores, desaciertos e incompatibilidades existentes al interior del Código y proponiendo, en su caso, urgentes modificaciones legislativas.

Una destacada labor en la difusión del Código Civil de 1984 y en el planteamiento de reformas urgentes tuvo el Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien en su condición de Director del Centro de Investigaciones de la Universidad de Lima, convocó a partir de 1992 a todos los profesores de Derecho Civil para trabajar en el estudio y revisión del Código Civil de 1984, con la finalidad de elaborar un Proyecto de Enmiendas. Este trabajo culminó en 1994, y ese mismo año el profesor Fernández Sessarego entregó al Presidente del Congreso Constituyente, Doctor Carlos Torres y Torres Lara, el Proyecto de Enmiendas que habían elaborado los juristas convocados. Dicho Proyecto se publicó el 07 de enero de 1995, en el Diario Oficial El Peruano.

Otro motor que impulsó la reforma del Código Civil de 1984 constituye, sin lugar a dudas, el "gran cambio" cuantitativo y cualitativo de las estructuras económicas, sociales y políticas. Asimismo, las estructuras jurídicas han sido objeto de cambios, debido al surgimiento de nuevas formas de contratación, así como la aparición de un nuevo elemento en la sociedad: el consumidor; el actual rol de la empresa; la unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles; entre

otros temas de importancia. Todo ello en adición a las innumerables reformas legislativas en distintas áreas del Derecho peruano, específicamente desde 1992.

Un hito de enorme importancia constituyó, indiscutiblemente, la promulgación en 1993 de una nueva Constitución Política, la cual contempla un sistema económico y político distinto.

Los sucesos señalados motivaron a que en nuestro medio jurídico y político se gestara un movimiento destinado a reformar el Código Civil de 1984.

Por nuestra parte, somos partidarios de que cuando los presupuestos sociales, económicos, políticos, tecnológicos e ideológicos se transforman, se torna necesaria una reforma de las estructuras jurídicas para evitar el divorcio entre la ley y la realidad. Es necesario también desechar normas obsoletas, ineficaces e inútiles. La sociedad debe, por el contrario, nutrirse de leyes modernas, vigentes, ágiles y eficaces que brinden seguridad a sus destinatarios, garanticen el libre desenvolvimiento de sus actividades económicas y se conviertan en verdaderos mecanismos de desarrollo y progreso.

Dentro de esta perspectiva, resulta un gravísimo error cerrar los ojos ante la realidad y pretender que el Derecho es algo estático e inamovible, alrededor del que giran las sociedades. Ciertamente tampoco creemos que se trata de lo contrario, es decir, que el Derecho constituya el satélite de la sociedad y que por tanto debe amoldarse por completo a cualquier cambio que se produzca. No es ni una cosa ni la otra. Ambos, Derecho y sociedad, deben encontrarse unidos por un vínculo de armonía mediante el cual el primero considere dentro de sus parámetros a la segunda, y ésta a su vez debe someterse a las pautas que el Derecho le fije. El objetivo es lograr que la sociedad como conjunto sea justa, segura, y que los individuos que la conforman lo interioricen así y se sientan satisfechos de su sistema. Entonces el Derecho está al servicio de estos fines, y por ello se mantiene en constante evolución, y siendo la codificación su vehículo de manifestación más idóneo, es necesario un remozamiento, una actualización, una adecuación a la realidad actual.[6]

Para algunos autores, la codificación iniciada con el Emperador Justiniano, en su *Corpus Juris Civilis*, cuya máxima expresión la constituye el Código Napoléon de 1804, parece haber llegado a su fin,[7] debido a la revolución y los cambios ideológicos, a la incesante transformación industrial y la creciente producción en masa. Nosotros no participamos de estas tesis, pues si bien la tecnología – mediante los soportes electrónicos – viene sustituyendo al libro,[8] no es totalmente cierto que con ello se produzca la desaparición de los códigos o cuerpos de leyes sistemáticos.[9]

3. Razones que motivaron la reforma del Código Civil de 1984 y la creación de una comisión reformadora

El Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, Doctor Jor-

(6) De igual parecer, entre otros destacados profesores y abogados, es el Doctor Manuel De La Puente Y Lavalle (Cfr. La codificación. En *Thémis. Revista de Derecho*, Lima : Asociación Civil Thémis, 1994, Segunda Epoca, n. 30, p. 36).

(7) Cf. IRTI, Natalino. *L'etá della decodificazione*. Milano : Giuffré, 1979; RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima : Ara, 1996.

(8) A este fenómeno algunos autores lo han denominado como "La muerte de Gutemberg".

(9) Sobre la vigencia de los Códigos y la era de un nuevo Digesto, un nuevo Código Universal, sugerimos el trabajo del profesor NUÑEZ, Carlos Ramos, *Codificación*, op. cit., p. 81-85.

ge Muñiz Ziches, en el marco del "I Congreso Nacional de Derecho Civil", denominado "Reforma del Código Civil Peruano"[10] esgrimió los argumentos que determinaron el cambio en la legislación civil. Según el profesor Muñiz Ziches, las razones que motivaron una reforma del Código Civil son las siguientes:

a) "Porque desde que se publicó y entró en vigencia el Código Civil, se han producido diversos avances en la ciencia y en la tecnología como la reproducción humana asistida, la fecundación in vitro, el proyecto genoma humano, los transplantes de órganos, la contratación computarizada etc.; hechos que ameritan se modifique el Código con la finalidad de regularlos.

b) Porque se han producido diversas modificaciones parciales a determinadas normas del Código que traen como consecuencia su modificación y revisión con el objeto de lograr una adecuación integral del mismo cuerpo normativo.

c) Porque resulta necesario adecuar las normas del Código Civil a la Constitución Política de 1993, caracterizada por la relativización y flexibilización de los derechos económicos y sociales, el debilitamiento del Estado en cuanto a su función en la actividad productiva y el giro de la economía hacía una opción de libre mercado constitucionalmente exigida y protegida. Igualmente, es imprescindible concordar los postulados de la Constitución de 1993 con las del Código Civil. Un ejemplo es el artículo 62 de nuestra Carta Política que regula lo que en doctrina se conoce como la "santidad de los contratos", en contradicción con el artículo 1355 del Código Civil que permite la intervención del Estado en los contratos.

d) Porque se han detectado una serie de defectos en las figuras e instituciones que contiene el Código, resultando imperativo enmendar los errores a fin de no perder la calidad que lo caracteriza.

e) Porque existe la necesidad de regular una serie de contratos modernos, que hoy en día son de uso frecuente en nuestro país.

f) Porque la nueva tendencia en el Derecho moderno es la Unificación de las reglas del Derecho Civil y el Derecho Comercial en un solo texto de Derecho Privado. Unificación que se inició en el Código de 1984, pero que no fue completa. La razón de ésta unificación radica en la imposibilidad teórica y práctica de seguir dividiendo a los actos jurídicos, obligaciones y contratos en civiles y mercantiles. Por lo tanto, se requiere que el Código Civil recoja y regule todas las reglas aplicables a los actos civiles y mercantiles".[11]

Estas fueron las razones que impulsaron al Congreso Constituyente Democrático a dictar la Lei 26394 el 22 de noviembre de 1994, donde se constituye una Comisión denominada *Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil*. Originalmente, esta Comisión estuvo compuesta por siete miembros: cuatro designados por el Poder Legislativo y tres por el Ejecutivo. Los congresistas designados fueron los Doctores Carlos Torres y Torres Lara, Ricardo Marcenaro Frers, César Fernández Arce y Roger Cáceres Velásquez, recayendo la presidencia en el primero de los nombrados. Por el Poder Eje-

[10] Esta fue la primera actividad sobre la Reforma del Código Civil auspiciada por la Comisión de Reforma de Códigos y la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, llevándose a cabo en la ciudad de Arequipa del 10 al 12 de junio de 1998.

[11] Cf. MUÑIZ ZICHES, Jorge. Reformas al Código Civil de 1984. En *Reforma del Código Civil peruano*, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, Lima : Gaceta Jurídica, 1998, p. 32.

cutivo fueron designaron los Doctores Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Héctor Cornejo Chávez.

La mencionada Comisión decidió realizar una reforma parcial del Código Civil, proponiendo las reformas pertinentes. En esta medida, se empezó a revisar el Primer Libro del Código Civil y a introducir las reformas necesarias, trabajando incansablemente hasta que se presentaron las elecciones políticas. Después, sus miembros ya no fueron convocados.

Según el profesor Carlos Fernández Sessarego, Asesor Técnico de la Comisión, durante "este período de trabajo se revisó la parte correspondiente al derecho de las personas naturales".[12]

Posteriormente, el 22 de octubre de 1996, el Congreso de la República publicó la Lei 26673, modificando y reconstituyendo la Comisión de Reforma del Código Civil, ampliándose el número de sus miembros. Debían designarse cinco miembros por el Congreso y ocho por el Poder Ejecutivo. Los Congresistas nombrados originalmente para esta tarea legislativa fueron los Doctores Jorge Muñiz Ziches, Ricardo Marcenaro Frers, Luis Delgado Aparicio, Jorge del Castillo y Jorge Avendaño Valdez, asumiendo la presidencia, desde ese momento hasta la actualidad, el Doctor Jorge Muñiz Ziches. Por su parte, el Poder Ejecutivo designó a los Doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Fernando Vidal Ramírez.

[12] Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Breves comentarios sobre las enmiendas propuestas al Libro Primero del Código Civil.* Op. cit., p. 74.

Durante el funcionamiento de la Comisión, el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet renunció por motivos de salud. No obstante, poco tiempo después fue designado Consultor de la Comisión, y en su lugar se nombró al Doctor Guillermo Velaochaga Miranda. Igualmente, el grupo de Congresistas fue modificado, sustituyéndose a los Doctores Ricardo Marcenaro, Luis Delgado y Jorge del Castillo por los Doctores Oscar Medelius Rodríguez, Martha Chávez Cossío y Lourdes Flores Nano.

La Comisión de Reforma del Código Civil eligió como Presidente Honorario a uno de los más representativos juristas de nuestro medio, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

4. Reforma parcial del Código Civil y metodologia de trabajo

La vigencia y eficacia del Código Civil de 1984, así como su revisión y posterior reforma, como lo expresáramos anteriormente, fue planteada desde diversas ópticas.

El 04 de agosto de 1993, en un artículo publicado en el Diario *El Comercio*, intitulado La Libertad de Contratar, el Doctor Manuel Pablo Olaechea Du Bois, cuestionando el contenido socialista del Código Civil de 1984, sostenía su derogación y el restablecimiento de la vigencia del Código Civil de 1936. Este hecho generó innumerables críticas. En todo caso, se inició el debate y, con él, el planteamiento de diversas teorías.

Posteriormente, se publicaron diversos artículos sobre la necesidad de reformar el Código Civil de 1984, aunque en esta ocasión desde una perspectiva distinta: unos propugnaban *una reforma total*, y otros – la mayoría – *una reforma parcial.* Un tercer movimiento era, y sigue siendo, de la opinión de no reformar el Código Civil.

En marzo de 1995, el profesor Alfredo Bullard González,[13] en un artículo publicado en el diario *El Comercio*, sostuvo la tesis de una reforma total del Código Civil de 1984, que comprendiera la elaboración de un Código que responda a los nuevos tiempos. En palabras de Bullard: "Lo dicho no significa que compartamos tesis tan arcaicas como regresar a la vigencia del Código Civil de 1936", pero tampoco de la idea de hacer un "maquillaje"[14] al Código Civil de 1984 (lo cual únicamente sería "(...) limitar los cambios a ajustar uno que otro artículo y a mover puntos y comas, manteniendo el espíritu y la estructura básica del cuerpo legal vigente").

Numerosos profesores y abogados, tanto en el Diario *El Comercio* como en el Diario Oficial *El Peruano*, han publicado sendos artículos sobre la necesidad de introducir modificaciones y lograr una mejor sistemática del Código Civil. Estos medios de comunicación, a su vez, realizaron innumerables entrevistas a juristas y legisladores. Es de resaltar que entre los juristas y los profesionales nacionales y extranjeros hay coincidencia en señalar que *nuestro Código Civil es un buen Código, considerado como uno de los más modernos y novedosos de los últimos tiempos*.

En este contexto, al plantearse la necesidad de reforma el Código Civil de 1984, la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reformas al Código Civil Peruano, decidió no cambiar la estructura del actual Código, ni reformarlo en su integridad, sino *proponer modificaciones necesarias*.[15]

Para ello, la Comisión de Reforma del Código Civil tiene un plazo para cumplir con el encargo. En este sentido, se ha decidido introducir las modificaciones más urgentes en el Código Civil, las mismas que permitan actualizarlo y dinamizarlo.[16]

Debemos aclarar que las reformas necesarias y urgentes no constituyen simples "maquillajes"; menos aun implican deshacerse del Código Civil de 1984 y elaborar uno nuevo. La decisión de la Comisión de proponer modificaciones necesarias y urgentes al Código Civil de 1984, con el objeto de dotar a nuestro país de un Código Civil "dinámico, funcional y eficaz", es unánime. Cuando aludimos a no alterar las estructuras nos referimos al sistema del Código Civil en cuanto a los Libros que contiene, sin que ello sea obstáculo para mejorar el contenido de algunas instituciones que en nuestro medio cumplan una finalidad distinta.

Las instituciones no envejecen, es su contenido el que cambia. A modo de ejemplo, consideremos el caso del contrato. El contenido y la función del contrato no es el mismo que el de hace cien o doscientos años, y evidentemente se aleja de manera considerable a la concepción que de él se tuvo en el Imperio Romano; hoy en día, pues, el contrato es muy distinto.

Sin embargo, el contrato no ha muerto, como diría Gilmore,[17] ni se encuentra en decadencia, según palabras de De Buen;[18] son sus principios los que necesitan

(13) Cf. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. El Código del fin de la historia. En *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima : Ara, 1996, p. 321-325.

(14) Este es un término acuñado por el autor.

(15) Cf. MUÑIZ ZICHES, Jorge. *Reformas al Código Civil de 1984*. Op. cit., p. 32.

(16) En esta perspectiva se han presentado proyectos de ley al Congreso de la República con la finalidad de introducir reformas urgentes al Código Civil de 1984.

(17) Véase GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

(18) Véase DE BUEN LOZANO, Néstor. *La decadencia del contrato*. México : Editorial Porrúa, 1986.

revisarse. El contrato no está crisis,[19] como producto de la intervención del Estado en la contratación y el fenómeno de la contratación masiva;[20] deberíamos decir que se encuentra en proceso de evolución. No obstante, no es éste el momento ni el lugar para referirnos a esta institución en términos detallados, pues únicamente hemos hecho referencia a ella a modo de ejemplo.

En cuanto a la *Metodología de Trabajo*, a sugerencia de la Presidencia de la Comisión, se planteó la necesidad de que el trabajo de la Comisión debía descentralizarse y de esa manera corregirse los errores de las codificaciones pasadas. En este sentido, y de conformidad con el artículo 2 de la Ley 26394, se crearon *Subcomisiones* – integradas por especialistas en cada una de las materias – para cada uno de los Libros del Código Civil, incluido el Título Preliminar, las mismas que se encuentran presididas e integradas por un miembro nato de la Comisión de Reforma. Las Subcomisiones de la Comisión se vienen reuniendo ininterrumpidamente hasta dos veces por semana desde que fueron conformadas el 18 de noviembre de 1996. Su labor es presentar al Pleno de la Comisión las propuestas de reforma a introducirse en cada uno de los libros del Código Civil, y es el Pleno – integrado por todos los miembros de la Comisión – el que aprueba las modificaciones planteadas.

Asimismo, la metodología de trabajo adoptada por la Comisión ha considerado incluir el *intercambio escrito de opiniones*. Esta técnica consiste en solicitar a cada uno de los miembros de la Comisión su opinión en forma escrita sobre un determinado punto que se viene discutiendo en las reuniones plenarias. Esta opinión se distribuye en todos los miembros con anterioridad a la reunión y, cuando todos se encuentran reunidos, se discuten las opiniones, los comentarios y/o las sugerencias de los miembros.

5. Reformas aprobadas preliminarmente en la comisión[21]

Desde su instalación, la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano ha desplegado todas sus fuerzas para lograr el objetivo propuesto. En esta medida, con la creación de las Subcomisiones de trabajo, se presentaron al pleno de la Comisión propuestas de reforma a introducirse en cada uno de los Libros de nuestro Código Civil, incluido el Título Preliminar o Parte General.

Hasta la fecha se han *aprobado preliminarmente* las modificaciones al Título

[19] Véase RISOLIA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato. En nuestra legislación civil*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1958.

[20] Sobre el fenómeno jurídico de la Contratación Masiva, el autor viene elaborando su Tesis de Magíster que presentará a la Escuela de Graduados de la Universidad Católica. Como he sostenido en varios trabajos, "... la contratación masiva no es un contrato, sino un fenómeno jurídico que aparece ante la necesidad urgente de agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios, consolidándose como un nuevo *"Sistema de Contratación"*. La contratación masiva no son contratos con la masa. Son contratos de una misma naturaleza, en serie o en masa, celebrados entre predisponentes y adherentes. En tal sentido, en el sistema de contratación masiva, se utiliza cuantitativamente un contrato – típico o atípico – para lograr el intercambio en gran escala de los bienes y servicios" (Cf. La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del Proyecto del Código Civil argentino de 1998. En: *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires : Editorial La Ley, Año LXIII, n. 121, 122 y 123, p. 3).

[21] Consúltese MUÑIZ ZICHES, Jorge. *Reformas al Código Civil de 1984*. Op. cit., p. 29-50.

Preliminar, al Libro Primero de Derecho de las Personas, al Libro del Acto Jurídico, la sección relativa a los Contratos, Parte General, y actualmente se viene aprobando las modificaciones al Libro de los Derechos Reales.

En el presente trabajo, realizaremos un análisis de las reformas más importantes aprobadas por el Pleno de la Comisión al Código Civil de 1984.

6. Título preliminar[22]

Esta Subcomisión está conformada por los Doctores Carlos Fernández Sessarego – quien fue elegido como el responsable del grupo de trabajo –, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando Vidal Ramírez y Augusto Ferrero Costa, en su condición de miembros de la Comisión; y los Doctores Roberto Villarán Koechlin y Marcial Rubio Correa como consultores.

Las modificaciones propuestas y aprobadas por la Comisión hacen de nuestro Título Preliminar un área mucho más novedosa y funcional del Código, ya que se recogen principios generales del derecho que exigían una regulación positiva.[23]

[22] Sobre este tema, en nuestro medio se han realizado sendos estudios, ver RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar.* 7. ed. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996; FERRERO COSTA, Augusto y otros. *Tratado de Derecho Civil I, Título Preliminar.* Lima : Universidad de Lima, 1990, entre otros trabajos.

[23] Una ponencia sobre las *Reformas al Título Preliminar,* presentó el Doctor Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA en el "I Congreso Nacional de Derecho Civil", la misma que se encuentra publicada en la obra colectiva *Reforma del Código Civil Peruano,* op. cit., p. 51-64.

6.1 Innovaciones

En el *artículo I* del Proyecto se expresa cuáles son las *fuentes del Derecho peruano.* Se reconoce como primera categoría a las normas legales,[24] a la ley en sentido amplio, cualquiera sea el órgano – que en uso de sus facultades y dentro de su competencia – que emita una norma con rango de ley. La costumbre[25] es expresamente señalada como fuente del Derecho, pero consideramos que debe ser aplicada siempre que no exista norma positiva, tenga carácter general y sea conocida por todos los miembros de una comunidad. En tercer lugar, se encuentran los principios generales del Derecho.[26] Por último, se le otorga a la jurisprudencia[27] valor de fuente del Derecho, aunque con los alcances que la propia ley le establece.

[24] Veáse RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.* Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 143-184; MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho.* Bogotá-Colombia : Editorial Temis, 1990, p. 111-148.

[25] Sobre la costumbre ver CARDENAS KRENZ, A. Ronald. *Derecho y realidad social: La costumbre como fuente del Derecho Civil.* Lima : Ediciones Jurídicas UNIFE, 1998; RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. La costumbre, aproximaciones a una teoría general. En *Scribas. Revista de Derecho,* Arequipa, Año II, n. 3, p. 57-63.

[26] Sobre la codificación de los principios generales del derecho, consultar SCHIPANI, Sandro. Codificación del los principios generales del derecho latinoamericano. En *Diez Años. Código Civil peruano: balance y perspectivas.* Lima : Universidad de Lima, WG Editor, 1995, t. I, p. 13-31; DE LOS MOZOS, José Luis. Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho. En *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina,* Roma : Mucchi Editore, 1996, p. 29-40.

[27] Ver RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico.* Op. cit., p. 185-210.

Creemos que esta enumeración taxativa de las fuentes del Derecho peruano evitará las arbitrariedades y las ambigüedades jurídicas, concediendo a los jueces valiosas herramientas para la aplicación del derecho.

En el *artículo II* del Proyecto se menciona a la *doctrina*, aunque no se le confiere el carácter de fuente de Derecho. Sin embargo, los magistrados deberán tener en cuenta los estudios jurídicos para la fundamentación de sus resoluciones. Al momento de sentenciar, los Magistrados deberán tener en cuenta no sólo la ley positiva, sino valorar las opiniones y aportes de los estudiosos e investigadores del Derecho.

Un gran avance – aunque serán los operadores del Derecho los que hagan realidad esta norma – es la incorporación en el Título Preliminar del *principio general de la buena fe*.[28] El *artículo V* del Proyecto establece que: "Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe". Este debe entenderse tanto desde la óptica objetiva[29] como subjetiva.[30] Nuestro vigente Código Civil no tiene una sistemática o un criterio uniforme sobre este principio. La buena fe no es únicamente regulada desde uno de sus aspectos; será el juez quien, al momento de valorar una conducta y teniendo en cuenta la doctrina, determine si se trata de una conducta donde la buena fe se presenta en forma objetiva o subjetiva.

La *teoría de los actos propios*[31] también ha sido recogida en el *artículo VI*, estableciéndose que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior asumida en una relación jurídica.

Otra novedad constituye la positivización del *fraude a ley*[32] en el *artículo IX*, sancionándose con nulidad el acto que pretendiendo un resultado distinto se ampare en una norma legal creada para otros fines.

(28) Sobre los estudios de la buena fe existen en nuestro medio los trabajos de los profesores RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el Código Civil*. Lima : Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1987, p. 233-300, y JIMENEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. *Análisis sistemático del concepto de buena fe en el Código Civil de 1984*, artículo a publicarse en la *Revista Advocatus*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 1999. En Derecho Comparado, son importantes los estudios de DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe*. Barcelona : Bosch, Casa Editorial S.A., 1965; WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid : Editorial Civitas, S.A., 1982.

(29) En sentido *objetivo*, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine "buena fe-lealtad".

(30) En sentido *subjetivo* la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama "buena fe-creencia".

(31) Sobre la teoría de los actos propios, consúltese el discurso de incorporación como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho del Doctor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, intitulado La doctrina de los actos propios, publicado en el *Anuario de la Academia Peruana de Derecho – 1996*, Lima : Gaceta Jurídica Editores, 1996, p. 159-169; ORTIZ CABALLERO, René. La doctrina de los actos propios en el Derecho civil peruano. En *Derecho*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, n. 45, p. 265-285; también: DIEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona : Bosch, 1963, BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1987.

(32) Veáse LUCES GIL, Francisco. El fraude de la ley. En *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Battle*. Madrid, 1978; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1955, t. I, p. 607 y ss.

6.2 Enmiendas de técnica legislativa[33]

Los temas a los cuales nos vamos a referir en este punto se encuentran actualmente en nuestro Código Civil; no obstante, han sido corregidos y su técnica legislativa mejorada. A dichas mejoras las llamaremos, por tal razón, enmiendas.

Sobre la *derogación de las normas legales*, el artículo II del Proyecto es redactado en forma más amplia, pues establece que: "La norma legal se deroga o modifica sólo por otra norma legal de su mismo rango o de rango superior". Igualmente se establece que las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que declaren la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma legal deja sin efecto la norma impugnada.

La analogía y la interpretación extensiva no se permiten en los supuestos de las normas legales que establezcan excepciones, restrinjan derechos o establezcan sanciones. Esta es la posición del *artículo IV* del Proyecto.

La teoría del abuso del derecho[34] tiene una mejor redacción en el *artículo VII* al señalar que: "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso". Nuevamente, serán los juzgadores los que determinarán en qué casos existe un ejercicio u omisión abusivo de un derecho, debiendo recurrir para ello necesariamente a los fines del derecho, como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, con el objetivo de establecer la configuración del abuso del derecho.

En el *artículo VIII* se precisa de una mejor forma la *nulidad* de los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres, estableciendo que serán sujetos de nulidad – total o parcial, según corresponda –, con lo que se soluciona la falta de sistemática e incompatibilidad del Código Civil de 1984, que se refiere a categorías como nulidad, anulabilidad, invalidez, ineficacia, inexistencia, insubsistencia, entre otras figuras afines. Con este artículo, que es orientador para todo el Código Civil, se recoge la *teoría de la nulidad*, que debe encontrarse en todo el Código cuando se mencione cualquiera de las modalidades o categorías de la nulidad; es decir, de nulidad total (o nulidad propiamente dicha), o nulidad parcial (o anulabilidad).[35]

Para ser diez los artículos que contiene nuestro Título Preliminar vigente, número que se mantiene en el Proyecto, las innovaciones aprobadas en el Pleno de la Comisión revisten gran relevancia, por lo que no vacilamos en afirmar que con las referidas propuestas de reforma se contaría con un Título Preliminar nuevo, siendo la parte general así mucho más remozada, eficaz y funcional.

(33) Sobre la técnica legislativa de las normas legales, acaba de publicarse un excelente trabajo del profesor Luis F. P. Leiva FERNÁNDEZ, intitulado *Fundamentos de técnica legislativa*, Buenos Aires : Editorial la Ley, 1999.

(34) Un amplio estudio sobre este tema puede encontrarse en la obra *Abuso del Derecho*, del profesor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, Buenos Aires : Astrea, 1992; VEGA MERE, Yuri. Apuntes sobre el denominado abuso del derecho. En *Derecho Privado*, Lima : Grijley, 1996, p. 61-76.

(35) Sobre el particular resultan ilustrativos los trabajos de RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992; y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La nulidad en el Código Civil peruano. Monografía presentada a la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, próxima a publicarse.

7. Derecho de las personas

Para la revisión del primer Libro del Código Civil vigente se conformó también una Subcomisión compuesta por el especialista en el Derecho de las Personas y mentor de la creación de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y su primer Presidente, Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien también fue el responsable de esta Subcomisión. Asimismo, integran este grupo los Doctores Carlos Cárdenas Quirós y Ricardo Marcenaro Frers, éste último hasta que fue sustituido.

Esta parte del Proyecto contiene importantes aportes para el derecho latinoamericano, a las que su responsable prefiere denominar enmiendas.[36]

Se otorga un tratamiento bastante más didáctico al concebido como sujeto de derecho, permitiendo una mejor interpretación en cuanto a los alcances.

Por otro lado, se expresa que los derechos son inherentes al ser humano, salvo las limitaciones que la ley establezca, precisándose que tales limitaciones están constituidas por la capacidad de ejercicio, puesto que la capacidad de goce no puede estar sujeta a limitación legal alguna.[37]

Se regulan positivamente otros derechos de la persona como la identidad, la integridad psicosomática y la salud.

Un problema que debíamos afrontar eran los avances de la ciencia y la tecnología. Se incorporó un artículo sobre la integridad de la especie humana, así como la protección del genoma humano,[38] el que no podrá ser modificado excepto en los supuestos de prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves. También se han prohibido las manipulaciones genéticas, como la clonación, la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de los seres humanos. Sin embargo, el tema del genoma humano es remitido a una ley especial que deberá desarrollarse posteriormente.

Temas que son discutidos y tratados por la doctrina anglosajona y muy especialmente por los tribunales estadounidenses son los relativos al *alquiler de vientres,*[39] *la maternidad subrogada, la fecundación in vitro,* entre otros. Los estudiosos se preguntan si se puede contratar con la finalidad de alquilar un vientre. Nuestro Código Civil vigente no lo prohibe expresamente, pero del ordenamiento jurídico en su conjunto podemos afirmar que no está permitido. La propuesta de reforma aprobada, en un nuevo artículo (el 5a), prescribe lo siguiente:

"1. Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para transplantes de órganos o tejidos de embriones o fetos muertos.

(36) Sobre este tema recomendamos el trabajo del Doctor Carlos Fernandez Sessarego. *Breves comentarios sobre las enmiendas propuestas al Libro Primero del Código Civil,* op. cit., p. 65-108.

(37) Para una profundización puede consultarse el ensayo del profesor Carlos Fernandez Sessarego, intitulado El histórico problema de la capacidad de goce, en *Diez años. Código Civil peruano: balance y perspectivas*, Lima : Universidad de Lima, W. G. Editor, 1995, p. 75-136.

(38) El genoma humano consiste en la totalidad de los genes de los que está compuesto un ser humano. Para una mayor profundización. Cf. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho y manipulación genética.* Lima : Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1996.

(39) En nuestro medio puede consultarse el trabajo de Alfredo BULLARD GONZALEZ. Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientres, las madres sustitutas y el Derecho contractual. En *Análisis económico del derecho*, Lima : Ara, 1996, p. 331-363.

2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para procreación.

3. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la paternidad".

Finalmente, se dispone que todo lo establecido en este artículo será desarrollado por una ley especial.

El citado numeral respeta la autonomía privada de las personas. Sin embargo, se deja expresa constancia de que los acuerdos de procreación o gestación no serán *exigibles*. Notamos que, en principio, la posición de la Comisión apunta a que no se puede contratar con la finalidad de alquilar un vientre materno para procrear.

Empero, consideramos que si dos personas deciden acordar libremente el alquiler de un vientre materno y luego de la misma forma son ejecutadas cada una de las prestaciones asumidas por cada una de ellas, el acuerdo es válido únicamente entre ambas. En nuestra opinión, no habría impedimento alguno para que se pactase alquilar un vientre, pero debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de las prestaciones correspondientes de dicho acuerdo, no teniendo el valor de un contrato y no estando amparado por ley, no podrá ser exigible, con lo que la eficacia del acuerdo estaría sujeta únicamente a la voluntad de las partes. Este tema resulta novedoso. No podemos saber qué ocurrirá en el futuro, pero lo que hoy se intenta es prohibir la contratación de alquiler de vientres, para evitar que esta actividad se convierta en una profesión o modo de vida.

En cuanto a la maternidad, se expresa que ésta se encuentra determinada por el parto, con lo que se soluciona el problema de las madres sustitutas o subrogadas.

Se encuentra prohibida la cesión, manipulación o destrucción de embriones o fetos humanos. Por otro lado, se permite la fecundación humana asistida exclusivamente para los casos de procreación, aunque la ley especial se encargará de regular cada uno de los supuestos, así como los lineamientos a seguirse en estos casos.

El Proyecto agrega un párrafo al vigente artículo 6 de nuestro Código Civil, donde se establece que el cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y sus productos, así como el genoma humano, no serán objeto de derechos patrimoniales y menos aun de patentes.

Se establece que la disposición o utilización de órganos o tejidos de seres humanos será gratuita, a diferencia del rango de donación considerados actualmente.

En cuanto al sometimiento a tratamientos médico-quirúrgicos, se dispone como regla, en función a la esencia de ser libre del ser humano, que no se podrá obligar a nadie a practicárselas, estableciéndose la excepción para los casos que la ley así lo establezca en forma obligatoria.

Se permiten la necropsia, la incineración y el embalsamiento como métodos de disposición o conservación del cuerpo de un ser humano muerto.

Constituye un tema sumamente discutido el de la protección del ser humano por los daños que le pudieran causar. El Pleno de la Subcomisión al respecto aprobó el artículo 18:

"La amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes al ser humano faculta a cualquier persona a solicitar la paralización del hecho potencialmente susceptible de causar daño o la cesación de la actividad generadora del mismo, respectivamente. La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

El interesado podrá solicitar a la autoridad correspondiente la adopción de medidas inmediatas y apropiadas para evitar o suprimir el daño. También podrá hacerlo ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal".

Y el siguiente artículo, el 18a, en relación a la indemnización de los daños al ser humano, prescribe que deberán valorarse tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales.

Con relación al nombre, se establece que no se podrán adoptar más de dos prenombres así como apellidos.

Sobre la capacidad de ejercicio, se dispone que los menores de dieciocho años, para efectos de sus derechos patrimoniales, están sujetos a patria potestad o tutela, excepto los casos en que la ley establezca un tratamiento distinto. De igual forma, se establece como requisito para la curatela que el sujeto haya sido declarado interdicto.

Se reemplaza la denominación de incapacidad relativa por la de *capacidad de ejercicio restringida*, estableciéndose los supuestos en los que se presenta, que a saber son:

a) Los retardados mentales.

b) Los que sufren de severo transtorno mental.

c) Los dependientes crónicos de alcohol.

d) Los adictos a las drogas.

e) Los que sufren pena que conlleva la inhabilitación.

f) Los que por causa de una discapacidad física, mental o sensorial se encuentran impedidos aún temporalmente, del cuidado de sí mismos o de administrar su patrimonio.

En cuanto al procedimiento de declaración de muerte presunta se modifican los plazos de la siguiente forma:

a) Cuando hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias del desaparecido, o tres si éste tuviere más de ochenta años.

b) Cuando haya transcurrido un año, si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo correrá a partir de la cesación del evento peligroso.

c) Cuando la muerte esté verosímilmente acreditada sin que el cadáver haya sido encontrado o identificado.

En la sección referida a las Personas Jurídicas, las reformas también revisten trascendencia, teniendo en cuenta las innovaciones introducidas por la Comisión Reformadora de la Ley General de Sociedades, presidida por el Doctor Enrique Normand Sparks en el nuevo texto vigente desde el 1.° de enero de 1998.

Se establece el carácter formal de la persona jurídica con su inscripción en el registro correspondiente.

Ninguna persona jurídica de derecho público o de derecho privado puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o similar a la de una persona jurídica preexistente, salvo prueba de estar autorizada para ello. Tampoco puede adoptar término o expresión alguna que induzca a error sobre el tipo de la persona jurídica, o adoptar una denominación o razón social que contenga marcas o nombres comerciales notoriamente conocidos, nombres de organizaciones o instituciones públicas o, en general, denominaciones legalmente protegidas, salvo prueba de estar autorizado para ello.

Se permite la fusión y la escisión de personas jurídicas.

Con relación a las congregaciones y órdenes religiosas, se establece que podrán constituirse como asociaciones o bajo cualquier otra forma de organización legalmente permitida.

El derecho a voz y voto que tienen los asociados de una asociación corresponderá únicamente a aquéllos que se encuentren hábiles.

Se suprime la disolución judicial de la asociación a falta de norma estatutaria.

En la Fundación se señala que el o los fundadores podrán ser miembros de la Junta de Administración. Asimismo, no podrán integrarla los beneficiarios de la fundación o los representantes de aquéllos.

Se regulan de manera bastante más detallada – y con ello se solucionan vacíos en la ley – las atribuciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, como designar a los administradores de las fundaciones constituidas por testamento en el que se hubiese omitido su nombramiento, o sustituirlos al cesar cuando el estatuto no hubiere previsto el procedimiento para el nombramiento de nuevos administradores, o cuando no resulte aplicable lo dispuesto por las normas estatutarias. Se expresa también que el cargo de administrador es indelegable.

En materia de Comunidades Campesinas y Nativas se expresa, excepcionalmente a lo establecido en el artículo I del Título Preliminar, que la costumbre es fuente principal de Derecho en cuanto a las relaciones de familia, las transmisiones sucesorias y el ejercicio del derecho de propiedad, salvo que sus integrantes opten por la aplicación del derecho civil.

Se establece que las Comunidades Campesinas y Nativas tendrán la calidad de personas jurídicas formalmente a partir de su inscripción en el registro correspondiente. Se les otorga autonomía económica, administrativa y organizativa, siempre que no transgredan la ley.

Se les confiere la categoría de sujetos de derecho a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos.

Si una fundación, por cualquier causa, no llegase a inscribirse en el registro correspondiente, se autoriza al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, a realizar las acciones y gestiones que sean necesarias con la finalidad de lograr su inscripción.

Finalmente, cuando el comité no inscrito haya cumplido el fin propuesto, o si dicho fin no se hubiere podido alcanzar, se faculta al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités para que de oficio o a pedido de parte pueda solicitar la cesación de las actividades del comité no inscrito y la rendición de cuentas, disponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos.

Las reseñadas constituyen algunas de las modificaciones más importantes a introducirse en el Libro Primero de Derecho de las Personas.

8. Acto jurídico

La Subcomisión está conformada por los Doctores Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Manuel de la Puente y Lavalle, siendo responsable el primero de los nombrados.

La Subcomisión propuso al Pleno de la Comisión mantener el *nomen juris* de Acto Jurídico, la misma que fue aceptada. En este sentido, se regula la figura jurídica genérica del Acto Jurídico, y no al negocio jurídico.

El actual artículo 140 se desdobla en dos artículos, el 140 y el 140a, sobre el concepto y los requisitos de validez del acto jurídico respectivamente, introduciéndose a su vez algunas modificaciones en relación a este último. Se señala que para la validez del acto jurídico se requiere:

a) Que el sujeto tenga plena capacidad de ejercicio, salvo los casos de excepción previstos en la ley, y que además esté legitimado para celebrarlo.

b) Que la relación jurídica sea lícita.

c) Que cuando recaiga sobre bienes, servicios o abstenciones, sean físicamente posibles, determinados o determinables, y susceptibles de tráfico jurídico.

d) Que su finalidad sea lícita.

e) Que se cumpla la formalidad que, bajo sanción de nulidad, establece la ley.

En el Título sobre Representación se ha propuesto modificar, dentro de la representación conjunta, la presunción de la solidaridad que tienen los representantes frente al representado en los actos que realicen (actualmente es el artículo 148). Esta propuesta se basa en el supuesto de que el propósito o interés común de los representantes pueda llevar a realizar actos que vayan en contra del representado.

Adicionalmente, se crea otra forma de *renunciar a la representación*, sin tener que esperar a que se designe a otro representante (como lo señala el artículo 154 del Código Civil vigente). Ahora únicamente bastaría con comunicar al representado por escrito.

En cuanto a la *simulación del acto jurídico*, se propone una redacción más clara (con sus evidentes ventajas) al señalar que en ella no existe un propósito real de los sujetos, por lo que su celebración no traería como consecuencia ningún efecto. Su fundamento radica en que los actos jurídicos simulados son falsos y por consiguiente no surten efectos jurídicos entre las partes, debido a que lo que caracteriza a la simulación no es la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada ni entre declaración y contradeclaración, sino entre el propósito declarado y el real entre las partes.

En relación al *error*, se propone un tercer requisito: el factor de determinabilidad para delinear el concepto de error como vicio de voluntad. Se precisa también las clases de error que se pueden presentar, pudiendo encontrarse el error en la formación de la voluntad, y el error en la declaración.

En esta parte del Código falta la revisión de algunos temas relativos a la *interpretación y los vicios de la voluntad.*

9. Contratos – Parte general[40]

En cuanto al Libro de las Fuentes de las Obligaciones, a la fecha sólo se ha aprobado la sección relativa a los Contratos en General. La Subcomisión estuvo a cargo del Presidente Honorario de la Comisión de Reforma del Código Civil, Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, e integrada además por el Presidente de la Comisión de Reforma, Doctor Jorge Muñiz Ziches y los Doctores Carlos Cárdenas Quirós y Max Arias-Schreiber Pezet.

El concepto del contrato recogido en el artículo 1351 del Código de 1984 es concordado, en la propuesta, con el concepto de acto jurídico regulado en el artículo 140, señalándose que: "El contrato es un acto jurídico plurilateral, referente a una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial". Resulta claro que la nueva redacción no resta en nada la noción de acuerdo de voluntades como parte fundamental del concepto de contrato.

Según el Doctor Manuel de la Puente,[41] en la formación del contrato doctrinariamente deben distinguirse dos momentos distintos – aunque generalmente coincidentes –, la concertación o conclusión, y el perfeccionamiento. Así, cuando el vigente artículo 1352 del Código Civil se refiere a que los contratos quedan perfeccionados con el consentimiento, se está aludiendo erróneamente a la "consensualidad" como un requisito para que los

[40] Para una mayor profundización sobre las reformas a esta sección del Código Civil, recomendamos el trabajo del Doctor Manuel De La Puente Y Lavalle publicado por el Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ bajo el título de Contratos en general. Motivación de propuestas. En *Reforma del Código Civil peruano*, Lima : Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 221-253.

[41] Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Contratos en general. Motivación de propuestas.* Op. cit., p. 222-223.

contratos queden perfeccionados. En este sentido, se ha aprobado reformar el referido artículo 1352 en el siguiente sentido: "Los contratos quedan *concertados* por el consentimiento de las partes, excepto aquellos en que el consentimiento deba expresarse mediante la formalidad prescrita por la ley".

Una razón para reformar el Código Civil estriba en adecuar sus normas a las de la Constitución Política de 1993. Dentro de este orden de ideas, se propone modificar el artículo 1355 (que permitía el intervencionismo del Estado en las relaciones contractuales), expresándose que "las estipulaciones contractuales no podrán ser modificadas por leyes o normas legales dictadas con posterioridad a la concertación del contrato", y así concordar este artículo con el numeral 62 de nuestra Carta Política, que recoge el principio de la santidad de los contratos.

El Pleno de la Comisión ha aprobado el uso del término "concertación" para referirse a la celebración del contrato cuando éste nace por el acuerdo de ambas partes contratantes.

También se ha aprobado que la aceptación de una oferta que se formule sin observar la manera requerida por el oferente equivaldrá a una contraoferta, a diferencia de la carencia de efectos que le confiere nuestro vigente cuerpo legal.

En cuanto a la caducidad de la oferta, ésta se produce cuando:

a) Se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue aceptada lo más pronto que la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso lo permitan; y,

b) Se hace sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para comprender el contenido de la oferta, según la naturaleza de la operación y las circunstancias del caso, y para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

Se elimina como supuesto de caducidad de la oferta la retracción del oferente antes o simultáneamente a ella, en razón de no constituir una oferta, sino una policitación.

Sobre el contrato por adhesión, se perfecciona su redacción al establecer que el "contrato se concerta por adhesión", en lugar de "el contrato es por adhesión".

En materia de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación, la Subcomisión ha establecido que sea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial "Indecopi" el órgano administrativo competente para señalar la provisión de bienes y servicios que deberán estar sujetos a la contratación en base a cláusulas generales de contratación, así como la respectiva aprobación de las mismas.

En cuanto a las cláusulas vejatorias o abusivas contempladas en el artículo 1398, se incluye *in fine* que no son válidas todas aquellas estipulaciones que a juicio del juez sean vejatorias.

En cuanto a la oscuridad o ambigüedad de las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos concertados por adhesión, éstas se entenderán con arreglo al artículo 170 del Código Civil, el mismo que establece que las expresiones que tengan varios sentidos deberán interpretarse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto, y sólo excepcionalmente y en última instancia favorecerán al predisponente.

En lo referente a la Formalidad del Contrato (término adoptado en sustitución de Forma del Contrato), el artículo 1412 del Proyecto señala que: "Si la formalidad de un contrato no es esencial para su validez, las partes pueden compelerse

recíprocamente a cumplir la formalidad requerida".

Se amplían los plazos en los Contratos Preparatorios, estableciéndose que en el compromiso de contratar y el contrato de opción los plazos pueden ser determinados o determinables, pero si no se hubiesen establecido, éstos no podrán ser mayores a un año.

Por otro lado, se agrega el artículo 1429a, por medio del que se constituye una excepción a la resolución de la relación jurídica obligacional por causal de incumplimiento, cuando éste reviste poca gravedad o tiene escasa importancia, debiendo tenerse en cuenta el interés de la otra parte.

A su vez, se incorpora en un nuevo artículo, el 1430a, la posibilidad de la resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato, cuando una de las partes contratantes no cumple con ejecutar la prestación dentro de un plazo predeterminado que debe considerarse esencial en interés de la otra.

La cesión de posición contractual es extendida a todos los contratos.

Sobre la institución de la excesiva onerosidad,[42] se faculta al juez no sólo para que decida sobre la resolución de la relación jurídica, sino que también se le autoriza para "modificar las modalidades de ejecución de la prestación o de la contraprestación".

Estas no constituyen las únicas modificaciones en materia de la Teoría General del Contrato, pues faltan las precisiones de técnica legislativa que se han propuesto y aprobado en el Pleno de la Comisión. Empero, el análisis minucioso de cada artículo excedería el propósito del presente trabajo.

[42] Sobre este tema puede consultarse el libro de: BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima : Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990.

10. Derechos reales[43]

En la actualidad se vienen discutiendo las reformas a introducirse en el Libro de los Derechos Reales. La Subcomisión está presidida por el Doctor Jorge Avendaño Valdez, e integrada por los Doctores Carlos Cárdenas Quirós y Max Arias-Schreiber Pezet.

Las modificaciones aprobadas son las siguientes:

Se modifica el actual artículo 882, facultando a que contractualmente se pacte la prohibición de disponer o gravar, hasta por un plazo máximo de diez años, siempre que no exista norma legal que lo impida.

El numeral 883 del Proyecto señala que "los bienes son el objeto de los derechos reales". Asimismo, se agrega el artículo 883a, el mismo que dispone que las disposiciones del Libro de reales se aplican supletoriamente a las modalidades de derechos reales establecidas en otras leyes.

Constituye una modificación revolucionaria el artículo 884, que regula lo siguiente:

"La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo...

Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición".

Con esta norma se le confiere al registro un carácter y valor trascendente en la constitución de los derechos reales, evitando así las contradicciones y dificultades que arrastraba la normatividad anterior.

En efecto, con esta modificación se cambia el rumbo de la historia en materia

[43] Consúltese el ensayo del Doctor Jorge AVENDAÑO VALDEZ intitulado Las modificaciones del libro de reales. En *Reforma del Código Civil peruano*. Op. cit., p. 199-203.

de adquisición de la propiedad. Según esta propuesta aprobada por el Pleno de la Comisión se implanta un nuevo modo de constituir el derecho real de propiedad mediante la inscripción en el registro público, pero siempre y cuando el bien esté registrado.

Se ha agregado un nuevo artículo, el 884a, que regula la transmisión de un derecho real de un bien mueble no registrado, señalando que el adquirente de buena fe adquiere el derecho real de posesión aunque el titular-transferente carezca de facultad para transmitirla. Se exceptúan los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal. En lo relativo a los bienes muebles no registrados adquiridos en establecimientos abiertos al público, se indica que no son reinvindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega, quedando a salvo el derecho de acción judicial de los que se consideren perjudicados. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los contratos de arrendamiento de bienes muebles no registrados.

El Título sobre las Clases de Bienes tiene un tratamiento distinto. El artículo 885 divide a los bienes en dos grandes grupos: corporales e incorporales. A su vez, los corporales pueden ser muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles y consumibles o no consumibles. Por su parte, los bienes muebles son aquellos susceptibles de ser movilizados de un lugar a otro, y los inmuebles son los predios con sus partes integrantes y accesorios.

Se agrega un nuevo artículo, el 886a, que clasifica también a los bienes en registrados y no registrados. Los registrados son aquellos incorporados a algún registro de carácter jurídico. Y los no registrados pueden ser registrables y no registrables, siendo registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a algún registro jurídico. Como señala el Doctor Jorge Avendaño, se trata de "bienes identificables".[44]

El actual artículo 913 establecía, sin admitir prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*), que la posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios; y en caso de bienes inmuebles también se presume la de los muebles que hallen en él. Con la modificación se introduce la prueba en contrario (presunción *iuris tantum*).

Se presume la buena fe en la posesión de un bien. Sin embargo, esta presunción no puede oponerse a la persona que tiene su derecho inscrito sobre el bien.

El artículo 919 del Proyecto se refiere a la caducidad de la acción de reembolso y no a prescripción, como actualmente se encuentra legislado.

Se denomina en forma más apropiada "Término de la Posesión" y no "Extinción de la Posesión", ya que el derecho de posesión no se extingue, sólo termina. Y en cuanto al artículo 922, la posesión termina por destrucción total o pérdida del bien y, en general, cuando cesa el ejercicio de hecho del alguno de los atributos del derecho de propiedad.

En cuanto al concepto del derecho de propiedad, recogido en el numeral 923, se cambia la denominación "interés social" por "bien común", por ser éste mucho más preciso y técnico, además de constituir uno de los fines del Derecho.

El artículo 925 expresa que la ley que establezca restricciones al ejercicio de la propiedad no podrá modificarse o suprimirse por acto jurídico.

En el artículo 929 del rubro "Adquisición de la propiedad", se sustituye el término "cosas" por "bienes corporales". Y

[44] Cf. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Las modificaciones del libro de reales*. Op. cit., p. 200.

en el mismo capítulo se eliminan los artículos 930 al 936.

Se plantea la derogación de los artículos 947, 948 y 949, referidos a la transmisión consensual de la propiedad, debido a que el Proyecto prescribe que la misma será ahora vía registro.

En materia de Prescripción Adquisitiva hay cambios de sumo interés, por cuanto se dispone que el derecho de propiedad (según el artículo 950) se adquiere:

"a) A los diez años cuando se trata de bienes registrados; y

b) A los tres años cuando se trata de bienes no registrados, si median justo título y buena fe. De lo contrario, se requieren cinco años de posesión".

En el artículo 952 se introduce el carácter retroactivo de la posesión a la fecha en que se cumplió el plazo de prescripción.

En el artículo 953 se precisan las causas de interrupción del plazo de prescripción de la siguiente manera:

a) Si el propietario pierde la posesión o es privado de ella, salvo que la recupere antes de un año o por resolución judicial o arbitral que se la restituya.

b) Si el poseedor reconoce no ser propietario.

c) Si el propietario requiere judicial o extrajudicialmente al poseedor.

En este caso no hay interrupción si la pretensión contra el poseedor es declarada infundada.

d) Si la posesión deja de ser continua, exclusiva, pacífica y pública.

Se incorpora un nuevo artículo, el 953a, estableciéndose que para la prescripción adquisitiva se aplicará lo dispuesto en los artículos 1989 y 2002 del Código Civil en tanto no sean incompatibles.

La propiedad horizontal tendrá una regulación general y no reglamentarista, recogiendo únicamente principios o reglas generales. Será la autonomía privada de las partes la que determinará los alcances y contenidos de esta figura jurídica.

El Proyecto de reforma regula en cuatro artículos esta institución jurídica, con lo que se derogarían la vigente Ley de Propiedad Horizontal y su Reglamento. En este sentido, el artículo 958 comprende a los pisos, departamentos y secciones de los edificios, las unidades que conforman grupos vecinales, agrupaciones, quintas y demás modalidades de los edificios de altura que pertenezcan a propietarios distintos. Expresa que cada edificio o agrupación de inmuebles deberá contar necesariamente con un Reglamento Interno aprobado por los propietarios, dejándose a la voluntad de las partes la determinación del contenido del mismo. Se establece que cada titular-propietario tendrá todas las atribuciones que el derecho de propiedad confiere, siendo además copropietario forzoso de los bienes de uso y servicio comunes, en la proporción que establezca el propietario al constituirse la propiedad horizontal.

El mismo artículo señala que, para la modificación de la proporción del titular de un derecho de propiedad bajo el régimen de propiedad horizontal, se requiere el acuerdo unánime de todos los propietarios.

Acerca de los porcentajes de participación, se establece que será el Reglamento Interno el que determinará los mismos, pero atendiendo a un criterio objetivo que puede consistir en:

a) El área ocupada o techada del piso, departamento o sección.

b) El valor del área.

c) Sus características o destino.

d) El uso de los bienes y servicios de dominio común. U

e) Otros criterios equitativos.

Los referidos porcentajes facultan a sus titulares a votar en las Juntas de Propietarios, y obligan a contribuir a los gastos de conservación, mantenimiento y administración de los bienes y servicios de dominio común.

El proyecto señala cuáles son los bienes y servicios de dominio común, indicándose que éstos constituyen "los imprescindibles para el adecuado uso, disfrute y conservación común, según su naturaleza, tales como pasajes, pasadizos, escaleras, ascensores, sistemas e instalaciones de agua, desagüe y electricidad", dejándose al acuerdo de los propietarios el establecimiento en el Reglamento Interno de otros bienes y servicios que tengan el carácter de comunes.

Asimismo, se precisa el carácter de "no disponibilidad" de los bienes y servicios de dominio común.

También se adiciona el artículo 958b, el cual prescribe que para la construcción de nuevas unidades inmobiliarias, la ejecución de cualquier obra en bienes propios o de dominio común que alteren o modifiquen el diseño, la estructura o la estética de la propiedad se requiere el consentimiento de todos los propietarios, pudiendo el Reglamento Interno establecer una fórmula distinta.

En el artículo 958g del Proyecto se protege a los copropietarios que han adquirido unidades inmobiliarias y cuya independización registral y adjudicación todavía no se han realizado a su favor, estableciendo que tendrán un derecho sobre lo construido y en su caso sobre el suelo, el mismo que será en forma proporcional a su inversión.

Las reformas a este libro aún no han terminado de aprobarse en el Pleno de la Comisión, por lo que me he limitado a señalar las que ya han sido aprobadas.

11. Unificación de los Códigos Civil y Comercial

Un tema muy discutido, desde antaño, es el relativo a la unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles.[45] Ciertamente, una de las razones para reformar el Código Civil de 1984 proviene de esta tendencia unificadora.

Dentro de este ambiente unificador, reviste particular importancia el magnífico trabajo realizado por la Comisión de Reforma del Código Civil Argentino, que el 18 de diciembre de 1998 ha elevado al Poder Ejecutivo de la Nación el Proyecto de Código Unico Civil y Comercial de Argentina, elaborado por la Comisión firmante integrada por los Doctores Atilio Aníbal Alterini, Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Julio César Rivera, Horacio Rotiman y María Josefa Méndez Costa. Cabe mencionar que éste no es el primer Proyecto por el que nuestro hermano país de Argentina intenta unificar los Códigos Civil y Comercial; existen otros tres proyectos anteriores: el de 1987 y los de 1993. Ahora bien, en opinión de la mayor parte de la comunidad jurídica

(45) Sobre los antecedentes de este proceso unificador recomendamos la Nota de Elevación del 18 de diciembre de 1998 que la Comisión Redactora del Código Civil Argentino entregó al Poder Ejecutivo Nacional Argentino, adjuntando el Proyecto del nuevo Código Civil unificado con el Código Comercial, publicado posteriormente en la *Revista La Ley*, e intitulado Proyecto de Código Civil y Comercial. Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo (18 de diciembre de 1998), Buenos Aires : Editorial La Ley, Año LXIII, n. 245, p. 1-3. También pueden consultarse los trabajos del profesor Atilio Aníbal ALTERINI: *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo.* Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1998, p. 109 y ss.; *Tendencias en la contratación moderna,* Buenos Aires : Editorial La Ley, Año LXIII, n. 80, p. 1-3.

argentina, este Proyecto reviste cualidades de importancia y solidez que lo colocan en una posición de considerable superioridad en relación a los demás, y se espera que se convierta en ley. Igualmente, el Doctor Jorge Muñiz Ziches, en su calidad de Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, ha manifestado la importancia de este Proyecto en diversos Congresos y fórums con motivo de la difusión de la reforma del Código Civil Peruano.

El Proyecto argentino, que consta de 2532 artículos, es notoriamente novedoso en comparación al vigente, pues no sólo unifica las los Códigos Civil y Comercial, sino que incorpora nuevas figuras jurídicas que han venido surgiendo en la vida diaria como son los contratos modernos, la contratación masiva, entre otros temas de igual importancia. Asimismo, es de notar que también se encuentra en este Proyecto todo lo relativo a los títulos valores.

En nuestro país, la corriente unificadora también constituye, en los tiempos actuales, una necesidad. En efecto, mediante la Ley 26.595, se creó una Comisión Especial encargada de elaborar el Proyecto de Código de Comercio. Esta Comisión fue facultada para presentar un Proyecto de Código de Comercio o un texto legal que lo sustituya.

La Comisión de Reforma del Código de Comercio decidió optar por una técnica legislativa distinta tomando como sustento de ello la realidad comercial. Recordemos que nuestro vigente Código de Comercio data de 1902, y a lo largo de sus 97 años de vigencia ha sufrido modificaciones sustanciales y la desmembración de su contenido en leyes especiales. Resulta, pues, evidente que hoy en día el vetusto Código de Comercio ya no tiene sentido, por lo que no dudamos en afirmar que el Código de Comercio ha muerto antes de ser derogado.

La mencionada Comisión de Reforma del Código de Comercio, que se encuentra también presidida por el Doctor Jorge Muñiz Ziches, está integrada por Congresistas y representantes – académica y profesionalmente – de las instituciones estrechamente relacionadas con el Derecho Mercantil, como la Asamblea Nacional de Rectores, la Cámara de Comercio de Lima, la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio (Confecamaras), el Ministerio de Justicia, la Asociación de Pequeños y Medianos Empresarios (Apemipe) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi). Asimismo, se han constituido dos Subcomisiones encargadas de elaborar los Anteproyectos de Ley del Contrato de Seguros y Ley de la Navegación y el Comercio Marítimo.

La decisión de la Comisión de Reforma del Código de Comercio no consiste en la elaboración de un Proyecto de nuevo Código de Comercio, sino en la redacción de una Ley Marco del Empresariado, tomando como elementos centrales a la empresa y al empresario, los cuales constituyen hoy los ejes de nuestra economía.

Esta Ley Marco del Empresariado intenta ser la base legal de toda la actividad empresarial, comprendiéndose en ella a la Ley General de Sociedades, La Ley General de Cooperativas, las asociaciones civiles, las fundaciones y otras formas de organización individual o colectiva.

Los trabajos de esta Comisión ya han culminado. En el mes de abril se entregaron a la Comisión Permanente del Congreso de la República los Anteproyectos de la Ley Marco del Empresariado, la Ley del Contrato de Seguro y la Ley de la Navegación y el Comercio Marítimo para su publicación, su correspondiente revisión y posterior aprobación.

Con estas propuestas legislativas se derogaría el Código de Comercio, y todo

lo relativo a las obligaciones y contratos mercantiles contemplados en el Código de Comercio sería recogido en las reformas al Código Civil de 1984.

No hemos optado por un Código Unico Civil y Comercial, pues consideramos que en nuestro caso no es necesaria la dación de un nuevo Código de Comercio, ni la fusión de los Códigos Civil y Comercial, sino la incorporación de las obligaciones, actos jurídicos y contratos que regula el Código de Comercio de 1902 al Código Civil vigente. En cuanto a las áreas especiales como el derecho de seguros y el derecho marítimo, deberá optarse por leyes especiales.

12. El proyecto del Código Civil argentino

Este Proyecto ha sido elaborado por la Comisión Honoraria, integrada por los más destacados juristas argentinos, de amplio reconocimiento internacional. En lo que al Perú se refiere, los nombres son ampliamente conocidos y citados.

A tal extremo ha llegado el reconocimiento de la calidad del Proyecto Argentino, que la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano lo empezó a divulgar y distribuir entre sus miembros en cuanto tuvo un ejemplar a su alcance.

Con el respeto que merecen los estudiosos del derecho argentino, no me explico cómo logran seguir solucionando los problemas jurídicos con un Código del siglo pasado. Si dejamos en manos de los jueces la labor exclusiva de creación del Derecho, ellos recurrirán a la creación ante la insuficiencia de norma jurídica y, en ese caso, se debería cambiar de familia jurídica y pasar a formar parte del derecho de los precedentes o *common law*.

No niego la importancia de este sistema; sin embargo, somos parte de una historia distinta.

Voy a comentarles una anécdota de mi país. Cuando durante la presente década empezó a cambiarse toda la legislación, los abogados en ejercicio, estudiosos, profesores y autores de textos exegéticos y legalistas, alzaron sus voces: "Tenemos que estudiar otra vez Derecho", y los últimos añadieron: "Nos malograron el negocio, ya no vamos a vender nuestros libros. Nos están causando un daño". Sólo una posición egoísta, individualista y sin visión ni perspectiva puede expresarse de esta forma.

En lo referente a estudiar nuevamente, creo, y esto está dirigido principalmente a los estudiantes de Derecho, que no se trata de una premisa válida. Cuando se estudia Derecho con una base sólida, se estudian las instituciones y no el articulado del Código; ergo, indudablemente se podrá modificar el Código las veces que se requiera, pero las instituciones seguirán siendo en esencia las mismas. Evidentemente, será necesario leer y revisar el nuevo texto legal, pero no al extremo de decir que se debe volver a estudiar derecho. Por último, el conocimiento del Derecho no termina jamás, por lo que cambie o no la norma positiva, su estudio y análisis deben formar parte de la vida del abogado.

Existe el caso de los denominados "autores chichas". En nuestro país llamamos de esta forma a quienes comentan un Código en seis o siete líneas o, peor aún, le colocan sus nombres – como si fuesen los autores – y empiezan a venderlo masivamente. A ellos, qué duda cabe, un nuevo Código les estropea el negocio, pues tendrán que volver a comentar ínfimamente el nuevo texto legal. Sin embargo, y en agudo contraste, ¿acaso no consultamos textos de Pothier, Domat, Josserand, Borda, Llambías, De Gasperi, Freitas, entre otros? La vigencia de estos textos no termina con la dación de leyes nuevas, y seguirán siendo libros clásicos aunque se promulguen diez Constituciones y treinta Códigos Civiles.

En el Perú es un pecado no consultar al Maestro León Barandiarán, independientemente del hecho fáctico que sus textos, exegéticos-dogmáticos, se refieran al derogado Código Civil de 1936.

En síntesis, la doctrina será siempre consultada, al margen de que sus comentarios se refieran a textos legales vigentes o no. La nota de distinción es la calidad de dichos textos, que deben ser fruto de una seria y profunda labor de investigación y análisis.

13. A modo de conclusión

El Derecho es un orden social destinado a regular y brindar seguridad a las relaciones jurídicas de las personas dentro de la sociedad. Para el logro de tales fines, su *codificación* debe ser clara, precisa, coherente y sistemática. El profesor Manuel de la Puente, comentando el carácter de los códigos, expresa que "(...) debe abandonarse la idea de que el Código civil sólo debe estar al alcance de los peritos en Derecho; por el contrario, debe tenderse a hacer del Código un instrumento claro y sencillo, que permita a cualquier persona consultarlo y entenderlo".[46]

La vigencia y eficacia del Código no deben fundarse en el "papel", en el constituir una norma jurídica positiva, sino que el cuerpo legal debe estar respaldado por la vigencia real y el ejercicio eficaz de los derechos y deberes de las personas, ya que de poco o nada sirve tener un Código Civil cuando sus artículos son oscuros, ambiguos, incompatibles, inaplicables. Si queremos contar con un Código Civil vivo, dinámico, sistemático, funcional y eficaz, es necesario que constantemente se actualice y revise sus instituciones.

En definitiva, creemos que la Reforma de un Código debe ser permanente, constante y no momentánea, de allí que el estudio y revisión de los Códigos debe formar parte del espíritu y esencia de la comunidad jurídica. Si el concepto de Derecho parte de la premisa de su dinámica con la sociedad, los Códigos, como expresión de aquél, no pueden carecer de tal observación y crítica continuos.

En palabras del profesor Mosset Iturraspe, las mismas que hacemos nuestras, los "... Códigos de los tiempos presentes pueden salvarse de la desintegración sólo a partir de las actualizaciones: constantes, ágiles, oportunas, adecuadas".[47]

[46] Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Lima : Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, t. I, p. 26.

[47] Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. La codificación en latinoamérica. En *Reforma del Código Civil peruano*. Op. cit., p. 24.

1. ESTUDOS

1.2

SÃO TAXATIVOS OS ATOS REGISTRÁVEIS?

RICARDO HENRY MARQUES DIP

1. A adoção de um aforismo, em que pese às suas vantagens gráficas e expressivas, traz consigo, freqüentemente, riscos de simplificação. E, o que é mais temível, de implicitação de juízos a que não se dirigia a referência tópica.

Não se trata só de aludir a conhecidas equivocações históricas. Por exemplo, como a que se acha na divertida suspeita de que o princípio da legalidade penal vem do direito romano. Ou melhor: teria forçosamente de vir dali, porque em Roma se falava o latim e em latim se diz até hoje *nullum crimen, nulla poena sine lege*. E, no entanto, esse travestimento latino do princípio da legalidade não vem dos tempos antigos. Não se deve a Paulo ou a Modestino, nem ao *jus honorarium* romano, senão que a Feuerbach, o penalista.

Ainda caberia lembrar a persistente *boutade* que se encontra em supor que as constituições – ao menos as que, por uns tantos critérios, se dizem democráticas (com perdão) – são tributárias, na realidade histórica, da *Magna Charta* com que, em 1215, se tentou pôr freios à jurisdição de João Sem Terra sobre os nobres e os vassalos maiores. Tanto é assim, dizem uns – e apontam a prova –, que as constituições atuais são comumente designadas pela expressão Magna Carta. Tudo o que basta, enfim, e com um sólido critério ao que se vê, para fazer prova de uma realidade histórica. E, sem embargo, foi em 1188, em terras da Hispânia, que Dom Alfonso IX – *dominus Aldefonsus Rex Legionis et Galletie* – jurou a primeira constituição dessas que, por agora, se nomeiam democráticas. Com ela jurou junto o princípio da legalidade penal. É o que se lê no item XV de seu juramento às Cortes de León e Galícia.

O que mais desconforta os aforismos – cujo uso, em todo caso, não se deve descartar *simpliciter*, até porque um aforismo vem pronto em socorro dizer que *abusus non tollit usum* – não é, pois, como ficou dito, o risco de uma precipitação referencial-histórica. Mas o da simplificação do objeto de seu conceito e o muita vez implícito desbordamento de sua extensão, com indissociável reflexo, portanto, em sua compreensão. Não há forma de evitar, já se fez ver desde Aristóteles, o relacionamento inverso entre essas propriedades lógicas, extensão e compreensão.

2. Faz alguns anos, no ambiente do direito registral brasileiro, difundiu-se, calcado patentemente numa conhecida formulação processual, o aforismo *quod non est in tabula, non est in mundo*. Sua função originária – a exemplo da matriz de que copiado: *quod non est in acta, non est in mundo* – era de caráter procedimental, voltado à operatividade da qualificação registrária.

Não era assim por acaso. Quando se afirma a inclusão do registro público no plano *principaliter* de um direito formal, põe-se prontamente sua familiaridade no campo do processo. Não falta, é certo, que se divida cada espécie do direito registral em substantivo e adjetivo, ou, noutros termos, em material e formal. Mas, para essa

classificação, no plano material – primeiro, aqui, considere-se o direito do registro imobiliário, registro público de que se disse o ser por antonomásia –, tem-se de importar realidades e noções versadas principalmente em outros segmentos jurídicos. Imóvel, fatos jurídicos – e toda sua panóplia: obrigações, negócios, contratos, vícios, nulidades etc. –, relações jurídicas, pessoa. O mesmo se passa, noutro exemplo, com o direito do registro civil das pessoas naturais. Nascimento, morte, emancipação, casamento, adoção, tudo isso é matéria primeira de outros ramos do direito, que somente num aspecto se põem à frente para o procedimento registral e nessa perspectiva passam a interessar-lhe. Fazem-se seu objeto, mas eram realidades que, primeiro e diretamente, eram e seguem sendo objeto próprio de um direito material logicamente anterior. O registro é essencialmente um processo, em sentido lato. Da mesma sorte que a ninguém ocorrerá que, versando a ação de despejo, o processo civil seja o segmento científico mais apropriado para tratar do instituto da locação. Da mesma forma como não se dirá que, cuidando de desconstituir, numa revisão criminal, a condenação de um questionável homicida à pena privativa de liberdade, o processo penal seja o campo do saber jurídico mais azado para estudar o crime de homicídio. Assim também, o fato de registrar-se uma venda e compra ou um nascimento, não faz do direito registral a esfera propícia para estudar contratos e bens da personalidade.

Quando se disse, originariamente, *quod non est in tabula, non est in mundo*, queria dizer-se que o registrador, na sua função primordial de decidir sobre a inscrição concreta de um título, está limitado ao que se acha no registro. O registro é seu mundo oficial. Foi logo depois necessário esclarecer que o próprio título em via de registração se engastava, enquanto tal, no aforismo. Daí a versão explicitada *quod non est in tabula et in instrumentum, non est in mundo*. Não bastou essa explicitação de sentido, porque pronto se fez interpelante a possibilidade de que conflitasse o conteúdo de títulos (assim, no plural). É bem verdade que, num e noutro caso, já se achavam as idéias ajustadas à expressão *tabula*, mas a resistência da práxis – melhor: a obstinação da práxis – induzia à explicitação de sentido. Em vez de *instrumentum, instrumenta*. Ficou assim: *quod non est in tabula et in instrumenta, non est in mundo*.

Fez-se largo período de tréguas, ao cabo do qual parece se ter dado uma implícita e variada substantivização do conceito exprimido no aforismo. A tópica originária resumia-se ao plano procedimental, não se dirigindo mais que a sintetizar um estatuto epistêmico para o registrador. Passou agora a perspectivar-se uma referência mais amplificada e própria do direito material. Em rigor, se se considera ainda o aforismo, já não se pensa em *quod non est in tabula, non est in mundo*, mas variadamente numa série de outros juízos inteiramente estranhos à estimação originária. Do tipo *quod non est in mundo, non est in tabula*, talvez *non est in tabula, quia non est in mundo*, ou mais longe: *non est in mundo, quia non est in tabula*.

Algumas dessas variantes tópicas substantivizadas – ditas em vernáculo, porque, no fim de contas, *causa (non) locuta, Roma finita* – suportaria a seguinte esquematização argumentativa:

- não há direitos reais relativos a imóveis, num sistema constitutivo, qual o brasileiro, que os objetos de registro;
- de onde segue que o registro imobiliário está dirigido à inscrição de direitos reais;
- e porque os mesmos direitos reais, sabidamente, são elencados no direito brasileiro em *numerus clausus* (um pequeno latim);
- *ergo*, os fatos suscetíveis de registro estão igualmente previstos de modo taxativo na Lei de Registros Públicos.

3. Quanto à primeira proposição – não há direitos reais relativos a imóveis, num sistema constitutivo, qual o brasileiro, que os objetos de registro –, distingue-se. Se se está a referir a direitos reais imobiliários constituídos por negócios *inter vivos*, concede-se. Em âmbito mais geral, exclusor da sucessão hereditária, das divisões, da usucapião e das acessões, nega-se. E prova-se, *brevitatis causa*, a distinção: basta ler o que dispõem os arts. 1.572, 631 e 530, incs. II, III e IV, todos do Código Civil brasileiro.

Quanto à segunda proposição, à margem de não ser conseqüente do aparente entimema – o registro imobiliário está dirigido à inscrição de direitos reais –, também se distingue. Que assim o seja *ut in pluribus*, concede-se. Que o seja sempre, nega-se. Prova-se a distinção: basta cogitar do fato de que são registráveis, no direito brasileiro posto, as locações de prédios, as penhoras, os arrestos e os seqüestros de imóveis, as convenções antenupciais, as citações – *maxime* as relativas a ações pessoais reipersecutórias relativas a imóveis, os dotes (art. 167, inc. I, n. 3, 5, 12, 21 27, Lei 6.015, de 31.12.1973). Mas a locação, a penhora, o arresto, o seqüestro, o pacto antenupcial, a citação e o dote, nunca se pensou que, no direito nacional, fossem direitos reais. Uma coisa, por certo, é admitir que o registro imobiliário está voltado tendencialmente a albergar direitos reais – seja para constituí-los ou não; coisa diversa é dizer que o registro predial somente se dirija a publicar direitos reais.

No que concerne à terceira proposição – os mesmos direitos reais, sabidamente, são elencados no direito brasileiro em *numerus clausus* –, concede-se *juxta modum*. É certo que se adotou no direito pátrio o critério da taxatividade dos direitos reais, mas cabe ao intérprete dizer quais dos direitos alinhados são reais e quais não o são, o que, de conseguinte, afasta um critério de oficialidade literal (a direta doutrina do *sens clair normative*).

A proposta de conclusão *sub examine* – os fatos suscetíveis de registro estão igualmente previstos de modo taxativo na Lei de Registros Públicos – não se infere das premissas. Desde o plano estritamente lógico-formal não se pode extrair da taxatividade dos direitos reais uma correlata enumeração exaustiva dos atos suscetíveis de registração predial. Apropositam-se a isso alguns tantos fundamentos. Primeiro, o de que o registro imobiliário, como visto, destina-se a acolher títulos não-referentes a direitos reais. Segundo, o de que a taxatividade dos direitos reais não implica restrição conseqüente dos títulos relativos a esses direitos: ter-se-á notado acaso que, na mescla de uma terminologia criticável, o art. 167 da vigente Lei de Registros Públicos, tratando do registro em sentido estrito, não se refere expressamente à propriedade? Mais além: não se diz que espécie de título permitiria o registro – por sinal, declarativo – de aquisição imobiliária por aluvião (arts. 530, inc. II, 536, inc. III, e 538, CC).

Isso não é nenhuma defectividade da normativa registral, mas próprio de um sistema processual *lato sensu*, que, por seu caráter fundamentalmente instrumentário, se proporciona mediante uma formulação de subsídio à realização do direito material. Negar que se possa registrar um título no ofício imobiliário porque não no prevê expressamente inscritível a regulativa específica ou lei extravagante é, em síntese, desprezar o caráter instrumental do registro e, no fim e ao cabo, denegar a realização de um direito que, recognoscível na ordem substantiva, não poderia já efetuar-se. Seria, guardadas as distinções, o mesmo que dizer que o locador tem direito a reaver o imóvel de um locatário inadimplente, e negar-lhe toda possibilidade de manejar uma ação de despejo.

Nem sempre se adverte com clareza que o direito real é uma atualização que

depende de uma potência, *scl.*, de um título, e que esse título é de direito obrigacional. Ora,

• se o registro imobiliário atualiza o título para, freqüentemente, constituir um direito real;

• se esse título, no sistema obrigacional vigente, é resultado possível de uma autonomia de vontades contratantes;

• se esse título, não menos, é alheio de exigências tipológicas e restritivas;

tem-se de admitir que, longe de afirmar-se a taxatividade dos atos suscetíveis de registro imobiliário, deve antes e ao revés dizer-se que todos os atos aos quais, sem vícios, se possa atribuir potencialidade para constituir (ou modificar) direitos reais imobiliários são suscetíveis de registração predial.

Há possíveis explicações para o equívoco de que se está a tratar. Primeira, a de que a idéia de um sistema formal de garantias – assim, o registro público – induz um critério formal de compreensão e de interpretação. O engano está em pensar que esse critério opera na seleção dos atos registráveis, quando o campo de sua atuação está antes internalizado no procedimento registral. De toda sorte, que haja mais ou menos atos suscetíveis de registração, não é isso que torna mais ou menos rígido um sistema de segurança jurídica. Segunda, a de que, pensam alguns, se registram direitos e ainda por cima direitos reais. Mas a verdade é que não se registram direitos, e sim fatos jurídicos para publicar uma situação jurídica. Terceira, a de que alguns fatos, se inscritos, implicariam um entrave persistente ao tráfico jurídico (por exemplo, o protesto contra a alienação de bens). Mas aqui é preciso distinguir o que é um impedimento pontual e, para mais, transitório, do que configura um obstáculo essencial: o protesto contra alienação de bens só não pode ser registrado porque falta ao sistema brasileiro a metódica da inscrição provisória; contasse o direito nacional com essa técnica, a medida de protesto não só poderia mas, como é patente, deveria ser registrável. Por agora, o julgamento das hipóteses de inscrição, inclusa a do protesto, deve ser tomado à luz do princípio mais principal do registro: a segurança jurídica.

Não se trata, é bem verdade, de afirmar *quod tabellio vel judex placuit, tabula habet vigorem*, mas tampouco se pode chegar a dizer *quod judex vel tabellio non placuit, non est in tabula et non est in mundo*.

4. Como se não fora pouca essa extensão da tópica inicial, agora tem-se outra nascente: uma espécie de *propter est in tabula, ergo est in mundo*.

Não se trata – o que não estaria mal – de vincular essa derivação do aforismo fundamental à hipótese prevista no art. 252 da Lei 6.015, de 1973 ("O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido"). É intrigante essa fórmula redacional e surpreende que um ato se desvincule tão aberta mas tão sabiamente de sua potência. Nesse caso sim: porque está no registro, está no mundo (*est in mundo, quia est in tabula*).

Coisa muito diversa é que se pretenda que estando algo registrado se torne direito real. Ou o que dá na mesma: o que é suscetível de registro, direito real deve ser. Com símile argumentação e inteira justificativa interna, converteremos o dote, a locação, as citações, as penhoras, seqüestros e arrestos em direito real.

1. ESTUDOS

1.3

REGISTRO DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. NOÇÕES ELEMENTARES

VICENTE DE ABREU AMADEI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. *Ratio iures* do registro de loteamento e de desmembramento – 3. Noções elementares de Registro de Imóveis e seus reflexos no registro de parcelamento – 4. Cautelas em relação à gleba a ser parcelada: 4.1 Definição de gleba; 4.2 Identificação do terreno como gleba ou como lote; 4.3 Reparcelamento; 4.4 Parcelamento de glebas mediante averbação de ruas; 4.5 A propriedade da gleba: 4.5.1 Origem dos títulos aquisitivos e seus registros; 4.5.2 Nulidade de registro e vício de título aquisitivo; 4.5.3 Títulos e registros antigos. O cuidado com a regularidade do registro imobiliário; 4.5.4 Verificação de ônus; 4.5.5 Cautelas especiais para enfiteuse e aquisições por usucapião e por direito hereditário; 4.5.6 Averbações de atualização; 4.5.7 A posse da gleba – 5. O procedimento de registro do parcelamento – Bibliografia.

1. Introdução

"Estava, pois, traçada a sorte do Brasil: dividir-se-ia em capitanias, como as ilhas do Atlântico.

Reinava D. João III.

(...)

Ademais disso, fazia El-Rei mercê ao donatário de determinada sorte de terras 'pela costa e pelo sertão dentro sem limites, em plena propriedade imediata e pessoal'. Durante o prazo de vinte anos, a contar da posse da capitania, ao donatário era livre escolher aquela data no lugar ou parte da mesma capitania, que mais lhe conviesse, contanto que fosse 'um só trata de terra, senão em quatro ou cinco separadas, e em distância nunca menor de duas leguas de uma a outra'. Essas terras, poderia o donatário 'arrendar ou aforar', em fatiota ou em pessoas, pelos foros e tributos que lhe aprouvesse, sem mais ônus ou pensão que pagar o dízimo a Deus, à ordem do mestrado de Cristo; e passariam sempre 'ao sucessor da capitania.'"

(...)

"Pelo preceituado nas cartas de doações das capitanias, os donatários eram beneficiados com a propriedade das terras respectivas afim de reparti-las e dá-las de sesmaria..." (Waldemar Ferreira)

"(...) um povo de latifundiários: entre nós, a história da pequena propriedade pode-se dizer que data apenas de um século". (Oliveira Viana)

O tempo das capitanias hereditárias (com suas cartas de doações e suas cartas forais)[1] e das sesmarias (com seus autos escritos por tabeliães ou escrivão e suas cartas de sesmaria),[2] berço da

(1) "Esses dois diplomas [carta de doação e carta foral] estabeleceram o estatuto da nova ordem jurídica no Brasil que nascia" (Waldemar Ferreira, *História do direito brasileiro*, t. I, 1951, Freitas Bastos, p. 45).

(2) Estabeleciam as Ordenações Manoelinas: "(...) os autos que os sesmeiros fizerem, sejam escritos por tabelião ou escrivão, que de nós ela tenha autoridade; e nas cartas de sesmarias se ponha sumariamente a sustância dos ditos autos, para se saber se foram dadas como deviam, ou não" (texto referido na obra citada de Waldemar Ferreira, p. 82).

repartição das "terras virgens do Brasi;",[3] passou...

Já se pode dizer do povo brasileiro desta última década do século XX: um povo de minifundiários urbanos, com mais de 75% da população vivendo em cidades, nas quais cresce, dia a dia, o número de pequenas propriedades imobiliárias, mas que também mostram as chagas de um processo de êxodo rural e de urbanização excessiva.

Não se compreendem, hoje, os mecanismos modernos de fatiar as terras urbanas (loteamento e desmembramento) fora do universo jurídico registrário.

Parcelar a propriedade imobiliária é, antes de tudo, exercer uma faculdade inerente ao domínio: quem é dono e, por isso, tem a faculdade de dispor daquilo que é seu, pode dispor do bem no seu todo ou de modo fracionado.

Lotear e desmembrar são, assim, direitos subjetivos do proprietário.

Todavia, não são direitos subjetivos ilimitados nem alheios ao controle administrativo do Estado: todo proprietário, em princípio, tem direito de parcelar seu imóvel; mas o tem apenas nos limites da lei e conforme os contornos administrativos da licença respectiva.[4]

Assim, afirma-se que a atividade de parcelamento do solo é sujeita, em primeiro plano, ao controle administrativo-urbanístico das Prefeituras Municipais, e, secundariamente, dos Estados e da União, conforme a peculiaridade de cada empreendimento e, conseqüentemente, às aprovações dos vários órgãos públicos que, para cada caso, se fizerem necessárias.

Além disso, o parcelamento do solo também deve ser submetido à inscrição no Serviço de Registro de Imóveis do local da gleba.

Anote-se que esses dois tipo de atos (aprovação e registro) a que a atividade do parcelamento do solo está subordinada são vinculados à lei e, assim, quer para os atos de aprovação, quer para os atos de registro, não há espaço para arbítrio nem para discricionariedade. Em outras palavras, o parcelamento do solo só não deve ser aprovado e só não deve ser registrado quando houver ofensa à lei.[5]

(3) A expressão é de Cândido Mendes de Almeida: "as dadas de terras virgens do Brasil não se poderiam chamar sesmarias, mas como se achavam desaproveitadas, assim foram também denominadas" [*Código Filipino ou Ordenação e Leis do Reino de Portugal*, 14. ed. Do Instituto Filomático (Rio de Janeiro, 1870), p. 822] – (ref. Waldemar Ferreira, op. cit., p. 80).

(4) Afrânio de Carvalho situa bem a questão lembrando que a legislação de parcelamento do solo urbano representa "limitação radicada no direito elementar de dispor, em virtude do qual este não pode ser exercido livremente, quando o titular quer parcelar gleba sua para sua edificação em zona urbana" (Loteamento e seu registro, *RDI* 08/09 e *Registro de imóveis*. 4. ed. Forense, p. 65).

(5) É por isso que se afirma que, em regra, a aprovação de parcelamento do solo constitui licença administrativa (pois o proprietário tem, conforme a lei à qual Administração está vinculada, direito subjetivo preexistente ao ato administrativo), não autorização administrativa (quando o ato administrativo depende do juízo de conveniência e oportunidade da Administração, sem direito subjetivo preexistente do proprietário). Sobre esse ponto, confira Toshio Mukai, Loteamento: aprovação mediante autorização?. *Informativo Dinâmico IOB*, Ano VII, n. 1.399, de 28.06.1983. Dizemos, entretanto, "em regra", pois pode haver situações excepcionais (como é o caso de gleba em área tombada), quando, então, o caso é de autorização (não de licença): *JTJ* 115/100. Confira, ainda, salientando que aprovação é ato vinculado a ApCiv 186.768-2-Santos do TJSP, j. 10.08.1992, rel. Des. Célio Filócomo. No mesmo sentido, observando-se que a vinculação é à lei em vigor na data do protocolo do pedido de aprovação, não àquela em vigor quando da solicitação de diretrizes, é o julgado publicado na *JTJ* 157/125 (ApCiv 219.848-2-Franca, TJSP, j. 19.04.1994, rel. Des. Pereira Calças).

Todavia, sem aprovação e sem registro não haverá licitude do loteamento ou do desmembramento: a) sem aprovação do projeto, não se pode dar início às obras do parcelamento (desmatamento, terraplanagem, abertura de ruas, demarcação de quadras e lotes etc.); b) sem registro, não se pode alienar lote algum (quer por escritura pública de venda e compra, quer por contrato preliminar de compromisso de venda e compra, quer por proposta de compra, quer por reserva de lote, quer por qualquer instrumento que revele a intenção de alienação fracionada da gleba).

Deste modo, ao se cuidar de loteamento ou desmembramento, geralmente estamos diante de algum tema relativo à sua aprovação ou ao seu registro, tendo em conta que o primeiro (aprovação) é ponto de partida da legalidade do fracionamento do solo e o segundo (registro) é ponto nuclear de sua amarração jurídica.

A proposta deste breve estudo, que, agradecido, dedico ao meu pai e meu padrinho de crisma, Vicente Celeste Amadei, é restrita ao exame do registro de parcelamento do solo urbano em suas noções e pressupostos elementares, sem pretensão de esgotar esse vasto assunto e sem preocupação com dados específicos e detalhes que cada ponto deste tema envolve; mas com esforço de, na medida do possível, atingir o seu miolo registral-urbanístico,[6] e, com isso, poder auxiliar aqueles que operam neste campo do direito imobiliário registral.

[6] O esforço de junção sistemática desses temas (registral e urbanístico) é, em verdade, um desafio, pois também vale para o Brasil a observação de Rafael Arnaiz Eguren: "El problema fundamental de la relación entre la legislación urbanística y la registral radica en la dificultad que ofrece la sistematización de los distintos temas. En efecto, la propia fragmentación de las normas que regulan la materia y la complejidad de su contenido técnico complican la cuestión hasta el extremo de generar graves inconvenientes en su exposición" (*Registro de la propiedad y urbanismo*, Madrid : Marcial Pons, 1995, p. 72).

2. *Ratio iures* ao registro de loteamento e de desmembramento

No Brasil, diversamente do que ocorreu em vários países da Europa, a interferência normativa do Poder Público na repartição imobiliária teve raiz não na necessidade de ordenar a estrutura do solo urbano ou rural, mas sim na necessidade de proteção jurídica aos adquirentes de lotes.[7] Daí, se afirma que o Dec.-lei 58/37, primeiro diploma legal que cuidou dos loteamentos de modo sistematizado, não atingiu a propriedade em sua conotação estática, mas sim em seu aspecto dinâmico, isto é, disciplinando o comércio imobiliário, regrando e limitando a liberdade contratual de venda e compra de lotes, para evitar abusos.

Assim, o Dec.-lei 58/37 estava norteado por esta preocupação protetivo-social (não protetivo-urbanística) de tutela dos adquirentes de lotes, quanto à liquidez do domínio e a segurança do negócio.[8]

[7] Confira sobre o assunto Wilson de S. C. Batalha ao lembrar que o Dec.-lei 58/37 "foi inteiramente elaborado à margem" das preocupações de interferência do Estado na estrutura do solo (diversamente do que ocorria com as legislações de parcelamento do solo na França, Itália e Espanha), pois o legislador tinha em mira "a proteção dos compromissários compradores e de terceiros, evitando aquisições a *non domino* e rescisões contratuais em prejuízo de adquirentes de imóveis que se valorizaram" (*Loteamentos e condomínios*, Max Limonad, 1953, t. I, p. 193-201).

[8] "Esse decreto visava dar garantias ao comprador de lotes, nada mais que isso. Para dar essas garantias, ele se preocupou com três pontos fundamentais: 1) tornar o contrato irretratável; 2) dar direito ao comprador à adjudicação compulsória; e 3) conferir direito real ao contrato" (José Osório de Azevedo Júnior. A Lei 6.766/79 – Progresso ou retrocesso. *Anais do Primeiro Seminário de Caráter Empresarial sobre a Lei 6.766/79 promovido pela Anel e SCIESP*, São Paulo, maio de 1980, p. 50.

Deste modo, surge a obrigação de depositar na Serventia Predial o memorial e a planta do loteamento, as certidões e o contrato-tipo de compromisso de venda e compra, bem como nasce a inscrição do loteamento, prevista no art. 1.° do Dec.-lei 58/37, tudo com o primeiro objetivo de proteger os adquirentes de lotes.

Logo se percebeu, também, a vantagem que isso tinha para o aperfeiçoamento do sistema da segurança jurídica imobiliária, pois com a planta e o memorial do loteamento depositados no Cartório de Registro de Imóveis, facilitado estava o controle registral imobiliário e o respeito aos seus princípios (especialmente o controle da disponibilidade e da especialidade).[9] Com a modificação pela Lei 6.015/73, adotado o sistema de matrículas, então, aqueles documentos (planta e memorial do loteamento) assumem importância vital para a segurança jurídica estática em parcelamentos do solo, em vista da necessidade de precisa determinação e de correta especialização objetiva (quantitativa e qualitativa) de cada uma das novas unidades imobiliárias que o fracionamento gera.

Adiante, com a Lei 6.766/79, que ampliou os fins da legislação do parcelamento do solo urbano para abranger a tutela dos aspectos urbanísticos, a razão de ser do registro do loteamento e do desmembramento também passou a se enquadrar na esfera do controle urbanístico.

Assim, hoje, o *registro* imobiliário do *parcelamento do solo urbano tem tríplice ratio iures*:

• *primeira*: a necessidade de *proteção jurídico-social aos adquirentes de lotes* (quer quanto à liquidez do domínio, quer quanto à segurança do negócio jurídico);

• *segunda*: a necessidade de *segurança jurídica registral imobiliária* para o eficaz controle de disponibilidade e de especialidade objetiva, nas situações de fracionamentos imobiliários;

• *terceira*: a necessidade de concentrar em um órgão, com função de marcar a juridicidade do parcelamento do solo, o controle formal de todas as licenças administrativas exigíveis em *tutela jurídica dos aspectos urbanísticos* do empreendimento.

Verifica-se, portanto, que, quer sob o ângulo social, quer sob o ângulo registral imobiliário, quer sob o ângulo urbanístico, o registro do parcelamento do solo urbano atua em reforço da segurança jurídica formal. Essa tríplice *ratio iures*, então, apenas retrata três aspectos diversos de uma mesma realidade finalística: segurança jurídica.

Por isso, não se pode divorciar o fim do registro de parcelamento do solo do fim do registro imobiliário em geral; ao contrário, ambos estão num mesmo contexto de reforço da garantia formal. Ontologicamente, não há distinção. A causa final do registro predial em geral e do registro de parcelamento do solo, em rigor, é a mesma: segurança jurídica imobiliária estática e dinâmica.[10]

(9) Ricardo Henry Marques Dip, ao cuidar da segregação imobiliária, salienta, com precisão, o cuidado que se deve ter no controle da disponibilidade não só com o novo imóvel autônomo, mas também com o remanescente: "De par com a determinação do novo imóvel, da porção separada, aferida consoante o título, põe-se com a segregação o problema do controle da disponibilidade do remanescente. Tanto a parte segregada, quanto o imóvel remanescente, um e outro prédio reclamam os atributos de corporiedade, identidade, atualidade e unidade para que, em relação àquela parte, se inaugure matriz e, em relação ao remanescente, validamente se preserve o assentamento matricial" (Do controle da disponibilidade no parcelamento do solo. *Direito imobiliário* – Coletânea I, ICA, 1989, p. 4).

(10) "Numa perspectiva demasiadamente sintética, poder-se-ia falar num princípio redutor do sistema de publicidade imobiliária,

3. Noções elementares de Registro de Imóveis e seus reflexos no registro de parcelamento

Assim como não se pode atingir o núcleo do registro de parcelamento do solo urbano desconsiderando o foco teleológico do registro imobiliário em geral, a atenção aos pilares do direito imobiliário registral também indica, por reflexo, o desenho da natureza, dos efeitos e da estrutura do registro de parcelamento urbano.

Afinal, é por dentro, não por fora, que se deve buscar a verdade registral do parcelamento do solo.[11]

Em apertada síntese, é possível dizer que o sistema brasileiro de direito imobiliário registral tem as seguintes características:

• *quanto aos efeitos relacionados à natureza dos direitos*, o registro é do tipo *constitutivo* e, assim, afirma-se que sem o registro não há direito real (propriedade, usufruto, enfiteuse, servidão, hipoteca etc.);[12] entretanto, também existem as inscrições *declarativas* (tal como o registro de sentença de usucapião e de sentença de partilha ou adjudicação na sucessão here-

fazendo-o residir na segurança jurídica, enquanto finalidade – ou mais agudamente, enteléquia do registro" (Ricardo Dip. Sobre a qualificação no Registro de Imóveis. Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Maceió, 1991, p. 18).

(11) Aproveita-se, aqui, da advertência que Jesús López Medel, calcado em Santo Agostinho, fez para o exame da natureza da função registral: "Precisamente los momentos actuales obligan, como ningún outro, a recordar y a hacer nuestra aquella anotación de San Agustín: 'Nunca alcanza la verdad quien la busca fuera'. Es decir, será difícil descubrir la sustancia y operatividad de un sistema inmobiliario registral – (...) – quien pretenda indagarla fuera del mismo, com aditamentos artificiosos, com datos por acumulación homologadora equívocos, por no decir com malabarismos de oportunid política accidentale" (*Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica – Estudios de Derecho y Sociología Registral*. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 134-135).

(12) Até 1864 vigorava no Brasil o sistema romano de transmissão da propriedade (título + modo), isto é, ao negócio jurídico translativo do domínio (causa do direito = título) associava-se um sinal externo do câmbio de titularidade (tradição real ou simbólica = modo). Com a Lei 1.237, de 1864, surgem as transcrições dos atos *inter vivos* de transmissões imobiliárias (art. 8.°), mas com efeito de mera publicação do negócio jurídico perante terceiros: avançamos, então, para o sistema francês (título + transcrição de efeito meramente declaratório). Todavia, a partir do Código Civil, que entrou em vigor em 1917, passamos a adotar um sistema eclético de transmissão da propriedade imobiliária por ato *inter vivos* (título + transcrição de efeito constitutivo), mais próximo ao sistema alemão, no qual a transcrição passou a ser modo de adquirir a propriedade (não só publicação declaratória do ato jurídico), com efeito de gerar a presunção de domínio. Com a reforma da Lei 6.015/73, que entrou em vigor em 1976 (já com as modificações da Lei 6.216/75), além de modificar-se o sistema de organização do registro imobiliário (o registro que era organizado no sistema de fólio pessoal e tinha por eixo de registro os títulos passou a ser organizado no sistema de fólio real e, com as matrículas, passa a ter como eixo de registro o imóvel), alterou a denominação dos atos praticados na serventia predial, designando "registro" ao que o Código Civil designou por "transcrição" e por "inscrição" (art. 168). Vigora, assim, no Brasil, não o princípio do consentimento, mas sim o princípio de inscrição que, na precisão de Afrânio de Carvalho, "significa que a constituição, transmissão e extinção de direitos reais sobre imóveis só se operam por atos *inter vivos* mediante sua inscrição no registro" (*Registro de imóveis*. 4. ed. Forense, 1997, p. 137).

ditária) e as inscrições enunciativas (tal como o registro de penhora);[13]

• *quanto aos efeitos relacionados à força probante do registro (ou da proteção que o registro confere)*, o sistema brasileiro é de *legitimação registral*, no qual o registro gera *presunção iuris tantum* (pode ser elidida por prova em contrario) de sua exatidão e de sua integralidade, conferindo *proteção relativa* (ou parcial) ao titular do direito inscrito e ao adquirente de boa-fé; isso em oposição aos sistemas de fé pública, em que há presunção *iuris et de iure* (que não pode ser elidida), com proteção absoluta (ou total) ao adquirente;[14]

• *quanto ao negócio jurídico*, o nosso sistema de registro imobiliário é *causal* (não abstrato), o que significa afirmar que o título objeto de inscrição é o próprio negócio jurídico (ato causal do registro) em relação ao qual permanece a relação de dependência (não de autonomia); por isso, o registro não purga os vícios do ato causal, mas esses podem destruir a aparência registral;

• *quanto à organização*, o registro pátrio é de *fólio real* (não de fólio pessoal), isto é, parte da descrição dos prédios nas matrículas e daí, com eixo no imóvel, a folha dos registros acompanha a história da coisa;[15]

• *quanto à escrituração dos assentos (ou ao modo de efetuar os registros)*, acolhemos o sistema da *inscrição* (não o da transcrição) e, assim, o registro não se faz por cópia literal e integral do título (transcrevendo seu conteúdo), mas sim por resumo dele, ou seja, do documento são extraídos apenas os elementos que o registro deve conter;

• *quanto à iniciativa do registro*, o sistema brasileiro é com *rogação* (não oficial), ou seja, em regra, depende de provocação; no entanto, há algumas hipóteses em que, por exceção, o oficial pode inscrever de ofício.

São, em rigor, desses primeiros dados elementares do sistema brasileiro de registro imobiliário que brotam as primeiras proposições básicas para a boa compreensão do *registro de loteamento*:

a) do registro de loteamento emerge a figura jurídica dos lotes e advém uma significativa novidade de direito real em relação às áreas que passam a integrar o domínio público do Município (art. 22 da Lei 6.766/79); assim, forçoso concluir que esse registro *tem natureza jurídica mista*, ou seja, declaratória quanto à modificação da estrutura jurídica do imóvel (de gleba para lotes)[16] e constitutiva quanto

(13) Nada obstante alguns juristas sustentarem, na doutrina e na jurisprudência, a natureza constitutiva do registro de penhora, especialmente após a Lei 8.953/94 (que modificou a redação do § 4.º do art. 659 do CPC), a leitura das ponderadas reflexões de Narciso Orlandi Neto sobre esse assunto demonstram com clareza que "o registro da penhora não é constitutivo, nem da penhora nem da má-fé do adquirente" (Temas em torno dos princípios registrários. Serviços notariais e de registro – Teses apresentadas no 1.º Simpósio Nacional de Serviços Notariais e Registrais, Anoreg-SP, 1996, p. 221). Assim, registro de penhora é de natureza enunciativa, ou seja, de mera publicidade.

(14) Neste ponto é preciso lembrar que na ordem jurídica brasileira há a previsão do registro Torrens (arts. 277 a 288 da Lei dos Registros Públicos), em relação ao qual há fé pública, com presunção *iuris et de iure* e proteção absoluta (ou total). Todavia, esse registro não é freqüente entre nós.

(15) Esse sistema foi adotado no Brasil só a partir da Lei 6.015/73, pois até então nosso sistema registrário era organizado com base na ordem cronológica dos títulos apresentados para registro na Serventia Predial. O eixo ou a primeira referência registrária era, pois, o título, não o imóvel.

(16) A aprovação do loteamento produz efeitos para o loteador e para Administração Pública; todavia, perante terceiros, sem o registro do loteamento, a situação jurídica do

aos bens que passam a integrar o domínio público;[17]

b) a confiança que se extrai do registro de loteamento é apenas parcial, pois o registro *gera presunção iuris tantum* (pode ser elidida por prova em contrário) de sua exatidão e de sua integralidade e, com isso, confere apenas *proteção relativa*, quer ao loteador, quer àqueles que, de boa-fé, irão adquirir os lotes, confiando naquilo que o registro publica;

c) o registro de loteamento *não purga* eventuais *vícios de atos causais*, sejam do *titulus* do registro do parcelamento, sejam do *titulus* do direito de propriedade do loteador, que podem ter reflexos e até destruir a aparência registral;

d) o registro de loteamento é *realizado na matrícula da gleba* (chamada "matrícula mãe"), da qual terão origem as matrículas dos diversos lotes, pois se antes do loteamento havia apenas um imóvel (a gleba), após o seu registro haverá vários imóveis (os lotes) e para cada unidade haverá uma matrícula, ou seja, um fólio real, que é a base para todos os registros que acompanharão a história de cada lote;

e) embora o registro do parcelamento pressuponha a existência de autos do procedimento respectivo, arquivados Serventia Predial, no qual estão o requerimento do loteador e todos os documentos necessários (art. 18 da Lei 6.766/79), na matrícula da gleba constará o registro do loteamento apenas *por inscrição* dos elementos essenciais que o registro deve conter;

f) registro de loteamento *depende de rogação* e, assim, não se pode promovê-lo sem a iniciativa e a expressa vontade do proprietário-loteador ou de quem, por lei, esteja legitimado a lotear.

Portanto, é a partir da compreensão das noções elementares de direito imobiliário registral brasileiro, que se deve extrair, pelas conseqüências e pela necessidade de harmonia do sistema, os dados de base que norteiam o registro do parcelamento do solo urbano.

Definida a causa final (segurança jurídica) em seu tríplice aspecto (social, registral imobiliário e urbanístico) e já traçado o desenho jurídico-estrutural elementar do registro de loteamento no contexto da planta básica do direito imobiliário registral pátrio, é necessário, agora, salientar dois pontos estratégicos que auxiliam a operacionalidade do registro de parcelamento do solo urbano:

a) um de ordem material, relativo ao suporte físico do parcelamento do solo a que o registro está voltado, ou seja, a gleba;

b) outro de ordem formal, relativo ao procedimento de registro de parcelamento do solo.

Com efeito, entre os vários temas de grande relevância e atualidade que o registro de parcelamento do solo urbano tem, esses dois são estratégicos: o primeiro, porque é em vista da falta de cuidados relativos à situação jurídica e à situação fática (especialmente à possessória) da gleba, que inúmeros empreendimentos de parcelamento imobiliário não vingam ou ficam à margem do registro predial ou, então, com sérias dificuldades de registrabilidade ou de litigiosidade; o segun-

imóvel é de gleba, não de lotes. Por isso, a disponibilidade jurídica de lotes (entenda-se, do imóvel como lote, não como gleba) depende do registro do parcelamento. Assim, em relação aos lotes, o registro do loteamento não é constitutivo nem enunciativo (de mera publicidade), mas declaratório.

(17) Acompanho, neste ponto, o entendimento do Des. Toledo Silva, que vale a pena ressaltar: "o *modus* legal de transferência de domínio decorre do registro de loteamento, e não meramente de sua aprovação administrativa, uma vez que esta produz efeitos junto ao Poder Público, mas ainda não tem efeito constitutivo, que, no sistema pátrio, advém do registro imobiliário, em relação ao qual a mencionada aprovação funciona apenas como *titulus*" (ApCiv 223.742-1-Guarulhos, 4.ª Câm. Civ. do Eg. TJSP, j. 16.03.1995).

do, porque, não raramente, se nota uma certa falta de atenção na compreensão do procedimento de registro de parcelamento do solo em seu conjunto e, então, confunde-se o que é da esfera administrativo-registrária com o que é da esfera jurisdicional, gerando desgastes de tempo e de recursos que podem ser evitados.

4. Cautelas em relação à gleba a ser parcelada

4.1 Definição de gleba

Inicialmente, é preciso que bem se compreenda o que é gleba – raiz material do parcelamento do solo –, pois sem isso fica prejudicado todo entendimento subseqüente no âmbito dos cuidados que se deve ter em relação à ela para o sucesso do empreendimento imobiliário.

A Lei federal 6.766, de 20.12.1979, que rege o parcelamento do solo urbano, não define o que se deve entender por "gleba", embora utilize essa palavra em diversos de seus artigos (arts. 2.°, 4.°, 6.° etc.).[18]

O Dec.-lei 58, de 10.12.1937, e o Dec. 3.079, de 15.10.1938, que o regulamentou, não empregaram a palavra "gleba" para indicar o imóvel a ser parcelado, mas utilizaram as *expressões "terras rurais ou terrenos urbanos"* (art. 1.° do Dec.-lei 58/37 e art. 1.° do Dec. 3.079/38).[19]

O Projeto de Lei 52/98 (n. 3.818/93 na Câmara dos Deputados) definia gleba "o terreno que não foi objeto de parcelamento aprovado ou regularizado e registrado em cartório", mas o Presidente da República, ao sancionar a respectiva Lei 9.785, de 29.01.1999, vetou o § 3.° do art. 2.° da Lei 6.766/79 que continha essa definição legal, sob o argumento de que essa norma poderia dar ensejo ao "desdobro sucessivo de lotes" em burla às exigências dessa mesma lei, bem como porque "ao definir lote, indiretamente define gleba, uma vez que os conceitos são complementares" (Mensagem 153, de 29.01.1999).

Entretanto, delimitar o que se entende por gleba é indispensável, especialmente quando se busca estudar as cautelas juri-

[18] Diógenes Gasparini identificou esse problema na Lei 6.766/79, ressaltando que ela "não definiu gleba, nem ofereceu critérios para sua conceituação" e, após o exame doutrinário do conceito de gleba afirmou que "não se hão de considerar glebas, para os efeitos dessa lei, as áreas (lotes e quadras) resultantes de urbanizações já efetivadas" (Desmembramento de terrenos – parecer publicado na *RDI* 09/36-40). Do mesmo autor, confira, ainda, a lição: "gleba é toda área em que se pode, nos termos da lei, implantar um loteamento ou um desmembramento para fins urbanos" (*O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. Saraiva, 1988, p. 12).

[19] Embora na legislação federal não haja definição de gleba, não se pode deixar de observar que essa definição pode existir em legislações municipais, como, por exemplo, se nota na Lei municipal paulistana 9.413/81, que define gleba, como "a área de terra que não foi objeto de loteamento ou desmembramento" (art. 1.°, inc. I). Entretanto, quando isso ocorrer, convém lembrar que esse conceito, assim como o de "desdobro" (art. 1.°, V, da Lei 9.413/81), tem efeito jurídico urbanístico e fiscal local, não registrário, pois, como já foi mencionado, em parecer da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, "esses conceitos legais municipais não tem aplicabilidade em matéria de registros públicos, porque, como a União tem competência privativa para legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV, da CF), para a qualificação registral (imobiliária), em tema de parcelamento do solo urbano, o juízo prudencial é vinculado às normas jurídicas insertas na legislação federal (Lei 6.766/79), arts. 18 a 24, a serem interpretados em harmonia com as demais prescrições dessa lei e com a legislação federal aplicável, em geral)" – (Proc. CG 08/92).

dicas que se deve ter em relação ao imóvel objeto de fracionamento.

A sintética e clara definição mencionada por Afrânio de Carvalho é suficiente: "(...) gleba consiste em porção de terra divisível em lotes ...".[20] Entende-se, pois, por *gleba* a *área de terreno que ainda não foi objeto de parcelamento urbano regular*, isto é, aprovado (ou regularizado) e registrado.

4.2 Identificação do terreno como gleba ou como lote

Aprovado perante os órgãos da Administração Pública e, posteriormente, registrado no Serviço de Registro de Imóveis, o parcelamento do solo é considerado regular e, então, o imóvel deixa de existir juridicamente como gleba e passa a existir juridicamente como coisa loteada ou desmembrada, composto de lotes e áreas públicas (vias de circulação, praças, áreas reservadas, áreas destinadas aos espaços livres, aos equipamentos urbanos e comunitários, constantes do projeto e do memorial descritivo).

Por isso, podemos dizer que o *registro do parcelamento é a fronteira de qualificação da propriedade privada como gleba ou como lote*.

E isso é importante, pois, identificado o terreno como lote (não como gleba) a tendência é, para o caso de novo parcelamento dele, evitar nova destinação de espaços livres de uso público (o que significa não haver perda de área útil de domínio privado), quando o reparcelamento estiver dentro da mesma finalidade do parcelamento original.

4.3 Reparcelamento

Embora a identificação do terreno como gleba ou como lote realmente tenha reflexos importantes para o parcelamento urbano é preciso ter muita cautela em questão de reparcelamento.

É que, sob o ângulo do registro imobiliário, o parcelamento sucessivo, em si – apenas pela circunstância de se cuidar de fracionamento de lote (não de gleba) –, não autoriza a dispensa do registro especial (art. 18 da Lei 6.766/79), anotando-se que, segundo a jurisprudência administrativa dos Juízos Corregedores do Estado de São Paulo, haverá dispensa do registro de desmembramento (bastando a averbação prevista no art. 167, II, n. 4, da Lei 6.015/73), quando não houver razão jurídica para exigi-lo por desnecessidade de tutela urbanística e de proteção dos adquirentes de lotes quanto à liquidez do domínio e à segurança do negócio.[21]

[20] *Registro de imóveis*. 4. ed. Forense, p. 66.

[21] Logo, admite-se a dispensa do registro especial, tanto para o simples desdobro (divisão do lote em dois) – (Proc. CGJ 53.995/90, *RDI* 05/137; Proc. CGJ 66129/83. *Decisões administrativas da CGJ*, 1982, p. 139; *RT* 564/103; AC 849-0 do CSM) –, como para os desmembramentos de pequeno porte: a) para "desmembramentos objetivando dois, três ou até seis lotes" (Proc. CGJ 129/83. *Decisões administrativas da CGJ*, 1982/83, p. 14); b) para desmembramentos de lotes já construídos – pois a construção minimiza a potencialidade de prejuízo, sobretudo se a aquisição for via SFH – em sete (Proc. CGJ 182/85), oito (Proc. CGJ 141/85), dez (Proc. CGJ 267/85), treze (Proc. CGJ 25/90) ou quinze unidades (Proc. CGJ 195/88. *Decisões administrativas da CGJ*, 1988, p. 182); c) para desmembramentos em até dez lotes (Provimento 3/88 da Primeira Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo. Todavia, já se teve oportunidade de não admitir a dispensa do registro especial para desmembramento em dezessete unidades habitacionais (Procs. CGJ 313/84, 232/90) ou em dez (Proc. CGJ 08/92) e até em quatro lotes (Proc. CGJ 115/90), quando se verifica reparcelamento que visa à burla da Lei 6.766/79.

4.4 Parcelamento de glebas mediante averbação de ruas

Oportuno, também, lembrar que durante a vigência do Dec.-lei 58/37 houve vários parcelamentos de glebas, apenas mediante averbação nas transcrições imobiliárias das "ruas existentes", com base em certidões expedidas por Prefeituras atestando a existência delas e em lançamentos do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) individual por lotes, o que deu existência jurídica a vários lotes.

É bom destacar que ainda que algumas dessas unidades imobiliárias não se enquadrem na atual e confusa definição de lote do § 4.° do art. 2.° da Lei 6.766/79 (redação da Lei 9.785/99),[22] elas continuam sendo lotes. Aliás, se não mais puderem ser qualificadas como lotes, o que serão?

Todavia, a partir da vigência da Lei 6.766/79, esta forma de parcelar não mais pode ocorrer, eis que até passou a constituir crime contra a Administração Pública o ato de registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes (art. 52) ou de promovê-los em desacordo com as disposições da referida lei federal (art. 50, I) e, assim, a conhecida "averbação de rua", que tem previsão normativa até hoje (arts. 167, II, n. 5, e 246, *in fine*, da Lei 6.015/73 – item 114 do Cap. XX do Provimento CGJ-SP 58/89), não pode ser usada como via oblíqua para desobrigar a aprovação do parcelamento e o registro especial do art. 18 da Lei 6.766/79.

4.5 A propriedade da gleba

Não obstante divergência sobre a possibilidade de parcelamento da gleba pelo compromissário comprador dela,[23] a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo firmou entendimento de que só o proprietário da gleba pode promover o parcelamento para fins urbanos.[24]

[22] O legislador foi infeliz ao definir lote na Lei 9.785/99 ("considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe"), porque, artificiosamente, deu ar de definição à circunstância acidental que queria prescrever para todos os lotes (seria mais honesta a seguinte redação: "todo lote deve ser servido de infra-estrutura básica e suas dimensões devem atender..."). Ora, é princípio elementar de lógica que definir é expressar a essência de uma coisa (ou, quando isso não é possível, indicar, por descrição, suas propriedades mais notáveis, ou, então, sua causa final); jamais, entretanto, pela referência àquilo que circunda o definido ("... servido de...") ou ao elemento contingente ("... dimensões ... índices urbanísticos..."). Tal definição, pois, só vem confirmar a velha lição de que a lei não serve para definir, mas para prescrever. Lote, portanto, é e continua sendo, à despeito da inovação legal, conforme a clássica definição pela causa final, a porção de terra resultante do parcelamento urbano destinada à edificação ou recreação.

[23] Gilberto Valente da Silva, admite, em doutrina, o parcelamento da gleba promovido por "compromissário comprador, com direito real conseqüente à inscrição (registro) do compromisso", observando, "tendo em vista a natureza resolúvel do compromisso de venda e compra (da área a ser loteada)", a cautela de colher expressa anuência do proprietário ao pedido de registro do loteamento, com cláusula que o obrigue a, "uma vez rescindido o compromisso celebrado entre ele e o loteador, assumir todos os direitos e obrigações constantes dos contratos celebrados com os adquirentes ou compromissários compradores dos lotes" (Documentos que devem ser apresentados ao Cartório de Registro de Imóveis para instruir o pedido de registro de loteamento ou desmembramento, de acordo com a Lei 6.766, de 19.12.1979 – Contribuição ao VII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em Blumenau-SC, de 5 a 10.10.1980).

[24] "Indispensável, para o registro de parcelamento, seja o loteador o proprietário do imó-

Assim, devem ser examinados, com cuidado, os títulos aquisitivos da gleba, anotando-se, inicialmente, que se deve ter a propriedade dela, salvo pretensão de discutir em procedimento de dúvida registrária, perante o Juízo Corregedor (e após, se for o caso, perante o Conselho Superior da Magistratura) a possibilidade do compromissário comprador da gleba, com direito real de aquisição e anuência do proprietário (também assumindo a obrigação de sub-rogação nas obrigações do parcelador em caso de rescisão do contrato preliminar).

A Lei 9.785/99, sem dúvida, abriu exceção legal ao postulado de que a propriedade da gleba é *conditio sine qua non* do seu parcelamento, mas essa exceção tem campo de incidência limitado aos parcelamentos populares promovidos pelos sujeitos de Direito Público. Com efeito, a norma excepcional prevê que os entes públicos revestidos de poder de império (União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas) podem – apenas com a imissão provisória na posse em processo de desapropriação em curso, sem título de domínio –, promover o parcelamento do solo (inclusive o registro do loteamento ou desmembramento), quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública (§ 4.º do art. 18 da Lei 6.766/79, conforme a redação da Lei 9.785/99). Óbvio, pois, que o parcelador comum, sujeito de Direito Privado, não é beneficiado com esse dispositivo excepcional e sequer pode invocá-lo em aplicação analógica, pois regra de exceção não admite interpretação extensiva nem ampliação analógica.

Assim, é bom fixar a *regra geral: para parcelar a gleba é preciso ser proprietário. Parcelamento pelo mero possuidor em vias de se tornar proprietário é exceção legal* (Lei 9.785/99) que beneficia apenas os sujeitos de Direito Público promoventes de ação expropriatória e imitidos na posse da gleba por decisão judicial.

Exame cauteloso quanto ao domínio da gleba a ser parcelada, em rigor, deve considerar no mínimo: a) a origem dos títulos aquisitivos e seus registros; b) eventuais nulidades de registro imobiliário e vícios do título aquisitivo; c) a regularidade do registro imobiliário (exatidão e completude do registro), especialmente diante de títulos e registros antigos; d) verificação de eventuais ônus; e) os cuidados especiais para as situações de enfiteuse e para as aquisições por usucapião e por direito hereditário.

A seguir, vamos examinar cada um desses aspectos.

4.5.1 Origem dos títulos aquisitivos e seus registros

Em nosso sistema jurídico, repita-se, só há propriedade imobiliária com o registro do título aquisitivo (salvo se cuide de aquisição por direito hereditário ou de aquisição pelo modo originário, como ocorre, por exemplo, com o usucapião) – (art. 530, I, do CC). Logo, é indispensável o cuidadoso exame dos títulos aquisitivos e seus registros nos Cartórios de Registro de Imóveis competentes, nos últimos vinte anos, formando, assim, o histórico comprovado da propriedade em sua filiação vintenária (o que, aliás, será necessário para o registro do parcelamento – art. 18, II, da Lei 6.766/79).

Logo, ter em mãos a conhecida "certidão vintenária" relativa à gleba, expedida

vel a ser parcelado, tornando defeso registro a requerimento de mero compromissário comprador" (decisão do Exmo. Sr. Corregedor Geral da Justiça, Des. Antônio Carlos Alves Braga, dando caráter normativo ao parecer do MM. Juiz de Direito Auxiliar da Eg. CGJ, Dr. Marcelo Martins Berthe, *DOE*, 04.04.1995, cad. 1, p. 39).

pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, é indispensável não só para o Registrador Imobiliário no momento do exame do pedido de registro de parcelamento, mas também para quem pretenda comprar uma gleba para fins de parcelamento ou para quem, já sendo dono, queira parcelar.

Cuidado especial deve ser dedicado ao exame dos títulos aquisitivos e seus respectivos registros imobiliários, sendo conveniente montar um quadro sinótico da *cadeia dos proprietários e respectivos títulos registrados*.

Esse tipo de exame é muito importante, pois vigora em nosso sistema registral imobiliário o princípio da continuidade ou do trato sucessivo que impõe a necessidade de um encadeamento de assentos (cada título gera um assento e uma série de títulos registrados gera uma cadeia de assentos) e de um encadeamento de titulares (numa série de títulos registrados deve haver uma genealogia de titulares) – (cf. arts. 195 e 237 da Lei 6.015/73).

Importante, ainda, verificar se o titular do domínio encontra-se, no título e no registro, determinado e devidamente qualificado, bem como se o imóvel (a gleba) é determinado e devidamente especificado, recomendando-se, pois, promover uma conferência acurada dos dados de localização do imóvel, bem como de sua figura geométrica, de seu perímetro e de sua área, conforme as descrições dos registros e dos títulos.

A cautela, aqui, é não só com a *determinação* do *sujeito titular da propriedade e do imóvel*, mas também em vista da necessidade de observância do princípio da *especialidade subjetiva e objetiva*, que tem por *fim evitar confusões de pessoas e de prédios*, respectivamente. Quanto ao princípio da especialidade objetiva anote-se que esse cuidado se desdobra no exame do tamanho [especialidade quantitativa: a) quantidade superficial ou área; b) quantidade linear ou medidas de perímetro], da figura [especialidade qualitativa] e da localização [especialidade de lugar] do imóvel, segundo a descrição do registro [que, em princípio, deve corresponder à descrição do título e do registro anterior] – (cf. art. 225 da Lei 6.015/73).

Tudo isso é indispensável, para se ter uma segurança satisfatória.

4.5.2 Nulidade de registro e vício de título aquisitivo

Embora raros, há casos de vícios registrários (por exemplo: duplicidade de matrículas; abertura de matrícula com área ou descrição diversa da transcrição anterior, sem prévia ação de retificação de registro etc.) e casos de transmissões de propriedades nulas ou anuláveis (por exemplo: a falsidade ideológica do título; a omissão de herdeiro em processo de inventário e arrolamento, lembrando que, se for incapaz, a situação ainda é mais complexa, pois contra ele não corre a prescrição etc.).

Por isso, necessário saber que, não obstante conferida a propriedade da gleba [título(s) aquisitivo(s) registrado(s)], ainda assim, não se pode excluir a possibilidade de ocorrência de algum vício e, por conseqüência, convém que o exame em pauta não fique apenas na superfície do registro do domínio, mas se aprofunde em sua filiação (histórico da propriedade) e, na medida do possível, na constatação da regularidade do conteúdo das transmissões. Isso, porque as conseqüências dos mencionados vícios são graves:

• para os casos de *vícios registrários* que importem em nulidade de pleno direito do próprio registro (que não se confunde com nulidade intrínseca do título causal), diante do artigo 214 da Lei 6.015/73, é possível o cancelamento administrativo de registros (ou transcrições imobiliá-

rias),[25] ou o bloqueio administrativo,[26] pelo Juiz Corregedor da Serventia Predial ou pela Corregedoria Geral da Justiça, quando verificada a ilegalidade em correições ou em procedimentos administrativos;

• para os casos de *vícios intrínsecos do título causal* do registro é possível a declaração de nulidade ou anulação do título por sentença, em processo judicial contencioso, com o conseqüente reflexo de nulidade do registro (art. 216 da Lei 6.015/73).[27]

4.5.3 Títulos e registros antigos. O cuidado com a regularidade do registro imobiliário

Cautela, ainda, com as propriedades com títulos aquisitivos muito antigos (mais de 20, 30 anos...), em razão da precária descrição das suas divisas, confrontações e área, via de regra, com elementos imprecisos, tal como o emprego da expressão "*mais ou menos*" ou a indicação de marcos perecíveis ou removíveis (cercas, pedras, árvores, nascentes que secam ao longo do tempo etc.).

Isso pode abrir campo para ações demarcatórias ou ações reais imobiliárias, bem como às conhecidas "*pescarias*" pelos aventureiros que se aproveitam dessas deficiências para tentar colher alguma vantagem de proprietários de glebas consolidadas, inclusive com parcelamentos implantados, registrados e até vendidos.

Impõe-se, pois, conforme a necessidade de cada caso, regularizar a situação registrária, com *retificação de registro* (se esse for o caso – na via administrativa ou judicial – art. 213 da Lei dos Registros Públicos (LRP), inclusive para minimizar esse tipo de risco. Lembre-se, todavia, que o erro do título (não do registro) exige *retificação do próprio título*.[28]

(25) A admissibilidade do cancelamento administrativo, além da previsão legal (art. 214 da LRP) é reiterada em precedentes da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça-SP: Proc. CGJ 292/91; Proc. CGJ 229/90, Proc. CGJ 120/90, Proc. CGJ 30/90, Proc. CGJ 163/89; Proc. CGJ 134/86. Parecer relativo a este feito publicado. *Decisões administrativas da CGJ*, 1986, p. 183-185; Proc. 196/86. Parecer relativo a este feito publicado. *Decisões administrativas da CGJ*, 1986, p. 214-215, Proc. 288/84. Parecer relativo a este feito publicado. *Decisões administrativas da CGJ*, 1984/85, p. 155-157, Proc. CGFJ 189/82. Parecer relativo a este feito publicado. *Decisões administrativas da CGJ*, 1982/83, p. 113-115, Procs. CGJ 161/81 e 203/81. Pareceres relativos a estes feitos publicados. *Decisões administrativas da CGJ*, 1981/82, p. 72-73 e 74-86, respectivamente. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, confirmando a possibilidade dessa via de cancelamento: Recurso Especial 6.417, PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, ementa publicada no *DJU* de 10.06.1991, p. 7831.

(26) "Bloqueio é medida administrativa de exceção que tem por finalidade (1) evitar a prática de ato registrário, em razão de vício que contamina transcrição, matrícula ou registro imobiliário ao qual está filiado, bem como (2) substituir a aplicação da drástica medida de cancelamento por nulidade de pleno direito, quando se apresente necessário e suficiente para remediar ou prevenir o mal ocorrido ou em potencial" (Protocolo CGJ 7400/92. Parecer 529/92).

(27) Conferir, sobre o assunto, o trabalho de Elvino Silva Filho. A proteção registral aos negócios imobiliários (*RDI* 30), especialmente em seu item III e os julgados nele referidos (Proc. CGJ 292/91, ApCiv 138.819-1/3 da 1.ª Câm. Civ. do Eg. TJSP).

(28) Note-se que o erro do título só pode ser retificado por via de sua retificação, não se confundindo com a retificação de registro: "(...) o erro do registro imobiliário não se confunde com o erro do título causal e não se pode admitir a via administrativa da retificação de registro imobiliário para sanar defeito de escritura: a) 'a retificação do erro constante do registro não se confunde com o erro cometido no negócio causal que originou o assento imobiliário' (Walter Ceneviva. *Lei dos registros públicos comentada*, Saraiva, 1991, p. 372); b) 'se o erro se

4.5.4 Verificação de ônus

Exame também importante, quanto à situação de direito real sobre a gleba, é a verificação se terceiros (pessoas diversas do proprietário) têm algum tipo de direito real sobre o imóvel (por exemplo: servidões públicas ou particulares, hipoteca etc.), bem como quais são todos os ônus que gravam o imóvel, limitando a propriedade em suas faculdades de uso ou de disponibilidade (por exemplo: cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade; constrição judicial, tal como penhora, arresto, seqüestro etc.; indisponibilidade decorrente da falência do proprietário comerciante ou da liquidação extrajudicial do proprietário diretor de instituição financeira, ou até da concordata do proprietário comerciante enquanto ela não for julgada cumprida etc.).

Por isso, para esse exame, além de ter em mãos a certidão expedida pelo registro imobiliário, indicativa dos ônus reais que pesam sobre ele, é preciso também ter em mãos as *certidões de ações reais e pessoais reipersecutoriais*, pelo menos as expedidas pelos Distribuidores da Justiça Federal e Estadual (esta, da Comarca em que se localiza a gleba e do domicílio do proprietário), que também serão necessárias para o registro do parcelamento, pelo período de dez anos e atualizadas (art. 18, III, letra *b*, e IV, letra *b*, da Lei 6.766/79).

Aliás, conforme nossa jurisprudência, se, por um lado, o trâmite de algumas ações que não afetem o parcelamento pretendido não obstam o seu registro (CSM, ApCiv 28.851-0-Indaiatuba, j. 16.02.1996, rel. Des. Márcio Bonilha); por outro lado, a existência de ações contra o loteador na qual consta notícia de penhora sobre parte ideal do bem que se pretende lotear, aliada à informação de outras certidões pessoais, pode impossibilitar o registro perseguido (CMS, ApCiv 29.846-0-Franca, j. 16.11.1995, rel. Des. Alves Braga).

Verificado algum *direito real alheio* sobre a gleba (servidão, usufruto etc.), algum *ônus real* (hipoteca ou anticrese) ou algum *impedimento ou limite de disponibilidade* decorrente de cláusula voluntária ou de imposição judicial ou legal, é preciso examinar cada situação jurídica particular, pois, em alguns casos, isso pode dificultar e, em outros, até impedir o parcelamento.

deu na escritura, pública ou particular, somente por outra escritura poderá ser retificado, sendo que as particulares poderão sê-lo pela escritura pública, e jamais a pública pela particular' (Aguiar Vallim. *Direito imobiliário brasileiro*, RT, 1984, p. 109); c) 'falta qualquer competência aos Juízes para decretar sanações e, até, para retificar erros das escrituras públicas: escritura pública somente se retifica por escritura pública e não por mandamento judicial' (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, p. 338, n. 1, com referência ao acórdão publicado na *RT* 182/754; d) 'o registro errado, resultante de uma escritura pública erradamente lavrada, por exemplo, só poderá ser retificado depois que as partes comparecendo novamente à presença do mesmo ou de outro notário, o façam lavrar, para ser por elas assinada, outra escritura, de retificação da primeira' (Valmir Pontes, *Registro de imóveis*, Saraiva, 1982, p. 124-125; e) 'se o suposto engano está no título que deu origem ao registro cuja retificação o é pretendida, é aquele que deve ser corrigido' (CSM – AC 271.205, Santo André, j. 05.10.1978, em Narciso Orlandi Neto. *Registro de imóveis*, jan/78 a fev/81, verbete 93, p. 103); f) pareceres desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, relativos aos Processos CG 216/86 e 14/87 (*Decisões administrativas da CGJ*, RT, 1987, p. 110-111 e 116-117); ao Processo CG 23/86 (*Decisões administrativas da CGJ*, RT, 1987, p. 118-119) e ao Processo CG 259/84 (*Decisões administrativas da CGJ*, RT, 1984/1985, p. 168-169), entre outros" (Proc. CGJ 38/92).

4.5.5 Cautelas especiais para enfiteuse e aquisições por usucapião e por direito hereditário

Em caso de enfiteuse, é admissível o parcelamento da gleba pelo proprietário do domínio útil (enfiteuta ou foreiro), desde que haja a expressa autorização do proprietário do domínio direto (senhorio).[29]

Por fim, oportuno salientar que, em caso de glebas adquiridas por usucapião ou por direito hereditário, embora para elas o registro imobiliário não tenha efeito constitutivo do domínio, recomenda-se sempre promover, antes de tudo, o registro da propriedade assim adquirida (quer do mandado expedido pelo Juiz competente em que tramitou a ação de usucapião, quer do formal de partilha ou da carta de adjudicação expedida pelo Juiz competente em que tramitou o inventário ou arrolamento), pois sem isso não se pode cogitar nos passos futuros do parcelamento do solo.

4.5.6 Averbações de atualização

Para que o registro imobiliário não gere dúvidas e esteja completo, é preciso que os dados pessoais (do proprietário) e do imóvel estejam sempre atualizados. Por isso, devem ser promovidas todas as averbações de atualização necessárias, tal como: a) averbação do casamento e do regime de bens do proprietário, ou de qualquer outra mudança do seu estado civil; b) averbação do número de contribuinte do IPTU (Imposto Territorial e Predial Urbano) ou do ITR (Imposto Territorial Rural); c) averbação da eventual alteração do nome da via para a qual a gleba tenha frente, caso o Registrador ainda a tenha realizado de ofício.

A correspondência da área registrada com a área lançada para efeito de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (tributo municipal) ou do Imposto Territorial Rural (tributo federal), bem como do nome do atual proprietário da gleba, com aquele que consta no cadastro tributário (IPTU/ITR), deverá ser observada, em confronto com a matrícula ou transcrição do imóvel.

No caso de divergências deverão ser providenciadas as devidas retificações junto à Prefeitura ou à Receita Federal, que hoje substitui o Incra nessa função.

Em regra, simples requerimento instruído com certidão atualizada do Cartório de Registro Imobiliário competente pode solucionar o problema (por exemplo, para o caso de divergência quanto ao nome do proprietário atual da gleba).

Todavia, desde logo também devem ser identificadas e sanadas as situações mais complexas, tal como as de divergência de área ou aquelas que clamam unificação ou desmembramento fiscal (exemplo: vários lançamentos fiscais para a uma só gleba; lançamento fiscal para imóvel maior que a gleba a ser parcelada).

4.5.7 A posse da gleba

Não basta ter a atenção direcionada à realidade documental dos títulos de domínio, àqueles que têm poder jurídico sobre a gleba, à propriedade; mas também é preciso voltar os olhos à realidade con-

(29) Para enfiteuse relativa a imóveis da União, ver a Lei 9.636, de 15.05.1998, e os Decs.-leis 9.760/46 e 2.398/87. Anote-se que, conforme prescreve o § 6.º do art. 3.º do Dec.-lei 2.398/87 (redação que lhe deu o art. 33 da Lei 9.636/98), "é vedado o loteamento ou o desmembramento de áreas objeto de ocupação sem preferência ao aforamento, nos termos dos arts. 105 e 215 do Dec.-lei 9.760, de 1946, exceto quando: a) realizado pela própria União, em razão do interesse público; b) solicitado pelo próprio ocupante, comprovada a existência de benfeitoria suficiente para caracterizar, nos termos da legislação vigente, o aproveitamento efetivo e independente da parcela a ser desmembrada".

creta dos atos possessórios, àqueles que têm o poder de fato sobre a gleba, à posse.

Propriedade é situação jurídica; posse é situação de fato. Propriedade é o poder jurídico mais amplo que alguém tem sobre determinada coisa; posse é o poder físico e material sobre a coisa. Propriedade é direito real; posse é fato juridicamente protegido.[30]

Assim, alguém pode ser proprietário de uma gleba mas não ser o possuidor dela e vice-versa.

Vale para o nosso direito, o alerta que José Oliveira Ascensão fez para a ordem jurídica portuguesa: "é preciso não esquecer que a base de toda a nossa ordem imobiliária não está no registro, mas na usucapião" (...); "por maior que seja a antigüidade do registro, o titular inscrito nada poderá contra a usucapião, *ultima ratio* na solução dos conflitos entre pretendentes a direitos reais incompatíveis".[31]

Por isso, o primeiro êxito de um empreendimento imobiliário está não só na segurança da situação registrária do domínio, mas também na pacificidade de sua situação possessória.

Não há dúvida de que a posse da gleba é assunto alheio ao Oficial Registrador, bem como que isso não deve ser objeto de cogitação por ocasião do registro do parcelamento urbano.

Aliás, apenas para o registro de exceção do parcelamento popular (Lei 9.785/99) há a previsão excepcional de registro de imissão provisória na posse (art. 167, I, n. 36, da LRP) e do conseqüente registro do parcelamento pela entidade pública promovente de desapropriação imitida na posse por decisão judicial (art. 18, I, §§ 4.º e 5.º, da Lei 6.766/79).

No entanto, até nesses tipos de registro (art. 167, I, n. 36, da LRP; art. 18, I, §§ 4.º e 5.º, da Lei 6.766/79), não cabe ao Oficial Registrador avaliar a situação fática da posse (não pode, por exemplo, fazer diligências na gleba para verificar quem, de fato, está na posse dela e, então, levar em consideração tais observações para qualificar ou desqualificar algum título apresentado em sua Serventia Predial). Ele não tem poder de julgamento intrínseco de fatos, para, então, declarar algum direito (isso é próprio da esfera jurisdicional, em processo de conhecimento). O que cabe ao Registrador, isso sim, é apenas o exame formal do título judicial de imissão provisória na posse, a conduta de exigir e verificar, nos pedidos de registro de exceção de parcelamento popular, a idoneidade extrínseca (sem juízo de valor intrínseco) "das cópias autenticadas da decisão que tenha concedido a imissão provisória na posse, do decreto de desapropriação, do comprovante de sua publicação na imprensa oficial e, quando formulado por entidades delegadas, da lei de criação e de seus atos constitutivos" (§ 5.º do art. 18 da Lei 6.766/79).

Todavia, para o parcelador, a situação fática da gleba – a posse da gleba, a existência de "caseiros", de "arrendatários",

(30) Acompanho a doutrina clássica que tem afirmado que posse é fato (não direito) e, por isso, é apenas tolerada e protegida contra determinadas lesões, mas não garantida. Neste sentido, por exemplo, é a lição do romanista Bonfante: posse é "o poder de fato sobre uma coisa corpórea, juridicamente protegido, mas não garantido". Há, entretanto, quanto à natureza jurídica da posse, diversos entendimentos, não sendo o caso de, nesta obra, que tem escopo eminentemente prático, estudar as várias teorias sobre esse ponto. Adianto apenas a observação que registro (tal como o previsto no art. 167, I, n. 36, da LRP) não tem a força de transmutar a natureza jurídica da posse (de fato para direito).

(31) José de Oliveira Ascensão. Efeitos substantivos do registro predial na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. LXIX, fasc. II, 1974, p. 189 e 192.

de terceiros ocupando o imóvel, a potencialidade de conflitos com os proprietários dos prédios contíguos etc., não é indiferente, pois dela podem surgir sérios litígios que podem levar alguns anos para o desembaraço pelo Poder Judiciário.

Cabe, por isso, uma palavra de alerta sobre tais cuidados extratabulares, alheios à questão registrária, mas que podem afetar a expectativa de um parcelamento do solo urbano tranqüilo e regular, pois não se pode nunca esquecer que "la possession est un germe de propriété".[32]

O parcelador deve, pois, ao examinar a situação da gleba, avaliar com cuidado e amplamente todas as circunstâncias fático-possessórias do imóvel, ciente que menor será seu risco quanto maior a estabilidade e a continuidade possessória do proprietário. É preciso, pelo menos, procurar respostas seguras para as seguintes perguntas: a) Quem tem a posse do imóvel?; b) Há, na gleba, alguém com mera detenção?; c) O proprietário tem a posse plena ou está só na posse indireta da gleba?; d) Se houver mera detenção por terceiros ou possuidores diretos não-proprietários, em que circunstâncias (fáticas e documentárias) se encontram essas situações?; e) O proprietário tem posse justa?; f) Ele tem posse mansa e pacífica?; g) Qual é o tempo de sua posse?; h) Estamos diante de imóvel em que terceiro tem a sua posse injusta (violenta, clandestina ou precária), ainda que apenas em uma parte da gleba?; i) Havendo alguém na gleba com posse injusta, ele é possuidor de boa-fé ou de má-fé?; j) Cuida-se, nesse caso, de posse nova ou de posse velha?

No exame da posse da gleba convém, ainda, conferir os elementos probatórios de posse, sempre lembrando que, neste assunto (prova de posse), o que importa verificar são os atos ostensivos do possuidor: ocupação da terra, construções, benfeitorias, plantações, habitação no imóvel, limpeza e conservação do terreno, abertura de caminhos e vias particulares etc.

Aliás, registre-se que prova de posse não é prova de domínio e, por isso, se diz que os documentos de propriedade "podem ter sua utilidade como reforço ou ponto de partida para a produção de outras provas, mas isoladamente e por si sós não satisfazem a exigência" de prova da posse.[33] O mesmo se pode afirmar quanto aos "papéis" em geral que dizem respeito ao imóvel (por exemplo recibos de pagamento de impostos que incidem sobre o imóvel). Não que sejam irrelevantes, mas não são suficientes.

Além dos documentos (títulos de propriedade; contratos de locação, de arrendamento, de comodato, entre outros se houver; plantas e mapas; alvarás de construção, de demolição ou para outros fins, se houver; recibos de pagamento de impostos; prova emprestada de algum processo; fotografias e filmes etc.), é preciso ter atenção às pessoas que viveram (e que vivem) no local ou que conheçam a história de ocupação (plantações, construções, benfeitorias, cercas, abertura de vias particulares, limpeza e conservação etc.) da gleba e que têm condições de, se necessá-

[32] Essa referência ao estudo de Gans, *System des roemishen Civilrechets im Grundrisse*, Berlim, 1827, p. 211 e 214, é feita por Frederic Charles de Savigny: "La possession est un germe de propriété. Ce germe est protégé par des interdits, car il renferme la possibilité de se transformer en propriété par le moyen de l'usucapion" (*Traté de la possession en Droit Romain*, 4. ed., tradução do alemão de Henri Staedtler, Bruxelas : Bruylant-Chistophe, 1893, p. 38).

[33] Adroaldo Furtado Fabrício. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., v. 8, t. III, 1995, p. 409. Confira, em nossa jurisprudência: 1.º TACivSP, 7.ª Câm., ApCiv 393448/88-São Paulo, Rel. Donaldo Armelin, j. 11.10.1988; 1.º TACivSP, 4.ª Câm., ApCiv 386498/88-São Paulo, Rel. Barbosa Pereira, j. 27.04.1988.

rio, testemunhar os atos possessórios, como fatos que são.[34]

Repita-se que a propriedade, ainda que tenha ótima origem aquisitiva, com títulos e registros incontestáveis, será sempre vulnerável quando o proprietário não a possuir de forma plena, mansa e pacífica.

5. O procedimento de registro do parcelamento

O segundo ponto estratégico para a compreensão elementar do registro de parcelamento do solo é o de seu procedimento. Examiná-lo, ainda que superficialmente, mas com escopo de se atingir uma segura compreensão de conjunto, é imperativo para evitar entraves adjetivos que retardam a solução registrária.

O procedimento de registro de parcelamento do solo urbano (loteamento ou desmembramento) tem natureza administrativa, mas pode comportar uma fase jurisdicional.[35]

Em regra, todos os requerimentos, documentos, exames e atos estão atrelados a um procedimento administrativo que tramita perante o Serviço de Registro de Imóveis competente e os autos respectivos devem ficar arquivados nesse Cartório Extrajudicial, mesmo após o registro do parcelamento, para consulta de qualquer interessado.

Todavia, note-se que a natureza desse procedimento é tendencialmente – não exclusivamente – administrativa, porque não se exclui a possibilidade de ocorrência de conflito de interesses que se verifica quando há impugnação ao registro pretendido e, então, apenas neste caso, para solucioná-lo, será necessário um processo jurisdicional (não administrativo). Em outras palavras, a solução da impugnação ao registro de parcelamento

(34) As declarações (em instrumento particular ou público) colhidas fora dos autos não suprem o testemunho em Juízo, anotando-se que não são vistas com bons olhos pelos juízes, pois muitas vezes não passam de "um artifício para subtrair o depoimento às condições de garantia e segurança que cercam o testemunho em Juízo" (Adroaldo Furtado Fabrício, op. cit., p. 409).

(35) A divergência doutrinária em torno desse assunto é significativa, conforme se observa nas indicações seguintes. Afrânio de Carvalho qualifica a primeira fase de administrativa e a segunda de contenciosa: "(...) o processo do registro tem uma fase administrativa, a cargo do oficial (art. 19) e pode eventualmente ter uma fase contenciosa, com intervenção do juiz, caso haja impugnação (§ 1.º do art. 19). A primeira corresponde à rotina do exame da legalidade do memorial mediante a conferência dos documentos instrutivos, geralmente encontrados ou postos em boa ordem. A segunda, porém, é excepcional, por denunciar o aparecimento de uma pretensão de terceiro contra o loteamento" (*Registro de imóveis*, 4. ed., Forense, p. 74-75). Marco Aurélio S. Viana também entende que em caso de impugnação abre-se "uma fase contenciosa" (*Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano*. 2. ed. Saraiva, 1984, p. 61). Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar afirmam que esse procedimento de impugnação é igual ao procedimento de dúvida: "têm natureza administrativa, não contenciosa. Constituem, ambos, procedimentos de jurisdição voluntária" (*Loteamentos e desmembramentos urbanos*, Sugestões Literárias, 1980, p. 96). Serpa Lopes, no regime jurídico do Dec.-lei 58/37, trazendo também em reforço a posição de Pontes de Miranda, sustentava que a impugnação de loteamento tramita em Juízo administrativo e deve se fundar em direito real, provado incontinente, sob pena de rejeição *in limine*, "remetendo-se o impugnante para o juízo contencioso" (*Tratado dos registros públicos*, Livraria Jacinto, 1942, p. 73 e 82-83). Arnaldo Rizzardo, seguindo os passos de Serpa Lopes, o qualifica como "procedimento administrativo" (*Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 2. ed. RT, 1983, p. 50).

do solo (art. 19, *caput* e §§ 1.º e 2.º, da Lei 6.766/79) não fica na esfera administrativa do Registrador (nem no âmbito administrativo do Juiz Corregedor), mas sim na esfera jurisdicional do Juiz de Direito.

A falta de distinção dessas duas funções do Poder Judiciário – a) uma típica, de natureza jurisdicional (seja em processo de jurisdição contenciosa, seja em processo de jurisdição voluntária); b) outra atípica, de natureza administrativa (em procedimento administrativo-correicional) –, é que induz ao erro de confundir esfera jurisdicional com esfera administrativo-judicial e, por conseqüência, erroneamente afirmar que tudo o que não é contencioso é do Juízo administrativo, quando, em verdade, não é bem assim. Afinal, os feitos de jurisdição voluntária, que a tradição também os tem denominado "administrativos" (sentido amplo), estão na esfera do exercício próprio da prestação jurisdicional e até são sujeitos à livre distribuição entre Varas Cíveis e os recursos respectivos, à distribuição e ao julgamento pelas diversas Câmaras de nossos Tribunais; portanto, não podem ser considerados "administrativos" no sentido próprio (estrito) que este termo tem.

Por isso, afirma-se que o procedimento de registro de parcelamento do solo tem *duas fases: uma administrativa, que é necessária; outra, jurisdicional, que é eventual*. Daquela (fase administrativa), pois, não se pode prescindir, mas esta (fase jurisdicional) só surgirá se houver impugnação ao registro pretendido.

É bom salientar, também, que não se deve confundir suscitação de dúvida (que pode ocorrer em procedimento de registro de loteamento ou de desmembramento) com impugnação de registro de loteamento:[36] a) aquela, que tem fundamento legal no art. 198 da Lei de Registros Públicos, é fruto do dissenso sobre a prática de ato de registro entre o Oficial Registrador (que se nega a promovê-lo) e o interessado, e, no Estado de São Paulo, será solucionado em âmbito administrativo-judicial[37] por reexame (ou requalificação) registral do Juiz Corregedor da Serventia Extrajudicial respectiva e, se houver recurso, pelo Conselho Superior da Magistratura (CSM-SP: *RT* 590/114, 564/103, 560/92); b) esta, que tem fundamento legal no art. 19 da Lei 6.766/79, é fruto da impugnação de terceiro ao registro de parcelamento pretendido pelo interessado, estribada em direito real e que, no Estado de São Paulo, deve ser resolvida no âmbito jurisdicional, por Juiz de Direito de Vara Cível (não por Juiz Corregedor)[38] e, se houver apelação, por uma das Câmaras Cíveis da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça (*RT* 650/95, 606/104, *JTJ* 74/389, 811454).[39]

(36) Esse é, *data venia*, o erro de Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar, op. cit., p. 96.

(37) Quanto à natureza jurídica do procedimento de dúvida, não se desconhece a divergência, pois enquanto alguns entendem que se cuida de processo de jurisdição voluntária, outros entendem que se trata de procedimento administrativo-judicial (não jurisdicional). A questão fica ainda mais complexa quando se tem em conta que, em São Paulo, é o Conselho Superior da Magistratura (órgão administrativo, não jurisdicional) quem julga as dúvidas, mas isso não é assim em todos os Estados da Federação. Seguimos, pois, aqui, a orientação que prevalece no Estado de São Paulo.

(38) A não observância deste enunciado, que tem origem na desatenção para a distinção de base daquelas duas funções do Poder Judiciário [jurisdicional (típica) e administrativa (atípica)], foi, com respeito ao entendimento oposto, o engano de Diógenes Gasparini ao afirmar que: "Nas Comarcas do interior, tal atribuição é do Juiz Corregedor Permanente dos Cartórios e Ofícios da Justiça" (*O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. Saraiva, 1988, p. 106).

(39) Julgados referidos no Proc. CG 175/92, parecer publicado. *Decisões administrativas da*

Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. Efeitos substantivos do registro predial na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. LXIX, fasc. II, 1974.

AZEVEDO JUNIOR, João Osório de. A Lei 6.766/79 – Processo ou retrocesso. *Anais do Primeiro Seminário de Caráter Empresarial sobre a Lei 6.766/79 promovido pela ANEL e SCIESP*, São Paulo, maio de 1980.

BATALHA, Wilson de S. C. *Loteamentos e condomínios*. Max Limonad, t. I, 1953.

CARVALHO, Afrânio de. Loteamento e seu registro. *RDI* 08/09.

———. *Registro de imóveis*. 4. ed. Forense, 1997.

DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no Registro de Imóveis. Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Maceió, 1991.

———. Do controle da disponibilidade no parcelamento do solo. *Direito imobiliário*. Coletânea I, ICA, 1989.

EGUREN, Rafael Arnaiz. *Registro de la propiedad y urbanismo*. Madrid : Marcial Pons, 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. v. 8, t. 3, 1995.

FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. t. I, Freitas Bastos, 1951.

GASPARINI, Diogenes. Desmembramento de Terrenos. *RDI* 09/36-40.

———. *O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. Saraiva, 1988.

MEDEL, Jesús López Medel. *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica – Estudios de Derecho y Sociología Registral*. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Espafia – Centro de Estudios Registrales, 1995.

MUKAI, Toshio. Loteamento: aprovação mediante autorização? *Informativo Dinâmico IOB*, Ano VII, n. 1.399, de 28.06.1983.

———; ALVES, Alaôr Caffé; LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos*. Sugestões Literárias, 1980.

ORLANDI NETO, Narciso. Temas em torno dos princípios registrários. Serviços notariais e de registro – Teses apresentadas no 1.º Simpósio Nacional de Serviços Notariais e Registrais, São Paulo : Anoreg, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 2. ed. RT, 1983.

SAVIGNY, Frederic Charles de. *Traté de la possession en Droit Romain*. 4. ed., tradução do alemão de Henri Staedtler, Bruxelas : Bruylant-Chistophe, 1893.

SILVA, Gilberto Valente da. Documentos que devem ser apresentados ao Cartório de Registro de Imóveis para instruir o pedido de registro de loteamento ou desmembramento, de acordo com a Lei 6.766, de 19.12.1979" – Contribuição ao VII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil realizado em Blumenau-SC, de 5 a 10.10.1980.

SILVA FILHO, Elvino. A proteção registral aos negócios imobiliários. *RDI* 30.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano*. 2. ed. Saraiva, 1984.

Revistas de Jurisprudência: Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça-SP, RT; Revistas dos Tribunais (*RT*); Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*RJTJESP*), Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça (*JTJ*).

Corregedoria Geral da Justiça-SP, RT, 1992, p. 291-295: caso em que o feito relativo à impugnação de registro de loteamento tramitou por longo tempo com vício de competência desde o início, porque deveria ser distribuído a uma das Varas da Comarca de Caraguatatuba, na esfera jurisdicional, mas, erroneamente, tramitou como procedimento administrativo perante o Juízo Corregedor Permanente, o que gerou a nulidade das decisões do MM. Juiz Corregedor Permanente e a determinação para regular distribuição e trâmite do processo na esfera jurisdicional.

1. ESTUDOS

1.4

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO, O CONSUMIDOR E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

SÉRGIO JACOMINO

"(...) Era uma alegação desnecessária, porque Arcadio não tinha ido lá para fazer justiça. Ofereceu-se simplesmente para criar um cartório de registros de imóveis para que José Arcadio legalizasse os títulos da terra usurpada, com a condição de que delegasse ao governo local o direito de cobrar as contribuições." (Gabriel Garcia Márquez, *Cem Anos de Solidão*)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Registro Especial da Lei 6.766/79 – Rigorismo formal? – 3. Dispensa do "registro especial" para pequenos fracionamentos – 4. Desmembramento de desmembramento e o "registro especial" – 5. Controle registral de cláusulas contratuais e o "registro especial" – 6. Custos da infra-estrutura: ônus exclusivo do loteador? – 7. Repasse de custos de obras suplementares – 8. Conclusão.

1. Introdução

No dia-a-dia dos serviços de um Registro Imobiliário, nos defrontamos com problemas complexos, às vezes inesperados, alguns inusitados, que nos obrigam, operadores do direito, a lançar mão de disciplinas que poderíamos situar em zonas fronteiriças entre o direito privado e o público. Sítio privilegiado e histórico do Registro Imobiliário no Brasil, o direito privado sofre, cada vez mais, os influxos poderosos do processo de publicização do direito, absorvendo suas categorias, transformando-se consentaneamente com o desenvolvimento econômico e social do país.

Por outro lado, o registro imobiliário no Brasil, inspirado desde o seu nascedouro por um modelo inteiramente baseado na economia agrária, concebido precipuamente para a proteção do crédito fundiário, na metade deste século vê-se confrontado com o fenômeno da industrialização e urbanização cada vez mais crescentes – o que acabou por impor uma nova pauta na reflexão acerca de sua necessidade e importância atuais. Instaurou-se, então, um novo modelo – agora vocacionado à ampla tutela preventiva de conflitos, sofisticado sistema de publicidade fundiária, ocupando um amplo espectro na galáxia da segurança jurídica. Logicamente, este fato é pleno de conseqüências e vai acarretar a conformação do Registro Imobiliário como um serviço voltado à cidadania; vai obrigar-nos, registradores e demais profissionais do direito, à árdua tarefa de escoimar a Instituição dos graves preconceitos que a cercam e que ao longo do tempo têm-na exposto aos olhos da sociedade como apêndice burocrático das elites agrárias, sustentáculo e legitimador de uma ordem social injusta e anacrônica, tudo como ilustrado na conhecida passagem do festejado escritor colombiano.

As questões que eu gostaria de discutir nesta oportunidade poderiam ser singelamente formuladas da seguinte maneira: a

unificação dos lotes e posterior desmembramento seria uma modalidade de parcelamento do solo urbano, sujeita ao chamado "registro especial" da Lei 6.766/79? Em que medida os interesses sociais, singularizados no direito dos consumidores, podem servir de vetor à correta compreensão da necessidade do chamado "registro especial"? E finalmente, seria o Registro Imobiliário o órgão vocacionado à regulação da contratação privada?

Como se pode verificar, os temas propostos são corriqueiramente enfrentados pelos registradores e profissionais do direito envolvidos com a matéria. Contudo, de maneira propositada, vamos abordar esses temas a partir de uma perspectiva social, com enfoque centrado no interesse público, procurando compreender como o Registro Imobiliário pode responder ao desafio de ultrapassar o perfil tradicionalmente conservador, ocupando um novo espaço institucional e político que se lhe designa neste fim de século.

2. Registro Especial da Lei 6.766/79 – Rigorismo formal?

A importância da legislação de parcelamento do solo para fins urbanos, a partir de certa ótica registral, sempre se assentou, teleologicamente, na colimação da segurança jurídica, expressa no binômio: a) garantia da liquidez de domínio do parcelador; e b) proteção aos futuros adquirentes de lotes. Essa clássica expressão nos vem de Serpa Lopes.

Visando à proteção dos adquirentes, a legislação – que indiscutivelmente ostenta o caráter de ordem pública – sempre se orientou no sentido de dotar o adquirente de todas as garantias que coloquem a salvo o bem imóvel adquirido. O imputado rigorismo formal do chamado "registro especial" da Lei 6.766/79 para o parcelamento do solo urbano, nas suas modalidades de desmembramento e loteamento, se justificaria, assim, plenamente. Aliás, é esse o aspecto que merece a nossa melhor consideração: ainda que ultrapassados os aspectos da aprovação urbanística, ainda que seguramente se apure a idoneidade financeira dos proprietários, resta sempre, como uma questão mal resolvida, a proteção do adquirente de lotes urbanos oriundos de parcelamentos – adquirente que agora é revalorizado na figura jurídica do consumidor. E veremos o porquê.

A Lei 6.766/79 dotou esse adquirente de poderosos instrumentos, verdadeira cidadela para a cômoda proteção de seus interesses, na feliz expressão de Afrânio de Carvalho. Sempre houve uma tendência de apreciar os pedidos de dispensa do "registro especial" sopesando-se os interesses urbanísticos e de proteção ao futuro adquirente – em relação a este último, verificando-se a liquidez de domínio do parcelador, com a apresentação do elenco de documentos do art. 18 do citado diploma legal. Mas a realidade hoje é outra. O fenômeno do consumo em massa impõe uma nova ótica na consideração da dispensa (ou não) do chamado "registro especial".

3. Dispensa do "registro especial" para pequenos fracionamentos

Não havendo na lei a previsão de dispensa do registro especial para qualquer modalidade de parcelamento – exceto, como entende a doutrina, para os casos de mero desdobro – os operadores do direito dedicaram-se, ao longo dos últimos anos, a diligente tarefa de procurar uma interpretação que pudesse favorecer o tráfico imobiliário, desembaraçando o parcelador da apresentação do exaustivo elenco de documentos pessoais que a lei exige e, de outro lado, garantindo o futuro adquirente.

Aliás, aqui cabe um parêntese. O chamado rigorismo formal, com a obrigação de apresentação daquele malfadado elen-

co de documentos pessoais, se bem que orientada a louváveis fins de proteção ao futuro adquirente dos lotes, na verdade é um grave retrocesso sistemático, pois confirma a orientação doutrinária que desconsidera, olimpicamente, a vigência, entre nós, do princípio da fé pública registral. Mas esta é outra discussão.

Decidindo sobre o tema da dispensa desses documentos pessoais, o magistrado Hélio Lobo Júnior (Processo 987/85, 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo), avaliando a pretensão de unificação de matrículas originárias de loteamento, com superveniente desmembramento sem as providências da Lei 6.766/79, com "aproveitamento de lotes de loteamento regularmente registrado", como que antecipando as preocupações que iriam empolgar os juristas acerca do direito consumerista, assim se manifestou: "O que esta Vara de Registros Públicos tem feito, com o apoio da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, é dispensar, em determinados casos, o registro especial exclusivamente no que concerne à apresentação da documentação elencada no art. 18 da Lei 6.766, de 1979, e isso se dá em pequenos desmembramentos que não representam um empreendimento imobiliário de vulto, que não oferecem, portanto, um risco potencial aos adquirentes de lotes, notadamente no que tange à liquidez do domínio e à idoneidade do empreendedor. Essa mitigação de exigências, todavia, não quer dizer que inexistiu o parcelamento ou que é inaplicável, à espécie, a Lei 6.766, de 1979, que incide mesmo nos casos de dispensa do registro especial. Com efeito, não se pode esquecer que, após a sua vigência, conforme o que dispõe o art. 1.º, o parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta lei. Assim sendo, não é um ato administrativo, emanado da Vara de Registros Públicos ou da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, que determinará as hipóteses de incidência do referido diploma legal. A Lei 6.766, de 1979, sempre regerá os parcelamentos havidos após a sua vigência; o registro especial é que, por interpretação visando a facilitar as relações negociais e não entravar os pequenos fracionamentos, poderá ser dispensado. Seria um contra-senso ficar determinado adquirente de lote sem a proteção da legislação em vigor apenas porque o empreendedor, com amparo em normas administrativas ou não, deixou de efetuar o registro especial. Na maioria das vezes, ainda que não haja problemas ligados à idoneidade financeira do empreendedor ou à liquidez de domínio, podem surgir litígios decorrentes dos contratos celebrados, os quais merecem apreciação específica na lei (art. 25, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 35 etc.). Assim, é de ser afastada a idéia de que a ausência do registro especial retira as relações entre vendedores e compradores de lotes do âmbito de incidência da lei. A dispensa de mera providência administrativa-registrária não modifica a natureza das relações jurídicas entre os interessados".

O magistrado desenvolve aqui, em lúcida percepção, a idéia de que o registro especial da Lei 6.766/79 ostenta esse caráter peculiaríssimo justamente porque se orienta no sentido de desencadear um processo de intervenção pública no domínio da negociação privada, procurando estabelecer uma igualdade material na contratação em massa.

Tradicionalmente, sempre houve a valorização de indícios de que somente aqueles parcelamentos que integrassem projetos de empreendimentos imobiliários estariam sujeitos ao chamado "registro especial", o que me parece uma afetação à sistemática anterior (Dec.-lei 58/37).

De fato, não é relevante apurar se o desmembramento ostenta o caráter de empreendimento imobiliário que justificaria que se exigisse o seu enquadramento na Lei 6.766/79. Isto porque a vigente Lei 6.766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano sob um ponto de vista estrita-

mente objetivo, isto é, fracionamento do solo urbano para fins de edificação e para expansão da malha urbana, pouco importando que se trate de um empreendimento imobiliário ou não, que se vendam os lotes à vista ou não, ou que o parcelador atue como profissional do ramo imobiliário ou não. A lei se satisfaz, tão-só, com a potencialidade dessa venda a futuros adquirentes, atenta ao fato objetivo de regularidade de expansão urbana, que de outra forma, obliterando-se esse entendimento, ficaria em parte prejudicada.

Suspeito que a superação da grande dificuldade que desde os primórdios da Lei sempre dividiu a doutrina registral – em desentranhar o claro discrímen entre o que seria obrigatoriamente objeto de registro, nos termos da Lei 6.766/79, e mera averbação da Lei 6.015/73, em casos de desmembramentos – pode ser vencida pelos aportes consistentes do direito urbanístico.

Recentemente, apreciando o pedido de registro de loteamento sem a apresentação do contrato padrão exigido pela Lei 6.766/79 (art. 18), o Colendo Conselho Superior da Magistratura de São Paulo deixou assentado que o simples fato de que o total de lotes resultantes do parcelamento ultrapasse o número de condôminos seria fato suficiente para exigir a apresentação do documento. O que supõe a indispensabilidade do registro especial.

Nesse venerando aresto se discutiu a exigibilidade de apresentação de contratos padrão nos casos em que se declare que os lotes não se prestarão à oferta pública: "A respeito argumenta a recorrente que o loteamento em questão não se prestará à oferta pública de venda de lotes, destinando-se tão-somente a regularizar situação em que condôminos de área bruta localizaram cada qual sua posse. Sucede que o número de lotes resultante do parcelamento ultrapassa em muito o número dos condôminos, indicando potencial venda de terrenos. Lembre-se, ademais, que os condôminos são os loteadores e podem perfeitamente proceder à venda individual de lote que, como tal, deve resultar de parcelamento registrado de forma regular, com total atendimento aos requisitos legais, de ordem pública, assegurando-se os potenciais adquirentes". (Ap. Civ. 29846-0/2, Franca, *DOJ* 02.05.1996, Rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga).*

Mais uma vez, percebe-se a nítida preocupação com a tutela dos futuros adquirentes. Mesmo quando expressamente os proprietários declarem que o parcelamento não se destinará à oferta pública, que os lotes originários do fracionamento não se prestarão ao comércio, ainda assim, de modo preventivo – e nenhum prejuízo adviria aos proprietários a formulação de um contrato padrão que remanesceria inerte no registro imobiliário caso não se concretizasse a venda pública – a lei exige o preenchimento de todas as formalidades legais.

O que me parece de especial interesse, *a latere* do evidente interesse urbanístico e ambiental que o registro do parcelamento suscita, é a dispensa (ou não) do registro especial. A dispensa desse registro é também – e principalmente – decidir sobre deflagração da pletora de direitos e garantias que o consumidor experimenta tão-só com o enquadramento jurídico do parcelamento à Lei 6.766/79. Com o registro especial da lei, os efeitos decorrentes do referido registro, na ulterior contratação, se irradiam e colhem as restrições de ordem pública que a contratação privada, nesse domínio, experimenta. É nesse contexto especial, verdadeiro microssistema, que a autonomia da vontade é deprimida em face dos objetivos protetivo-sociais que informam todo o sistema da lei do parcelamento do solo urbano.

Diga-se de passagem que as garantias da Lei 6.766/79 para o adquirente e consumidor, no aspecto da contratação, são ainda mais vantajosas do que as regras consumeristas consagradas genericamen-

(*) *RDI* 58/216.

te na Lei 8.078/90 – e bastaria o confronto dos arts. 35, da Lei 6.766/79, e 53 do Código de Defesa do Consumidor para verificar a superior garantia deferida aos adquirentes na restituição das parcelas pagas.

4. Desmembramento de desmembramento e o "registro especial"

Ainda neste mesmo tema, vamos enfrentar outra questão: a correta compreensão do que seja gleba para os efeitos da Lei 6.766/79. O art. 2.º assim conceitua o desmembramento: "considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes". Pelo enunciado legal, verifica-se, com Diógenes Gasparini, que, para que haja desmembramento, é necessário: a) existência de uma gleba; b) a ser dividida em lotes; c) destinados à edificação; d) aproveitamento do sistema viário oficial existente; e) fim urbano. A dificuldade se concentra unicamente no correta definição do que seja gleba para fins de parcelamento do solo urbano, o que não é matéria fácil.

Grosso modo, pode-se dizer que gleba é a porção de terra que não sofreu ainda qualquer modalidade de parcelamento do solo urbano. Ou como registram Toshio Mukai *et alii*: "Pode-se, assim, conceituar gleba, nos termos da Lei, como a porção de terra que, não tendo sofrido nenhum parcelamento anterior de caráter urbano (loteamento ou desmembramento urbano), é subdividida em outras porções (lotes) destinadas à edificação". (*Loteamentos e desmembramentos urbanos*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1987, p. 5).

Parece-me que o fato de ter o trato de terras sofrido anterior parcelamento não descaracteriza a exigência do registro especial. Deixando um pouco de lado essa questão acadêmica – de definir o que seja própria e tecnicamente gleba –, vamos investigar se a unificação dos lotes, originando um nova unidade imobiliária, decorrente da unificação ou remembramento, não acarretaria o ônus do registro especial toda vez que se fizesse o reparcelamento.

A questão não é ociosa. À evidência, são situações e momentos muito diversos aquele do registro do loteamento, posterior remembramento e novos desmembramentos. Do loteamento original não se guarda mais do que pode indicar a origem registrária. Em suma, o objeto é distinto, como o são os titulares de domínio. Pretender a ultratividade do parcelamento original é, na prática, insinuar o fenecimento do instituto de desmembramento urbano em áreas que, pouco a pouco, vão-se alterando e conformando a *urbs* em virtude de remembramentos e reparcelamentos – sem considerar as grandes parcelas de terras que, conservadas como quadras inteiras de loteamentos registrados, às vezes há décadas, são reservadas unicamente para especulação imobiliária. Sem falar no fenômeno dos vazios urbanos, tão bem estudado pelo Professor Milton Santos na obra *Metrópole corporativa fragmentada. O caso de São Paulo* (São Paulo : Nobel, 1990).

A dinâmica social haverá de produzir continuamente esses fenômenos com relevância urbanística, mas também com repercussões no direito dos consumidores, que são adquirentes de lotes oriundos desses loteamentos, desmembramentos e remembramentos, sem falar no registro imobiliário.

Tomemos um caso específico de remembramento de vários lotes – originando um só trato contínuo de terras. Em homenagem à unitariedade da matrícula (um imóvel = uma matrícula) pode-se dizer que, lógica e juridicamente, se extin-

guiram aqueles lotes na sua individualidade conformada pelo longevo registro do loteamento. Insisto: para os efeitos da Lei 6.766/79, esse imóvel matriculado será considerado gleba? Se entendêssemos que se trata de um lote urbano, então seria o caso de desdobro? E no caso contrário, de desmembramento?

O magistrado Aroldo Mendes Viotti, em substancioso parecer aprovado pelo Senhor Desembargador Corregedor da Justiça, em que se discutia o tema posto em debate nestas páginas, deixou consignado que: "Por força do registro n. [a proprietária] adquiriu imóvel urbano com 5.341,56m². (fls.). Esse imóvel consiste em toda uma quadra, não reparcelada, resultante do loteamento registrado sob o n. R. 3, em 18.10.1979, na Matrícula 3.865 (fls.). Quer agora a proprietária, sucessora remota da primitiva loteadora da gleba matriculada sob o n. 3.865, submeter essa quadra a desmembramento em 17 lotes. E, para tanto, pretende a dispensa das formalidades exigidas pelo art. 18 da Lei 6.766/79, o que lhe foi deferido pela r. decisão recorrida. É de rigor, quer parecer, o provimento do presente recurso. Mister assinalar, de início, que a Lei 6.766/79 não excluiu em princípio de sua incidência nenhum parcelamento do solo urbano. A construção jurisprudencial administrativa é que, objetivando uma exegese e uma aplicação da lei voltadas à realidade social, admitiu que certas modalidades de desmembramento, por suas características especiais, estariam dispensadas de atender aos requisitos registrários instituídos pelo art. 18 *et seq.* da citada Lei federal, à consideração de que, naqueles casos, mostra-se ineficaz a finalidade do registro especial do parcelamento. É o que se expõe no r. parecer proferido do Proc. CG 66.129/83, *Decisões administrativas da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo*, 1982/1983, RT, ementa 46, p. 141. Na hipótese dos autos, tenciona-se parcelar toda uma quadra em 17 lotes, não se vislumbrando razão para se postergar o instrumental de proteção aos adquirentes que é fornecido exatamente pelo registro especial. Nem colhe o argumento de que essa proteção colimada pela lei, voltada ao binômio liquidez de domínio e idoneidade do empreendimento, já estaria por inteiro atendida em razão do fato de o imóvel que ora se quer desmembrar resultar de loteamento registrado. Os objetivos da lei viram-se atendidos com o registro do antigo loteamento, em relação a ele mesmo, não no que respeita a futuros subparcelamentos. Aliás, a forma natural de ocupação dos espaços urbanos é o parcelamento de glebas maiores, e, se esse parcelamento for regular, há de amoldar à legislação citada: a se levar às últimas conseqüências o raciocínio dos requerentes, ter-se-ia que em inúmeros casos a legislação do parcelamento do solo urbano tornar-se-ia letra morta, já que quaisquer reparcelamentos futuros estariam sob o amparo da eventual ultratividade dos efeitos de um registro de parcelamento efetuado anos ou décadas atrás". O parecer oferecido no Processo CG 232/90 foi aprovado pelo Des. Onei Raphael Pinheiro Oricchio, cuja respeitável decisão foi publicada no *Diário da Justiça* de 10.01.1991, p. 16, vazada nos seguintes termos: "O Dr. Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria, no entanto, opinou pelo provimento do recurso, entendendo inviável a dispensa do registro especial para o desmembramento. E assim fica decidido, pois, como bem observado, o desmembramento é de proporções razoáveis (dezessete lotes), guarda nítida característica de empreendimento comercial, e a valorização acerca de acarretar, ou não, prejuízo a terceiros a dispensa de seu registro especial já foi pelo legislador, em norma de ordem pública". Valeria a pena, por fim, conferir – ainda que o caso concreto guarde alguma diferença com o que se trata aqui – o decidido na ApCiv 11561-0/5, Sorocaba, Rel. Des. Onei Raphael, *Diário da Justiça* de 16.11.1990, p. 28, em que debateu o desmembramento de um imóvel que se originou de unificação de

lotes antecedentemente oriundos de desmembramentos.

Como se vê, a questão de se definir, *a priori*, se se trata de gleba ou não, cede passo, em importância, à verificação e à constatação de que o parcelamento se destine à formação de novo núcleo habitacional, possa aumentar a densidade urbana e expandir a malha das cidades. Confira-se, a propósito, a excelente decisão do Sr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, dirimindo conflito de atribuições, publicada no *DOE* de 23.02.1999, p. 34.

5. Controle registral de cláusulas contratuais e o "registro especial"

Valorizando, portanto, o registro especial a partir da perspectiva da proteção do consumidor, chegamos ao ponto que gostaria especialmente de enfatizar: o controle registral do contrato padrão previsto na Lei 6.766/79.

Recentemente, muito se tem discutido acerca do controle registral de cláusulas contratuais. Concretamente, debate-se, de maneira bastante intensa, a viabilidade de inserção em contratos padrão de cláusulas de rateio dos valores utilizados na urbanização de parcelamentos do solo urbano. Em síntese, argumenta-se com a inexistência de qualquer vedação da Lei 6.766/79 que pudesse impedir os loteadores de consignar, nos contratos de compromisso de venda e compra, dispositivos estabelecendo o rateio, entre os adquirentes dos lotes, dos custos de obras de infra-estrutura que forem obrigados a executar por força da legislação municipal e federal. Não havendo qualquer dispositivo que proíba o repasse do custo de tais obras, não caberia ao registro imobiliário recusar o contrato padrão que contivesse cláusula específica nesse sentido.

Em 1995, por ocasião do Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em Cuiabá, tivemos a oportunidade de sustentar a importância do controle registral de cláusulas contratuais em face da legislação protetiva-social que regula o parcelamento do solo urbano e as relações de consumo. Argumentávamos que o registro imobiliário seria uma instituição pré-ordenada essencialmente à colimação da segurança jurídica na prevenção de conflitos. O registrador exerce, com independência jurídica, e sempre a rogo dos interessados, uma atividade verdadeiramente acautelatória para a segurança do tráfico jurídico imobiliário, atividade essa de natureza preventiva e (por que não?) *purificadora*, destituída de caráter contencioso, exercida com base nas normas legais pertinentes. Naquela oportunidade, aprofundavam-se os argumentos já anteriormente sustentados em dúvida suscitada em 03.09.1993, na comarca de Franca, São Paulo.

Curiosamente, a refutação das teses que orientaram a sustentação da dúvida suscitada, julgada afinal procedente em memorável decisão do magistrado Elcio Trujillo, viria de entidade que representa registradores. Este fato é digno de nota. Aparentemente preocupada com a controvérsia que pudesse se originar entre loteadores e registradores, a antítese foi intentada na representação datada de 13.07.1994, formulada pela ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo, por seu ilustre e culto Presidente, Francisco Raymundo (Proc. 1816/94, de 22.03.1995, publicada em *Decisões administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de SP*, 1995, Des. Antônio Carlos Alves Braga, Coord., São Paulo : RT, 1998, p. 113, ementa 36).

Segundo o entendimento dessa respeitável entidade, não haveria qualquer dispositivo na legislação federal do parcelamento do solo urbano que pudesse proibir o repasse do preço das obras de infra-estru-

tura e outras que o loteador introduzisse no loteamento. Depois, o registro imobiliário teria um papel meramente instrumental, não cabendo aos registradores o exame de legalidade de cláusulas contratuais, o que seria cometido exclusivamente ao Poder Judiciário. Culmina a entidade sentenciando que o registrador não seria agente credenciado para a proteção do consumidor. *Verbis*: "o registrador não é agente credenciado para a proteção do consumidor. Recebe títulos, os qualifica e os registra ou devolve. Fiscaliza o simples recolhimento de impostos, por força de imposição legal".

A consulta assim formulada, paradoxalmente, por um órgão de representação dos registradores paulistanos, foi dirigida à Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo. Em decisão original, à qual se imprimiu caráter normativo para todo o Estado de São Paulo, firmou-se que "não é de ser registrado o parcelamento quando o contrato padrão referido no art. 18, VI, da Lei Federal 6.766, de 19.12.1979, contiver cláusula que repasse para os futuros adquirentes dos lotes o custo com as obras de infra-estrutura que devem ser obrigatoriamente realizadas pelo loteador, ficando ainda claro que o preço dos lotes deve ser certo e determinado, cumprindo que o adquirente possa conhecê-lo previamente, assim como a importância devida em moeda corrente nacional, ou ainda o prazo, forma e local de pagamento".

Os argumentos desenvolvidos pelo ilustre parecerista, adotados como razão de decidir pelo Sr. Corregedor Geral – em tudo coincidentes com os debates travados anteriormente em Cuiabá – podem ser assim resumidos: 1) o preço deve ser certo e determinado, cumprindo seja prévia e inteiramente conhecido do adquirente, nos termos do art. 26 da LPSU; 2) Reconhece a inteira aplicação à espécie do Código de Defesa do Consumidor: "De outra parte o Código de Defesa do Consumidor tratou dos contratos de venda e compra de imóveis, mediante pagamento em prestações, reconhecendo configurada relação de consumo quando, *v.g.*, o vendedor for o loteador e o adquirente o destinatário final do imóvel adquirido. Neste caso, o loteador é considerado fornecedor e o adquirente consumidor, ambos como definido em lei. Esse referido diploma legal, que como visto tem plena aplicação à espécie (*omissis*). Decorre que atualmente, não bastasse a lei do parcelamento do solo urbano, também o Código de Defesa do Consumidor apresenta-se como um óbice intransponível à pretensão de repassar os custos das obras de infra-estrutura aos adquirentes de lotes". 3) O limite do que pode ser objeto de livre disposição de vontade nos contratos que-tais é a observância dos preceitos de ordem pública editados para a defesa dos consumidores. Assim, a "propalada liberdade para contratar, (*omissis*) deve estar subordinada às avultantes regras de ordem pública". 4) Afasta o paralelo proposto pela entidade consulente entre os princípios e disposições legais que regem o parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79) e o condomínio em edificação (Lei 4.591/64), por inteira inaplicabilidade recíproca (cf. *RJTJESP* 104/181); 5) Por fim, estima que embora o registrador deva preocupar-se precipuamente com os princípios que informam o direito registrário, não deve deixar de buscar segurança jurídica, não lhe escapando, por conseguinte, "quaisquer atos que sejam perante ele praticados, ou que se lhe submetam ao exame".

Julgando retamente a questão posta, o culto e sempre lembrado Des. Antônio Carlos Alves Braga pode enfrentar o tema candente do consumidor e o registro imobiliário, concluindo pela legalidade da atuação qualificadora do registrador, pelo caráter essencialmente preventivo e acautelatório do mister registral, reafirmando ainda a importância da Instituição na colimação da segurança jurídica. Em suma: contrariando a respeitável opinião expressa pela associação de registradores pau-

listanos, o respeitável Órgão do Judiciário Paulista reconhece a importância do Registro Imobiliário no contexto das complexas relações jurídicas contemporâneas e reafirma a independência do registrador no exercício de seu mister.

O tema do consumidor passou a ser pauta obrigatória para os registradores. A partir dessa decisão paradigmática, muitas outras se seguiram. O Des. Márcio Martins Bonilha, por exemplo, em relatório oferecido na ApCiv 31.282-0/8, publicada no *Diário da Justiça* de 13.05.1996,* deixou consignado que o Código de Defesa do Consumidor traduz normas de ordem pública, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, devendo os contratos a elas se afeiçoar, sob pena de serem barrados pelo exame qualificador do registrador. E mais, decidiu que o exame desses profissionais do direito pode, sim, adentrar as cláusulas convencionadas, evidentemente quando nulas de pleno direito. Unicamente que, no caso concreto, a "desqualificação" do compromisso de venda e compra que continha cláusulas abusivas, nos termos da Lei 8.078/90, seria em prejuízo do próprio consumidor, tanto pela existência da cláusula abusiva, quanto pela ausência do registro.

Mais recentemente, a diatribe restabeleceu-se. O Superior Tribunal de Justiça entendeu ser perfeitamente possível o repasse dos custos de obras de infra-estrutura aos adquirentes de lotes em parcelamentos do solo urbano. O venerando aresto acha-se assim ementado:

"Direito civil. Loteamento do solo urbano (Lei 6.766/79). Cláusula contratual que permite o repasse de custas das redes de água e esgoto aos adquirentes dos imóveis. Validade. Inexistência de vedação na Lei. Recurso Provido.

I – A Lei 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, não veda o ajuste das partes no tocante à obrigação de custear redes de água e esgoto nos loteamentos, sendo válida, portanto, cláusula contratual que preveja o repasse dos custos de tais obras aos adquirentes dos lotes.

II – O que a Lei 6.766/79 contempla, no seu art. 26, são disposições que devem obrigatoriamente estar contidas nos compromissos de compra e venda de lotes, requisitos mínimos para a validade desses contratos, o que não significa que outras cláusulas não possam ser pactuadas. Em outras palavras, além das indicações que a lei prescreve como referências obrigatórias nos contratos, podem as partes, dentro das possibilidades outorgadas pela lei de pactuar o lícito, razoável e possível, convencionar outras regras que as obriguem".*

Contudo, *data maxima venia*, entendemos não refutados os argumentos desenvolvidos anteriormente para sustentar a inviabilidade do repasse dos custos de obras de infra-estrutura, como tem sido entendido. Vamos sumariar os motivos pelos quais se afirma a inaplicabilidade das respeitáveis conclusões contidas nesse venerando aresto.

6. Custos da infra-estrutura: ônus exclusivo do loteador?

No caso apreciado pelo STJ, a legislação municipal prescreveu como ônus exclusivo do loteador a construção de redes de água e esgoto, na consideração de que tais obras, sendo *básicas*, incumbiriam exclusivamente ao empreendedor. Vai além a legislação municipal, impondo que este deva arcar com todos os custos de sua implantação. Em suma: norma municipal atribuiu ao loteador a obrigação de realizar e custear obras de infra-estrutura.

Ora, não se confundem as hipóteses. Na verdade, nunca se cogitou de impedir

(*) *RDI* 38/223.

(*) REsp 43.735-SP, *DOU* 14.04.1997, *RDI* 41/108.

que o custo das obras de infra-estrutura fosse repassado aos futuros adquirentes. Impedir o repasse desses custos, ou mesmo sustentar a impossibilidade de fazê-lo, soa desarrazoado, mesmo aberração, e não mereceria maiores considerações não fosse a insistente reiteração de um argumento que peca pelo equívoco na formulação: ao deslocar a questão realmente importante, consistente na forma em que se dará dito repasse e na determinação do valor devido a cada tempo. O problema não reside, portanto, no repasse – numa economia de mercado não se imagina que uma empresa loteadora possa atuar, colocando à venda lotes urbanizados e não possa auferir com isso o maior lucro possível, obedecidas às regras do jogo.

É preciso fixar muito bem esse ponto, pois nesse venerando acórdão, as razões do recurso visaram a superar a vedação do repasse dos custos aos adquirentes dos lotes, baseada no argumento básico de que o custo daquelas obras, de responsabilidade exclusiva do loteador, *jamais* poderia ser repassada aos adquirentes, pois seria tido como despesas de *obras elementares do loteamento*. Além disso, legislação municipal impôs aos parceladores a obrigação de realização das obras de infra estrutura, arcando com os seus respectivos custos, sem possibilidade de ressarcimento. Assim postas tais premissas, a conclusão seria mesmo a que chegou o Augusto Superior Tribunal de Justiça.

Como insistentemente demonstrado, as despesas com as obras de infra-estrutura poderão, sim, ser repassadas aos adquirentes, e a forma prevista pela lei é através da sua integração e composição no preço do lote urbanizado, consoante a Lei 6.766/79 (art. 26).

De fato, nada há na Lei 6.766/79, rigorosamente falando, que permita vincar que há obras básicas, cuja execução e custos seriam de responsabilidade exclusiva do loteador, e outras, de responsabilidade dos adquirentes. A Lei 6.766/79 não distingue hipóteses sob esse aspecto. Em ambos os casos estamos diante de uma única e mesma exigência de cunho legal e urbanística, dirigida à própria administração pública municipal, na aprovação do empreendimento de parcelamento do solo urbano: determinação de quais obras sejam necessárias, em vista do planejamento urbanístico que à administração pública municipal compete disciplinar.

Com muita razão, portanto, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando afirma que "a lei municipal, editada em conformidade com o citado dispositivo legal, somente pode ter por escopo adequar o previsto na lei federal às peculiaridades locais próprias dos municípios. De forma alguma pode ela impor obrigação ou criar um direito, porque, desse modo, estaria invadindo a competência da União de legislar sobre direito civil. (...) Destarte, inadmissível ter-se como válida e, ainda mais, de ordem pública, norma municipal que atribui ao loteador a obrigação de custear redes de água e esgoto, com efeitos derrogantes sobre o pactuado pelas partes".

Aliás, conforme se verifica da transcrição do venerando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, tal fato foi notado pelo Relator, que considerou indevida a imposição da Lei Municipal. Na verdade, o venerando aresto de São Paulo, acabou por negar provimento ao recurso impetrado pelo loteador por fundamento diverso.

Mas poderíamos exercitar um raciocínio problematizante – e neste passo encareço o voto vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. De fato, é bastante razoável que as obras de infra-estrutura devam mesmo ser de responsabilidade do loteador, ainda que possa repassar o seu custo regularmente aos adquirentes através dos mecanismos da própria Lei 6.766/79. Não percamos de vista que a urbanização, embora atividade pública, é nesse caso, concretizada como empreen-

dimento privado, sujeito, como toda iniciativa empresarial, à sorte do mercado.

As obras devem estar concluídas, em princípio, antes do lançamento do empreendimento – por exceção, contudo, pode o empreendedor apresentar um cronograma de obras, com duração máxima na lei prevista, cumprindo ainda, ao loteador (e não aos eventuais adquirentes dos lotes) apresentar garantias de execução das ditas obras. Ora, se eventualmente, num insucesso empresarial, os lotes do empreendimento não forem totalmente vendidos, quem suportará os encargos financeiros das obras que devem ser concluídas em prazo máximo que a lei prevê? E o comprador que pretendesse comprar à vista seu lote? O que dizer das garantias exigidas pela administração pública municipal do empreendedor – e não do adquirente – para a execução das obras?

Convenhamos que entender contrariamente, isto é, que possa haver repasse de custos de obras de infra-estrutura, sem que previamente figurem na composição do preço do lote, é sancionar o capitalismo sem risco, expediente tão ao gosto da elite econômica brasileira.

Por outro lado, no venerando acórdão do STJ não se debateu a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de compromisso de compra e venda. Não foi objeto de apreciação a contrafação do preço e a eventual infringência aos dispositivos da Lei de Defesa do Consumidor, especialmente art. 52 do citado diploma legal. Salvo na passagem do voto vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, não se argüiu a abusividade de cláusulas dessa natureza.

Finalmente, o recurso especial foi deduzido em face de contrato celebrado entre adquirentes e o loteador, não se tratando de um contrato padrão, que tem a natureza de contrato de adesão quando ingressa estereotipado no registro imobiliário; nem se debateu, logicamente, os problemas relacionados com a qualificação registral de suas cláusulas, pelo que entendo inteiramente válidas e pertinentes as conclusões do trabalho de Cuiabá, em todo coerentes com as decisões da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo vedando o registro de parcelamentos do solo para fins urbanos com contratos padrão que sancionam o repasse do custo de obras de infra-estrutura.

7. Repasse de custos de obras suplementares

Finalmente, como eco e repercussão dessas delicadas questões que têm sido enfrentadas e debatidas pelos registradores e tribunais brasileiros, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo apreciou, ainda mais recentemente, a representação oferecida pelo Secovi (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais do Estado de São Paulo) e Aelo (Associação das Empresas de Loteamento e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo). Propuseram as importantes entidades representativas dos parceladores, algumas alterações nas Normas de Serviço dos Registros Imobiliários Paulistas, entre outras a possibilidade de repasse aos adquirentes de custos de obras de infra-estrutura complementares – isto é, obras livremente convencionadas entre os loteadores e compradores de lotes. A representação foi processada sob n. 753/96 e a decisão final publicada no *Diário da Justiça* de 01.10.1997.

Para chegar à conclusão de vedação à indeterminação do preço do lote, o ilustre parecerista, magistrado Francisco Eduardo Loureiro, em parecer aprovado pelo Sr. Corregedor Geral da Justiça de São

Paulo, retomou as conclusões já expendidas no Processo 1.816/94, referido neste trabalho, precisando e corroborando as conclusões que fundamentam a inviabilidade do repasse: "A vedação à indeterminação do preço do lote alcança não só as obras de infra-estrutura previstas em cronograma aprovado pela Prefeitura, mas também aquelas livremente convencionadas entre o loteador e os compromissários compradores dos lotes. Entender o contrário seria vulnerar as normas cogentes dos arts. 26, da Lei 6.766/79, e 52 do Código do Consumidor" (loc. cit.).

8. Conclusão

Em conclusão deste opúsculo, queremos consignar que as atividades do registrador, neste limiar do novo século, devem ser exercidas com a consciência da importância social da Instituição do Registro Imobiliário. Como profissionais do Direito, a par do aperfeiçoamento técnico e científico, devemos diligentemente procurar alcançar o alto sentido da responsabilidade que nos cabe na garantia e tutela pública dos interesses privados, na prevenção de litígios e conflitos, na segurança e plena eficácia dos atos e negócios jurídicos.

1. ESTUDOS

1.5

O DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA*

AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI

SUMÁRIO: 1. Introdução. O Direito e a evolução tecnológica. A criptografia assimétrica – 2. O documento eletrônico: 2.1 Conceito de documento e o documento eletrônico; 2.2 Algumas palavras sobre a teoria da prova documental; 2.3 A assinatura digital e a força probante de documentos eletrônicos: 2.3.1 Requisitos do documento eletrônico como meio de prova; 2.3.2 O documento eletrônico diante do regime jurídico da prova documental; 2.3.3 Da força probante dos documentos eletrônicos: dependência ou não de alterações legislativas?; 2.3.4 O cibernotário; 2.3.5 Considerações finais sobre a prova por documentos eletrônicos – Bibliografia.

1. Introdução. O Direito e a evolução tecnológica. A criptografia assimétrica

O progresso da ciência sempre traz consigo uma mudança nos hábitos e comportamentos das pessoas. E destes novos relacionamentos humanos surgem novas relações jurídicas, ou novos fatos jurídicos a serem objeto de regulação por parte do Direito. Nunca, porém, o avanço da tecnologia se fez tão presente no cotidiano como ocorre nos dias de hoje, com a informática. O fenômeno se destaca não só pela multiplicidade de usos que se pode dar a um computador, mas também pela incrível popularização que esta tecnologia alcançou, alterando sensivelmente o modo de vida em sociedade.

Esta popularização do uso da informática, seguida pela ainda mais rápida expansão da Internet, colocou em evidência a expressão *documento eletrônico*, termo que passou a integrar o vocabulário comum de todos nós, enquanto usuários de computador. Para o Direito, entretanto, o *documento eletrônico* ainda é fonte de alguma perplexidade: essencialmente alterável, por natureza, poderia ser comparado ao documento tradicional, lançado em meio corpóreo, como o papel?

A resposta para esta pergunta se torna possível, mais uma vez, com a evolução

(*) O presente estudo foi finalizado em outubro de 1998, de modo que as referências feitas aos projetos legislativos em curso são contemporâneas àquele momento. Em agosto de 1999, a seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou ao presidente da Câmara dos Deputados um anteprojeto de lei para regulamentar o comércio eletrônico e o uso dos documentos eletrônicos e assinaturas digitais. Subscrito por deputados de todos os partidos, no momento o projeto está em trâmite naquela Casa, sob n. 1589/99. O texto do anteprojeto apresentado pela Ordem foi elaborado por uma comissão de advogados, que tive oportunidade de integrar, reunidos pela Comissão Especial de Informática Jurídica da OAB-SP. No que toca à regulamentação do documento eletrônico, senti-me honrado com a boa aceitação de minhas propostas, manifestadas neste artigo, de modo que seu texto se mantém atual, mesmo diante da apresentação e futura aprovação do projeto de lei em questão. Nesta publicação foram inseridas notas de rodapé relacionadas aos dispositivos constantes do projeto. Para diferenciar das notas originais, as notas de atualização, que fazem referência ao projeto de lei em trâmite, são indicadas por números e letras.

tecnológica. Descoberta em 1976, mas popularizada a partir de meados de 1994, com a gratuita distribuição, pela Internet, do programa *Pretty Good Privacy* (ou simplesmente PGP), uma técnica conhecida por *criptografia assimétrica* ou – como também é chamada – *criptografia de chave pública*, tornou possível a equiparação, para fins jurídicos, do documento eletrônico ao documento tradicional.

A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza *duas* chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a *chave privada*, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a *chave pública*, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada *que não pode ser decifrada com a própria chave pública* que a gerou. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública.

Não cabe aqui, no curto espaço deste artigo, tecer maiores considerações sobre a criptografia assimétrica e seu uso, o que deixo para discorrer, quem sabe, num texto futuro. Há, na *World Wide Web*, dezenas de *sites* disponíveis sobre o tema e, por ora, remeto o leitor para alguns deles.[1] Em apertada síntese, pode-se dizer que, com o uso da criptografia assimétrica, é possível gerar assinaturas pessoais de documentos eletrônicos. Isto é feito cifrando a mensagem com a *chave privada*; após, com o uso da *chave pública*, é possível conferir a autenticidade da assinatura, mas não é possível gerar uma assinatura com esta chave. As assinaturas digitais assim produzidas ficam de tal sorte vinculadas ao documento eletrônico "subscrito" que, ante a menor alteração, a assinatura se torna inválida. A técnica não só permite demonstrar a autoria do documento, como estabelece uma "imutabilidade lógica" do seu conteúdo. Por "imutabilidade lógica" quero dizer que o documento continua podendo ser alterado, sem deixar vestígios no meio físico onde está gravado (esta, aliás, é uma importante característica do documento eletrônico, que vai permitir desvinculá-lo do meio físico e transmitilo, via Internet); entretanto, a posterior alteração do documento invalida a assinatura, o que faz com que o documento deixe de ter valor como prova.

Convém salientar que a assinatura gerada por um sistema de criptografia assimétrica em nada se assemelha, no aspecto visível, a uma assinatura manuscrita. A assinatura digital é, na verdade, um número,[2] resultado de uma complexa operação matemática que tem como variáveis o documento eletrônico e a *chave privada*, detida pelo signatário com exclusividade. Como a *chave privada* se encontra em poder exclusivo do seu titular, somente ele poderia ter chegado no número repre-

(1) V., por exemplo, The comp.security.pgp FAQ, <http://www.pgp.net/pgpnet/pgp-faq>; How PGP works and the maths behind RSA, <http://rschp2.anu.edu.au:8080/howpgp.html>; "Home Page do PGP Internacional", <http://www.dca.fee.unicamp.br/pgp/> (onde, inclusive, se pode obter o PGP gratuitamente, para uso não comercial).

(2) Talvez seja conveniente lembrar que o computador, internamente, trabalha apenas com números. Textos, imagens, sons, tudo, enfim, que o computador armazena e processa é por ele visto como um número que, traduzido pelo *software* correspondente, retorna a nossos sentidos como textos, imagens, sons... Sendo, então, o documento eletrônico um número, é possível inseri-lo como variável numa operação matemática que tem como resultado um outro número: a assinatura.

sentado pela assinatura. A assinatura digital de uma mesma pessoa será diferente, para cada documento assinado, pois, sendo este uma das variáveis da função matemática, o seu resultado (assinatura), será diferente para cada documento. Isto evita que uma mesma assinatura possa ser utilizada para outros documentos. Diversamente do que ocorre com a assinatura manual, que contém traços sempre semelhantes, e assim é conferida, a conferência da assinatura digital é feita com o uso da *chave pública*, utilizando o documento "subscrito" também como variável: se, com a *chave pública*, pudermos decifrar a assinatura e relacioná-la ao documento, isto significa que foi a *chave privada* que a produziu para aquele documento, que não foi alterado desde então.

Neste breve resumo do conceito de criptografia assimétrica, acrescentaria, ainda, uma importante observação: dada a sofisticação das operações matemáticas realizadas, não há como inverter o processo para, a partir da assinatura ou da chave pública, encontrar o valor da chave privada. É que são utilizadas interessantes operações matemáticas conhecidas como *funções sem retorno* (*one-way functions*). Embora este seja um conceito complexo para ser aqui desenvolvido, é útil fazer-se esta menção, que contém íntima relação com a segurança destas assinaturas. Para os propósitos deste artigo, sintetizaria este ponto numa frase: *não é possível, pelo atual estágio da técnica, reverter o processo para calcular a chave privada a partir da chave pública ou da assinatura.*[3]

Encerro esta apresentação do tema com a certeza de que estas palavras de iniciação jamais substituirão a experiência obtida com o uso de um *software* de criptografia, ou a leitura de textos específicos sobre o tema. O quanto antes o leitor buscar se informar a respeito, melhor. Esta é uma tecnologia que promete muitos desdobramentos no campo do Direito, nesta virada de século, não apenas no que diz respeito às assinaturas digitais ou ao comércio eletrônico, mas também no campo da proteção à intimidade e ao sigilo das comunicações.

2. O documento eletrônico

2.1 Conceito de documento e o documento eletrônico

A expressão *documento eletrônico* tem se tornado usual entre aqueles que já se familiarizaram com o computador. Entretanto, o que exatamente queremos dizer com isso e que definição lhe podemos dar? Em especial, é possível considerar o *documento eletrônico* como *documento*, na acepção jurídica da palavra?

Partindo do conceito tradicional de documento, podemos verificar certa dificuldade inicial em nele abranger o documento eletrônico. Chiovenda assim o definiu: "documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente".[4] Pontes de Miranda dizia que "o documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento".[5] Já para José

[3] A verdade desta proposição depende do tamanho das chaves utilizadas. Sendo números, estas chaves pública e privada podem ser números maiores ou menores. A partir de um certo tamanho, considera-se que nem todo o poder computacional hoje instalado seria suficiente para calcular a chave privada antes que o mundo se acabe! Chaves menores, entretanto, podem ser calculadas sem tanto esforço. Partindo do princípio que um programa de computador confiável irá gerar chaves de tamanho suficientemente seguro, e de modo transparente para o usuário, faço esta proposição que atende aos fins deste artigo. Sobre este assunto, remeto o leitor mais curioso para os sites já indicados em nota anterior.

[4] *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 127.

[5] *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 357.

Frederico Marques, "documento é a prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em alguma coisa".[6] Moacyr Amaral Santos ensina que documento "é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo".[7] Mais recentemente, Arruda Alvim afirma ser o documento uma "prova real (do latim *res, rei*), dado que todo documento é uma coisa".[8]

Todas estas lições, lançadas ao longo deste século, e que ainda correspondem a uma definição corrente em nosso dias, conceituam o documento como sendo uma *coisa*, algo material e fisicamente tangível. Alimentadas pela realidade de então, não se separa, nestas conceituações, o pensamento que se quis documentar da matéria onde está gravado, estando um e outra inseparavelmente interligados.

Entretanto, é interessante mencionar que para alguns doutrinadores o documento foi definido como sendo *"o escrito"*, e não como *"a coisa"*. Assim, Jorge Americano, após reproduzir a definição de Chiovenda, atribuindo-a para documento em sentido lato, afirmava que "em sentido restrito, é qualquer escrito utilizável como prova do ato ou fato jurídico".[9] Gabriel Rezende Filho ensinava que "instrumento público é o escrito lavrado por oficial público, segundo suas atribuições e com as formalidades legais", enquanto "instrumento particular é o escrito emanado do interessado ou interessados, sem a intervenção do oficial público".[10]

É evidente que não se quer, aqui, atribuir qualquer visão futurista a estes dois autores. O *escrito*, para eles, em meados deste século, era necessariamente lançado em algum meio físico. Entretanto, ao definir o documento a partir do pensamento lançado em algum meio (que à época só poderia ser algo tangível), ao invés de privilegiar *a coisa* onde o pensamento está lançado, estes últimos conceitos permanecem atuais. Merecem, porém, alguns reparos, ao restringir a representação do pensamento à forma escrita. Neste sentido, Moacyr Amaral Santos distingue os documentos em escritos, gráficos, plásticos e estampados: "escritos são os em que os fatos são representados literalmente (escritura); gráficos, os em que são por outros meios gráficos, diversos da escrita (desenho, pintura, carta topográfica); plásticos, os em que a coisa é representada por meios plásticos (modelos de gesso ou madeira, miniaturas); estampados são os documentos diretos (fotografia, fonografia, cinematografia)".[11] Assim, nem apenas de palavras escritas consiste o documento, vez que também um desenho, sons ou imagens gravados, podem ser considerados documentos.

Um conceito atual de documento, para abranger também o documento eletrônico, deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam. Isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma seqüência de *bits*, o documento eletrônico não é outra coisa que

(6) *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 203.

(7) *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 385.

(8) *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 492.

(9) *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 1.º v., p. 333.

(10) *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 245.

(11) *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 390.

não a seqüência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. Assim, o arquivo eletrônico em que está este texto poderá ser transferido para outros meios, sejam disquetes, CDs, ou discos rígidos de outros computadores, mas o documento eletrônico continuará sendo o mesmo.

Documento, assim, é o registro de um fato. Conforme anota Rogério Lauria Tucci, a palavra "documento" provém de "*documentum*, do verbo *docere*, que significa ensinar, mostrar, indicar".[12] A característica de um documento é a possibilidade de ser futuramente observado; o documento narra, para o futuro, um fato ou pensamento presente. Daí ser também definido como *prova histórica*. Diversamente, representações cênicas ou narrativas orais, feitas ao vivo, representam um fato no momento em que são realizadas, mas não se perpetuam, não registram o fato para o futuro. Se esta é a característica marcante do documento, é lícito dizer que, na medida em que a técnica evolui permitindo registro permanente dos fatos sem fixá-lo de modo inseparável em alguma coisa corpórea, tal registro também pode ser considerado documento. A tradicional definição de documento enquanto *coisa* é justificada pela impossibilidade, até então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível.

Assim, renovando o conceito de documento – e até retornando à origem do vocábulo – *documento é o registro de um fato*. Se a técnica atual, mediante o uso da criptografia assimétrica, permite registro inalterável de um fato em meio eletrônico, a isto também podemos chamar de documento.

Incluído o documento eletrônico no conceito jurídico de documento, dadas as suas características peculiares mostra-se possível propor mais uma classificação – além das que já são estabelecidas pela doutrina – para distinguir o documento entre *documento físico* e *documento eletrônico*. O documento físico bem pode continuar a ser definido como *uma coisa representativa de um fato* (Moacyr Amaral Santos). Se documento, em sentido lato, é o registro de um fato, o documento físico é o registro de um fato inscrito em meio físico e a ele inseparavelmente ligado.

Já o documento eletrônico, como dito acima, não se prende ao meio físico em que está gravado, possuindo autonomia em relação a ele. O documento eletrônico é, então, *uma seqüência de* bits *que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato*. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital.

A assimilação deste conceito de documento eletrônico exige um certo grau de abstração. Trilhando a mesma linha de raciocínio de um dos "gurus" da informática moderna, Nicholas Negroponte,[13] pode-se dizer que experimentamos hoje um mundo virtual onde, no lugar dos átomos, encontramos *bits*. Estávamos acostumados com uma realidade de coisas formadas por átomos e, agora, temos que nos acostumar com uma realidade em que convivem "coisas" formadas tanto por átomos como por *bits*. O documento tradicional, em nível microscópico, não é outra coisa senão uma infinidade de átomos que, juntos, formam uma *coisa* que, captada pelos nossos sentidos, nos transmite uma informação. O documento eletrônico, então, é uma dada seqüência de *bits* que, captada pelos nossos sentidos

[12] *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 392.

[13] V. sua obra *Being digital*. New York : Vintage Books Edition, 1996.

com o uso de um computador e um *software* específico, nos transmite uma informação.[14]

Algumas conseqüências desta divisão entre documentos físicos e documentos eletrônicos são dignas de análise.

O documento físico consiste em algum meio tangível, onde a informação está inscrita, normalmente o papel. É comum que instrumentos sejam feitos em um maior número de vias, distribuídas entre os signatários. Estes conceitos, de documento original, ou de vias de um mesmo documento, são inexistentes no meio eletrônico. O documento eletrônico é a seqüência de *bits* e, onde quer que esteja gravado, em qualquer quantidade de cópias, mas desde que seja reproduzida exatamente a *mesma seqüência*, teremos sempre o mesmo documento. Dado o fato de que o documento eletrônico pode ser copiado infinitas vezes, mantendo-se exatamente igual à matriz, é impossível falar-se em original, em cópia, ou em número de vias do documento eletrônico. Toda *"cópia"* do documento eletrônico terá sempre as mesmas características do *"original"* e, por isso, deve ser assim considerada. É o caso até de dizermos que não existe *um* original e não existem cópias nem vias do documento eletrônico, enquanto ele for mantido nesta forma.

Se pensarmos, porém, que um documento eletrônico pode ser reproduzido em meio físico, e vice-versa, neste caso é possível falar-se em original e cópia. Se o documento foi originalmente elaborado e assinado em meio eletrônico, é de ser considerada original a mesma seqüência de *bits*, qualquer que seja o meio em que esteja armazenada; mas podemos falar em cópia do documento eletrônico, quando esta seqüência de *bits*, traduzida pelo programa de computador, for impressa sobre papel. Neste caso, o papel é a cópia e o arquivo eletrônico com assinatura criptográfica é o original. Eventual alegação de desconformidade entre o original e a cópia demandará análise do documento eletrônico, com o uso de um computador e de *softwares* específicos que leiam este arquivo eletrônico e reconheçam a assinatura. Por outro lado, um documento originalmente lavrado em papel pode ser introduzido no computador, por meio de um *scanner*, seja para fins de armazenamento e recuperação rápida, seja para transmissão. Aqui, existe um original em papel, do qual o documento eletrônico é apenas a cópia. A dúvida quanto à autenticidade da cópia eletrônica demandará o exame do original em papel.[14-A]

Tais considerações são importantes, na medida em que é possível conferir autenticidade aos documentos eletrônicos, como será visto adiante. Se o original é o documento eletrônico, deve ele conter requisitos que permitam conferir sua

(14) O desenvolvimento do mesmo argumento não poderia nos levar a conceituar uma seqüência de *bits* como "res"? Um documento eletrônico, um vídeo, uma música, um livro, poderiam ser tratados como coisa? Deixo a resposta para um momento futuro, após maior reflexão. Mas como a pergunta, em si, pareceu-me instigante, não pude deixar de formulá-la e entregar a questão ao juízo do leitor.

(14-A) Sobre originais e cópias, dispõe o art. 14, do Projeto 1589/99:

"Art. 14. Considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública.

§ 1.º Considera-se cópia o documento eletrônico resultante da digitalização de documento físico, bem como a materialização física de documento eletrônico original.

§ 2.º Presumem-se conformes ao original, as cópias mencionadas no parágrafo anterior, quando autenticadas pelo escrivão na forma dos arts. 33 e 34 desta lei (v. nota 42-D, *infra*).

§ 3.º A cópia não autenticada terá o mesmo valor probante do original, se a parte contra quem foi produzida não negar sua conformidade".

autenticidade, enquanto a sua cópia em meio físico é passível de autenticação, como se faz com as reproduções por fotocopiadora. Apenas que, neste caso, a conferência da cópia há de ser feita com o original eletrônico, utilizando-se de um computador e dos *softwares* necessários. Uma cópia física do documento eletrônico, autenticada ou não, poderá ser juntada aos autos do processo, mas qualquer divergência entre ela e o original só poderá ser apurada mediante conferência com o original eletrônico. Interessante salientar, apenas, que a cópia física do documento eletrônico não conterá qualquer assinatura, mas apenas a reprodução do texto ou imagem armazenados no documento eletrônico. Nenhum significado teria, para esta cópia, imprimir a assinatura digital em meio físico, já que sua conferência só é possível por meio do computador e em confronto com o documento original, que está em formato eletrônico.

E o contrário também é possível: uma cópia eletrônica de um documento físico pode ser autenticada, mediante assinatura eletrônica. Neste caso, o documento eletrônico tem valor de certidão,[15] mas o original continua a ser o documento físico.

As considerações feitas nos últimos parágrafos acima levam em conta documentos eletrônicos reproduzíveis em papel, isto é, documentos em que a informação é representada por um texto escrito ou por imagens fixas (fotografias). Uma interessante inovação dos documentos eletrônicos é a possibilidade de assinar documentos com outras representações, como sons ou vídeos. Embora já se pudesse considerar uma fita cassete como "documento", nunca foi possível, até o momento, firmar um documento como este. Como qualquer tipo de arquivo eletrônico pode receber uma assinatura digital, podemos, hoje, pensar em gravar uma reunião, ou mesmo uma audiência,[16] em formato eletrônico e assinar o arquivo eletrônico contendo voz ou vídeo.

2.2 Algumas palavras sobre a teoria da prova documental

Visto e repensado o conceito de documento, mostra-se útil relembrar alguns aspectos da teoria da prova documental, antes de prosseguirmos com o estudo da assinatura digital de documentos eletrônicos.

Neste item, trataremos destes temas tais como são reportados na doutrina tradicional e que, portanto, se referem apenas aos documentos físicos. As adaptações destes conceitos e regras para o campo dos documentos eletrônicos serão feitas no tópico seguinte.

Um primeiro conceito a ser aqui mencionado é o de *autor* do documento. "Autor do documento é a pessoa a quem se atribui a sua formação, isto é, a quem se atribui a sua paternidade."[17] O art. 371, do CPC, diz que: "Reputa-se autor do documento particular: I – aquele que o fez e o assinou; II – aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos". Quanto aos documentos públicos, reputa-se seu autor o oficial público que os lavrou, embora todos os que os subscrevam também possam ser assim considerados.

Via de regra, salvo os documentos em que *"não se costuma assinar"*, a autoria

(15) CPC, art. 384.

(16) O art. 170, do CPC, admite em tese o uso desta técnica na documentação de atos processuais: "É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, *ou de outro método idôneo*, em qualquer juízo ou tribunal".

(17) Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. II, p. 386.

do documento é provada pela assinatura do autor. Documentos manuscritos não assinados podem ter sua autoria demonstrada por meio de análise grafológica, caso o suposto autor negue ter feito os escritos. Como os documentos particulares normalmente fazem prova contra o seu autor, a não demonstração da autoria do documento esvazia sua força probante. Assim, mesmo os assentos domésticos, expressamente mencionados no inc. III do art. 371, se não forem manuscritos e não estiverem assinados, dificilmente servirão como prova, se o suposto autor negar-lhes a paternidade.

Alguns documentos, por si, representam o fato diretamente, sem intervenção da subjetividade de alguém e, por isso, a doutrina os classifica como documentos diretos. É o caso, por exemplo, de uma fotografia. A fotografia representa o fato tal como ocorreu e não como visto por um sujeito. Noutros casos, e aqui encontramos os documentos mais freqüentemente utilizados, o fato é representado no documento através de idéias e pensamentos de um sujeito. Um texto escrito ou uma planta de um imóvel retratam uma realidade tal qual foi vista e declarada pelo autor destes documentos. Para estes últimos documentos, considerados indiretos, a identificação da autoria é fundamental para que tenham valor probante.

Neste sentido, citamos alguns dispositivos da lei processual. O art. 368, do CPC, diz que "as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras *em relação ao signatário*". O art. 373 dispõe que o documento particular "prova que *o autor* fez a declaração, que lhe é atribuída". "As cartas, bem como os registros domésticos, *provam contra quem os escreveu*", conforme art. 375, do mesmo Código. Ou, ainda, "os livros comerciais *provam contra o seu autor*", de acordo com o art. 378; quanto a estes últimos, entretanto, podemos encontrar norma excepcional ao sistema no art. 379, permitindo que os livros comerciais provem *a favor* de seu autor, no litígio entre comerciantes, quando preenchidos os requisitos exigidos por lei. Certamente, porém, deverá o juiz valorar tal prova em conjunto com os demais elementos constantes dos autos, atribuindo-lhe o valor que puder merecer, dado o princípio da persuasão racional.

Nem poderia ser diferente. Como assinala Couture, não se pode admitir a autoprodução de prova em favor próprio:

"Proposiciones ontológicas de derecho procesal.

(...)

d) Autoproducción de prueba. Nadie puede hacer por sí mismo, prueba en su favor.

La prueba civil es la confirmación de una proposición, mediante una cosa o hecho tomados de la realidad. Si el que tiene que demostrar la verdad de su proposición pudiera por sí mismo crear la realidad apta para confirmala, el juicio carecería de razón suficiente. En ese caso, la proposición y la razón de la proposición tendrían un mismo origen: la voluntad del proponente o pretensor. Se juzgaria la proposición por la misma voluntad del proponente y no por la realidad exterior, idónea para confirmala.

Distinta es la situación de la prueba en contra, pues en este caso la proposición no tiene la misma fuente que la demostración. O la voluntad que inspiró la proposición se ha modificado demostrando el error de lo anterior, o la demostración responde a una circunstancia más fuerte que el interés: la verdad".[18]

Um outro conceito a ser rememorado é o de *autenticidade* do documento. Segundo ensina, mais uma vez, Moacyr Amaral

[18] *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 489

Santos, "por autenticidade se entende a certeza de que o documento provém do autor nele indicado".[19] É autêntico o documento quando verdadeiramente elaborado pelo autor nele declarado.

A autenticidade não se confunde com a veracidade do documento. A falsidade documental – o oposto da veracidade – pode ser *material* ou *ideológica*. A falsidade material é vício presente no próprio documento: ou a sua criação é falsa (por exemplo, atribuindo-se falsamente a autoria, mediante assinatura falsa), ou a falsidade decorre da adulteração de documento verdadeiro e autêntico. Já no caso de falsidade ideológica, o documento é autêntico e não foi adulterado, mas o seu autor nele declarou fatos inverídicos. A falsidade ideológica, ao contrário da material, não pode ser constatada pelo exame do documento, que materialmente nada contém de errado. Já a apuração da falsidade material, esta é normalmente feita mediante perícia sobre o corpo do documento, seja para conferir a assinatura, seja para buscar vestígios e indicações de adulteração posterior.

É também considerado falso o documento que, assinado em branco, tenha sido abusivamente preenchido. Ocorre o abuso no preenchimento "quando aquele, que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário".[20]

Sendo o documento impugnado, "incumbe o ônus da prova quando: I – se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir; II – se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento".[21] Disto podemos concluir que a parte que traz o documento ao processo tem o ônus de provar a autenticidade da assinatura ou, no fundo, tem o ônus de provar *a autoria*; sendo autêntica a assinatura – ou melhor, demonstrada ou incontroversa a autoria –, incumbe a quem alega provar eventual adulteração do documento, ou o preenchimento abusivo daquele que foi subscrito em branco.

No tocante à data dos documentos, dada a fé pública do agente que o lavrou, a data do documento público é presumida verdadeira. Entretanto, no que diz respeito aos documentos particulares não se tem a mesma presunção, visto que é fácil às partes signatárias antedatar o documento. Por isso, diz o Código que, "a data do documento particular quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular: I – no dia em que foi registrado; II – desde a morte de algum dos signatários; III – a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários; IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; V – do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento".[22]

A primeira parte do art. 370 somente se aplica quando o documento tenha sido firmado por ambos os litigantes, caso em que a data nele declarada, embora presumida verdadeira, pode ser infirmada por qualquer meio de prova. Já na segunda parte do artigo, e incisos, estabelece o Código eventos que nos permitem datar o documento *"em relação a terceiros"*, sendo que tais *"terceiros"* são aqui considerados diante do documento e não frente ao processo; ou seja, terceiro é quem não assinou o documento, mas que, evidentemente, deve ser parte no processo, pois, do contrário, não haveria utilidade em se fazer prova em relação a ele.

(19) *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 388.

(20) CPC, art. 388.

(21) CPC, art. 389.

(22) CPC, art. 370.

Tema tormentoso diz respeito ao valor probante de cópias extraídas do documento original, em especial, quanto à necessidade de serem autenticadas.

Arrisco-me a dizer que a autenticação de cópias pouco ou nenhum valor probante lhes acrescenta. Mesmo autenticada, uma vez que sua conformidade seja impugnada, não creio que será dispensada a exibição do original pela parte que produziu a prova em juízo. A presunção criada com a autenticação não é absoluta e, contestada, a única maneira de se aferir a veracidade será confrontar a cópia com o original. Se isto mostrar-se impossível de ser feito, caberá ao juiz valorar a cópia do documento diante do caso concreto e do conjunto probatório, atribuindo-lhe o peso que puder merecer. No fundo, a cópia autenticada só terá exatamente o mesmo valor probante do documento original quando não impugnada pela parte contrária. Mas, nesta circunstância, também a cópia sem autenticação terá força probante idêntica, dada a aceitação de sua conformidade pela parte contrária. É o que se pode extrair dos arts. 383 e 385 do CPC. Neste sentido, leciona Moacyr Amaral Santos:

"A cópia comum, a pública-forma ou o extrato de documentos particulares têm o mesmo valor probante que o original, mas, se impugnadas pela parte contra quem foi produzida (CPC, art. 372), cumpre sejam conferidas em juízo com este, certificando o escrivão a conformidade entre a cópia e o documento original. É o que se acha prescrito no art. 385 do CPC: "A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original".[23]

Ou seja, a conferência que faz o escrivão, preconizada no art. 385, na verdade só tem lugar caso seja impugnada a conformidade entre a cópia juntada e o original. Não havendo impugnação, a cópia, com ou sem autenticação, é dotada de valor probante idêntico ao original.

Poder-se-ia objetar, então, que o valor probante das cópias, autenticadas ou não, é muito frágil, eis que sujeito à não impugnação pelo adversário. Enquanto, porém, pudermos imaginar um processo movido por valores éticos e que reprima o litigante ímprobo, penso que as cópias têm grande valor probante. De um lado, a parte que produzir em juízo cópia fraudulentamente montada de um documento, além de incidir em ilícito penal a ser apurado pelas vias próprias, deverá ser considerada litigante de má-fé, nos termos do art. 14, I e II, e art. 17, II e V, do CPC. E, por outro lado, o adversário que impugnar a conformidade da cópia, também poderá ser considerado litigante de má-fé, caso se trate de cópia de documento comum às partes, publicamente conhecido ou acessível, ou seja inegável o seu prévio conhecimento. Neste caso, exibido o original e demonstrada a conformidade, aplicam-se os arts. 14, III e IV, e 17, IV e VI, para punir aquele que, conscientemente, provocou a prática de atos processuais desnecessários.

Infelizmente, no dia a dia forense nem sempre se chega a estas conclusões, movidos que somos por um histórico apego a carimbos, o que, por vezes, leva juízes e advogados a venerarem a autenticação das cópias, como se isto fosse insubstituível formalidade essencial para a validade destas, ou para sua admissibilidade em juízo.

2.3 A assinatura digital e a força probante de documentos eletrônicos

2.3.1 Requisitos do documento eletrônico como meio de prova

Para que um documento eletrônico possa ter força probante, é necessário que

[23] *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.º v., p. 408.

algumas características comuns ao documento tradicional estejam presentes. Passaremos, então, a analisar quais as características necessárias para que um documento eletrônico possa ter valor de prova, e em que medida estamos a depender ou não de uma evolução legislativa para que o documento eletrônico possa ser plena e eficazmente utilizado.

Em se tratando de documento indireto – que é o tipo mais comum – necessário se faz, para emprestar-lhe força probante, que: a) tenha autoria identificável (autenticidade); b) que não possa ser alterado de modo imperceptível (integridade). Autenticidade e integridade são, portanto, os requisitos básicos que deve conter um documento para servir como prova.

Como mencionei na Introdução deste artigo, a criptografia assimétrica permite assinar documentos eletrônicos e assegurar sua integridade posterior. Conquanto o conceito de criptografia assimétrica tenha sido desenvolvido em 1976, o desconhecimento da sua existência leva à crença de que documentos eletrônicos devam ser irredutivelmente inadmitidos como prova, sob alegação de que não preenchem as características de autenticidade e integridade. Da *tesi di laurea* apresentada por Daniela Taglino,[24] é possível notar que autores italianos que recentemente abordaram a questão demonstraram desconhecer as possibilidades que se abrem com o uso da criptografia de chave pública. Assim, por exemplo, ainda segundo Taglino, Giannantonio (*Manuale di diritto dell'informatica*, Padova : Cedam, 1994), "embora reconhecendo ao documento eletrônico a natureza de documento escrito, negou que ele possa assumir valor de escritura privada pela impossibilidade de assiná-lo".[25]

A autoria do documento é normalmente identificável por meio da assinatura, salvo nos casos em que o documento não costume ser assinado.[26] Mas, em casos tais, é evidente que algum elemento de prova deve nos levar a identificar o seu autor, fato que não se presume. Assim, mesmo nestas circunstâncias, aquele que juntar documento não subscrito, se contestada a autoria, terá o ônus de prová-la.

A questão que se coloca, aqui, é a seguinte: quando a lei exige *"assinatura"* como prova de autoria,[27] estaria restringindo a possibilidade de uma *"assinatura eletrônica"*? Como interpretar o significado de *"assinatura"*? Seria apenas o ato de escrever à mão o nome ou alguns traços personalizados, ou pode o vocábulo ser interpretado de forma ampliativa para designar qualquer meio distintivo que possa ser atribuído exclusivamente a uma dada pessoa?

Ao que me parece, a finalidade de uma *"assinatura"* em um documento reside tão-somente em permitir identificar a sua autoria. Por isso, independentemente de indagar o significado do vocábulo, temos que, para fins estritamente jurídicos, não há porque distinguir a assinatura manuscrita de qualquer outro distintivo que permita, com significativo grau de certeza, a identificação do sujeito que o realizou.

De outro lado, não pode o jurista ficar alheio à evolução da sociedade e das técnicas que, dia após dia, surgem e se inserem no cotidiano das pessoas. O Direito sem-

(24) Il valore giuridico del documento elettronico.

(25) Idem, em tradução minha. No original está: "Il Giannantonio, tuttavia, pur riconoscendo al documento elettronico la natura di documento scritto, ha negato che esso possa assumere valore di scrittura privata per l'impossibilità di sottoscriverlo". Ao que tudo indica este autor já deve ter revisto sua posição. A menção deste seu texto recente é feita apenas com o intuito de alertar o estudioso sobre a validade de opiniões emitidas antes de seu autor ter tido contato com a criptografia assimétrica.

(26) V. art. 371, III, do CPC.

(27) V. art. 371, I e II, do CPC.

pre evolui com o avanço da sociedade, e isto não depende, necessariamente, de alteração legislativa. Os conceitos e as interpretações também podem se modificar, para ler novas normas no mesmo texto de lei já gasto pelo tempo. E, inegavelmente, o uso dos computadores e dos meios de comunicação por meio da Internet está se multiplicando intensamente, de modo que o Direito, o quanto antes, deve estar pronto para absorver estes novos fatos sociais.

Assim, se páginas atrás me propus a fixar um novo conceito de documento, por que não repensar o significado de *"assinatura"*? A palavra assinatura, ademais, não se prende apenas ao sinal manuscrito. Se o clássico *Dicionário jurídico*, de De Plácido e Silva, afirma que *"a assinatura se entende do próprio punho do assinante"*, o quinto volume desta obra, elaborado a título de atualização por Waldir Vitral, já acrescenta entre os termos jurídicos as expressões *"assinatura impressa"* e *"assinatura mecanizada"*, para designar *"toda aquela que é colocada em documento através de máquinas apropriadas"*. O *Dicionário Aurélio* aponta que assinatura também pode ser a *"marca, desenho ou modelo próprio de alguém"*.

Por estas razões, não afronta as tradições jurídicas, nem macula a língua portuguesa, atribuir à assinatura significado mais amplo do que apenas o ato de escrever de próprio punho. Pode ser considerado como assinatura, tanto na acepção vulgar como jurídica, qualquer meio que possua as mesmas características da assinatura manuscrita, isto é, *que seja um sinal identificável, único e exclusivo de uma dada pessoa*. Se, até recentemente, a escrita manual era o único meio conhecido de gerar um sinal distintivo único e exclusivo, é evidente que para o Direito não se deixava margem para questionar o que se entendia por "assinatura". Na medida em que a evolução da técnica permite uma *"assinatura eletrônica"* que possua estas mesmas características, possível se mostra dar-lhe o mesmo significado e eficácia jurídica da assinatura manual.

Se a assinatura tradicional é única e exclusiva porque corresponde à escrita manual do signatário, comandada pelos impulsos nervosos vindos do cérebro, a assinatura eletrônica obtém esta característica uma vez assegurada a *"esclusività del mezzo tecnico"*.[28] Ou seja, somente o sujeito que estiver de posse da chave privada tem condições técnicas de gerar uma assinatura como aquela.[28-A]

Por outro lado, para servir como meio probante, um documento não pode ser passível de alteração. Analisemos o documento eletrônico sob este prisma.

Conforme vimos anteriormente, o documento eletrônico consiste numa *seqüência de bits* e não está preso a qualquer meio físico, diferentemente do que ocorre com o documento tradicional. É importante não nos esquecermos deste detalhe, para podermos analisar a autenticidade e veracidade do documento eletrônico.

(28) Raimondo Zagami. Firme digitali, crittografia e validità del documento elettronico.

(28-A) O art. 15 do projeto delineia os requisitos da assinatura digital, para que o documento eletrônico possa ter valor probante:

"Art. 15. As declarações constantes do documento eletrônico, digitalmente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, desde que a assinatura digital:

a) seja única e exclusiva para o documento assinado;

b) seja passível de verificação;

c) seja gerada sob o exclusivo controle do signatário;

d) esteja de tal modo ligada ao documento eletrônico que, em caso de posterior alteração deste, a assinatura seja invalidada; e

e) não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves".

Não estando presos aos meios em que foram gravados, os documentos eletrônicos são prontamente alteráveis, sem deixar qualquer vestígio físico. Textos, imagens ou sons, são facilmente modificados pelos próprios programas de computador que os produziram, ou, senão, por outros programas que permitam editá-los, *byte* por *byte*.[29] A data e hora de salvamento do arquivo é também editável, mediante o uso de programas próprios. Isto é fato notório e relativamente fácil de realizar, mesmo pelo usuário de computador menos experiente. E nenhum vestígio físico é deixado, para permitir apurar que o documento eletrônico tenha sido adulterado.

Ao discorrer sobre *"a eficácia probatória dos instrumentos resultantes dos contratos por computador"*, Cesar Santolim, em sua obra pioneira, afirma que:

"Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico (isto é, não dotado de suporte cartáceo, que se constitui no meio tradicional de elaboração de documentos), é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível:

a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios, e;

b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s)".[30]

Farei, entretanto, algumas ressalvas ao primeiro destes requisitos. O *meio* em que estão gravados os documentos eletrônicos é essencialmente alterável sem deixar vestígios. E, principalmente, esta característica que têm os documentos eletrônicos, de não estarem presos ao meio em que são gravados, é justamente o que lhes dá a necessária flexibilidade, a permitir sua transmissão por meio da rede mundial. Esta é uma das grandes vantagens do documento eletrônico, e que foi maximizada com a expansão da Internet: a possibilidade de envio instantâneo, seja para outra cidade, para outro Estado, ou para o outro lado do mundo, se preciso for.

Assim, ainda que alguma técnica venha a permitir gravá-lo em um meio não adulterável, atrelar o documento eletrônico a um meio físico, a meu ver, seria desnaturá-lo ou despi-lo de sua maior utilidade. A sua flexibilidade seria anulada, pois o envio do documento demandaria a remessa da *coisa* em que está gravado, sendo de se duvidar, no caso, da vantagem de se utilizar o documento eletrônico ao invés dos meios cartulares tradicionais. Tal técnica serviria, apenas, para reduzir custos com armazenamento de papéis. Nenhuma utilidade teria para solucionar o problema de dar autenticidade a documentos remotamente transmitidos.

A sugestão, dada por este mesmo autor,[31] a título de exemplo, de usar-se um disco ótico Worm[32] para assentar o documento eletrônico, não me é cara. Além das objeções acima mencionadas, ainda restaria o problema de dar-lhe autenticidade, para provar sua autoria, o que não fica claramente solucionado. Um disco como este permite armazenar milhares de documentos eletrônicos, de modo que seria inviável lançar assinaturas manuais – ou outro sinal físico identificador – no

(29) Tais programas, conhecidos como "editores hexadecimais", podem alterar qualquer *byte* de qualquer arquivo eletrônico.

(30) Formação e eficácia probatória dos contratos por computador, p. 33.

(31) Op. cit., p. 36.

(32) Worm é a sigla em inglês para "escrever uma vez, ler muitas vezes" (write once read many). Trata-se de um CD virgem que pode ser gravado uma única vez e não mais apagado, diversamente do que ocorre, por exemplo, com disquetes, em que arquivos podem ser gravados e apagados infinitamente (isto é, ao menos até enquanto os disquetes durarem!).

reduzido corpo do disco, para autenticar todos estes documentos.

A solução da questão passa pela distinção conceitual entre o documento eletrônico e o documento tradicional, já desenvolvida acima. Não se pode tratar o documento eletrônico como *coisa*, mas reconhecê-lo abstratamente como uma *seqüência de bits* desvinculada de qualquer meio físico.

É evidente que um documento eletrônico, para ter força probante, não pode ser passível de adulteração. Porém, o que se deve buscar preservar é a manutenção da *seqüência de bits*, tal qual originalmente criada, não importando em que meio o documento está gravado, ou se o meio é ou não alterável. E a criptografia assimétrica permite realizar esta tarefa, protegendo a integridade da *seqüência de bits*.

Desta forma, a única maneira reconhecidamente segura, diante do atual estágio da tecnologia, para assinar documentos eletrônicos e mantê-los inalterados é por meio de processos criptográficos de chave pública.

Este sistema se utiliza de duas chaves, uma chave pública e outra privada. Assinado um documento eletrônico – o que é feito com o uso da chave privada –, é possível conferir a assinatura mediante o uso da chave pública. E, além disso, ao efetuar a assinatura, o programa, utilizando fórmulas matemáticas sofisticadas, *vincula a assinatura digital ao documento assinado*, de tal sorte que a assinatura digital só seja válida para aquele documento. Qualquer alteração, por menor que seja, na seqüência de *bits* que forma o documento eletrônico, invalida a assinatura. A simples inserção de mais um espaço entre duas palavras, não obstante o sentido do texto não ter sido modificado, já é bastante para que seja perdido o vínculo com a assinatura digital.

Com o uso da criptografia assimétrica para gerar assinaturas eletrônicas, vê-se que é possível criar um vínculo entre a assinatura e o corpo do documento, impedindo a sua alteração posterior. Entretanto, o direcionamento da proteção é outro: o documento, em si, continua podendo ser alterado, sem deixar vestígios no meio físico; mas se isto for feito, ele perderá o vínculo que mantém com a assinatura, tornando-se apócrifo e, com isso, perdendo todo o seu valor probante.

Por isso, alguns cuidados devem ser tomados ao armazenar-se documentos eletrônicos assinados por este processo. É bem conveniente manter mais de uma cópia de cada documento, dependendo de sua importância. Atenção deve ser dada a documentos eletrônicos gerados por programas que permitam sua alteração, quando da leitura. Há o risco de, num pequeno esbarrão no teclado, inserir-se ou apagar-se acidentalmente um espaço, ou pontuação, ou letra, e assim, mesmo sem modificar o sentido do texto, acabar-se invalidando a assinatura digital. Há também modificação na "seqüência de *bits*", sem alterar o significado, ao converter-se o documento para o formato utilizado por uma versão mais moderna de processador de textos, ou de um modelo de processador para outro. Ou, ainda, o usuário incauto poderá se sentir tentado a corrigir aquele pequeno erro de grafia que passou despercebido na redação original e somente agora foi notado... Se uma mínima modificação for feita ao abrir-se o arquivo, e for ele gravado em disco, o documento eletrônico ficará inutilizado, pois perderá o vínculo com a assinatura. E, a menos que o usuário consiga reverter a alteração, reconstituindo o documento exatamente como era, a assinatura digital não mais corresponderá a ele. Evidentemente, este infortúnio só ocorrerá se o documento involuntariamente modificado for salvo; mas, é bom lembrar, os editores de texto costumam ter opção de salvamento automático, feito em intervalos de tempo regulares. Ou o usuário desatento poderá

gravar o documento, ao sair do programa, quando normalmente lhe é perguntado se quer salvá-lo. Todo cuidado, então, deve ser tomado no armazenamento do documento eletrônico, para não alterá-lo acidentalmente.

2.3.2 O documento eletrônico diante do regime jurídico da prova documental

Abordadas as questões em torno da autoria e autenticidade do documento eletrônico, em que medida é possível aplicar a eles as demais regras vigentes sobre a prova documental?

Um primeiro ponto que passo a considerar diz respeito à data do documento. Além da data que pode estar mencionada no corpo do documento, consta também da assinatura eletrônica a data e hora em que foi gerada. Aqui não temos qualquer diferença em relação ao documento físico: tanto um como outro podem ser falsamente datados pelos seus signatários. No caso da data constante da assinatura eletrônica, basta modificar a data do sistema (isto é, a data assumida pelo computador que está sendo utilizado para gerar a assinatura) e, em seguida, assinar o documento eletrônico. Por isso, aplicam-se integralmente ao documento eletrônico as disposições do art. 370 do CPC, com ressalva feita ao inc. III, pois a impossibilidade física que impede de assinar graficamente pode não impedir o sujeito de assinar eletronicamente. [32-A]

Até que algum sistema seja juridicamente reconhecido como apto a provar – também por vias eletrônicas – a data dos documentos eletrônicos, pode-se pensar em publicar em jornal as suas assinaturas digitais. Ou, quem sabe, imprimi-las em uma folha de papel a ser apresentada ao Registro de Títulos e Documentos.[32-B] Sendo as assinaturas únicas para aquele documento, a certeza quanto à data daquelas prova a deste.

Se somente podemos assegurar a integridade do documento eletrônico mediante sua conferência com a correspondente assinatura, disto resulta que documentos não assinados são irremediavelmente suscetíveis de alteração. Como conseqüência, a previsão contida no CPC quanto a documentos não assinados é inaplicável aos documentos eletrônicos, pois é impossível provar-lhes a autoria e a veracidade.

[32-A] Sobre a prova da data do documento eletrônico, dispõe o art. 19 do projeto:

"Art. 19. Presume-se verdadeira, entre os signatários, a data do documento eletrônico, sendo lícito, porém, a qualquer deles, provar o contrário por todos os meios de direito.

§ 1.º Após expirada ou revogada a chave de algum dos signatários, compete à parte a quem o documento beneficiar a prova de que a assinatura foi gerada anteriormente à expiração ou revogação.

§ 2.º Entre os signatários, para os fins do parágrafo anterior, ou em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular na data:

I – em que foi registrado;

II – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

III – do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento e respectivas assinaturas".

[32-B] O projeto prevê o registro de documentos eletrônicos, ou prática de outros atos notariais em meio eletrônico, mediante autorização do Poder Judiciário:

"Art. 36. O Registro de Título e Documentos fica autorizado a proceder à transcrição e ao registro de documentos eletrônicos particulares, para os fins previstos na Lei 6.015, de 31.12.1973.

Parágrafo único. Poderá o Poder Judiciário autorizar o uso de documentos eletrônicos em atividades notariais e de registro não previstas expressamente na presente lei, adotando a regulamentação adequada, considerando inclusive as questões de segurança envolvidas".

Do mesmo modo, inexiste neste campo a possibilidade do documento ser assinado em branco e abusivamente preenchido. Qualquer preenchimento posterior, abusivo ou não, invalida a assinatura eletrônica.

Os pontos fracos do sistema residem basicamente na eventual apropriação indevida da chave privada e na autenticidade da chave pública. E isto traz repercussões no estudo da falsidade dos documentos eletrônicos.

Quanto a este primeiro problema, ele pode ser evitado na medida em que o titular da chave tome cautelas para sua proteção. Entretanto, nenhuma cautela é suficiente para evitar situações em que, mediante alguma forma de coação física, o sujeito seja obrigado a fornecer a sua chave privada e a "frase-senha".[33] Mas o problema, aqui, é o mesmo do mundo físico: alguém poderia coagi-lo a subscrever um documento ou um cheque. De qualquer modo, é importante lembrar que se terceiros tiverem acesso à chave privada, poderão subscrever documentos como se fossem o seu verdadeiro titular, sem que isto deixe qualquer vestígio. Se por outros meios de prova puder ser demonstrado que houve a apropriação e uso ilícito da chave privada, deverá o juiz levar isto em conta, negando valor ao documento eletrônico.

Analisemos, agora, a questão da autenticidade da chave pública. Por autenticidade da chave pública queremos dizer a certeza de que ela provém do seu titular. Qualquer um poderia gerar um par de chaves e atribuir-lhe o nome de qualquer pessoa, existente ou imaginária.[33-A] A autenticidade do documento eletrônico é conferida sem dificuldade por qualquer usuário de computador, com o uso do programa de criptografia e de posse da chave pública do seu subscritor. Mas, e se a própria chave pública não for autêntica? Esta conferência o programa não tem como realizar. O que fazer, então, para contornar o problema?

Para solucionar controvérsias acerca da autenticidade de chaves públicas, podemos nos valer de uma série de procedimentos, que adiante proponho, e que permitirão relacionar uma dada chave pública a seu titular. Disto será tratado no próximo tópico. Por ora, continuemos com a problemática da falsidade de documentos eletrônicos.

Diante das linhas acima traçadas, é possível afirmar que, quanto a um documento assinado eletronicamente pelo uso de criptografia assimétrica, a argüição de falsidade só poderá ser baseada em *"falsidade de assinatura"*. Isto porque a adulteração do conteúdo do documento é inviável, vez que faz perder o vínculo entre este e a assinatura. Dentro deste prisma, é de se dizer que o documento eletrônico assim assinado é dotado de um maior grau de confiabilidade que o próprio documento tradicional. O próprio *software* de criptografia, ao conferir a assinatura, acusa que o documento adulterado não corresponde a ela. Já o documento cartáceo necessita de um exame pericial para constatar-se eventual alteração; e, com o evoluir da técnica, certamente surgem meios mais e mais poderosos para alterar documentos físicos.

Por *"falsificação da assinatura digital"* quero dizer a criação de um par de

[33] O software "PGP", cujo funcionamento inspirou estas explicações, exige, como uma forma a mais de proteção da chave privada, que, para utilizá-la, o usuário digite uma "frase-senha" escolhida por ele e que pode conter dezenas de caracteres.

[33-A] Dispõe o art. 21, do projeto:

"Art. 21. Considera-se falso o documento eletrônico quando assinado com chaves fraudulentamente geradas em nome de outrem."

chaves falso, atribuído ao suposto signatário. A verdadeira assinatura digital, legitimamente gerada pelo seu titular, não tem como ser falseada.[33-B] No fundo, inexiste falsidade a ser apurada no próprio documento eletrônico; o problema em análise se resume exclusivamente na verificação da autenticidade da chave pública. Sabendo ser autêntica a chave pública, o próprio programa de computador permitirá conferir a autenticidade e integridade do documento eletrônico.

De quem seria o ônus da prova, se argüido que a chave pública não é autêntica? Tal alegação se assemelha com a hipótese do art. 389, II, do CPC. Ao se alegar falsidade de assinatura do documento físico, assim como ao se alegar não-autenticidade da chave pública atribuída à parte, é questionada a autoria do documento. Assim, se podemos dizer, baseados neste art. 389, II, que compete a quem produz o documento provar-lhe a autoria, a regra se estende a este caso. Compete à parte que produz o documento eletrônico provar a autenticidade da chave pública que afirma ser do suposto signatário, e com a qual iremos conferir a assinatura digital.

Por outro lado, diante da argüição de apropriação e uso indevido da chave privada verdadeira, o ônus da prova competirá a quem alegar este fato. Quando a segurança de uma chave privada for posta em dúvida, é possível que ela seja revogada. Alguns problemas, entretanto, podem ser vistos aqui: por primeiro, a necessidade de publicidade da revogação; em segundo lugar, a impossibilidade de se atribuir, por si só, certeza às datas da revogação ou da assinatura indevidamente efetuada pelo criminoso com o uso da chave privada apropriada. Daí, talvez o problema da datação de documentos eletrônicos deva ser observado com o máximo de cautela e, no mais das vezes, será conveniente estabelecer meios seguros de provar a data do documento eletronicamente assinado.[33-C] Voltarei, adiante, a abordar este problema, no item *d*, infra.

Para encerrar mais este subitem, analisemos as relações entre o documento eletrônico original e as cópias físicas dele extraídas. Como já afirmado anteriormente, a cópia em papel do documento eletrônico não exibirá qualquer assinatura, mas apenas o conteúdo do documento. Mesmo assim, reiterando o que foi afirmado ao final do tópico anterior, tal cópia não

(33-B) A afirmação feita no texto pressupõe a utilização de um sistema eficiente e reconhecidamente seguro. Tendo em vista que, com o tempo, o avanço das técnicas de criptoanálise poderá comprometer a segurança de sistemas hoje considerados idôneos e a popularização do uso da criptografia poderá trazer para o mercado produtos pouco testados ou pouco seguros, prevê o projeto:

"Art. 22. O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento eletrônico, quando demonstrado ser possível alterá-lo sem invalidar a assinatura, gerar uma assinatura eletrônica idêntica à do titular da chave privada, derivar a chave privada a partir da chave pública, ou pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura".

(33-C) Sobre o ônus da prova, em caso de alegação de falsidade do documento eletrônico, reza o projeto:

"Art. 23. Havendo impugnação do documento eletrônico, incumbe o ônus da prova:

I – à parte que produziu o documento, quanto à autenticidade da chave pública e quanto à segurança do sistema criptográfico utilizado;

II – à parte contrária à que produziu o documento, quando alegar apropriação e uso da chave privada por terceiro, ou revogação ou suspensão das chaves.

Parágrafo único. Não sendo alegada questão técnica relevante, a ser dirimida por meio de perícia, poderá o juiz, ao apreciar a segurança do sistema criptográfico utilizado, valer-se de conhecimentos próprios, da experiência comum, ou de fatos notórios".

será desprezível enquanto meio de prova. A parte poderá juntá-la aos autos, afirmando ser a reprodução de documento cujo original se encontra em meio eletrônico, devidamente subscrito pelas partes mediante assinatura digital. Não impugnada pela parte contrária a conformidade da cópia juntada aos autos, terá ela o mesmo valor probante que o original. Contestada a veracidade da cópia, necessário será fazer-se o confronto com o original eletrônico; mas a parte que levianamente argüir sua falsidade poderá ser considerada litigante de má-fé, nos termos e nas circunstâncias já aludidos acima.

2.3.3 Da força probante dos documentos eletrônicos: dependência ou não de alterações legislativas?

Embora já existam normas a respeito de assinaturas digitais em ordenamentos jurídicos estrangeiros, no Brasil nada há a tratar da matéria. Até o momento em que escrevo estas linhas, a única norma nacional que menciona este tipo de assinatura é a Instrução Normativa 17, de 11.12.1996, editada pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Ainda assim, tal ato apenas se resume a determinar que "no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias serão implementadas aplicações que tratem da utilização de documentos eletrônicos e do uso de assinatura digital" (art. 4, § 6.º), no âmbito das atividades governamentais.

Temos, também, em trâmite, o Projeto de Lei 2.644/96, apresentado pelo deputado Jovair Arantes, que faz menção ao uso de documentos e assinaturas eletrônicos.[34] O projeto, porém, é bastante tímido, e, em apenas oito artigos praticamente se resume a reconhecer a existência de documentos e assinaturas eletrônicos.

Em seu art. 1.º, o projeto diz que: "Considera-se documento eletrônico, para os efeitos desta Lei, todo documento, público ou particular, originado por processamento eletrônico de dados e armazenado em meio magnético, optomagnético, eletrônico ou similar". A disposição peca pelo equívoco lógico de definir uma coisa a partir dela própria ("documento eletrônico... é todo documento..."). No art. 2.º, temos que: "Considera-se original o documento eletrônico autenticado por assinatura eletrônica, processado segundo procedimentos que assegurem sua autenticidade e armazenado de modo a preservar sua integridade". Ao dizer que o documento eletronicamente assinado é considerado "original", pouco significado jurídico contém o artigo. Seria mais preciso dizer que tal documento eletrônico, assim assinado, terá a mesma eficácia do documento físico. Mesmo porque, conforme exposto anteriormente, não há significado em buscar distinguir entre documentos eletrônicos qual é o original. Os demais artigos nada acrescentam ao tema, limitando-se a prescrever deveres do administrador do sistema de computadores e a tipificar penalmente algumas condutas.

A primeira lei, no mundo, a regulamentar o uso de assinaturas eletrônicas provém do Estado de Utah, nos Estados Unidos, tendo entrado em vigor em 1995.[35] Trata-se de uma lei extensa e extremamente detalhista. Com estrutura e técnica diversas daquelas empregadas na nossa legislação, esta lei contém toda uma seção destinada a estabelecer definições várias – são, ao todo, trinta e sete definições –, que vão desde conceitos técnicos publicamente conhecidos, como *bit* ou *criptografia assimétrica*, até o significado de *assinatura digital*. Em linhas ge-

[34] Disponível na World Wide Web: <http://www.mct.gov.br/Conjur/lei/pl2644.htm> [16/nov/97]

[35] Disponível na World Wide Web: <http://www.jmls.edu/cyber/statutes/udsa.html> [09/nov/97]

rais, a lei estabelece qual deve ser o conteúdo dos "certificados de autenticidade" das chaves públicas, quem pode exercer as funções de *"certification authority"*, como estes entes deverão operar, seus deveres e responsabilidades, que critérios devem ser observados para expedição do "certificado de autenticidade", como se dá a suspensão, revogação e expiração destes certificados, bem como quais são os efeitos de uma assinatura digital, para destacar os temas mais relevantes.

Em seguida, também em 1995, entrou em vigor na Califórnia lei regulamentando o uso de assinaturas eletrônicas.[36] Menos abrangente do que a do Estado de Utah, que se aplica a qualquer pessoa que queira se utilizar de assinaturas digitais, a legislação da Califórnia é voltada apenas ao uso de assinaturas eletrônicas em documentos apresentados a órgãos públicos.[37] Muito mais enxuta, esta lei define apenas o que se entende por "assinatura digital", atribuindo-lhe a mesma força e efeitos de uma assinatura manual, e declarando que seu uso é opcional.

Hoje, em quase todos os cinqüenta estados norte-americanos há lei, ou em vigor, ou em estudo, tratando da utilização de assinaturas digitais. Ao redor do mundo, podemos mencionar a existência de recente legislação já aprovada a este respeito, em 1997, na Alemanha, Itália e Malásia[38] e, aqui na América Latina, a Argentina recentemente adotou norma a permitir o uso de assinatura digital perante os órgãos públicos,[39] à semelhança da legislação californiana.

(36) Disponível na World Wide Web: <http://www.ss.ca.gov/digsig/code165.htm>

(37) Lorijean G. Oei. *Digital signatures*.

(38) Thomas J. Smedinghoff. Summary of legislation and other initiatives relating to digital signatures, electronic signatures and cryptography.

(39) Disponível na World Wide Web: <http://www.jus.gov.ar/firma/index.html>.

Antes, porém, de propor alterações legislativas, ou a criação de serviços especializados por parte de órgãos públicos, partirei da nossa realidade atual, estabelecendo critérios pelos quais, mesmo hoje, um documento assinado eletronicamente pode ser aceito como prova.

Como já abordado nos itens precedentes, é perfeitamente possível enquadrar o documento eletrônico na teoria e disposições legais relativas à prova documental. Assim, com as considerações mais que farei a seguir, concluo ser possível desde já utilizar documentos eletrônicos como prova de atos e fatos jurídicos, pois nenhuma afronta é feita ao nosso sistema jurídico. Todavia, algumas cautelas ou formalidades a mais haverão de ser tomadas, enquanto não houver disposição legal acerca do uso e validade das assinaturas digitais. E, por outro lado, é forçoso admitir que o documento eletrônico não poderá ser *sempre* utilizado em substituição do documento cartáceo, na falta de alguma regulamentação estatal.

O maior problema a solucionar está relacionado com a autenticidade da chave pública. Diante da atual falta de qualquer meio institucional para dar fé pública a uma chave pública, nada impede que duas partes troquem suas chaves públicas e, por meio de um documento físico, reconheçam validade e eficácia das assinaturas e documentos eletrônicos que puderem ser conferidos por meio destas chaves. Seria essencial, neste documento físico, imprimir as chaves públicas que estão sendo trocadas (é possível imprimi-las em papel, embora sua aparência – uma longa e incompreensível seqüência de caracteres – seja um tanto quanto exótica), ou, ao menos, dados que as identifiquem tais como o tamanho da chave utilizada, seu identificador (*"key ID"*) e

suas *"fingerprints"*,[40] o que, aliás, será mais racional.[41]

Diante de tal documento prévio, e considerando-se a liberdade de contratar, entendo que os documentos eletrônicos futuramente assinados pelas partes servirão plenamente como prova, e não será possível a qualquer dos contratantes repudiar a chave pública utilizada para conferir as assinaturas digitais.[41-A]

[40] Literalmente, impressões digitais. A expressão *"fingerprint"* é utilizada pelo PGP para designar uma espécie de "resumo" da chave pública. Consiste em um longo número, de 128 *bits* (que teria cerca de quarenta algarismos em base decimal), escrito em base hexadecimal. Dado o tamanho deste número, a *"fingerprint"* é também estatisticamente única. Assim, a título de exemplo, a *"fingerprint"* de minha chave pública é: 5D 00 BA 7E 9A 90 44 AF A9 5C DC 0C E9 BA 96 AC. O próprio programa informa e mostra no vídeo do computador qual é a *"fingerprint"* de uma dada chave pública. Já a "key ID" é um outro número, menor que a *"fingerprint"* – apenas 32 *bits* –, utilizado pelo programa para identificar as chaves. O número identificador da minha chave pública, por exemplo, é F408CE89, em notação hexadecimal.

[41] Baseio-me, aqui, no PGP, cujas chaves contêm estas informações que as permitem distinguir umas das outras. É importante destacar que, embora seja estatisticamente impossível que o uso normal deste programa gere duas chaves que tenham as mesmas *"figerprints"*, foi provado que é possível fazê-lo de modo proposital, mas, neste caso, as chaves com as mesmas *"fingerprints"* não terão o mesmo número de *bits* (v. Arnoud Engelfriet. *The comp.security.pgp FAQ*). Por isso, como alternativa a imprimir toda a chave pública, é aconselhável fazer menção não só às *"fingerprints"*, mas também ao tamanho da chave.

[41-A] Despido de exageros formais, e em consonância com a flexibilidade do nosso sistema em matéria de prova, diz o projeto que:

"Art. 18. A autenticidade da chave pública poderá ser provada por todos os meios de direito, vedada a prova exclusivamente testemunhal".

Eventualmente, será possível atribuir autenticidade a chaves públicas por meio de sua notoriedade. Para citar um exemplo, as chaves públicas do criador do PGP acompanham o programa, de modo que milhares de usuários ao redor do mundo a conhecem. Em nota anterior, neste artigo, divulguei a *"Key ID"* e a *"fingerprint"* de minhas chaves, de modo que isto poderia ser levado em conta para demonstrar qual é a minha chave pública. Em situações tais, competiria ao juiz analisar o quão notória é, de fato, a chave pública do signatário e, baseado na sua prudência e bom senso, atribuir-lhe ou não autenticidade conforme as peculiaridades do caso.

Futuramente, a prova de autenticidade de chaves públicas poderá ser feita por *"certificados de autenticidade"* emanados de um terceiro a quem se atribuir fé pública para fazê-lo. A este oficial, tem-se atribuído a designação de "Cibernotário".

Resolvido o problema da autenticidade da chave pública, a autenticidade do documento eletrônico é fato que pode ser verificado por qualquer pessoa, por meio do programa de criptografia que a utiliza.

Concluo, pois, que nada há a impedir a utilização de documentos eletrônicos, seja como forma para se documentar atos jurídicos, seja como meio de prova a ser produzido em juízo. Até porque, nos termos do art. 332, do CPC, "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Não me parece imoral o uso de documentos eletrônicos, razão pela qual não haveria porque restringir sua utilização... Muito menos ilícito, não afrontando, igualmente, o art. 5.º, inc. LVI, da Constituição Federal. Evidentemente, além de moralmente legítimo, o meio de prova deve mostrar-se idôneo a permitir o convencimento. Daí, documentos eletrônicos sujeitos a alteração ou a serem "fabricados" unilateralmente pela parte a quem apro-

veitam não podem ser dotados de força probante. Este não é o caso, como se viu acima, dos documentos eletrônicos "assinados" mediante uso da criptografia assimétrica. Sua utilização como meio de prova é, então, perfeitamente possível, em face do sistema jurídico já existente.

Este entendimento é o que mais se ajusta ao espírito do Código de 1973 que, segundo ensina Humberto Theodoro Junior, "foi muito mais liberal do que o anterior e, em matéria de meios de prova, mostrou-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, onde, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível".[42]

As dificuldades que encontramos na plena equiparação do documento eletrônico ao documento tradicional residem na falta de alguma regulamentação, seja legislativa, seja meramente administrativa, de seu uso e aceitação por parte de entes públicos. Assim, atos notariais como a elaboração de instrumentos públicos em forma eletrônica, a autenticação de cópias físicas de documentos eletrônicos – ou vice-versa –, o *"reconhecimento"* das chaves públicas, a certificação da data dos documentos eletrônicos, ou outras participações possíveis que o tabelião possa ter na formação ou comprovação de documentos digitais dependerão de algum tipo de regulamentação, senão legislativa, ao menos administrativa.[42-A]

Igualmente, o uso de documentos eletrônicos pela Administração Pública dependerá de algum tipo de previsão normativa prévia, dado o princípio da legalidade que orienta a atuação dos órgãos públicos.[42-B]

Nenhum óbice, porém, existe a impedir o uso de documentos particulares eletrônicos, observadas as providências acima expostas, que permitam demonstrar a autenticidade da chave pública e a intenção das partes em atribuir eficácia à assinatura digital. Neste campo, a existência de prévia lei não se mostra um imperativo, mas, certamente, um futuro tratamento legislativo será bem-vindo, para o fim de definir com clareza qual a eficácia e a validade de assinaturas e documentos eletrônicos, que requisitos eles deverão conter, ou quais os direitos e deveres daqueles que criam, certificam, ou se utilizam de chaves eletrônicas. Por isso, embora o Projeto de lei nacional acima mencionado tenha seus méritos pelo pioneirismo e iniciativa, é de se reconhecer sua carência no trato de vários aspectos juridicamente relevantes.

Além de permitir um regime uniforme e de normatizar uma série de novas situações que advirão da popularização dos documentos eletrônicos, uma futura lei ainda servirá para pôr abaixo eventuais resistências e desconfianças que ainda possam subsistir quanto ao seu uso e valor probante.

2.3.4 O cibernotário

Se mesmo hoje já é possível vislumbrar o uso eficaz de assinaturas digitais, as

(42) *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 426.

(42-A) O art. 36 do projeto prevê o uso de documentos eletrônicos em atividades notariais, mediante regulamentação do Poder Judiciário (v. nota 32-B, supra).

(42-B) O projeto não cuida especificamente do uso de documentos eletrônicos pela Administração. Entretanto, o título relativo ao uso e valor probante de documentos eletrônicos contém normas gerais de direito que extrapolam o âmbito do comércio eletrônico ou das relações privadas. Uma vez reconhecida a eficácia do documento eletrônico como meio de prova, compete à Administração regulamentar o seu uso pelos órgãos que a compõem.

perspectivas que se abrem são ainda mais promissoras. O futuro estabelecimento de normas próprias para regulamentar o uso de assinaturas digitais tornará seu uso mais difundido.

Possivelmente surgirá desta regulamentação a função do "cibernotário", ou seja, um oficial, dotado de fé pública, que poderá certificar com a sua assinatura as chaves públicas de outras pessoas [42-C] ou certificar outros atos praticados em meio eletrônico.[42-D] Como a chave pública do cibernotário deverá ser notória, ou facilmente aferível, ficará mais fácil certificar a autenticidade de chaves públicas. A expedição, pelo cibernotário, de um "certificado de autenticidade" irá conferir presunção de autenticidade às chaves públicas que certificar,[42-E] tornando mais seguras as relações jurídicas travadas por meio da Internet. Este "certificado de autenticidade" poderá assumir diversas formas, na medida em que a técnica utilizada o permitir. O PGP, por exemplo, permite que uma chave pública seja assinada eletronicamente por outros usuários, que, com o

[42-C] Sobre a autenticação de chaves públicas, dispõe o projeto:

"Art. 25. O tabelião certificará a autenticidade de chaves públicas entregues pessoalmente pelo seu titular, devidamente identificado; o pedido de certificação será efetuado pelo requerente em ficha própria, em papel, por ele subscrita, onde constarão dados suficientes para identificação da chave pública, a ser arquivada em cartório.

§ 1.º O tabelião deverá entregar ao solicitante informações adequadas sobre o funcionamento das chaves pública e privada, sua validade e limitações, bem como sobre os procedimentos adequados para preservar a segurança das mesmas.

§ 2.º É defeso ao tabelião receber em depósito a chave privada, bem como solicitar informações pessoais do requerente, além das necessárias para desempenho de suas funções, devendo utilizá-las apenas para os propósitos da certificação.

Art. 26. O certificado de autenticidade das chaves públicas deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I – identificação e assinatura digital do tabelião;

II – data de emissão do certificado;

III – identificação da chave pública e do seu titular, caso o certificado não seja diretamente apensado àquela;

IV – elementos que permitam identificar o sistema criptografado utilizado;

V – nome do titular e poder de representação de quem solicitou a certificação, no caso do titular ser pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na falta de informação sobre o prazo de validade do certificado, este será de 2 (dois) anos, contados da data de emissão".

[42-D] A autenticação de cópias eletrônicas de documentos físicos ou de cópias físicas de documentos eletrônicos é prevista nos arts. 33 e 34, do projeto:

"Art. 33. A assinatura digital do tabelião, lançada em cópia eletrônica de documento físico original, tem o valor de autenticação.

Art. 34. A autenticação de cópia física de documento eletrônico original conterá:

a) o nome dos que nele apuseram assinatura digital;

b) os identificadores das chaves públicas utilizadas para conferência das assinaturas e respectivas certificações que contiverem;

c) a data das assinaturas;

d) a declaração de que a cópia impressa confere com o original eletrônico e de que as assinaturas digitais foram conferidas pelo escrivão com o uso das chaves públicas acima indicadas;

e) data e assinatura do escrivão".

[42-E] Segundo o projeto, dada a fé pública do tabelião, a certificação por ele expedida goza de presunção simples de autenticidade. Assim, a existência de certificação notarial da chave pública inverte o ônus da prova previsto no art. 23, I, do projeto (v. nota 33-C, supra), em havendo impugnação da autenticidade do documento eletrônico:

"Art. 16. A certificação da chave pública, feita pelo tabelião na forma do Capítulo II do Título IV desta lei, faz presumir sua autenticidade".

ato, estariam por si atestando sua autenticidade. Neste caso, para conferir estas certificações temos que possuir a chave pública dos signatários. Se o signatário for o cibernotário, cuja assinatura deverá ser amplamente divulgada e dotada de fé pública, isto poderá significar um "certificado de autenticidade" da chave pública. Ou, também, um texto por ele assinado, declarando qual é a *"fingerprint"* e o tamanho da chave pública de determinada pessoa poderá ser assim considerado como certificado.

A existência deste Cibernotário, ou de um terceiro que funcione como *"certification authority"*, já tem sido objeto de estudo no exterior. Como primeira lei a tratar do uso de assinaturas digitais, o *"Utah Digital Signature Act"* também define e longamente regulamenta a função de *"certification authority"*, permitindo que seja exercida por advogados ou sociedades de que estes participem, por instituições financeiras ou seguradoras e também entidades governamentais. No nosso sistema jurídico, bem como no de outros países em que existe a figura do Tabelião, investido pelo Estado e dotado de fé pública, estas funções possivelmente irão se agregar às que tradicionalmente são exercidas por este agente público.

Para tecer algumas considerações mais sobre a certificação da chave pública feita por cibernotário, façamos, aqui, uma comparação com o reconhecimento de firmas, feito pelo tabelião tradicional.

O reconhecimento de firma, feito apenas por semelhança, como é o modo mais usual, não confere sequer presunção de autenticidade; argüida como falsa a assinatura, mesmo reconhecida, compete a quem produziu o documento fazer a prova de que é verdadeira.[43] Só se confere presunção de autenticidade do documento, *"quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença"*.[44] Evidentemente, tal presunção é relativa, e teria o condão de, apenas, inverter o ônus da prova. É o que diz Pontes de Miranda:

"A despeito do que se lê no art. 369, que reputa autêntico o documento cuja firma do signatário foi reconhecida pelo tabelião, de modo nenhum se pode afastar a ação declaratória de falsidade do documento se a ação que se propõe é para se declarar a falsidade da assinatura do tabelião, ou mesmo a falsidade da firma do signatário, a despeito de o tabelião ter reconhecido a firma, que foi lançada em sua presença. Dir-se-á que não seria fácil provar-se a falsidade da firma do signatário, se o tabelião a reconheceu, ou a falsidade da firma do tabelião. Se se alega a falsidade da firma reconhecida, pede-se a declaração da falsidade, bem como a apuração da ilegitimidade do ato do tabelião, ou mesmo da falsidade da assinatura do tabelião. Não seria de admitir-se que o ato de fé pública fosse inatacável. Nenhum órgão do Estado pode ficar incólume às ações contra ele."[45]

Reconhecida a firma, nos moldes do art. 369 do CPC, mesmo assim será possível argüir a falsidade, mas, no caso, a prova competirá a quem a alegar. Transportando a situação para os documentos eletrônicos, temos:

Em primeiro lugar, importa distinguir que as funções do cibernotário serão de certificar a autenticidade da chave pública, e não do documento eletrônico. De posse de uma chave pública sabidamente autêntica, qualquer um, com o uso do *software* correspondente, poderá conferir a autenticidade do documento eletrônico, inclusive o próprio juiz da causa, pessoalmente.

No caso do reconhecimento de autenticidade de chaves públicas, entendo igual-

(43) CPC, art. 388, I.

(44) CPC, art. 369.

(45) *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 365.

mente que tal ato, embora revestido de fé pública, não poderá ser considerado inatacável. Por isso, para que o cibernotário certifique uma dada chave pública, convém que ela lhe seja apresentada pessoalmente pelo seu titular, que deverá ser adequadamente identificado. Mas isso talvez não seja o bastante. Para dar maior segurança ao ato, deverá o cibernotário colher a firma do titular em ficha própria, onde conste por escrito os identificadores (*"Key ID"*, *"fingerprints"* e o tamanho da chave) da chave pública apresentada. Isto permitirá, *a posteriori*, conferir a veracidade da certificação dada pelo cibernotário à chave pública, caso esta venha a ser contestada.

É de se dizer, ainda, que a função de certificar chaves públicas pode bem ser desempenhada por outros entes, que não o nosso tradicional tabelião. Não seria demais imaginar que a Ordem dos Advogados, por exemplo, mantenha cadastradas as chaves públicas dos advogados; o Poder Judiciário, as dos juízes; bancos e instituições de crédito podem arquivar as chaves públicas de seus clientes, reconhecidas por estes últimos em documentos físicos assinados manualmente. Mesmo faltante a fé pública de quem certifica a chave pública, a autenticidade desta poderá ser comprovada pela exibição da ficha em papel, em que o usuário pessoalmente reconheceu a chave pública como própria.[45-A]

Um certificado de autenticidade poderia, ainda, conter informações juridicamente relevantes, fazendo com que a assinatura digital contenha um *plus* em relação à assinatura manuscrita. Pode-se pensar, por exemplo, em fazer incluir no certificado que o titular da chave é representante legal de tal ou qual pessoa jurídica, conforme consta dos estatutos sociais exibidos ao Cibernotário. Isto conferiria maior segurança a respeito da capacidade daquele que age em nome de pessoas jurídicas. Como estes certificados deverão especificar o seu prazo de validade – seria temerário produzir-se certificados perpétuos –, espera-se que ao menos dentro deste prazo a pessoa continue a exercer estes poderes de representação; em caso contrário, o certificado ainda poderá ser revogado antecipadamente.

Paralelamente à certificação das chaves públicas, o cibernotário funcionará também como meio de dar publicidade à revogação da chave. Neste caso, eventual revogação da chave pelo seu titular poderá ser considerada eficaz apenas a partir de sua apresentação a um cibernotário, conferindo-se presunção de certeza acerca da data em que tal ato ocorreu.[45-B] É

[45-A] E o projeto também prevê a possibilidade destes certificados privados, que, embora despidos de fé pública, poderão gozar de aceitação pelos usuários conforme o serviço prestado se mostre confiável e sejam tomadas algumas cautelas – como as expostas no texto – de modo a permitir provar em juízo, se necessário, a titularidade das chaves certificadas. Ademais, a entidade certificadora privada responderá por perdas e danos perante terceiros, em caso de não ser autêntica a chave certificada, daí seu interesse em fornecer, ao interessado, elementos outros que permitam produzir prova bastante em juízo. Neste sentido, diz o art. 17, do projeto:

"Art. 17. A certificação de chave pública, feita por particular, prevista no Capítulo I do Título IV desta lei, é considerada uma declaração deste de que a chave pública certificada pertence ao titular indicado e não gera presunção de autenticidade perante terceiros.

Parágrafo único. Caso a chave pública certificada não seja autêntica, o particular, que não exerça a função de certificação de chaves como atividade econômica principal, ou de modo relacionado à sua atividade principal, somente responderá perante terceiros pelos danos causados quando agir com dolo ou fraude".

[45-B] Sobre revogação das chaves, prevê o projeto:

"Art. 27. O tabelião deverá revogar um certificado eletrônico:

importante que o rol de chaves revogadas esteja disponível *online*, para permitir que a outra parte possa prontamente conferir se a chave pública utilizada ainda é válida e eficaz.[45-C]

a) a pedido do titular da chave de assinatura ou de seu representante;

b) de ofício ou por determinação do Poder Judiciário, caso se verifique que o certificado foi expedido baseado em informações falsas; e

c) se tiver encerrado suas atividades, sem que tenha sido sucedido por outro tabelião.

§ 1.º A revogação deve indicar a data a partir da qual será aplicada.

§ 2.º Não se admite revogação retroativa, salvo nas hipóteses dos §§ 3.º e 4.º do art. 28.

Art. 28. O titular das chaves é obrigado a adotar as medidas necessárias para manter a confidencialidade da chave privada, devendo revogá-la de pronto, em caso de comprometimento de sua segurança.

§ 1.º A revogação da chave pública certificada deverá ser feita perante o tabelião que emitiu o certificado; se a chave revogada contiver certificados de autenticidade de vários oficiais, a revogação poderá ser feita perante qualquer deles, ao qual competirá informar os demais, de imediato.

§ 2.º A revogação da chave pública somente poderá ser solicitada pelo seu titular ou por procurador expressamente autorizado.

§ 3.º Pairando dúvida sobre a legitimidade do requerente, ou não havendo meios de demonstrá-la em tempo hábil, o tabelião suspenderá provisoriamente, por até trinta dias, a eficácia da chave pública, notificando imediatamente o seu titular, podendo, para tanto, utilizar-se de mensagem eletrônica; revogada a chave dentro deste prazo, os efeitos da revogação retroagirão à data da suspensão.

§ 4.º Havendo mera dúvida quanto à segurança da chave privada, é lícito ao titular pedir a suspensão dos certificados por até trinta dias, aplicando-se o disposto na parte final do parágrafo anterior".

[45-C] Diz o projeto:

"Art. 29. O tabelião deverá manter serviço de informação, em tempo real e mediante acesso eletrônico remoto, sobre as chaves por ele certificadas, tornando-as acessíveis ao público, fazendo-se menção às que tenham sido revogadas".

Além de certificar a autenticidade de chaves públicas ou tornar público o ato de revogá-las, outras funções úteis podem ser desempenhadas pelo cibernotário. Dentre estas, podemos destacar a função chamada de *"time stamping"*, que nada mais é do que atestar a data do documento eletrônico. Assim, a assinatura do documento eletrônico pelo cibernotário provará a data do documento, uma vez que a assinatura digital indica a data em que foi exarada. Aqui, aplica-se a regra do art. 370, IV, do CPC, de modo que esta data possa valer em relação a terceiros que não subscreveram o documento. Serviços assim já existem na rede e, para dar maior segurança e evitar fraudes, utilizam-se de um sistema de numeração seqüencial de todos os documentos que foram datados e publicam em jornais as assinaturas neles lançadas, de modo que não seja possível posteriormente estampar data retroativa a um documento recente.[46]

Outro campo de atuação para o cibernotário será a autenticação de documentos. A cópia física de um original eletrônico poderá ser por ele autenticada, após conferência com o original eletrônico. Mas talvez mais interessante do que isso será a autenticação de cópias eletrônicas do original físico – seja a imagem *scanneada*, seja a transcrição do texto em meio eletrônico. Isto permitirá que um documento físico seja transmitido eletronicamente, e, autenticado, dará ao destinatário maior grau de confiança acerca da sua fidelidade.

Avançando mais, podemos pensar em notificações enviadas pelo Cibernotário ao endereço eletrônico do notificado. Tal prática dependeria de uma definição bastante clara das situações em que esta for-

[46] Lorijean G. Oei. *Digital signatures.*

ma de notificação seria admissível e poderia ser presumida a ciência pessoal pela simples remessa da mensagem eletrônica para o endereço eletrônico do destinatário.

Na mesma linha já desenvolvida acima, todas estas certidões passadas pelo cibernotário conferem apenas uma presunção simples de autenticidade. Em juízo, tornada controvertida a certificação, necessário será o confronto com originais, ou, no caso da autenticação de chave pública, necessário será demonstrar o vínculo entre ela e o suposto signatário, fato que não pode ficar provado apenas pela palavra do oficial, daí a extrema conveniência de se documentar fisicamente o reconhecimento da chave pública pelo próprio usuário. A grande utilidade do cibernotário, na verdade, será a de elevar o grau de confiança nas transações eletrônicas. Como sua atuação deverá estar pautada pela cautela, segurança e idoneidade, as partes que se comunicam através da rede terão alto grau de certeza de que seu interlocutor é realmente quem diz ser, ou que os documentos físicos convertidos para meio digital realmente existem e foram reproduzidos fielmente.

E, evidentemente, a negligência ou o dolo do cibernotário no exercício de suas funções poderão implicar em sua responsabilidade civil e criminal. Mas, para caracterizar negligência, necessário será estabelecer criteriosamente quais as cautelas e procedimentos que se deverá observar ao expedir um certificado de autenticidade de chave pública, ou realizar quaisquer outros atos notariais no mundo virtual.

Enquanto não se regulamenta função tal, nem por isso os tabeliães podem deixar de exercer um papel útil de certificação de chaves públicas. Se, como afirmado no tópico anterior, duas partes bem poderiam firmar documento cartáceo, indicando suas assinaturas digitais e reconhecendo eficácia dos documentos eletrônicos futuramente assinados por elas, igual valor jurídico teria uma declaração unilateral com este teor, prestada perante o tabelião. Assim, aquele que, desejando utilizar assinatura digital, quisesse que terceiros nela inspirassem confiança, poderia se dirigir ao tabelião e firmar declaração de reconhecimento da legitimidade de documentos assinados eletronicamente com sua chave pública, cujos identificadores faria constar da escritura.

2.3.5 Considerações finais sobre a prova por documentos eletrônicos

Diante de tudo o que foi acima exposto, claro está que existe, nos dias de hoje, técnica hábil a tornar o documento eletrônico algo no mínimo tão seguro quanto os documentos tradicionais. E, principalmente, o uso de documentos eletrônicos e assinaturas criptográficas pode ser plenamente recepcionado pela nossa ordem jurídica.

Fecho, assim, este artigo destacando o que não se enquadra na exposição anteriormente feita e que, portanto, não é dotado do mesmo grau de segurança ou certeza.

Retomo, aqui, duas observações já feitas no correr deste Capítulo: a) somente a assinatura criptográfica permite que um documento eletrônico seja insuscetível de alteração; b) documentos eletrônicos não assinados não permitem, por si, que seja demonstrada a sua autoria, e conseqüentemente, não podem ser propriamente considerados como documentos, enquanto meios de prova.

Hoje em dia, disseminou-se intenso comércio por meio da Internet, em que contratos são firmados mediante um simples clicar do *mouse*, considerado este ato como aceitação das cláusulas estabelecidas em uma página da *World Wide Web*. O usuário simplesmente preenche alguns campos com seus dados pessoais, escolhe

o produto ou serviço que deseja e, ao final, *"aperta"* um botão virtual que remete todas estas informações à outra parte, manifestando, com este ato, a sua vontade.

É evidente que um contrato assim firmado é plenamente válido, condicionado apenas à observância das mesmas disposições que regem os contratos em geral e as relações de consumo. Discussões acerca do momento do seu perfazimento, da lei aplicável, do local do pagamento, da tributação, ou outras mais, certamente podem surgir no plano do direito material e devem ser motivo de estudo por parte dos civilistas, comercialistas ou tributaristas. Não é este o objetivo deste meu estudo e, por isso, restringir-me-ei a abordar o problema da *prova* destes contratos.

Ora, em nenhum momento, no perfazimento destes contratos, é exarado qualquer sinal que possa ser considerado como *assinatura*, ou seja, um identificador *único e exclusivo* de seu titular. Por isso, qualquer um poderia tê-lo enviado, que não a pessoa ali declarada. De outro lado, os termos em que o contrato é firmado também não estão documentalmente provados: os dizeres que contém uma página da WWW podem ser instantaneamente alterados; o que estava escrito ontem pode não ser o mesmo que ali encontramos hoje, sem que isto deixe vestígios materiais.

Assim, não se pode atribuir força documental a qualquer registro que tenha sido gerado no servidor que recebeu esta proposta. O registro, em poder de uma parte, e sem a inalterabilidade conferida pela assinatura criptográfica *da outra parte*, é amplamente suscetível a modificações. Além disso, não se tem a menor certeza acerca da identidade da pessoa com quem se contratou. Não se quer dizer com isso que tais contratos não existam, que sejam inválidos, nem que não possam ser provados. O que temos em mãos, porém, é um contrato cuja forma se assemelha à forma verbal (ou, mais próximos ainda, do contrato verbal firmado por telefone, em que os contratantes sequer se põem face à face). Por isso, tal contrato se perfaz do mesmo modo que um contrato verbal, e poderá ser provado por todos os meios admitidos em direito. O que não teremos, todavia, é a prova documental do negócio jurídico efetuado. Convém mencionar que aqui incluo os chamados *"sites seguros"*. Nestes são utilizados processos criptográficos tão-somente para conferir sigilo aos dados inseridos, de modo que as informações pessoais do usuário não possam ser interceptadas e lidas por um intruso. A criptografia aplicada nestas páginas eletrônicas serve apenas para dar privacidade à transmissão, mas não gera uma assinatura digital, que torne imutável o conteúdo do documento eletrônico, ou permita alguma conclusão sobre a autoria da mensagem.

Outro aparente "registro" merece ser aqui desnaturado como documento. O *software* de correio eletrônico mantém arquivados no computador do usuário todas as correspondências recebidas ou enviadas, ao menos até que sejam por ele voluntariamente apagadas. Como a maioria dos *softwares* de correio eletrônico não permite editar estes registros, isto pode dar ao usuário de computador menos experiente a falsa sensação de que são seguros ou não adulteráveis.

Igualmente, afirmo que se a correspondência recebida não estiver assinada eletronicamente, por processo criptográfico, difícil será emprestar-lhe a força de prova documental, ou mesmo atribuir-lhe qualquer força probante. Isto porque estes registros podem ser unilateralmente alterados de modo *extremamente fácil*.

Em primeiro lugar, há alguns *softwares* de correio eletrônico que editam seus registros. Basta que se utilize um destes programas, para que qualquer usuário iniciante altere todo o conteúdo, data, ou mesmo remetente da mensagem enviada ou recebida que esteja arquivada no seu

próprio computador. Em segundo lugar, é possível editar os registros com um editor hexadecimal, caso o próprio programa não tenha função de edição. O editor hexadecimal é um tipo de programa de computador que acredito ser desconhecido pela maioria dos profissionais do Direito e, por isso, teço aqui algumas considerações a seu respeito, a fim de facilitar a compreensão da fragilidade dos registros. Lembro, porém, que qualquer profissional da área técnica, bem como alguns usuários mais experientes, conhecem este tipo de programa, comumente utilizado por programadores de computador. Um editor hexadecimal permite editar *qualquer* arquivo eletrônico, *byte* por *byte*. Assim, não deve o leitor se iludir com o fato de que o programa de correio eletrônico não edite seus próprios registros: um editor hexadecimal, nas mãos de quem saiba operá-lo, pode editá-los com a mesma facilidade com que um processador de textos altera seus documentos.

Assim, sem grande dificuldade, pode um missivista adulterar todo o conteúdo dos seus registros, incluindo-se, aqui, a indicação do remetente. Tanto se pode adulterar a mensagem recebida como se pode fraudar a autoria de uma mensagem contida nos registros. E tudo sem deixar marcas. E não se diga que poderíamos confrontar os registros dos dois contratantes, pois, diante da disparidade, não temos condições de dizer qual dos dois é o registro falseado, e qual é o verdadeiro, o que torna a constatação algo inócuo como meio de prova.

Concluo, pois, que sem o uso de assinatura criptográfica, nenhum valor probante têm os registros dos *e-mails* enviados ou recebidos arquivados no computador do usuário.

Menos sujeitos a adulterações tão simples, mas também não invioláveis, são os sistemas em que se tem cadastro de senhas de acesso. E, na Internet, tais sistemas têm proliferado bastante, para uso de serviços disponibilizados aos consumidores, entre os quais o próprio acesso ao provedor. Nem sempre estes sistemas são seguros. E, além disso, não vejo aqui, igualmente, a formação de uma prova eletrônica confiável, para ser exibida em juízo. Isto porque a senha não é de conhecimento exclusivo do seu titular. Alguém, que tenha – ou ilicitamente obtenha – acesso privilegiado ao sistema poderá se apropriar da senha alheia e utilizá-la indevidamente. Uma grande preocupação na Internet é a invasão de sistemas por *hackers*, que astuciosamente, e com boa experiência em informática, volta e meia logram descobrir a senha de acesso de algum usuário cadastrado, sem que este tenha minimamente contribuído para isso. Ou, se o próprio sistema autoriza a seus administradores ou operadores o acesso às senhas alheias, a idoneidade destes funcionários pode ser um ponto fraco na segurança.

Sobre tais problemas, são dignos de menção dois acórdãos que enfrentaram questões semelhantes:

No primeiro, apreciou-se ação de anulação de débito movida em face da Telesp, envolvendo dívidas contraídas mediante contrato de financiamento de contas telefônicas, conhecido por "Telecard". Por este sistema, o usuário pode efetuar ligações para qualquer lugar do mundo, de qualquer linha telefônica, bastando indicar o número e a senha do seu cartão de acesso ao sistema. Diante de número excessivo de ligações – que se constatou terem sido feitas a partir de telefones públicos – ingressou o usuário em juízo, negando tê-las feito. Decidindo pela procedência do pedido, a sentença de primeiro grau foi mantida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da lavra do Des. Pereira Calças, que, entre outros fundamentos, asseverou que:

"Não há dúvida, como bem ressaltou o nobre sentenciante, que ao apelado competia zelar pelo sigilo de sua senha. O

apelado sustenta que não foi ele o responsável pelo 'vazamento' do número de sua senha, atribuindo o fato à falha do próprio sistema ou à possibilidade de em eventual cruzamento de linhas telefônicas, terceiro tê-lo ouvido quando fornecia sua senha à telefonista.

A prova produzida evidencia a possibilidade de ocorrer cruzamento de linhas telefônicas, bem como a possibilidade de funcionários da própria Telesp ou de empresas que trabalham para ela interceptarem ligações telefônicas e, desta forma, ter acesso à senha sigilosa do apelado".[47]

Um segundo acórdão que trago à apreciação foi proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ali, correntista de instituição bancária, vítima do "conto do cartão", foi ludibriado por terceiro que dele obteve o cartão magnético e a respectiva senha. Entretanto, o gatuno logrou não apenas sacar o dinheiro que havia na conta corrente, como, via ligação telefônica, conseguiu transferir mais dinheiro da caderneta de poupança da vítima para a conta corrente, de onde pôde efetuar outras retiradas. Reconhecendo o direito do correntista ao ressarcimento, o acórdão, relatado pelo Des. Napoleão Tavares, tinha a seguinte ementa oficial:

"Sendo de pleno conhecimento do banco a prática corriqueira do 'conto do cartão magnético', constitui negligência o atendimento, via telefônica, sem perfeita identificação do cliente, mediante rigorosa exigência do uso da senha pessoal.

Tratando-se de modalidade de atendimento visando a facilitar a operacionalidade do serviço, a empresa que o instituiu para melhorar o seu comércio há de suportar os riscos decorrentes dessa rendosa atividade".[48]

O que se pode extrair destes dois acórdãos é que, no primeiro, ao justificar o julgamento diante da mera *possibilidade* de que tenha havido o vazamento da senha, houve, implicitamente, reconhecimento de que o ônus da prova das ligações *continuava* a cargo da Telesp, não se reconhecendo como tal as declarações desta acerca de acesso supostamente feito com o cartão do usuário. Não vejo aqui inversão do ônus da prova em favor do consumidor,[49] mas sim, numa leitura mais aberta do art. 333 do CPC, a mera aplicação do princípio segundo o qual cada parte deve provar a existência dos fatos que lhe aproveitam, sendo indiferente a posição que ocupam no processo. Assim, por exemplo, a *existência* de um crédito deve ser provada pelo credor, independentemente da posição processual que ocupe: autor, face ao pedido de cobrança, ou réu, quanto à declaração de inexistência da obrigação. Havendo, então, a mera *possibilidade* de que o sistema possa ser quebrado, os registros por si não servem como prova, competindo ao credor demonstrar por outras vias que o acesso foi efetivamente feito pela parte contrária.

Do segundo julgado, por seu turno, pode-se extrair um importante princípio: diante de falhas das facilidades proporcionadas pela tecnologia, estas devem ser suportadas pelo operador do serviço, que deles se vale para expandir seu negócio. Por isso, concluo que a ele compete produzir prova cabal, desconsiderando-se como tal registros gerados por sistemas em que exista a *possibilidade concreta* de falha.

Enfim, nestas situações todas acima aludidas – páginas da *Web*, *e-mail*, ou sistemas controlados por senha –, é de se descartar que quaisquer registros possam ser considerados como *prova documen-*

(47) *JTJ* 155/130. No mesmo sentido, e também sobre o sistema "Telecard", v. ApCiv 243.491-2, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

(48) *RT* 708/156.

(49) Este foi o fundamento da ApCiv 243.491-2, do TJSP, mencionada na nota de rodapé n. 7.

tal. Pendendo controvérsia, competirá à parte que tem o ônus da prova demonstrar a verdade pelos meios de prova que dispuser; quando muito, e dependendo das peculiaridades do caso concreto, tais registros poderão ser considerados indícios ou começo de prova. Eventualmente, uma perícia pode demonstrar o grau de inviolabilidade do sistema trazendo mais elementos de convicção ao magistrado. Jamais, porém, podemos equipará-los à prova documental, nem, muito menos, havê-los por expressão absoluta e infalível da verdade.

Com relação a estes sistemas que utilizam *senhas de acesso*, anota Tito Livio Ferreira Gomide que:

"A aplicação dos códigos nos meios informatizados envolve, no mínimo, três fontes de conhecimento: 1) o criador do código ou conjunto de códigos do programa; 2) a máquina que contém o programa de leitura dos códigos; e 3) o operador que detém o código.

Todo código, portanto, depende de um criador, de um leitor e de um operador para poder ser utilizado.

O sigilo desse registro depende da confiança dessas três fontes de conhecimento, motivo da vulnerabilidade de sua segurança.

(...)

As práticas fraudulentas consistem na 'fabricação' de dublês de cartões com tarjas magnéticas gravadas com o mesmo código eletrônico original ou a decifração das senhas 'secretas' por hackers, ou ainda através do roubo dos cartões (carteiros) e senhas ('conto do cartão')".[50]

Estas advertências, tão bem colocadas, não se aplicam, porém, ao sistema de assinatura por criptografia de chave pública. Isto porque, neste sistema, o próprio usuário cria o par de chaves e somente a ele compete manter em sigilo a chave privada. Criador e operador, então, se confundem na mesma pessoa do próprio titular da chave. E terceiros, para conferir a assinatura, só se utilizam da chave pública, sem jamais terem acesso à chave privada. Isto encerra uma vantagem e uma desvantagem. A vantagem é que ninguém mais tem acesso à sua chave privada. Só este fato permite perceber que a criptografia de chave pública chega a ser mais segura do que o mais desenvolvido dos sistemas, em que, em algum lugar, por mais protegida que esteja, a senha do usuário está cadastrada. A desvantagem é que não teremos a quem culpar, pela eventual negligência em manter a chave privada segura, já que a apropriação indevida desta chave pode ser considerado o maior risco que afeta a segurança do sistema. Diria, então, como importante recomendação, que toda a cautela possível deve ser tomada na proteção da chave privada pelo seu titular.

Seria o caso, então, para finalizar estas linhas, de fazermos uma distinção entre uma *"segurança técnica"* e uma *"segurança jurídica"*. Alguns métodos técnicos permitem que as partes – mas somente elas – saibam que estão verdadeiramente se comunicando com a pessoa declarada, desde que, evidentemente, um terceiro não tenha conseguido fraudar o sistema. A criptografia simétrica é uma delas. Senhas de acesso a sistemas também estão neste nível de segurança. A prática de enviar um retorno ao remetente do *e-mail* pode permitir conferir se ele é de fato a pessoa que pensamos ser. Uma coisa, porém, é a parte, no seu íntimo, saber que o seu interlocutor é de fato a pessoa que afirma ser; outra coisa é a confiabilidade destes interlocutores e a possibilidade de demonstrar esta certeza a um terceiro. Faria aqui, para melhor explicar, uma comparação com uma conversa telefônica entre dois contratantes. Imaginem que os dois sujeitos reconheceram um a voz do outro e cada qual anotou à mão os di-

[50] A assinatura na era da informática. *Tribuna do Direito*, setembro de 1996.

zeres do outro interlocutor, ou a avença final a que chegaram. A certeza que se tem quanto à identidade do outro, ao reconhecer-lhe a voz, esgota-se no âmbito da relação pessoal que se estabelece, não se permitindo transferir a mesma certeza a um terceiro. E não há qualquer força probante nas anotações por eles tomadas, porque feitas unilateralmente. Vindo amanhã a juízo, estes dois interlocutores, um negando ter participado da conversa, ou então narrando versões díspares do seu teor e exibindo cada qual suas anotações manuscritas, o magistrado só terá uma conclusão: um dos dois está mentindo, o problema será saber qual!

Muitas empresas assumem o risco de realizar negócios desta maneira, por exemplo, em páginas da WWW, pois a redução de custos e a potencial expansão que a Internet proporciona deverão compensar eventuais prejuízos causados por pessoas maliciosas, fato cuja incidência deve ser bem reduzida em comparação com o número de transações firmadas e honradas. Para confirmar que o seu interlocutor é mesmo quem diz ser – principalmente no que diz respeito à titularidade do cartão de crédito! – pede-se a indicação de dados pessoais que um terceiro em tese não saberia informar. Esta cautela consiste apenas num potencial freio – diria eu, no nível de *segurança técnica* – a que criminosos tentem se fazer passar por outrem. Mas não podemos atribuir à correta indicação de tais dados qualquer certeza quanto à identidade da pessoa que efetua a transação. Impossível comparar esta conferência precária com a exclusividade proporcionada por uma assinatura, manual ou criptográfica. Não se pode, igualmente, considerar que exista prova documental destas transações, mesmo diante da amplitude que este estudo atribui ao conceito de documento e de assinatura, eis que ausentes os elementos autenticidade e integridade. Inexistente, pois, a *segurança jurídica*.

A *"segurança jurídica"* da comunicação, aqui entendida como uma certeza que possa ser demonstrável a um terceiro, só pode ser obtida com o uso de assinaturas geradas pela criptografia de chave pública, eis que este é o único método que impede a alteração unilateral do documento ou registro eletrônico e permite atribuir-lhe autenticidade. A um registro que seja tecnicamente possível, a uma parte, alterar, não se pode atribuir valor probante em face da outra parte, pois isto seria dar azo à autoprodução de prova.

Considerando, ainda, os princípios do Código de Defesa do Consumidor, entendo que em casos tais, em se tratando de relação de consumo, competirá ao fornecedor o ônus da prova. Eventuais disposições contratuais em contrário ferem o disposto nos incs. IV e VI do art. 51 desta lei, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, ou por representar uma disfarçada inversão do ônus da prova. Afinal, é praticamente impossível ao consumidor fazer prova de que não foi ele quem enviou a mensagem eletrônica, ou que o teor das comunicações mantidas não corresponde ao que se afirma. Recomenda-se, então, àqueles que pretendam negociar por meio da Internet, que usem métodos criptográficos de chave pública na comunicação; ou, então, que saibam o risco que estão assumindo, de não se conseguir fazer prova dos atos praticados *online*.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo : RT, 1997.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1958.

BARBARISI, Maurizio. *Diritto e informatica*. Napoli : Esselibri – Simone, 1997.

BRO, Ruth Hill. E-Mail in the Workplace. SMEDINGHOFF, Thomas J., ed. *Online Law: the SPA's legal guide to doing business*

on the Internet. The Software Publishers Association, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1969.

CINTRA, José Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires : Depalma, 1993.

CRYPTOLOGY. *The New Grolier Multimedia Encyclopedia* [CD-Rom]. The Software Toolworks, Inc. Release 6, 1993.

ENGELFRIET, Arnoud. *The comp.security.pgp FAQ* [online], 1996. Disponível na World Wide Web: <http://www.pgp.net/pgpnet/pgp-faq> [17/nov/97].

GOMIDE, Tito Lívio Ferreira. A assinatura na era da informática. *Tribuna do Direito*, set./ 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

HOW PGP works and the maths behind RSA [online]. Disponível na World Wide Web: <http://rschp2.anu.edu.au:8080/howpgp.html> [04/nov/97].

JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro : Mauad, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1974.

MICCOLI, Mario. *Cybernotary* [online], 1996. Disponível na World Wide Web: <http://www.notariato.it/forum/cybernot.htm> [03/nov/97].

MICCOLI, Silvia. *La sicurezza giuridica nel commercio elettronico* [online], 1995. Disponível na World Wide Web: <http://www.notariato.it/forum/tesi01.htm> [05/nov/97].

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

OEI, Lorijean G. Digital Signatures. SMEDINGHOFF, Thomas J., ed. *Online Law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*. The Software Publishers Association, 1996.

OEI, Lorijean G. The legal role of information security". SMEDINGHOFF, Thomas J., ed. *Online Law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*. The Software Publishers Association, 1996.

OEI, Lorijean G. Electronic recordkeeping. SMEDINGHOFF, Thomas J., ed. *Online Law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*. The Software Publishers Association, 1996.

PERDUE, Elizabeth S. Creating contracts online. SMEDINGHOFF, Thomas J., ed. *Online Law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*. The Software Publishers Association, 1996.

PINKNEY, David. *World War II: The development and impact of cryptology* [online]. Disponível na World Wide Web: <http://glug.cs.uml.edu/~dpinkney/suff/suff.html> [04/nov/97].

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1957.

SALO, Tomi. *International Cryptography* [online]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cs.hut.fi/crypto/> [05/nov/1996].

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo : Saraiva, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 18. ed. (revista, atualizada e ampliada por Aricê Moacyr Amaral Santos). São Paulo : Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1982.

SMEDINGHOFF, Thomas J. Online payment options. SMEDINGHOFF, Thomas J., ed. *Online Law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*. The Software Publishers Association, 1996.

SMEDINGHOFF, Thomas J. *Summary of Legislation and other Initiatives Relating to Digital Signatures, Electronic Signatures and Cryptography* [online], 1997. Disponível na World Wide Web: <http://www.mbc.com/ds_sum.html> [09/nov/97].

TAGLINO, Daniela. *Il valore giuridico del documento elettronico* [online], 1996. Disponível na World Wide Web: <http://freepage.logicom.it/DanyPage/main.htm> [05/nov/97].

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 20. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

TRUJILLO, Elcio. *O Mercosul e a documentação eletrônica* [online]. Disponível na World Wide Web: <http://www.teiajuridica.com/mercosul.htm> [23/ago/97].

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1989.

VITRAL, Waldir. *Vocabulário jurídico*, 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1982.

XEXÉO, Geraldo. *Autenticação de documentos digitais por sistemas criptográficos de chave pública* [online]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cos.ufrj.br/~xexeo/talk/assina~1/assi1.htm> [10/nov/97].

ZAGAMI, Raimondo. *Firme digitali, crittografia e validità del documento elettronico* [online]. Disponível na World Wide Web: <http://www.notariato.it/forum/zagami.htm> [06/nov/97].

ZIMMERMANN, Philip. *PGP User's Guide* [online]. Disponível na World Wide Web: <http://www.virtualschool.edu/mon/Crypto/pgpdoc1.txt> (v. 1) e <http://www.virtualschool.edu/mon/Crypto/pgpdoc2.txt> (v. 2) [03/nov/97].

1. ESTUDOS

1.6

DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO LIMITE DE IDADE PARA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

DÉCIO ANTÔNIO ERPEN

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Natureza jurídica da atividade – 3. Responsabilidade civil – 4. Do regime previdenciário – 5. Particularidades – 6. Aspectos legais e discussão legislativa – 7. Doutrina e jurisprudência – 8. Conclusão.

1. Introdução

A exata catalogação da atividade notarial e registral, dentro do sistema jurídico pátrio, somente passou a receber o exame necessário após a nova Carta Federal, sendo que até então estava inserida como serviço auxiliar do Poder Judiciário, e, como tal, aos titulares dos ofícios era conferido o tratamento de funcionários públicos, ainda que as normas estatutárias, sob alguns aspectos secundários, lhes dessem tratamento diferenciado dos demais servidores públicos civis. Isso não constituía nenhuma anomalia porquanto tínhamos estatutos específicos para os Policiais Civis, os Policiais Militares, o Magistério, a Magistratura etc.

O primeiro alerta adveio do excelso Supremo Tribunal Federal, nas sugestões para a Assembléia Nacional Constituinte.

Novos horizontes se abriram, então, no momento em que a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também conhecida por Comissão dos Notáveis, sob a Presidência do Professor Afonso Arinos de Melo Franco, solicitou sugestão do Supremo Tribunal Federal acerca do tratamento a ser dado ao Poder Judiciário, tendo em vista a futura Assembléia Nacional Constituinte.

O Pretório Excelso, sob a presidência do eminente Ministro Moreira Alves, apresentou, na Exposição de Motivos feita publicar no *Diário da Justiça*, edição de 14.07.1986, as conclusões a que havia chegado aquela Egrégia Corte, após ouvidos os demais Tribunais do País, expressando, no início de seu documento, a seguinte manifestação:

" Entendeu o Tribunal de ficar apenas no estrito âmbito do Poder Judiciário, dados os termos em que foram solicitadas as sugestões.

Deixou, por isso mesmo, de fazê-las com relação a instituições vinculadas ao Poder Executivo, embora com prestação de serviços junto ao Poder Judiciário, como, por exemplo, o Ministério Público, a Assistência Judiciária, a chamada 'Polícia Judiciária', os órgãos destinados ao tratamento do problema carcerário ou penitenciário, ou, ainda, de recuperação e amparo de menores infratores ou abandonados. E mesmo com referência a *serventias extrajudiciais*".

Ora, daí se deduz que os juristas, quando enfrentaram o tema na fase pré-constituinte, já anteviram que a atividade notarial e registral não integrava o Poder Judiciário, como, de resto, não sugeriram o deslocamento para outro Poder, consoante

fizeram relativamente ao Ministério Público e outros serviços públicos. Deixaram isolado, com destaque, portanto, o último tópico, não inserindo tal atividade em nenhum outro órgão do Poder Público, nem agregando tais serviços a nenhum outro similar. Nem como serviço autônomo ou auxiliar junto ao Judiciário.

E a subtração de tal atividade ao Poder Judiciário, sem qualquer deslocamento para outro poder – o que foi acolhido pelo Constituinte –, dá a clara idéia de que passaram os Serviços Notariais e Registrais a ser tratados como *Instituições da Comunidade*, e não mais como órgãos do Poder, em qualquer de suas modalidades.

A omissão, pois, de sua existência, em qualquer órgão da Administração Pública não constituiu desaviso do Constituinte, mas consciente e oportuno posicionamento científico, consagrando a autonomia da atividade, como se vê *"Das Disposições Constitucionais Gerais"*, mais precisamente, no art. 236 da Carta Maior, denominando-a ora "serviços notariais e de registro," ora "atividade notarial e de registro".

2. Natureza jurídica da atividade

Um dos primeiros juristas a enfrentar a exata classificação das atividades notarial e registral foi o notário Antônio Albergaria Pereira (*A Constituição coragem – e o notariado brasileiro*) o qual asseverou que, em se cuidando de atividade em caráter privado, o notário o fazia em caráter privado, sendo que a substância do serviço era, igualmente, de conteúdo privado, onde prevalecia a vontade da parte. Ora, conclui o preclaro jurista, o vocábulo privado é "oposto aos serviços públicos" (p. 34).

Tenho como oportuna, para definir cientificamente a atividade notarial, a manifestação promovida por Celso Antônio Bandeira de Mello, e invocada com propriedade por Edson Aguiar de Vasconcelos, no *Boletim do IRIB* 9/95, onde diz: "que a atividade notarial e de registro, *embora não considerada um serviço público de ordem material* (atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público), *o é de ordem puramente jurídica"* (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. *RT*, 1979, p. 17).

Não é a *fé pública* que caracteriza a natureza do serviço público. Nem o destinatário. Nem a seleção dos candidatos sob os auspícios do Poder Público. Outro é o critério.

Assim o digo, porquanto os tradutores públicos juramentados, os leiloeiros, os intérpretes comerciais também detêm fé pública e são credenciados mediante processo seletivo. Igualmente os dirigentes dos Conselhos Regionais e Federais de algumas atividades regulamentadas, *v.g.* médicos, dentistas, psicólogos (Cremers, Crea, OAB, universidades particulares etc.) certificam algumas situações, possuindo suas certificações fé pública. E não se transformam seus dirigentes ou prepostos em funcionários públicos, embora possam sê-lo para efeitos penais, somente.

O equívoco na correta situação jurídica da atividade advém da sua origem histórica.

Em artigo no qual enfrentei a responsabilidade civil, penal e administrativa dos Notários e Registradores, lancei considerações, cuja passagem, por me parecer pertinente, transcrevo:

"Havia um grande vazio constitucional a respeito, quando o chamado " Pacote de Abril 77" (EC 7/77) inseriu os mesmos serviços auxiliares da Justiça, como atividade extrajudicial, sancionando as legislações estaduais. O equívoco foi, então, constitucionalizado. Consagrou-se

a confusão da atividade disciplinar com a da atividade-fim. Mesclaram-se as áreas da *prevenção do litígio*, e que outorga a paz jurídica, com a da *composição da lide*. Sobrevieram as Emendas Constitucionais 16/80 e 22/82, dispondo que os Serventuários seriam remunerados exclusivamente pelos cofres públicos, passando a ser verdadeiros funcionários públicos. O art. 206 da Carta anterior chegou a oficializar "as serventias do foro judicial e extrajudicial".

O impasse somente seria solvido com a Nova Carta, que alterou substancialmente a situação jurídica dos Serviços Notariais e de Registro e de seus ocupantes. Corrigiu-se o erro histórico.

Cumpre relembrar que os serviços notariais e registrais são instituições pré-jurídicas, sendo entidade do Estado, corpo social, independente, não-integrante do governo ou de outro poder político. Isto já sustentei no artigo que titulei: *A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica.*

A atual Carta Maior efetivamente elevou ao patamar constitucional a atividade notarial e registral, mas que, a rigor, preexistia, e a fez desprender do Poder Judiciário. Consagrou-se, todavia, o óbvio, ao se proclamar que a atividade tinha o caráter privado, exercida 'por delegação do Poder Público', como se o Constituinte estivesse promovendo a delegação naquele momento. Ela, repito, já se inserira na interação social, uma vez que se cuidava de verdadeira instituição da comunidade, verdadeiro corpo social, não-efêmero, advindo, não de ato administrativo ou da vontade política do governante, mas, sim, de um fenômeno sociojurídico, institucionalizado pela interação social, objetivando a segurança nas relações dos indivíduos em sociedade.

Enquadrar-se-iam, em minha ótica, os Serviços Notariais e Registrais, dentro do sistema, como instituição autônoma, com alguma semelhança à Ordem dos Advogados do Brasil ou Conselhos Regionais, isto porque existe nítida faixa de autonomia de suas atividades. Mas a caraterística fundamental reside na circunstância de ser Instituição da Comunidade, e não de Governo.

No caso do *credenciamento* dos Notários e Registradores, sustento que há uma relação *sui generis*, que não se constitui, a rigor, nem em delegação, nem em concessão, nem em permissão. O vínculo, pelas caraterísticas da instituição de comunidade, refoge a todos os padrões.

Os atos praticados pelos Notários e Registradores são, tipicamente, de direito material, de cidadania, e não administrativos. Já os atos de ingresso ou de disciplina, estes, sim, são administrativos, porque vinculam o Notário ou Registrador ao Poder Público delegante. Mas só na unção e disciplina. Não na essência da atividade"(Responsabilidade civil, Penal e administrativa dos notários e registradores. *Boletim do Colégio Notarial do Brasil*, ed. 1/99).

Cristiano Graeff Jr., enfrentando o mesmo tema em artigo feito publicar sob a denominação Natureza Jurídica dos Órgãos Notarial e Registrador,* diz que a fé pública advém da lei. Adiante traz sugestiva passagem da natureza social da atividade, dando um exemplo do que ocorria em Portugal:

"E em cada Aldea, que tiver mais de vinte vizinhos, e stiver situada fora da Cidade, ou Villa huma legoa, haja huma pessoa apta para fazer os testamentos aos moradores da dita Aldea, que stiverem doentes em cama. E sendo feitos segundo fórma de nossas Ordenações, ser-lhes-ha dada a fé e auctoridade, como se foram feitos per Tabellião de Notas" (Título LXXVIII, n. 20, do livro I das Ordenações Filipinas).

Com isso se vê que o ato praticado não era necessariamente por quem detivesse

(*) Cf. nesta edição, p. 116.

uma autoridade originária ou delegada. O próprio corpo social exigia alguém para tal mister.

3. Responsabilidade civil

A respeito desse tema específico, reporto-me, novamente, ao estudo antes mencionado, quando lancei as seguintes considerações:

"Não se aplica aos Notários e Registradores o preceito contido no art. 37, § 6.°, da Carta Federal porque, como frisei, não se cuida de serviço público de ordem material da Administração direta ou indireta. Trata-se de atividade pública atípica, com regramento próprio. Isto é tão correto, que o § 1.° do art. 236 da CF remeteu à lei ordinária a regulação da disciplina e da responsabilidade civil e criminal. Aí a razão da Lei 8.934/94.

Se o legislador-constituinte pretendesse equiparar as atividades notarial e registral àquelas previstas no art. 37, § 6.°, da Carta Maior, não consignaria expressamente no art. 236 o seguinte parágrafo:

"Lei federal 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.

O texto constitucional deixa claro que o regime jurídico da responsabilidade não é similar a das pessoas jurídicas do direito público ou privado.

O princípio normativo que rege a responsabilidade da Administração Pública, contido no art. 37, § 6.°, da CF, prevê dupla hipótese: a) a *responsabilidade objetiva* da Administração, adotada a teoria do risco social; e b) a *responsabilidade subjetiva* de seus agentes, assegurado o direito de regresso.

A teoria do risco, inserida na Carta de 67, encontrou fundamento no princípio do equilíbrio econômico e patrimonial, inspirado na idéia da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. A culpa administrativa decorre da falta anônima do serviço, independente da perquirição da falta do agente. Isso acontece, ou por equívoco na programação, ou pelo mau funcionamento, ou pelo não-funcionamento, ou pelo tardio funcionamento do serviço.

Prefiro sintetizar a abrangência da responsabilidade, para dizer que ela existe por deficiência: a) *na programação* dos serviços; ou b) *em sua execução*.

Hoje, a tese que sustenta a responsabilidade da Administração não merece maiores perquirições, diante da clareza do texto. Não há margem para interpretações outras.

No plano da legislação ordinária e restrito à responsabilidade dos Notários e Registradores, invoco o art. 22 da Lei 8.935/94, que tem a seguinte redação:

"Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

O menos avisado pode sustentar que o legislador, ao definir a responsabilidade do Oficial ou Tabelião, teria adotado a responsabilidade objetiva; já no direito de regresso, aí sim, só seria possível na eventualidade da responsabilidade subjetiva do preposto.

Tal premissa não é correta, porque prevê a prática de atos de parte do titular e dos prepostos, igualando-os, o que não ocorre no art. 37, § 6.°, da CF. Ademais, refere expressamente "(...) na prática de atos próprios da serventia", supondo, indiscutivelmente, atos equivocados omissivos ou comissivos. A previsão expressa do direito de regresso seria perfeitamente dispensável e adviria da regra geral do regime da responsabilidade que o sistema jurídico adota. No caso de responsabilidade das

pessoas de direito público, atribui-se diretamente à Administração, pela teoria da responsabilidade objetiva, o direito de regresso no caso de dolo ou culpa. O mesmo princípio não se aplica, pois, aos Notários e Registradores.

Não consigo encontrar supedâneo jurídico para responsabilizar o Notário ou o Registrador que agiu rigorosamente dentro do estrito dever legal, em cumprindo a lei ou ato normativo superior, e se seu ato vier a causar prejuízo a outrem. Ele não responde pelas falhas do sistema que ele não erigiu. Quando ele assumiu sua função, prestou juramento de cumprir a lei e as normas emanadas por seus superiores. Pelo seu fiel cumprimento não pode responder por eventual lesão causada a outrem. A prevalecer a tese da responsabilidade objetiva da atividade, chegaríamos a este extremo. Deve-se perquirir, caso a caso, se a falha adveio em razão do mau desempenho ou a falta de cuidados. Isso importa em presumir o dolo ou a culpa (imperícia, imprudência ou negligência). E quando se aplica a responsabilidade objetiva, tal exame inexiste.

Como na responsabilidade objetiva não se analisa, para fins de incidência, se houve má programação ou má execução dos serviços, os Notários e Registradores, no caso de ausência do elemento subjetivo na fase de execução, seriam responsabilizados pela má programação dos serviços, na qual não intervieram. E, para qualificar os serviços, o único vetor é a lei (por extensão, os atos normativos que se inspiram nela). Se proclamarmos que inexiste responsabilidade pelas falhas do sistema, mas somente pela má execução da atividade, estaremos afastando a teoria objetiva (ou do risco).

A Lei 6.015/73 já dispunha, no art. 28, sobre a responsabilidade dos Oficiais Registradores, expressando:

"Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro".

O fato de não haver sido reiterada a redação na Lei 8.935/94, em absoluto faz crer que houvesse sido alterado o regime jurídico da responsabilidade. O novo regramento constitucional não veio para agravar a posição dos titulares dos ofícios, nem para o Estado se desonerar dela, transferindo-a para o delegado. Para haver a responsabilidade civil, tem que haver o dano, o nexo causal e o ato falho consistente no dolo ou na culpa do Notário ou Registrador.

O que tem gerado confusão é a adoção da *responsabilidade direta*, esta, sim, consagrada pela natureza da atividade. Está ela disposta no art. 22 da Lei 8.935/94. Não vejo espaço para se exigir ação contra o Poder Público, com a denunciação da lide ao chamado agente delegado, daí por que disse não incidir o preceito constitucional que regra, especificamente, a responsabilidade da Administração Pública. Responde o Notário ou Registrador *diretamente*, afastando-se do princípio norteador adotado pelo Constituinte. Se insolvente o ungido, há a responsabilidade do Poder Público, dito delegante, ante o equívoco na delegação ou a omissão na exigência de caução. Não pelo erro causador do dano, mas pela falha na opção originária.

Não vejo razão para situar o agente delegado em posição desvantajosa à do servidor público em geral, porque este tem responsabilidade *indireta e subjetiva*, enquanto o Notário e o Registrador têm responsabilidade *direta e subjetiva*. Não houve desoneração de parte do Poder Público para fazer recair no Notário ou Registrador toda a responsabilidade pelo sistema. A atividade notarial e registral deve ser vista dentro de um sistema harmônico e coerente.

Se existisse responsabilidade objetiva no funcionamento dos Ofícios Registrais e Notariais, ela deveria ser arcada, consoante regra geral, pelo Poder Público, com direito de regresso.

Sendo a organização e o funcionamento das Serventias normatizados pelo poder delegante, só a má execução dos mesmos serviços é que importa no dever de indenizar. E o mau desempenho pode ocorrer, ou por dolo (afronta à norma), ou por culpa, numa das três modalidades.

Isso explica a ausência de responsabilidade na hipótese de ato praticado em cumprimento à decisão de processo de dúvida, em que outrem resta lesado pelo equívoco na decisão. A prevalecer a tese da responsabilidade objetiva, bastariam o dano e a comprovação da relação da causa e efeito, sem se investigar a juricidade da causa. Mas a responsabilidade seria do Registrador, segundo a teoria da responsabilidade objetiva do Oficial, o que se envidencia no exemplo antes mencionado. E não se alegue que aí há desoneração da responsabilidade, porque se cuida de ato de jurisdição. Ela é desonerativa quando a jurisdição advém de ato de soberania, no que não se inclui a jurisdição administrativa, situando esta na faixa de atribuição, e não da jurisdição, no estrito termo do vocábulo.

Indago: como situar a responsabilidade do Registrador se ele cumpriu ato normativo (Provimento da Corregedoria) que veio a causar dano a terceiro? Se ele e um terceiro vierem a ser lesados, invocará este a responsabilidade direta do titular, comprovando a relação de causa e efeito (responsabilidade objetiva); se o Registrador descumprir, será punido, disciplinarmente. O iníquo dilema está criado, e a heresia jurídica institucionalizada.

Em recente encontro de Notários e Registradores, em Florianópolis, quando houve a posse das novas Diretorias dos respectivos Colégios, foi o presente tema trazido ao debate. Foi ele enriquecido com a presença gratificante do Dr. Gilberto Valente da Silva, que, ao ensejo, acresceu nossa exposição verbal com a seguinte passagem que me foi alcançada, e cujo fundamento penso deva ser perpetuado. Assim se expressou o Dr. Gilberto:

"Se se entender que se cuida de responsabilidade objetiva, não seriam os Notários e Registradores os únicos profissionais do País em tais condições, em situação de total desigualdade com todas as demais profissões e, portanto, inconstitucional por ferir a isonomia, assim consideradas as profissões regulamentadas, prestadoras de serviço público?".

O gerenciamento e a adoção de técnicas internas de eficiência integram a faixa de autonomia do profissional, sem que este se transforme em prestador de serviços, nos exatos termos do art. 3.º da Lei 8.078/90.

A má execução desses serviços – e isso já foi dito – pode acarretar um dano material passível de indenização. A lei dispõe de forma clara a respeito disso. Mas restringe-se à fase da execução, por suposto.

Outrossim, havendo o Notário ou o Registrador optado por orientação lastreada numa corrente doutrinária, mesmo que o órgão fiscalizador (juiz) seja contrário, isso não enseja o dever de indenizar. Nem mesmo constitui falta disciplinar. O profissional público do direito tem autonomia para promover a opção. Como exemplo, trago a averbação da cautelar de Protesto contra Alienação de Bens na matrícula, tema que, para alguns, é polêmico. O atingido, no caso, não pode ser aquinhoado com indenização a respeito. Em tais casos, o Registrador se equivale a um profissional liberal. Isso é tão verdade, que o art. 28 da Lei 8.935/94 diz que:

"Art. 28. Os Notários e Oficiais de Registro gozam de independência no exercício de suas atribuições...".

Perdura a responsabilidade do titular da Serventia, mesmo quando estiver ele

afastado do exercício para assunção de mandato eletivo ou cargo em comissão. *A incompatibilidade é com o exercício, e não com a titularidade* (art. 25 da Lei 8.935/94), cuja substituição é prevista no art. 20, § 5.º, da lei antes citada.

Como dizer que o Notário ou o Registrador é servidor público se, para efeitos de responsabilidade civil, responde diretamente frente ao lesado, ao contrário dos funcionários públicos, cuja responsabilidade só vem a ocorrer após responder o Poder Público, e ele, servidor, só em caso de direito de regresso?

Qual a autonomia que possui o funcionário público em geral, quando, para o Notário ou Registrador, a lei preserva o gerenciamento amplo e expressiva faixa de autonomia?

Qual o servidor público que possui autonomia para contratar seus auxiliares, respondendo por seus atos?

4. Do regime previdenciário

Outra caraterística para deslocar o titular de Serventia Notarial e Registral dos chamados serviços públicos está no regime previdenciário.

Dispõe a Lei 8.935/94, no seu art. 40:

"Art. 40. Os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares são vinculados à previdência social, de âmbito federal, e têm assegurada a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas diversos".

Cristiano Graeff Jr. ao cuidar do tema, assevera que o Notário exerce atividade exclusivamente privada, concluindo que:

"Ambigüidade, realmente, é considerar funcionário público estadual (face à nomeação) filiado à previdência social de âmbito federal" (idem, p. 93).

Sei que tal circunstância não é decisiva, por si só, para adjetivar a atividade. Mas se cuida de mais um argumento que se soma a tantos outros no sentido de afastar a condição de funcionário público do Notário ou Registrador.

A Lei 8.935/94 prevê, nos preceitos relativos às "*Disposições Transitórias*" (art. 51), a percepção de proventos, para os Notários e Registradores que estivessem no exercício, na vigência da mesma Lei, mas projetou para o futuro, ou seja "quando da aposentadoria", não aludindo a vencimentos ou vantagens pessoais, à semelhança do que ocorre com os funcionários públicos.

5. Particularidades

As funções notariais e registrais, afora a *essência da atividade*, possuem outras caraterísticas que refogem à dos funcionários públicos em geral, a se iniciar pela *forma de remuneração*, prosseguindo *no regime previdenciário*, na *responsabilidade direta e subjetiva*. Acresço, ainda, o direito-dever que possui o titular de Serventia no *gerenciamento dos serviços*, contratando seus prepostos em regime privado, arcando com todos os custos laborais e previdenciários, suportando eventuais prejuízos ou auferindo os lucros (art. 21 da Lei 8.935/94) . Nenhum servidor público ostenta tal prerrogativa e responsabilidade. O ingresso na atividade se dá por *delegação*, e não por nomeação para determinado cargo. *A razão primeira e inequívoca, todavia, advém da Constituição, no momento em que privatizou suas atividades.*

Trago outro dado relevante e que diz respeito ao *limite de idade*, em desabono à tese de alguns juristas.

Como explicar científica, e juridicamente, que um Tabelião é compelido a se afastar de seu mister por limite de idade – 70 anos – se o mesmo impedimento não existe para seu *Ajudante, contratado sob o regime da CLT, como substituto legal,*

que não sofre tal limitação? Como explicar cientificamente que o titular não pode permanecer no desempenho de seu mister por haver alcançado os 70 anos, e seu substituto legal o pode?

A tese de que se aplica aos Notários e Registradores o mesmo princípio incidente no art. 40 da CF só encontra respaldo no sistema constitucional revogado, quando tais atividades integravam os chamados *serviços auxiliares da Justiça, em sua atividade extrajudicial.* Todavia, remanesceu o cacoete e a jurisprudência, superada por legislação superveniente, também porque havia estatutos de nível estadual dispondo expressamente a respeito.

Igualmente, apresenta a estrutura notarial e registral particularidades completamente distanciadas da Administração Pública, em especial, quando prevê a figura da *intervenção, ou da agregação de um ofício a outro, como também o desdobramento* desses. Isso inexiste na função pública, onde o servidor é *exonerado ou demitido*, enquanto o Notário ou Registrador tem *extinta a delegação.*

Isso demonstra que se está frente a uma instituição *sui generis*, mediante a qual se presta uma atividade de interesse público, sem que o prestador seja considerado funcionário público. Nem para fins de jubilação.

6. Aspectos legais e discussão legislativa

Silenciando a respeito da natureza jurídica, porque apenas a definiu como atividade delegada, deixou a Constituição ao legislador ordinário dispor a respeito das atividades, responsabilidade e fiscalização dos atos dos Notários e Registradores.

Surge, então, a Lei Federal 8.935/94, que regulamentou os serviços notariais e de registro.

Estabeleceu o art. 39 do mesmo diploma legal os casos de extinção da delegação, explicitando-os, no meu sentir, de modo exaustivo:

I – morte;

II – aposentadoria facultativa;

III – invalidez

IV – renúncia

V – perda, nos termos do art. 35.

Seria extremamente cômodo ao legislador aduzir mais um inciso, ou acrescer, à aposentadoria facultativa, *a compulsória por limite de idade.*

Mas silenciou. E o fez muito bem.

Quando da discussão do projeto de lei que redundou no diploma antes citado, tema junto ao Senado, foi apresentada a Emenda 10, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, sobrevindo a seguinte manifestação do Relator:

"Se as atividades são desenvolvidas em caráter privado, como aceitar-se tal exigência? Acaso ela está presente nas atividades do Sr. Barbosa Lima Sobrinho ou esteve nas de Herbert Moses, Austregésilo de Atayde, do Dr. Sobral Pinto, ou do ilustre e inesquecível membro desta Casa, o nobre Senador Afonso Arinos?

A idade não é empecilho para que se trabalhe, desde que comprovada a capacidade para tal. No caso específico de Notário e de Registrador, caso ele continue a trabalhar depois de setenta anos e apresenta queda de rendimento, poderá ser severamente punido quando das fiscalizações, feitas pelo Poder Judiciário, e até mesmo perder a delegação" (*Diário do Congresso Nacional*, 08.06.1994, p. 2750).

A emenda aditiva propondo a inclusão da aposentadoria compulsória foi *rejeitada*. Se o legislador não quis incluir tal circunstância como elemento da extinção da delegação, como deferir ao intérprete fazê-lo agora?

O tema retornou à discussão junto ao Congresso Nacional, como se vê do Projeto de Lei 1.536-B, de 1996, por iniciativa do Deputado Magno Bacelar, que previa expressamente ser inaplicável a aposentadoria compulsória por implemento de idade.

Declarou seu voto o Deputado José Genuíno, que aderiu à tese para afastar qualquer dúvida a respeito dela, numa elaboração legislativa interpretativa, quando promoveu lúcida digressão acerca da evolução legislativa e jurisprudencial do tema. E, para enriquecer seu voto, transcreveu lição de Pinto Ferreira, que prelecionou:

"Por força do art. 236 da CF de 1988 foram abolidas as aposentadorias compulsórias dos tabeliães e oficiais de registro que completarem setenta anos de idade depois de 05.10.1988.

A linguagem da Constituição é muito clara: ela privatizou os serviços notariais e de registro. Tais serviços passaram a ser serviços privados. A delegação estatuída na Lei Fundamental feita pelo poder público consumou a privatização dos serviços notariais e de registro. Bem assegura o Prof. Raul Machado Horta, catedrático de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em elucidativo parecer datado de 26.12.1988 (texto mimeografado): 'Quem delega transfere, se desinveste e se despe de atribuição ou de competência que passa ao destinatário da delegação'. (*Comentários à Constituição Brasileira*; 7.º v., arts. 192 a 245. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 491).

O parecer final da Comissão foi no sentido de aprovar a redação, com o único propósito de afastar as dúvidas que pairavam na jurisprudência.

Mais recentemente, manifestando-se acerca do Projeto de Lei da Câmara, de n. 86, no qual se rediscutia a aposentadoria compulsória por limite de idade, o Senador Francelino Pereira enfrentou o enquadramento dos Notários e Registradores face à EC 20, que deu nova redação ao art. 40, dizendo que a aposentadoria compulsória somente se aplicaria aos "Servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...", reportando-se à Lei 8.112/90, que define o servidor como sendo "a pessoa legalmente investida em cargo público, sendo esse 'o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor'". O cargo deve ter denominação própria, ser criado por lei, e o vencimento deve ser pago pelos cofres públicos.

Concluiu o Senador que os Oficiais de Notas ou de Registro atuam em caráter privado, não percebendo remuneração dos cofres públicos, não integrando sequer a estrutura do Estado.

Na mesma manifestação, sustenta que, não obstante haja o Pretório Excelso se posicionado no sentido da aposentadoria compulsória aos Notários e Registradores por implemento de idade, por sete votos a três, há possibilidade de recurso. Relembrou passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, que assim se expressou: "(...) em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com o serviço de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproxima, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico Único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho".

Arremata que, no momento em que o regime previdenciário é o do art. 201 da CF, não é possível falar em aposentadoria compulsória.

Como se vê, o Congresso Nacional legislou de forma consciente quando omitiu a aposentadoria compulsória por

implemento de idade. Em nenhum momento equiparou o Notário ou Registrador, para esse fim, ao funcionário público. Se assim pretendesse, seria bem mais cômodo proclamar que o titular de uma Serventia Notarial ou Registral perderia a titularidade nos casos similares à perda da função pública. Preferiu o legislador dispor especificamente a respeito do tema. E, propositadamente, omitiu a aposentadoria compulsória por limite de idade, como ocorre para o funcionário público.

Igualmente se distanciou o legislador das normas estatutária relativas aos funcionários públicos em geral, ao dizer que o Notário ou Registrador tem extinta a delegação por *renúncia, quando, sabidamente, os funcionários públicos são passíveis de demissão ou de exoneração.*

Se havia espaço para discussão em torno da incidência das normas relativas à jubilação compulsória, analisado o sistema, isso não mais ocorre, ante a *nova redação dada à Constituição pela EC 20*, de 15.12.1998, que cuidou da Previdência Social e que alterou a redação do art. 40 da Carta Federal, sendo esta a atual redação:

"Art. 40. Aos servidores *titulares de cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1.º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3.º:

I – (...)

II – compulsoriamente, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III – (...)".

Relembro – e isso se faz necessário – que a redação anterior do texto constitucional dizia, no art. 40:

"Art. 40. O servidor será aposentado:

I – (...)

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;".

Ora, a nova redação deixa inequívoco o sentido de que a aposentadoria compulsória, por implemento de idade, agora só ocorre para *os "servidores titulares de cargos efetivos"* e não mais para os servidores em geral. O legislador constitucional diminuiu sensivelmente os casos de aposentadoria compulsória e o fez em proveito da Administração. Se essa é a *mens legis*, deve a interpretação ser estendida aos Notários e Registradores.

No Projeto de Reforma do Poder Judiciário, há dispositivo, de iniciativa do Relator, elevando o limite de idade para a aposentadoria compulsória dos magistrados, por limite de idade para 75 anos, e sua permanência ficaria condicionada à manifestação positiva do respectivo Tribunal após o magistrado completar 70 anos.

Talvez seja o caso de se adotar, *de lege ferenda*, preceito similar, evitando-se, e todos sabemos disso, os óbvios inconvenientes e os conhecidos constrangimentos gerados quando alguém permanece em seu mister sem a plenitude das condições. No caso, restrinjo-me aos aspectos legais vigentes, e não aos relativos ao critério de conveniência.

Não se diga que Notários ou Registradores sejam servidores, nem efetivos. Não há mais cargo de Notário e Registrador. *O ingresso é na atividade, e não em cargo público*, porque este supõe criação específica e remuneração pelos cofres públicos. A estabilidade deferida aos Notários e Registradores não constitui sinônimo de efetividade, nem dá o caráter de servidor

público aos profissionais públicos do Direito. O estabelecimento de *número de Tabelionatos ou Ofícios Registrais em determinada circunscrição existe para estabelecer a competência territorial, e para permitir a manutenção do respectivo órgão notarial e registral, nunca para se igualar a um cargo público com atribuições específicas.*

No Estado do Rio Grande do Sul, os julgados se endereçam contrariamente à pretensão de alguns Notários e Registradores que pleiteiam vantagens pessoais (triênios ou outras gratificações por tempo de serviço), sendo que algumas decisões partiram do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que não são mais funcionários públicos. Integrei, inclusive, alguns julgamentos, adotando essa tese, cuja unanimidade foi alcançada. Ora, se os titulares de Serventias não são mais funcionários públicos, para efeitos de vantagens, por que atribuir-lhes essa caraterística no tocante a outras conseqüências? Aí a incoerência.

Enfrentando a questão de ser ou não exaustiva a explicitação dos casos de perda de delegação, Cristiano Graeff Jr. assim se manifestou:

"Precisamente, para tirar-lhe a característica de servidor público, a lei omitiu a aposentadoria compulsória, só aplicável aos funcionários públicos. Se for considerado particular, exercendo 'em caráter privado, por delegação do Poder Público', função pública, é claro que a enumeração é taxativa" (ibidem, p. 90).

Ademais, sendo livre a escolha do Tabelião pelo usuário, não se vê ensejo para igualar um Tabelionato de Notas a um cargo público, no estrito termo legal.

7. Doutrina e jurisprudência

Toda a jurisprudência que tem sido colacionada nos julgados a respeito do tema parte antes do adrento da Lei Notarial e Registral e antes da EC 20, de 15.12.1998. Poucos são os julgados posteriores à vigência desses diplomas, sendo que alguns ainda se referem à denominação antiga – "Serventias Extrajudiciais" –, tratando os serviços notariais e registrais ainda como serviços auxiliares do Poder Judiciário.

Alguns precedentes, no entanto, já atentaram corretamente à nova ordem jurídica, e, em decorrência, passaram a tratar a jubilação compulsória sob o novo enquadramento legal.

Inicio com parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo Subprocurador Geral da República, Bel. Rui Sulzbacher, constante do MS 8.105/SP, no qual opina pelo provimento do recurso, acolhendo a tese da inexistência de aposentadoria compulsória por limite de idade. Ao ensejo, invoca o *Parquet* manifestação do então Subprocurador Geral, Geraldo Brindeiro, proferido no RE 178.236-6-RS, dizendo que a Constituição de 1988 mudou a situação dos Notários e Registradores. Invoca, igualmente, manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, quando diz: "para efeitos penais, ainda que não para outros efeitos", os notários e registradores seriam funcionários públicos (*RTJ* 140/687).

No mesmo parecer é trazida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que concluiu ser descabido "pretender aplicar-lhes normas pertinentes a funcionários públicos ante dicção do art. 236 da Constituição" (*Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo : RT, 1991, p. 104-105, 17 e 18, nota n. 5).

Alija a conclusão de que o fato de haver concurso público de ingresso transformaria o delegado em servidor público, dizendo que tal concurso de ingresso, no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Atende apenas ao cumprimento de princípios e objetivos análogos ao da lici-

tação pública – aplicáveis no caso a pessoas, e não a obras, mercadorias ou serviços – para assegurar a lisura na escolha, sem preferência entre os interessados, e o preparo e a competência do escolhido, tendo em vista o interesse público".

Conclui o parecer ministerial, com a invocação de dois precedentes do Pretório Excelso, mais precisamente do Ministro Marco Aurélio (Petição 973-SP) e do Ministro Sepúlveda Pertence, ao deferir medida cautelar na Petição 981-RJ.

No MS 131.068-9, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi deferida liminar pelo Des. Aluízio Quintão, sob o fundamento de que "(...) não seria aplicável à sua situação relativa a serviço delegado de caráter privado" (decisão ainda não publicada).

No Rio Grande do Sul, em 1.º grau, começam a ser deferidas liminares no sentido da manutenção da delegação. Tenho conhecimento de precedente partido de magistrado titular de Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, onde deixou claro que o concurso de ingresso se equipara à licitação, invocando o magistério de Roberto Barcellos Magalhães. Deferiu a liminar, a título de tutela antecipada, porquanto divisava um evidente prejuízo do demandante, ante a difícil e custosa reparação no caso do afastamento da função. Com isso, obstou a aposentadoria que a Administração aventava, em caráter compulsório.

Não se distancia a boa doutrina, consoante passagens já transcritas, da jurisprudência, acalentando a hipótese que sustento. Merece transcrição lúcida passagem de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*. 14 ed. RT, p. 71), onde diz:

"Estes agentes não são servidores públicos, nem honoríficos; constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e permissionários de serviço público, os serventuários de ofícios e cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos e demais pessoas que recebem designação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo".

"Os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproxima, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico Único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sim, os empregados do cartório, do notário dele titular, tais como este, nada recebem dos cofres públicos, não passando pela cabeça de ninguém enquadrá-los, mesmo assim, como servidores e atribuir-lhes os direitos inerentes a esse *status*. Contratante e contratados, consideradas as normas da Consolidação das Leis do Trabalho, são empregador e empregados. Como, então, sem desapego ao sistema decorrente da Carta Política da República, assentar em caráter privado, que os notários são servidores públicos e, por isso, somente por isso, estão enquadrados na previsão do inc. II do art. 40 nela contido, estando assim sujeitos à aposentadoria? E os proventos, como serão calculados?"

Cumpre relembrar, com subsídios doutrinários, que a Teoria dos Agentes Públicos possui excelente magistério de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (*RDP*, n. 1, São Paulo, 1967, p. 41-53), no qual estuda de forma sistemática e completa a matéria, e cujo trabalho recebeu subsídios de Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos sobre os Agentes Públicos, *RDP*, n. 13, São Paulo, 1970, p. 45-68) feitos transcrever pelo advogado Pinto Ferreira, de Pernambuco, dizendo que o conceito de agente público é mais amplo do que o de servidor público ou de funcionário público, trazendo tríplice divisão, a saber:

a) agentes políticos;

b) servidores públicos;

c) particular em colaboração com o poder público.

"Nessa última categoria incluir-se-iam os que exercem mister por requisição do Estado (convocados para o serviço militar, os jurados, os que integram juntas receptoras ou apuradoras de votos); os que por sua vontade própria assumem a gestão da coisa pública e 'os que desempenham função pública, por conta própria, em nome do Estado'. Neles se incluiriam os contratados através de locação civil de serviços públicos, os concessionários, permissionários ou delegados de função, ofício ou serviço público. Neste último elenco se situam os tabeliães e titulares de serventias públicas não oficializadas, os diretores de faculdades particulares e os reitores de universidades também particulares" (ut Pinto Ferreira. *Do notariado em geral*).

8. Conclusão

Concluo que os Notários e Registradores: a) são responsáveis civilmente por seus atos e de seus prepostos, de forma direta e segundo normas que regem a responsabilidade subjetiva, contrariamente ao que ocorre com a Administração Pública; b) no tocante ao limite de idade, à semelhança dos contribuintes em geral para a Previdência Pública, não se submetem ao regime do funcionário público ocupante de cargo efetivo, mas, sim, às normas da Previdência Social, e como tais, não são passíveis de aposentadoria compulsória por limite de idade. O empregado em geral não pode ser compelido a se aposentar pelo implemento de idade.

O que a lei exige é tempo e idade mínimos para se jubilar. Nunca máximo. O regime jurídico vigente, salvante as peculiaridades, em especial no tocante à perda da delegação, é o da Previdência Social, e não o do servidor público ocupante de cargo efetivo da administração direta ou indireta.

Notários e Registradores são profissionais públicos do direito, sendo agentes particulares em colaboração com o Poder Público, que lhes delegou seu mister, não sendo funcionários públicos. Nem seus prepostos.

Como tais somente podem ser afastados de suas funções nos casos previstos em lei específica que disciplina suas atividades. Não há razão para se falar em perda da delegação pelo implemento de idade, portanto.

1.ESTUDOS

1.7

NATUREZA JURÍDICA DOS ÓRGÃOS NOTARIAL E REGISTRADOR

CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR

SUMÁRIO: 1. Prática – 2. Funcionário público – 3. Sistemas de organização da função notarial – 4. Notariado latino – 5. Modificação profunda – 6. A nova natureza da função – 7. Caráter privado do exercício – 8. Representação do Estado – 9. Responsabilidade civil e criminal – 10. A delegação – 11. Extinção da delegação – 12. Nomeação – 13. Profissional do Direito – 14. Empresa privada – 15. Jurisprudência contrária à Constituição

1. Prática

Na data da promulgação do Código Civil, os atos notariais eram praticados praxisticamente, com base no "regimento dos Tabeliões das notas" das Ordenações Filipinas, de 1603 (Título 78 do Livro I), que não é mais do que reprodução do 1.º regulamento traçado por D. Diniz, em Santarém, em 1343, ou 1305 da Era Cristã, como esclarece o Ministro José Carlos Moreira Alves.[1]

O Professor de Direito Notarial da Universidade do Ceará, Cláudio Martins, esclarece: "As discussões doutrinárias *em torno* da natureza da função de que o Notário é órgão empresta-lhe pelo menos quatro colocações divergentes: é funcionário público porque exerce função estatal; é oficial público autônomo porque a função pública nada tem de estatal; é um particular, a cargo de uma função pública (estatal), ou é um profissional liberal, acepção inaceitável pelas limitações sofridas pela função, notadamente quanto à investidura e ao número determinado de ofícios".[2]

Antes, afirma: "O Brasil situa-se entre as exceções desarrazoadas, por isso que, como instituição, ainda não foi aqui implantado como um sistema notarial, condizente com nossas tradições democráticas. Talvez o fato se deva à origem portuguesa de nosso acanhado notariado, que jamais passou de herança profundamente depreciada das Ordenações do Reino. O notariado brasileiro continua definido em lei como auxiliar do juízo. E tal tem sido o entendimento do Poder Judiciário, em farta jurisprudência".[3]

O Tabelião escrevia ou simplesmente assinava a escritura, que tinha fé pública (Dec. 3.084/98, arts. 264/265). Então, a Lei 5.621/70 autorizava os Tribunais de Justiça do Estado a dispor em resolução sobre a divisão e organização judiciárias, "inclusive Tabelionatos e Ofícios Públicos", pelo que a função notarial ficou "jungida ao Judiciário, à guisa de serviço auxiliar do Juízo".[4] E o Estado do Rio

(1) Artigo intitulado Os requisitos da escritura pública no direito brasileiro, publicado no v. 20, p. 7-21.

(2) *Teoria e prática dos atos notariais*. Forense, 1979, p. 84.

(3) Op. cit., p. 12-13.

(4) Cláudio Martins, op. cit., p. 69.

Grande do Sul classificou os registros públicos como auxiliares da Justiça, mencionando expressamente a função notarial entre os servidores públicos (Lei 7.356/80, arts. 90/92).

2. Funcionário público

O Tabelião, como no velho Portugal, era considerado funcionário público. Assim, também, o reputou a EC 7, de 13.04.1977, que estabeleceu: "Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo", que o Congresso Nacional repetiu na EC 22/82, acrescentando a expressão "ou que tenham sido revertidos a titulares", além de outras providências acauteladoras de direitos.

Destarte, o titular de serventia caracterizava o funcionário público, que seria aposentado: "I. por invalidez; II. compulsoriamente após trinta anos de serviço; e III. voluntariamente, após 35 anos de serviço" (EC 1, de 1969, art. 101 e incisos); e, quando magistrado, porque membro de um Poder da República, "a aposentadoria seria compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovadas e facultativa após trinta anos de serviços público" (§ 2.° do art. 113).

3. Sistemas de organização da função notarial

A função notarial apenas por 194 anos teria sido considerada ocupada por funcionários públicos nos 1369 anos, aproximadamente, em sua vida documentada no mundo (1997-194 = 1803). Segundo a atuação do Notário na vida da sociedade, cabe distinguir em dois sistemas de organização da função notarial, conforme expõe Pedro Ávila Alvarez: "1.° Notariado con intervención simplemente funcionarista, parcial y añadida. 2.°. Notariado con intervención técnico-funcionarista total e interna.

"Notariado sajón y notariado latino

"A) Al segundo de los sistemas indicados corresponde el Notariado latino, que, con unas o otras variantes, es el que rige en la Europa latina, parte de Alemanha, Holanda, Luxemburgo, parte de Suiza, casi em toda Hispano-América, parte francesa de Canadá y Estado de Luiziana. El Notariado de estos países se reúne periódicamente en Congresos y el primero de ellos adoptó el seguiente concepto del Notario Latino, en el que se reflexan sus carácteres: Es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente em recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y conferiéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos".

"B) Al primero de los sistemas dichos responde el Notariado sajón, a cuyo padrón corresponden las legislaciones de Inglaterra, Estados Unidos de América y Venezuela".[5]

4. Notariado latino

A Constituição brasileira de 1988 explicitou que aderia ao sistema correspondente ao Notariado do tipo latino, pois, no art. 236 e seus parágrafos, inserto no Título IX das Disposições Constitucionais Gerais, dispôs: "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1.° – Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos Notários, dos Oficiais de Registro e

[5] *Estudios de derecho notarial.* Montecorvo S.A., 1973, p. 28.

de seus prepostos, definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2.º – Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3.º – 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 6 meses".

Destarte, transformou o titular da serventia pública de funcionário público em particular, exercendo, "em caráter privado, por delegação do Poder Público", função pública.

Pôs em prática o ensinamento de Eduardo J. Couture: "No debe extrañar la existencia de una función pública a cargo de un particular, porque el ordem jurídico está poblado de situaciones de esta índole. Función pública desempeñan el testigo, el perito, el síndico, el depositario, el interventor, el ciudadano que contituye la mesa receptora de votos en el día de los comicios etc. Y sin embargo, la ley no les otorga a condición de funcionarios públicos".[6]

Chega a essa conclusão depois de afirmar: "el problema de la condición del escribano público no es un problema de definición legal. Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así, pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conduta futura. El escribano público será funcionario público si la ley le asigna en el conjunto de las interaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en cúmulo de sus derechos y deberes no tiene condición de tal."[7]

A frase é considerada lapidar por Villalba Welsh, citado por Pedro Ávila Alvarez: "El hecho de que la ley califique a los escribanos de funcionarios públicos no les da necesariamente ese carácter y tal aseveración no está suficientemente respaldada por las demás imposiciones legales. Tal calidad no puede adquirir-se por una mera declariación aunque emane de un texto legal. La calidad de funcionario público debe ser una cosa cierta, evidente, que encuentre su apoio en la ley misma y en el reconocimiento de la existencia de un vínculo real con el Estado".[8]

5. Modificação profunda

É pacífico, conforme ensina o Min. Carlos Maximiliano, "quaisquer disposições legislativas ou regulamentares contrárias ao seu espírito ou à sua letra não mais se observam, ruem automaticamente. Não mais surgem, perduram ou se renovam os seus efeitos. O poder constituinte é absoluto".[9]

Assim, ter-se-á de verificar, para continuar classificando o Notário como funcionário público, se a Lei Federal 8.935, de 18.11.1994, que regulamenta o art. 236 da CF, dispondo sobre serviços notariais e de registro, apóia o reconhecimento da existência de um vínculo real com o Estado.

O texto não contém uma mera declaração explícita como a da Espanha: "El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales",[10] pois não seguiu essa linha de conduta, como o fizeram as leis italiana, francesa e

[6] *El concepto de fe pública.* Montevideo, p. 34 da ed. de 1954.

[7] Op. cit., p. 34.

[8] Op. cit., p. 240, notas 219/220, Alberto Villalba Welsh. *El derecho notarial a la luz...*, p. 231.

[9] *Comentários à Constituição Brasileira de 1946.* Freitas Bastos, 1954, I/149.

[10] Pedro Ávila Alvarez, op. cit., p. 17.

argentina, contestadas pelos doutrinadores como Diaz de Guijarro, Aguiar, Halperin, Planiol, Mazeaud, Doná e Castán, que fazem numerosas citações em contrário.[11]

Logo, é preciso constatar "si la ley le asigna en el conjunto de las interaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico".[12]

6. A nova natureza da função

Perante o sistema jurídico brasileiro, o Notário não reúne os requisitos exigidos dos demais funcionários públicos.

E, segundo Francisco Martinez Segovia, Enrique Diaz de Guijarro: "Resume los carácteres de los funcionarios públicos, conforme a las expresiones de Berthélemy, Kammerer, Mayer Y Bielsa asi: '1.° vinculación constante con el Estado, en la gestión de la cosa pública; 2.° remuneración por el Estado; 3.° representación del Estado; e 4.° responsabilidad del Estado por los actos del escribano' y no encuentra ninguna de esas caracteristicas, como pasa a demonstrarlo en sucesivos títulos de este párrafo.

"Falta vinculación constante con el Estado porque el nombramiento y remoción es un derivado del régimen vigente para el Notariado y no de la creación de tal vinculo constante, y porque el escribano no obra seguiendo instrucciones o normas especiales emanadas del Poder Ejecutivo. Falta remuneración por el Estado porque ella se rige por el sistema de honorarios a cargo de los particulares. Falta representación del Estado, porque el ejercicio de la fe pública no lo hace en calidad de representante. El escribano 'al dar fe de los actos pasados ante él, satisface estos objetivos de verdad y seguridad. Pero al proceder así ¿Lo hace en representación del Estado? Absolutamente no, pues obra tutelando a los particulares que contratan, ya que deja impreso un selo de verdad sobre las estipulaciones en que han convenido. El derecho de los particulares queda fijo, inmutable, constituyendo una garantia recíproca entre elles, sin contar con la que significa definir sus posiciones frente a la comunidad' (p. 261)".[13]

7. Caráter privado do exercício

Na gestão da cousa pública, é manifesto que o Notário não interfere, como esclarece corretamente o referido Villalba Welsh, pois: "3) la intervención del notario se da exclusivamente en beneficio de particulares y para legítimas relaciones de naturaleza privada; 4) el notario no actua en visível de cosas públicas;", conforme acentua Fernando Tavares de Carvalho.[14]

Pelo dispositivo constitucional, "lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro", cabendo aos Notários e Registradores observarem, afixando "em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos em vigor" (art. 29, incs. VII e VIII, da Lei 8.935).

A remuneração dos serviços prestados – exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público – corre inteiramente por conta dos particulares, seus únicos interessados, e são de natureza privada – exercidos em caráter privado –, como diz a Constituição de 1988, elucidando que lei federal os regulamenta. Esta, copiando dispositivo de um dos melhores diplomas legais sobre a matéria, que dispõe: "É livre às partes a escolha do

(11) Eduardo J. Couture. *El concepto de fe pública.* Montevideo, 1954, p. 34.

(12) Op. et loc. cits.

(13) *Función notarial.* Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 84-85, citação tirada da obra: *Son funcionarios públicos los escribanos?*

(14) Francisco Martinez Segovia, op. cit., p. 98.

Tabelião" (art. 8.º da Lei 8.935; Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, Lei 7.256/80, art. 130).

É da essência do regime do funcionário público que ele seja remunerado pelo Estado, conforme exigem os autores.[15]

Pondé, referindo a Escola de Bolonha, onde "las notas del diapasón científico notarial alcanzaron sua más agudos tonos, ni tampoco en los escritos de los posglosadores del siglo siguiente se encuentra – ni siquiera insinuada – la posibilidad de que la función notarial estuvera conectada con el que hacer del funcionario público" e os Estatutos de Piemontes asseveram: "en ninguno de ellos, el notario aparece configurado como funcionario público. En cambio, si, todos ellos regulaban su retribuición por el sistema de honorários típicos de las funciones liberales".[16]

Aliás, Juiz contrário ao texto constitucional realça a particularidade, asserindo "por caráter privado, termo utilizado no texto constitucional, se há de entender apenas que essa atividade é exercida às custas do titular do ofício, sob a sua responsabilidade".[17]

A fixação do preço dos serviços pelo Poder Público em atividade privada é tão curial que chegou a generalizar-se, mediante a resolução de fixar os preços de todas as mercadorias de produção nacional ou importadas para consumo interno. Espanta tomá-la como caracterizador do caráter público, quando se vê diariamente, em todos os lados, concessão de serviços públicos, com fixação de tarifas ou preço de serviço cobrados diretamente e pertencentes a concessionárias, que nenhum jurista ousou denominar servidor público.

O número de tabelionatos ou cargos de notários é fixado em lei, que considera as necessidades da população usuária, como o faria para instalar uma estação rodoviária ou ferroviária.

8. Representação do Estado

Falta, ademais, a representação do Estado, porque o exercício da fé pública não se realiza em seu nome, certo, como é sabido, que todo funcionário público não tem a fé do notário. Como explica Bautista Pondé: "La 'fe notarial' es fe que posee el notario, el solo, por eso es personal y – como dije – enfáticamente personalísima".[18] E arremata Couture: "Cuando se habla de fe pública para referirse a los documentos, se alude a algo especificamente notarial. No se dice, por ejemplo, que el juiz, o el ministro, o el embajador sean 'funcionarios de fe pública'. Se dice, en cambio, que son funcionarios de fe pública es escribano o el secretario judicial. Éste es un hecho, un simple hecho del lenguage. Pero en la determinación de los conceptos, los hechos de lenguage no pueden ser desestimados. Cuando en el sistema de la ley se utiliza el vocablo 'ministro de fe pública', o más sencillamente 'funcionário de fe pública', no se alude a las condiciones normales y genéricas de todos los funcionarios públicos. Con esas palabras se alude a lo que, a largo de toda a historia, fué una misión específica del notariado y mui especialmente de la secretaría judicial".[19]

[15] Francisco Martinez Segovia, op. cit., p. 165, n. 3; José Maria Sanahuja Y Soler, Enrique Diaz de Guijarro, Fernando Tavares de Carvalho, citados por F. M. Segovia nas p. 84, 88, nota *a*; 96; Moisés Jorge Savransky, com citação de Bielsa, *Función y responsabilidad notarial*, Abeledo-Perrot, p. 111.

[16] Op. cit., p. 237.

[17] *RJTJRGS*, 180-175.

[18] Op. cit., p. 16.

[19] Eduardo J. Couture, op. cit., p. 27, n. 20.

9. Responsabilidade civil e criminal

Responsabilidade civil e criminal dos Notários é "exclusiva do respectivo titular", fixada e regulada pela lei, que obedeceu escrupulosamente a ordem constitucional (arts. 21, 22, e 24 da Lei 8.935).

Para os funcionários públicos em geral, incide o disposto no § 6.°, inc. XXI, do art. 37 da Constituição, sendo o Estado pessoa jurídica de direito público: "automaticamente, o Estado responde, isto é, fica estabelecido o seu dever de reparar".[20] É-lhe assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[21]

Depois de editada a disposição constitucional, não se poderá seguir a lição de Pontes de Miranda, ministrada para o art. 194 da Constituição de 1946, alargando o conceito de Notário para considerá-lo como qualquer pessoa chamada a prestar serviço público.[22]

A lei, enunciada pela Constituição, regulou exaustivamente a responsabilidade civil e criminal do Notário, Oficial de Registro e seus prepostos, dizendo que a civil independe da criminal.

Estabeleceu que: "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", e garante-lhes a percepção, ainda quando afastados do serviço (Lei 8.935, arts. 21, 28 e 36, §§ 2.° e 3.°).

Independentes no exercício de suas funções, gerindo sua empresa de serviços particulares e com responsabilidade civil e criminal fixadas na lei, os Notários e Oficiais de Registro responderão pelos danos que, pessoalmente ou por seus prepostos, causarem a terceiros, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Estão sujeitos à teoria da responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade civil contratual e extracontratual, decorrente de ato próprio, e, a indireta, a responsabilidade por fato ou ato de outrem.

10. A delegação

A delegação do Poder Público a particular com o título de bacharel no exercício da atividade notarial não equivale a delegar ao Notário fé pública, pois: "La 'fe pública' no se delega, no se puede delegar. La 'fe pública' devine de la ley, y nadie puede delegar lo que es don y facultad exclusiva de la ley. Cuando se habla de delegación de la 'fe pública' no hay tal delegación, sino que se trata del ejercicio de la 'fe pública' que hace un componente del Poder administrativo o del Poder judicial que tiene el cuerpo".[23]

Trata-se, aliás, de mera aplicação geral do disposto pelas Ordenações Filipinas: "E em cada Aldea, que tiver mais de vinte vizinhos, e stiver situada fora da Cidade, ou Villa huma legoa, haja huma pessoa apta para fazer os testamentos aos moradores da dita Aldea, que stiverem doentes em cama. E sendo feitos segundo fórma de nossas Ordenações, ser-lhes-ha dada a fé e auctoridade, como se foram feitos per Tabellião das Notas". (Título LXXVIII, n. 20)

A delegação não transforma o delegado em servidor público, apenas investe o particular nos poderes para a prática de

[20] Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*, II/148, Forense, 1944.

[21] Themistocles Brandão Cavalcanti. *Constituição Federal de 1946*, comentada, IV/187-188, Carlos Maximiliano, op. cit., III/256-262.

[22] *Comentários à Constituição de 1946*, p. 370-371, n. 2.

[23] Eduardo Bautista Pondé, op. cit., p. 17.

ato considerado como função pública. Os serviços são exercidos em caráter privado, pelo titular da serventia ou seus empregados. É simile do profissional ou sindicato previsto no art. 166 da Emenda Constitucional de 1969, cujos diretores jamais alguém alçou à categoria de funcionário público. O Notário ou o Tabelião exercem suas funções públicas em caráter privado; tira sua fé pública da delegação, e é essa que o habilita a lavrar instrumento público. O Poder Público o investe nos poderes de exercer função pública, em seu lugar. Delegar é transmitir poderes, é investir na faculdade de obrar. Conservando a qualidade de servidor público, o delegado exerceria normalmente as suas funções públicas e não careceria da delegação, que seria manifestamente inútil, a despeito de disposição constitucional.

11. Extinção da delegação

Diz a lei federal que: "Extinguir-se-á a delegação a Notário ou Oficial de Registro por: I – morte; II – aposentadoria facultativa; III – invalidez; IV – renúncia; e V – perda, nos termos do art. 35". Esta só ocorre nos casos enumerados, que exigem decisão administrativa ou judicial.

Urge ao intérprete verificar se a enumeração da lei é taxativa ou exemplificativa. Será de uma ou outra natureza, segundo se considerar, ou não, o Notário e Oficial de Registro servidores públicos. Sendo servidor, será aposentado compulsoriamente, nos termos do art. 40, inc. II, da própria Constituição. A compulsória introduz-se, naturalmente, entre os casos de extinção, quebrando todo o sistema instituído pela nova Constituição.

Precisamente, para tirar-lhes a característica de servidor público, a lei omitiu a aposentadoria compulsória, só aplicável aos funcionários públicos. Se for considerado particular, exercendo "em caráter privado, por delegação do Poder Público", função pública, é claro que a enumeração é taxativa.

A linguagem da lei não permite dúvida, a enumeração não pode ser acrescida por fato que independe da vontade do interessado, pois, para haver perda é necessário decisão humana, própria ou de terceiros.

A aposentadoria facultativa, isto é, quando intervém a vontade do interessado, somente pode ser a ocorrida voluntariamente, na expressão constitucional da emenda de 1969 (art. 101, III).

As únicas ocorrências fatais são a morte, a que todo ser humano está sujeito, e a invalidez, que a lei exigiu ocorra nos termos da legislação previdenciária federal, a que são vinculados os Notários e seus auxiliares (arts. 35, incisos e parágrafos; 36 e parágrafos; 39, incisos e parágrafos; 40 da Lei 8.935).

12. Nomeação

No que se refere ao ingresso na atividade notarial e de registro, a lei exige certas qualidades do candidato (submeter-se a concurso público de habilitação, ser brasileiro, capaz, quitação com as obrigações eleitorais e militares; diploma de bacharel em direito e conduta condigna para o exercício da profissão) e não esclarece qual o órgão que fará a nomeação. Todavia, menciona que "as vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por concurso de remoção". Admite, pois, a nomeação pelo Estado, mais precisamente pelo Poder Judiciário de cada Estado, órgão encarregado de fiscalizar e fixar emolumentos (arts. 6.º a 19; 37 e 38 da Lei 8.935).

Este é unicamente o vínculo que prende o Notário ao Estado. Entretanto, Martinez Segovia pondera: "La única vinculación, no fundamental, del Notariado con el Estado es la designación o

nombramiento o la inscripción en la matricula o elenco profesional, según los distintos sistemas." Depois, afirma:[24] "Los sistemas de ingreso o admisión no son de la esencia del notariado latino ni forman parte del concepto sobre la función. Eligir un sistema u otro es cuestión de politica legislativa y, por tanto, el que la ley disponga aceptar un de los varios conocidos depende del método que el legislador siga para componer la ley".[25] Assinale-se a opinião de Diaz de Guijarro, já aludida: "el nombramiento y remoción es un derivado del régimen vigente para el notariado".[26] E o regime adotado pela Constituição brasileira de 1988 foi calcado na expressão "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público" (art. 237).

13. Profissional do Direito

O Notário é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial, sem qualquer subordinação hierárquica ao Poder Público (Lei 8.935, art. 3.º). Não é admissível esquecer a advertência posta no breviário tantas vezes citado: "Debe distinguirse entre superintendencia disciplinaría y dependencia jerárquica. Ésta comporta, como se ya ha visto: obediencia a órdenes, sometimiento a la jerarquia y revisión de los actos funcionales. La disciplina, em cambio, es sólo un contralor represivo de moral notarial o la aplicación de penas disciplinares por otras infracciones no contractuales, ni resarcitorias".[27]

[24] Op. cit., p. 167.

[25] Op. cit., p. 237.

[26] Op. cit., p. 84.

[27] Martinez Segovia. *Breviario del derecho*, op. cit., p. 167.

14. Empresa privada

Aprovado no concurso e investido na função, o Notário ou Tabelião passa a exercer verdadeira empresa, que explora a seu proveito, como entender. Se a serventia já tem empregados, os conserva, se não tem, os contrata, na forma dos arts. 2.º e 10 da CLT. Trata-se de autêntica empresa, nos termos da legislação federal em vigor: "Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos." (art. 6.º da Lei 4.137) Tem o luxo de possuir estabelecimento, que o anteprojeto do Código Civil define como "todo o complexo de bens organizado pelo empresário ou sociedade empresária, para o exercício da empresa" (art. 1.318). É a sede da empresa, com o seu aparelhamento e empregados. Tem aviamento, que é a aptidão da empresa à realização do fim a que se destina o estabelecimento, é o seu índice de prosperidade, porque representa a expectativa de lucros. Pode ter até insígnia, que é o nome do Tabelionato, que o individualiza. É a inscrição colocada no frontispício do estabelecimento para distingui-lo de outros, congêneres (arts. 21 e 43 da Lei 8.935).

15. Jurisprudência contrária à Constituição

Não obstante o pretório, que guarda a Constituição, entenda que ela mudou radicalmente, considerando as funções exercidas em caráter privado e ensejando recurso extraordinário, às decisões que contrariarem seus dispositivos (CF, art. 102, inc. III, letra *a*), nem todos os Notários poderão utilmente usar a faculdade. Ficarão presos à orientação de alguns tribunais que resistem em assimilar essa mudança fundamental, nos

afazeres do Notário.[28] Prendem-se à fé, que eles irradiam desde o ano 1305, quando a profissão foi regulamentada pelo Imperador Justiniano para o ocidente. Mas a fé pública independe da natureza jurídica do Notário, isto é, se ele é funcionário público ou um particular, exercendo "em caráter privado, por delegação do Poder Público", função pública.[29] "Fueron las sucesivas leys que configuraron y consolidaron lo que más tipifica es la 'fe notarial' y que consiste en sua caráter personal, tan personal que se ha hecho popular darle un matiz enfático llamándola personalísima".[30] Falam em se lhes emprestar perpetuidade, olvidando que, justamente, nessa matéria, houve o escândalo da venda dos ofícios notariais, que se perpetuavam[31] e que a morte a evita, sendo causa da extinção delegatória. Distinguem o exercício da atividade, ponderando que a Constituição não disse que o Notário exerce atividade privada. Se não se tivessem lido os juristas especializados, e constatado que os atos jurídicos praticados pelos Notários constam em todos os países latinos no Código Civil,[32] seria suficiente consultar um dicionário para verificar que atividade é exercício efetivo de funções. Juiz eminente, para conservar a natureza jurídica de funcionário público, lembra que "a natureza do cargo é nitidamente anfibológica". Ambigüidade, realmente, é considerar funcionário público estadual (face à nomeação) filiado à previdência social de âmbito federal.

(28) TJRGS e STJ, *RJTJRGS*, 173/192-197; 180/172/177.

(29) Fernando Tavares de Carvalho. Apud Francisco Martinez Segovia, op. cit., p. 97; ou opinião própria, nota n. 5, p. 166.

(30) Eduardo Bautista Pondé, op. cit., p. 16.

(31) Eduardo J. Couture, op. cit., p. 53.

(32) Martinez Segovia. *Breviario del derecho*, op. cit., p. 168.

1. ESTUDOS

1.8

DECRETO-LEI 70/66 – CONSTITUCIONALIDADE

DARLI BARBOSA

A constitucionalidade do Dec.-lei 70, de 21.11.1966, vem sendo questionada desde a sua edição, embora o assunto esteja praticamente pacificado pelos tribunais superiores, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que, chamado a se manifestar, decidiu no sentido de que o mesmo não infringe qualquer preceito da Constituição.

Aqueles que sustentam a sua inconstitucionalidade o fazem ao argumento de que o mesmo violaria os princípios (art. 5.º) do monopólio estatal da jurisdição (inc. XXXVII), do juiz natural (inc. LIII), o da inafastabilidade de jurisdição (inc. XXXV), do devido processo legal (inc. LIV) e do contraditório e ampla defesa (inc. LV).

Uma simples análise de cada um destes princípios pode denotar que os argumentos não procedem.

Não existe na Constituição Federal dispositivo assegurando ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e tampouco o inc. XXXVII do art. 5.º autoriza esta conclusão. Ao contrário, a Constituição, em várias passagens, confere a outros poderes e a outros órgãos a competência para apreciar e julgar conflitos.

O art. 52, inc. I, por exemplo, outorga ao Senado Federal a competência, inclusive privativa, para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles; o mesmo dispositivo constitucional confere também ao Senado Federal a competência privativa para processar e julgar os Ministros do STF, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade.

O próprio Tribunal do Júri, também previsto na Constituição (art. 5.º, inc. XXXVIII) é outra exceção ao conclamado monopólio da jurisdição do Poder Judiciário, onde pessoas leigas são investidas na condição de julgadores com a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (alínea *d*).

Argumenta-se ainda que a solução de conflitos fora do Poder Judiciário não é exclusividade do Dec.-lei 70/66 e esta tendência deve se ampliar cada vez mais. O mesmo pode se observar, por exemplo, na lei de arbitragem. Embora haja discussão no âmbito do STF quanto a sua constitucionalidade, esta discussão se refere aos artigos que possibilitam a substituição da vontade (arts. 6.º, *caput* e par. ún., e 7.º), não sendo, portanto, questionada a utilização da arbitragem como forma de resolver conflitos e, por conseqüência, não se colocou em dúvida a constitucionalidade da referida lei em face do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Não há também infringência ao princípio do juiz natural porque o Dec.-lei 70/66 estabelece uma forma permanente e orgânica de cobrança aplicáveis aos casos de inadimplência nos pagamentos das prestações do mútuo habitacional do SFH, não se tratando de procedimento aplicável a certos casos concretos. Aliás, a própria formalização do contrato habitacional é superveniente à edição da lei, ou seja, o

mutuário já firma o contrato ciente de que não pagando as prestações em dia poderá ser executado na forma estabelecida no referido Decreto-lei.

Se o mutuário está ciente desde a contratação que, em caso de inadimplência no pagamento das prestações, será executado pelo referido Decreto-lei não se pode falar em Juízo de exceção, que dá idéia de criação para julgar casos já ocorridos e muito menos processamento por autoridade incompetente.

O Dec.-lei 70/66 (arts. 31 a 38) instituiu, na verdade, uma nova modalidade de execução, atribuindo a um Agente Fiduciário a competência para processar a cobrança da dívida (art. 31).

A Constituição ao estabelecer que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5.°, inc. LIII) não asseverou que esta autoridade seria apenas do Poder Judiciário, dando a entender, assim, que autoridade processante é aquela estabelecida na lei; no caso existe uma lei conferindo competência ao Agente Fiduciário para promover a execução, o que afasta qualquer alegação no sentido de que haveria infringência ao princípio do juízo natural.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional também não foi violado pelo Dec.-lei 70/66. Em nenhum momento estabeleceu-se que o mutuário estaria impedido de se socorrer junto ao Poder Judiciário, houve apenas um deslocamento desta intervenção que, de regra, verificar-se-á no ato de imissão de posse (art. 37, § 2.°), quando o mutuário poderá argüir toda e qualquer matéria de defesa.

Antes, porém, de se concretizar a arrematação ou adjudicação, o mutuário pode, e de regra ocorre, questionar a regularidade do procedimento, como (1) a remessa dos avisos de cobrança, (2) a notificação para pagamento, (3) a publicação dos editais de leilão e (4) a notificação das datas designadas para o leilão e até mesmo a existência de pagamento ou consignação do valor cobrado.

Tendo havido pagamento ou consignação do valor cobrado ou existindo irregularidade no processo, o mutuário não precisará aguardar a conclusão do procedimento executivo para obter um pronunciamento judicial visando por fim à execução extrajudicial; nestes casos caberá, inclusive, a concessão de tutela antecipada para suspender a execução até decisão do processo.

O Dec.-lei 70/66, outrossim, não viola o princípio do devido processo legal. No particular, os discordantes da constitucionalidade fazem uma pequena confusão conceitual. O Texto Maior fala em devido processo legal, que não pode ser confundido com devido processo judicial.

A Constituição dispõe que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal e não sem o devido processo judicial.

O Dec.-lei 70/66 estabelece uma forma legal de excutir o bem do devedor inadimplente, logo não há que se falar em ausência de lei prevendo o devido processo legal, pois o que a Constituição Federal está a garantir é que só haverá perda de bens através do devido processo legal, ou seja, mediante a existência de um processo previsto em lei, seja este judicial ou extrajudicial.

Quando a Constituição fala em devido processo legal, não está excluindo os processos extrajudiciais destinados à execução hipotecária, mas está se referindo tanto ao processo judicial como ao processo administrativo, bastando que haja previsão legal.

A venda de coisas em hasta pública fora do Poder Judiciário não é nova e nem principiou com o Dec.-lei 70/66. O Código Civil brasileiro, ao disciplinar o contrato de penhor e o Código Comercial ao dispor acerca do penhor mercantil, tam-

bém admitem esta faculdade (art. 802, inc. VI, e art. 275, respectivamente).

Da mesma forma, o penhor civil (art. 17 do Dec. 22.626/33), cujo monopólio é da Caixa Econômica Federal (art. 2.° do Dec.-lei 759/69), também possibilita a venda da coisa apenhada para pagamento do débito inadimplente, colocando-se o saldo remanescente do leilão, se houver, à disposição do mutuário que teve seu bem excutido em leilão público administrativo.

No mesmo sentido dispõe o art. 26 da Lei 492/37, que regula o penhor rural e a cédula pignoratícia.

Não há que se falar também na violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais não foram afastados pelo discutido Decreto-lei, mas apenas deslocados, por força de lei, para o momento da retomada do imóvel, quando o Poder Judiciário é chamado a intervir.

Lembra-se ainda que a defesa do devedor no processo executivo perante o Poder Judiciário é realizada, através de embargos, após a penhora e no processo executivo extrajudicial é realizada, através de contestação, após a arrematação ou adjudicação. Ninguém duvida da constitucionalidade do art. 737, do CPC, que não admite, desde logo, a defesa do executado, impondo-lhe um momento certo dentro do processo executivo (penhora). Por que então seria inconstitucional o Dec.-lei 70/66 que fixa prazo para a defesa após a arrematação, mas antes da entrega do imóvel?

A discussão do Dec.-lei 70/66 não está apenas no campo jurídico, mas também passa pelo campo político e prático.

Ao se concentrar a discussão no campo puramente jurídico, afasta-se do mérito da questão que é a caracterização da inadimplência e da regularidade do processo.

Se todos os requisitos previstos em lei estiverem presentes, nenhuma utilidade jurídica terá o processo que busca pôr fim a execução pelo Dec.-lei 70/66 ao mero argumento de ser inconstitucional.

A utilidade seria apenas de, após travada a discussão e barrado o processo, ingressar com nova execução, desta vez perante o Poder Judiciário, que chegaria a mesma situação do processo anterior, qual seja a retomada do imóvel em virtude da inadimplência.

É sabido que o magistrado deve buscar a utilidade do processo e de sua própria decisão. Se existe a inadimplência e foram observados os requisitos para a cobrança, nenhuma utilidade terá a decisão que barrar a cobrança pelo Dec.-lei 70/66 ao simples argumento de ser inconstitucional, pois a mesma poderá ser repetida através da ação executiva judicial (execução de título extrajudicial).

Tem ainda o aspecto político, o Poder Judiciário já exerce uma carga imensa de atribuições e estaria avocando mais atribuições, quando a própria lei, nestes casos, não exige a sua intervenção de imediato, deslocando-a para o momento da imissão de posse.

Muito se tem criticado a estrutura do Poder Judiciário Brasileiro ao argumento de que a nação não tem condições de suportar um encargo financeiro de forma a dar um número compatível de juízes a toda população. Se no momento não há como diminuir o número de processos que tramitam no Judiciário, não há porque levar ao Judiciário toda a cobrança do SFH se este não tem condições de dar uma solução no tempo eficaz.

Se os recursos aplicados no SFH não são recuperados em tempo hábil, não há, por conseqüência lógica, como reaplicá-los. O equilíbrio financeiro do SFH para toda a coletividade deve se sobrepor ao interesse individual do mutuário inadimplente.

Em recente julgado (*RE* 223.075-DF – Acórdão publicado no *DJU* de 06.11.1998, p. 22)* o Egrégio STF asseverou que o mencionado Decreto-lei não vulnera os princípios acima referidos, citando, dentre outros, que "a venda efetuada pelo agente financeiro, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é, portanto, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário".

Concluindo, evidencia-se que a Constituição não garante o monopólio absoluto da jurisdição pelo Poder Judiciário e nem o Dec.-lei 70/66 exclui a apreciação do Poder Judiciário ou impede o contraditório e a ampla defesa, pois não obstante autorizar a execução extrajudicial através de um agente fiduciário (art. 29 *et seq.*), estabelecendo uma forma legal de execução, exige a intervenção judicial para imitir o arrematante na posse, quando então abre-se a possibilidade de defesa e contraditório. Além do mais, nenhuma utilidade jurídica restará à decisão que barrar a execução pelo discutido Decreto-lei ao fundamento de ser inconstitucional.

(*) RDI 46/246.

1. ESTUDOS

1.9

FRAUDE À EXECUÇÃO, REGISTRO IMOBILIÁRIO E BOA-FÉ OBJETIVA

BRUNO MATTOS E SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Alienação na pendência de ação reivindicatória (art. 593, I, do CPC) – 3. Alienação por devedor insolvente (art. 593, II, do CPC): 3.1 A questão da boa-fé na hipótese de alienação por devedor insolvente e a posição da jurisprudência – 4. Alienação de imóvel penhorado (art. 593, III, do CPC, c/c. art. 240 da LRP) – 5. Conclusão.

Resumo: Há várias modalidades de fraude à execução e todas levam à ineficácia da compra do bem em face do credor-exeqüente. Porém, pode estar o comprador do bem imóvel de boa-fé, desconhecendo a existência da fraude à execução. Essa boa-fé do comprador tem o condão de tornar eficaz a aquisição também em face do credor? A solução apontada pelo artigo responde essa pergunta, discriminando a hipótese da existência, no plano prático, da possibilidade do comprador saber da existência da ação contra o vendedor, da hipótese em que isso não é possível. A conclusão do artigo protege o adquirente cauteloso, que tem sua boa-fé aferida objetivamente. Para aferição dessa boa-fé do adquirente, tem grande relevo os registros constantes do cartório imobiliário e dos distribuidores judiciais, haja vista que esses órgãos conferem publicidade aos atos.

1. Introdução

O bem imóvel adquirido em fraude à execução continua passível de responder pelos débitos de seu antigo proprietário, por força do disposto nos arts. 592, V, e 593, do CPC.

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, a questão da relevância da existência da boa-fé do adquirente do imóvel para efeito de tornar a alienação do imóvel eficaz também em face do credor do vendedor. A questão não é pacífica.

Vejamos as modalidades de fraude à execução, bem como o modo pelo qual pode ser caracterizada a existência da boa-fé do comprador e a questão da sua eventual relevância.

2. Alienação na pendência de ação reivindicatória (art. 593, I, do CPC)

A aquisição de imóvel litigioso, isto é, na qual existe demanda afirmando que aquele que consta como proprietário no registro de imóveis na verdade não o é, caracteriza fraude à execução nos termos do art. 593, I, do CPC.

Com efeito, não é possível ao comprador sustentar que desconhece a existência da ação reivindicatória, pois um mínimo de cautela a ele exigível consiste na obtenção, no distribuidor cível da comarca onde está situado o imóvel, das distribuições cíveis em face do vendedor. Quem não faz nem isso é, *data venia*, um incauto; não está, objetivamente, de boa-fé, não merecendo ser protegido pelo direito. Além do mais, o art. 1.°, da Lei 7.433, de 18.12.1985, exige a apresentação da certidão do distribuidor cível por ocasião da lavratura do instrumento de compra e venda.

É imperioso lembrar que a ação reivindicatória somente pode tramitar na comarca de situação do imóvel. É caso de competência absoluta, a despeito de ser territorial.

É verdade que o autor da ação reivindicatória, que deixa de providenciar o registro da citação da ação na matrícula do imóvel, também não está agindo, objetivamente, de boa-fé. Ele tem o dever, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, de proteger o seu suposto direito, devendo providenciar o registro da ação para que todos os possíveis compradores do imóvel possam saber da existência da ação. Há de se analisar, assim, quais são os efeitos da omissão do autor da ação reivindicatória em proceder ao registro da citação na matrícula do imóvel.

No tocante à eficácia da decisão judicial de procedência da ação em face do comprador, qual a melhor solução para a hipótese em que o comprador não obteve a certidão do distribuidor cível e o reivindicante não promoveu o registro da citação da sua ação no cartório imobiliário?

Poderíamos entender, inicialmente, que a obrigatoriedade do registro, mencionada no art. 169 da LRP, exige que o autor da ação proceda ao registro da citação na matrícula do imóvel, sob pena do resultado do julgamento não ser oponível a terceiros.

Essa solução é adotada por parte da doutrina e da jurisprudência. Há, porém, outra solução que, com a devida *venia*, é de melhor técnica.

Na verdade, ainda que se admita que o art. 169 da LRP imponha obrigação do registro à parte, e não apenas ao cartório imobiliário, a conseqüência jurídica da ausência do registro, por ato omissivo do autor da ação, não será a de impedir que os efeitos da ação reivindicatória atinjam o comprador. E é assim porque a lei não impõe essa sanção à omissão do autor.

Com efeito, o art. 42, § 3.º, do CPC, é claro ao determinar a extensão dos efeitos da decisão proferida em razão da ação reivindicatória ao adquirente do imóvel. Não há, portanto, na lei, qualquer exigência a somente ter eficácia esse dispositivo na hipótese de existência do registro da citação na matrícula do imóvel. Ele tem plena eficácia se ocorrente no caso concreto a sua previsão abstrata.

Assim, com ou sem registro da citação na matrícula do imóvel, na hipótese de procedência da ação reivindicatória, o comprador perderá o direito à propriedade do bem, nos exatos termos do art. 42, § 3.º, do CPC.

A falta do registro da citação na matrícula do imóvel terá outra conseqüência jurídica: em razão do apontado ato omissivo do autor vencedor da ação reivindicatória, restará ele com a obrigação de indenizar o comprador, nos exatos termos do art. 159 do CC, por perdas e danos. Isso não exclui, evidentemente, a mesma obrigação por parte do vendedor que não avisou o comprador da existência da ação, que terá também de restituir o preço recebido.

3. Alienação por devedor insolvente (art. 593, II, do CPC)

Vejamos a hipótese de alienação do imóvel na pendência de ação que tenha o condão de tornar insolvente o vendedor.

Inicialmente, convém lembrar que não é possível ao credor, em nenhuma hipótese, proceder ao registro ou averbação na matrícula do imóvel da ação que possa reduzir o vendedor do imóvel à insolvência, exatamente porque o art. 167, da LRP, não contempla essa possibilidade. Nada pode fazer o credor, portanto, para proteger o seu crédito, que não a apresentação de protesto contra alienação de bens, algo que, na prática, é quase inócuo.

Note-se, ademais, que não há qualquer dispositivo a determinar que a eficácia dos arts. 592, V, e 593, II, do CPC, somente ocorre se o comprador tem ciência da existência da mencionada ação.

Por outro lado, é preciso interpretar as normas de modo que elas possam dar às pessoas a tão almejada segurança jurídica. O comprador precisa de meios juridicamente seguros para obter uma aquisição eficaz. Os negócios jurídicos e o próprio Direito não podem ser uma "loteria".

Como conciliar esses elementos? De um lado, a necessidade de garantir a eficácia da execução, que se traduz na própria eficácia da jurisdição. De outro lado, a necessidade de proteção do comprador de boa-fé, que confia nos registros públicos.

Uma possível solução consiste na análise da existência da possibilidade de conhecimento do comprador da ação que pode levar o proprietário do imóvel à insolvência. Se existente essa possibilidade, no plano prático, não se poderá falar da existência de desconhecimento da ação, pois não se pode reputar o desidioso como alguém de boa-fé: ninguém pode alegar a própria torpeza em seu benefício.

Com efeito, se a ação está em trâmite na comarca em que reside o vendedor ou na comarca da situação do imóvel, há uma presunção absoluta do conhecimento das mesmas por parte do comprador. É que o comprador tem o ônus, para efeito de restar aferida objetivamente a existência da sua boa-fé, de obter as certidões dos distribuidores cível, fiscal e trabalhista das comarcas de residência do vendedor e de situação do imóvel, exatamente para se certificar da inocorrência de uma aquisição em fraude à execução. Essa cautela mínima é exigível, pois, uma vez tomada, fica demonstrada, em princípio, mas de forma objetiva, que o comprador está adquirindo o imóvel de boa-fé no tocante a desconhecer a existência da ação.

Contudo, pode ocorrer que a ação que venha a tornar insolvente o vendedor esteja tramitando em local distinto da comarca de residência do vendedor e da comarca de situação do imóvel. Essa hipótese é incomum, mas pode ocorrer. A situação, nessa hipótese, é totalmente distinta.

À toda evidência, não é possível ao comprador a obtenção de certidões dos distribuidores de todas as comarcas do país. Isso não é a ele exigível!

O mesmo se diga da hipótese em que não há uma ação judicial em face do proprietário do imóvel, mas sim da empresa da qual ele é sócio, não apresentando os distribuidores judiciais qualquer informação a respeito da ocorrência de desconsideração da personalidade jurídica da empresa a ensejar a responsabilidade pessoal do sócio. Não é possível o comprador saber, em princípio, se o vendedor do imóvel é sócio de empresa em estado de insolvência, pois não há registro público a fornecer esse tipo de informação: a Junta Comercial informa quem são os sócios de uma sociedade, mas não que sociedade tem como sócio o vendedor!

Nesses casos há uma presunção de que o comprador desconhece a existência da apontada ação. Há uma presunção, nesse caso, objetiva, de que sua compra foi feita de boa-fé. Presunção essa que é relativa, podendo ser elidida, com o ônus da prova a cargo do credor.

A melhor solução para a questão da aquisição de imóvel em fraude à execução é a de prestigiar a boa-fé, aferida objetivamente, do comprador. É preciso dar segurança jurídica à sociedade: a boa-fé do comprador deve ter o condão de tornar a aquisição do imóvel eficaz também em face do autor da ação, mas apenas se estiver presente de forma objetiva.

Portanto, se a demanda que pode tornar insolvente o vendedor está em curso na comarca de residência do vendedor ou

na comarca de situação do imóvel, não é possível afirmar que o comprador não tem ciência da sua existência, razão pela qual não pode ser reputada sua aquisição como sendo, objetivamente, de boa-fé. Ela será ineficaz contra o credor, nos exatos termos dos art. 592, V, c/c. art 593, II, do CPC. É exigível do comprador a mínima cautela consistente na obtenção dessas certidões. Como se afirmou acima, ninguém pode alegar a própria torpeza em seu benefício: aquele que não buscou as certidões do distribuidor da comarca de situação do imóvel e de residência do próprio devedor não pode alegar o desconhecimento da ação a lhe eximir dos efeitos da aquisição do imóvel em fraude à execução.

Caso a ação esteja em curso em comarca outra, ou seja movida em face de empresa com personalidade jurídica desconsiderada a ensejar a responsabilidade pessoal do vendedor, deverá o credor produzir prova hábil a demonstrar que o comprador tem ciência da ação, pois a boa-fé deste, neste caso, é objetivamente presumida, haja vista a inexigibilidade de obtenção de certidões de todas as comarcas do país, ou de certidões de todas as empresas que estejam com personalidade jurídica desconsiderada, sob pena de tornar juridicamente insegura a compra de qualquer imóvel.

3.1 A questão da boa-fé na hipótese de alienação por devedor insolvente e a posição da jurisprudência

É majoritária na jurisprudência a orientação no sentido de que a existência de boa ou má-fé por parte do comprador é irrelevante na fraude à execução, inclusive na hipótese de aquisição de bem imóvel de devedor insolvente.

Alguns julgados mais recentes do STJ, contudo, podem mudar essa orientação:

"Processual civil. Fraude à execução. Não demonstração pela parte credora de que o adquirente do bem sabia da existência de demanda contra o alienante. Arts. 593, II, do CPC, e 109 do CC. Operação negocial celebrada em clima de boa-fé.

I – A ocorrência de fraude à execução, para ensejar a desconstituição da transação celebrada entre o terceiro adquirente do devedor e o adquirente do bem, não se contenta com a simples existência de demanda contra aquele, mas se exige que o credor demonstre que a insolvência do devedor era do conhecimento da outra parte, salvo se pública e notória, ou que tenha havido má-fé na operação de alienação.

II – Sem a demonstração de tais pressupostos que seriam encargo do credor, não se decreta o desfazimento de ato negocial que ostenta todas as características de licitude e validade.

III – Matéria de fato (Súmula 07/STJ).

IV – Recurso não conhecido".

(STJ, Terceira Turma, REsp 155.355/PE, *DJ* de 30.11.1998, Relator Ministro Waldemar Zveiter, j. em 06.10.1998)

"Processual civil. Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Inocorrência.

Para que se tenha como de fraude a execução de bens, de que trata o inc. II do art. 593 do CPC, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação – ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e, c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor a insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção *juris tantum*.

Inocorrente, na hipótese, o segundo elemento supra-indicado, não se configurou a fraude à execução. Entendimento

contrário geraria intranqüilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a confiabilidade nos Registros Públicos.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido".

(STJ, Quarta Turma, REsp 113.871/DF, *DJ* de 15.09.1997, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. em 12.05.1997)

Como se pode bem notar, a motivação desses julgados consiste em procurar tornar mais seguras as aquisições imobiliárias, de modo que o comprador não seja surpreendido pela existência de uma ação que ele desconhecia, que venha a invalidar a aquisição da propriedade do bem, por força da ineficácia em face do credor do vendedor.

Não explicitam esses julgados, porém, se o fato de constar a existência da ação, em face do vendedor, no cartório do distribuidor cível da comarca de residência do vendedor ou da situação do imóvel já é suficiente para a conclusão de conhecimento do vendedor da existência da ação.

É preciso entender que sim. Não apenas porque o art. 1.°, da Lei 7.433/85 exige a apresentação dos feitos ajuizados em face do vendedor para lavratura da escritura pública de compra e venda, mas, principalmente, porque somente se pode reputar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

Afinal de contas, há grande diferença entre a hipótese do comprador ser prejudicado pela existência de uma ação que ele *desconhecia por descuido seu* daquela em que ele é prejudicado pela existência de uma ação que *não lhe era possível conhecer*. As situações são, visivelmente, distintas.

Nesse exato sentido decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em magnífico julgamento assim ementado:

"Processo civil. Execução fiscal. Fraude à execução. Redirecionada a execução fiscal contra o sócio-gerente, o débito tributário já está em fase de execução contra este (CTN, art. 185) e, feitas as anotações próprias no setor de distribuição do foro, o fato já se reveste de publicidade, podendo ser conhecido pelas pessoas precavidas que subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses. Recurso Especial não conhecido".

(STJ, Segunda Turma, REsp 87547/SP, *DJ* de 22.03.1999, Relator Min. Ari Pargendler, j. em 17.12.1998).

Interessante notar, inicialmente, que o STJ reconheceu que as *pessoas precavidas* são aquelas que *subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses*. Esse dado – apresentação das certidões negativas forenses – é passível de aferição objetiva: ou o comprador as obteve, ou o comprador não as obteve. Ou foi ele cauteloso, ou não foi ele cauteloso.

Esse julgamento culminou pela conclusão da existência de fraude à execução, pois na hipótese havia o registro da execução no distribuidor forense em face do vendedor, co-responsável pelo débito da empresa executada. Corretíssima decisão.

4. Alienação de imóvel penhorado (art. 593, III, do CPC, c/c. art. 240 da LRP)

Até o advento da Lei 8.953/94, a questão da eficácia da penhora não registrada na matrícula do imóvel em face do comprador era objeto de polêmica, com decisões nos mais variados sentidos.

Com o advento da Lei 8.953/94, que introduziu o § 4.° ao art. 659 do CPC, passou a ser requisito da constituição da penhora (ou da sua eficácia em relação a terceiros, segundo alguns) a existência do seu registro.

Desse modo, não mais se justifica qualquer tipo de controvérsia: o credor tem o dever de promover o registro da penhora na matrícula do imóvel, sob pena de inexistência da penhora (ou de sua eficácia perante terceiros).

Para as penhoras efetuadas antes do advento da Lei 8.953/94, porém, em obediência ao princípio constitucional de que a lei não prejudica o ato jurídico perfeito, não é obrigatório o registro da penhora, resolvendo-se a questão pela aferição objetiva da ocorrência, ou não, da boa-fé do comprador, tal como acima tratada.

5. Conclusão

Como se pôde observar, nas hipóteses de fraude à execução previstas no art. 593, I, e no art. 240 da LRP, a questão não deve apresentar maiores problemas, pois o comprador terá ciência da existência da ação ou do gravame mediante singela obtenção de certidões.

Na modalidade prevista no art. 593, II, do CPC, a questão somente apresentará problemas na hipótese de a ação estiver em curso em comarca outra que a de situação do imóvel ou de residência do vendedor ou se a insolvência for decorrente de responsabilidade do sócio por dívida da empresa sem registro do seu nome no distribuidor forense. Nestas hipóteses, a boa-fé do comprador é relativamente presumida de forma objetiva, devendo ser prestigiada e aceita para efeito de tornar eficaz a aquisição a compra também em face do credor, à míngua de outros elementos indicativos de conluio do comprador com o vendedor. Contudo, se ação está em curso na comarca de situação do imóvel ou de residência do vendedor, constando o nome do vendedor como réu no cartório do distribuidor forense, não é possível afirmar que o comprador desconhecia a sua existência, pois bastaria buscar as certidões dos distribuidores cível, fiscal e trabalhista para saber que há ação em curso contra o vendedor. Ninguém pode alegar seu descuido ou sua torpeza em seu próprio benefício: a venda deve ser reputada ineficaz em face do credor.

Portanto, s. m. j., a melhor solução para o problema da existência ou não de relevância na boa-fé do comprador de imóvel em fraude à execução consiste em apenas prestigiar a boa-fé, que for passível de aferição objetiva, do comprador cauteloso.

1. ESTUDOS

1.10

CONTROVÉRSIAS SOBRE O INSTITUTO DA AUSÊNCIA

HÉLIO BORGHI

SÚMARIO: 1. Introdução: 1.1 Conceito; 1.2. Localização da matéria no Direito brasileiro; 1.3 Importância do instituto – 2. Disposições legais. A morte presumida – 3. A ausência e seus efeitos no Direito comparado: 3.1. Na França; 3.2. Na Itália; 3.3. Em Portugal; 3.4. Na Espanha; 3.5. Na Alemanha; 3.6. Na América Latina: Venezuela; 3.7. No Uruguai; 3.8. No Chile; 3.9. Outros códigos sul-americanos: Argentina, Bolívia e Colômbia; 3.10. No Panamá; 3.11. Direito Internacional Privado – 4. A ausência no Direito Positivo do Brasil: 4.1. Fase da curadoria: 4.1.1 Nomeação e funções do curador; 4.1.2 Arrecadação dos bens e publicação do edital: 4.2 Fase da sucessão provisória: 4.2.1 Momento do pedido de abertura; 4.2.2 Legitimação ativa para o pedido; 4.2.3 Falta de herdeiros. O Poder Público e os bens do ausente; 4.2.4 Efeito da sentença; 4.2.5 Prestação de garantia pelos herdeiros provisórios; 4.2.6 A entrega dos bens aos sucessores provisórios. Efeitos e particularidades; 4.2.7 Outros efeitos e particularidades, inclusive quanto ao registro imobiliário: 4.3 Fase da sucessão definitiva: 4.3.1 Os momentos da conversão; 4.3.2 A volta do ausente e seus efeitos. Conseqüências do escoamento do último prazo: 4.4 A ausência e a questão conjugal-familiar: 4.4.1 Dissolução da sociedade conjugal, do casamento e da união estável; 4.4.2 A situação dos filhos do ausente – Bibliografia.

1. Introdução

1.1 Conceito

Ausência, em sentido amplo, significa simplesmente falta, não-presença etc., mas em sentido estrito, como instituto jurídico, é uma proteção aos bens e negócios deixados pela pessoa que desaparece de seu domicílio e do centro de seus afazeres profissionais, sem que tenha deixado notícias suas, ou procurador para cuidar de seus interesses.

1.2 Localização da matéria no Direito brasileiro

O instituto em referência está disposto na legislação pátria vigente, na parte final do Livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro, a partir do art. 463 e em seguida aos institutos da tutela e da curatela, também de proteção, mas a pessoas físicas, com os quais forma o chamado Direito Protetivo; também no Código de Processo Civil está e esteve disciplinada a ausência a partir do art. 1.159 em várias leis específicas, especialmente a chamada Lei de Anistia, n. 6.683/79, em favor dos perseguidos políticos, ou de seus sucessores, e cônjuges, e a Lei 9.140/95, que reconhece como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas desaparecidas no período entre 02.09.1961 e 15.08.1979 e que tivessem participado de atividades políticas no País.

1.3 Importância do instituto

Destina-se a ausência, como referido, a proteger os bens e negócios deixados pelo desaparecido, enquanto não é declarada judicialmente sua morte presumida, que permitirá a sucessão provisória, e depois definitiva, em favor dos herdeiros na ordem estabelecida no art. 1.603 do

CC brasileiro. Várias hipóteses de desaparecimento têm sido notificadas, como a do Dep. Ulysses da Silveira Guimarães, ou dos inúmeros integrantes de forças oposicionistas do regime militar forte, instalado em 1964 no país, e que jamais tiveram seus corpos resgatados, como de resto pode ocorrer com vítimas de sinistros naturais, ou de desastres aéreos, marítimos etc. Idênticas situações ocorreram por ocasião das Grandes Guerras, ou de movimentos internos em outros países, citando-se como exemplos a Argentina, o Chile etc.

Com o desaparecimento da pessoa natural sem que seja resgatado e identificado seu corpo, está o Direito em face de uma situação especial, que obriga a tomada de algumas providências intermediárias e sucessivas, até uma solução definitiva, alicerçadas em presunções lógicas, no sentido de resguardar-se os interesses do próprio desaparecido, de seus herdeiros e, sobretudo, os seus bens, e, ainda, com reflexos em outras áreas, como a conjugal-familiar, por exemplo, que serão enfocados adiante.

2. Disposições legais. A morte presumida

O Código Civil brasileiro dispõe no seu art. 5.º, IV, serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, "(...) os ausentes, declarados tais por ato do juiz". Por outro lado, o mesmo código cuida da ausência nos arts. 463 a 484, no local já referido, e o código processual enfoca a matéria no seu Livro IV – dos Procedimentos Especiais – Título II, Capítulo VI, arts. 1.159 a 1.169 e que alterou substancialmente as disposições do estatuto civilista quanto aos prazos, devendo prevalecer suas regras sobre as do Código Civil, naquilo que se contradizerem, em consonância com o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º e seus parágrafos.

O Projeto de novo Código Civil brasileiro, n. 118/84, cuida no art. 7.º da possibilidade ser declarada a morte presumida, sem decretação da ausência: "I – Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – Se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado após o término da guerra", podendo ser requerida a declaração da morte presumida, nesses casos, somente depois de esgotadas as buscas e averiguações, "devendo a sentença fixar a data provável do falecimento" (par. ún.), disposições não existentes no atual Código Civil. Também a Lei dos Registros Públicos (6.015/73), cuida da morte presumida no art. 88, que permite que os juízes togados admitam justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundações, incêndios, terremotos ou qualquer outra catástrofe, e quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Complementa o assunto o parágrafo único desse art. 88 da LRP, referentemente aos casos de desaparecimento em campanha, combinado com o disposto no art. 85 da mesma lei.

Outras leis específicas também se referem à hipótese de morte presumida sem declaração judicial da ausência citando-se como exemplos o Dec.-lei 3.577, de 1.º.09.1941, que dispõe a respeito dos tripulantes de navios e de aeronaves, com prazos de 120 dias, no mínimo, a partir do desaparecimento em virtude de naufrágio, acidente ocorrido a bordo ou a falta de notícias de embarcação; ainda, sobre militares, aeronáuticos e servidores públicos, os Dec.-leis 4.819, de 08.10.1942, 5.782, de 30.08.1943, e 6.239, de 03.02.1944, com prazos de 4 e 3 meses, a contar da publicação do desaparecimento em boletins oficiais; porém, tais disposições legais só têm efeito em relação ao que dispõem tais decretos-leis, portanto, de âmbito restrito, como ainda ocorre em relação ao Dec. 83.080, de 24.01.1979, sobre segurado da previdência social etc.

Vislumbra-se, ainda, a morte presumida no caso contemplado na Lei 6.683, de 28.08.1979, a chamada Lei de Anistia, e mais precisamente, a respeito dos "desaparecidos" políticos, no Brasil, que criou uma situação especial para estes, em relação à declaração de sua ausência, e conseqüente sucessão em seus bens, distinta da forma usual empregada quando do falecimento de alguém, e também diversa da conversão da sucessão provisória em definitiva, referentemente à sucessão dos bens do ausente (CPC, arts. 1.159/69, CC, arts. 463/84) permitindo o requerimento diretamente da sucessão definitiva nos bens dos desaparecidos no período do "governo revolucionário", tentando-se compensar, assim, as perdas dos filhos, cônjuges, irmãos etc, com a redução da fluência dos angustiantes prazos a que a sucessão tradicional nos bens do ausente obrigam. Qualquer parente, consangüíneo ou afim, na linha reta ou colateral, ou o cônjuge, ou o representante do Ministério Público, foram legitimados ativamente por aquela lei para requererem a declaração de ausência da pessoa que, envolvida em atividades políticas, no período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979 (do qual a maior incidência de "desaparecidos" ocorreu entre 1969 e 1973), estivesse, até a data da vigência da referida lei, sem dar notícias por mais de um ano, ao teor do disposto no art. 6.°, especialmente § 4.°, que dispõe sobre o procedimento sumário do pedido de declaração, cuja procedência permitiria o registro da sentença no Cartório de Registro Civil competente, gerando, então, a presunção de morte, tanto para fins de abertura de sucessão definitiva nos bens deixados, como para dissolução do casamento, se fosse o caso. V., a respeito, acórdão do TJSP, 7.ª Câmara Civil, AI 110.476.1-SP, *RJTJSP* 119/311. A Lei 9.140, de 04.12.1995, complementa o assunto, pois estabelece a morte presumida, reconhecendo como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no seu anexo I, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação em atividades políticas, no citado período, e que, por tal motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se desde então desaparecidas, sem que delas haja notícias. Também prevê a possibilidade de reconhecimento de outras pessoas desaparecidas ou mortas e não relacionadas no citado anexo, e o pagamento de indenizações às famílias das mesmas, conforme apurar Comissão Especial criada para tanto.

Esclareça-se que no caso de sucessão nos bens por fato da morte presumida, nos casos acima elencados, incide o disposto na Súmula 331 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: "É legítima a incidência do imposto *causa mortis*, no inventário por morte presumida, à alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão (súmula do STF 112)".

A ausência e a morte presumida, como se vê, estão dispostas esparsamente na legislação brasileira, discutindo os doutrinadores acerca da exata localização do instituto, entendendo alguns correta a inserção da ausência no Livro do Direito de Família como ocorre atualmente; outros autores entendendo mais consentâneo o tratamento do instituto na Parte Geral, no local referente às Pessoas Físicas, como faz o Projeto 118/84, arts. 7.°, e 22/39, e fazia o Projeto de Código Civil, de 1963, de Orlando Gomes; e uma terceira corrente, com maior procedência no nosso entender, defendendo a colocação da matéria no Livro do Direito das Sucessões.

3. A ausência e seus efeitos no direito comparado

Normalmente, a morte presumida nos casos efetivos de ausência, ocorre com a conversão da sucessão provisória nos bens do ausente em definitiva, após muitos anos de declaração judicial da ausência, variando esses prazos de uma legislação para outra. O estudo do Direito positivo dos vários países enseja um conhecimento mais aprofundado sobre o instituto da

ausência e seus efeitos, não só no tocante à sucessão nos bens do ausente, como também no aspecto referente a outras questões relacionadas com o Direito de Família, especialmente quanto à possibilidade de novo casamento de cônjuge presente.

3.1 Na França

O Direito Positivo francês contempla a ausência no seu Código Civil, no Título IV da parte referente às pessoas, observando-se que o Código Civil francês não tem Parte Geral, arts. 112 *et seq.*, cuidando da declaração judicial após quatro anos do desaparecimento e, no mínimo, um ano depois da decisão que tiver ordenado a abertura do processo (que o Código Civil francês chama de "inquérito"), durando essa espera dez anos se o ausente tiver deixado um procurador. A sucessão definitiva pelos herdeiros imitidos provisoriamente na posse dos bens do ausente ocorrerá se a ausência perdurar por mais trinta anos, após a data da imissão provisória, ou se decorrerem cem anos do nascimento do ausente. Na sucessão provisória, os herdeiros prestam caução para garantia de direitos, tendo em vista a possível volta do ausente, ou o surgimento de outro herdeiro de classe mais próxima daquele. Sobre os efeitos da ausência em relação aos direitos familiares, o Código Civil francês estabelece, no art. 139, que o cônjuge ausente, se o outro contrair novo casamento, só poderá impugnar este matrimônio (que seria, então, considerado nulo), por si mesmo ou por procurador, munido de prova de sua existência. O pátrio poder sobre os filhos menores será exercido exclusivamente pelo outro cônjuge, e, em falta, o Conselho de Família o atribuiu aos avós, ou a um outro tutor. Outras leis específicas cuidam da questão da ausência no Direito francês, como a de n. 77.1447, de 28.12.1977 (que revogou algumas outras leis anteriores e relativas a desaparecimentos à época da II Guerra Mundial), e que trata também da possibilidade de novo casamento do cônjuge presente, após seis anos do desaparecimento do outro cônjuge; ainda, o Dec. 78.435, de 29.03.1978, sobre proteção de filhos maiores, mas incapazes, do ausente etc.

3.2 Na Itália

O Código Civil italiano, de 16.04.1942, segue em linhas gerais o modelo francês, cuidando da ausência nos arts. 48/73, também na parte referente às pessoas e à família, já que, à semelhança de seu modelo, o Código Civil italiano não se estrutura sobre uma Parte Geral. A maior diferença, calcada no Direito alemão, e que não havia no código anterior, reside no fato da legislação italiana referir-se expressamente à morte presumida, como, por exemplo, faz no Título IV, Capítulo II, e nos arts. 58 e 60/62. A hipótese-base da morte presumida, art. 58 do CCI, se refere ao transcurso de dez anos do dia da última notícia do ausente, quando, a pedido do Ministério Público ou de qualquer interessado dos arrolados no art. 50, poderá ser declarada judicialmente a morte presumida do ausente, desde que este contasse, obrigatoriamente, nove anos de maioridade absoluta. Os herdeiros então imitidos provisoriamente na posse dos bens prestam caução para garantia de direitos, que será levantada após a conversão da sucessão provisória em definitiva, cujo prazo é bastante reduzido em relação à legislação francesa. O cônjuge presente terá possibilidade de contrair novo casamento após a declaração de morte presumida do seu agora ex-consorte (art. 65 do CCI), ou então, de pedir judicialmente uma pensão alimentícia, em caso de necessidade, que será concedida de conformidade com as condições da família e o vulto do patrimônio deixado pelo ausente. O novo casamento do cônjuge presente será nulo se o ausente regressar, ou seja confirmada sua existência (art. 68), sendo ressalvados os efei-

tos da putatividade em relação ao outro segundo cônjuge e aos filhos.

3.3 Em Portugal

No Direito português, a ausência é disciplinada na Seção IV, Cap. I, Subtítulo I (Das Pessoas), Título II (Das Relações Jurídicas), do Livro I (Parte Geral), arts. 89/121, do CC, de 25.11.1966, nos moldes já vistos acima. É permitido o novo casamento do cônjuge do ausente (art. 116 do CCP), porém, se o ausente regressar o seu casamento será dissolvido por divórcio, retroativo à data da declaração da morte presumida, que pode ser requerida após dez anos do desaparecimento, ou de cinco anos desta data se o ausente já contava oitenta anos de idade quando desapareceu. Assim, prevalece o novo casamento do cônjuge presente no Direito positivo português, mesmo com o retorno do "ex-ausente".

3.4 Na Espanha

No Direito espanhol a ausência está dispersa pelo Código Civil, desde a presunção de ausência e sua declaração, até o registro final no cartório competente (arts. 181/98), e estruturada nos moldes já referidos acima, e em legislações específicas, que ab-rogaram algumas disposições do Código Civil espanhol, como Leis de 08.09.1939, de 30.12.1939, Decreto de 30.12.1939 (que organizou o Registro de Ausentes, referido no art. 198, do CCE), Ordem de 16.12.1941, Lei de Registro Civil de 1975 etc.

3.5 Na Alemanha

A questão da ausência, na Alemanha, é tratada em legislações esparsas, mas também seguindo os moldes tradicionais, cabendo lembrar aqui que o Direito positivo germânico foi o introdutor do instituto da morte presumida, que é desenvolvida, atualmente, por Lei de 15.01.1951. Quanto aos efeitos no Direito de Família, é permitido o segundo casamento do cônjuge presente, que não será anulado no caso de retorno do ausente, de regra, salvo algumas hipóteses excepcionais, constantes da Lei de 20.02.1946, relativa ao casamento, §§ 38 e 39.

3.6 Na América Latina: Venezuela

As legislações latino-americanas também têm, geralmente, se baseado nos moldes e modelos tradicionais referidos, francês ou alemão. O Código Civil venezuelano, de 1942, por exemplo, contempla a ausência nos arts. 418/44, com os três períodos conhecidos (presunção e declaração de ausência, e presunção de morte). A declaração da ausência ocorre após dois anos do desaparecimento, ou três se o ausente deixara mandatário que não mais continue com o encargo, advindo então a posse provisória nos bens, e posteriormente a definitiva (dez anos após, ou quando o ausente houvesse contado cem anos de nascimento). No Código Civil venezuelano prevê-se todas as hipóteses de morte presumida, inclusive por acidentes (naufrágio, incêndio, terremoto etc), e por guerra. Sobre os efeitos no Direito de Família, o art. 122 do CCV dispõe que, se se trata de caso de ausência, continua em vigor o matrimônio enquanto perdurar essa situação, entendendo a doutrina que só após a passagem dos três períodos da sucessão nos bens do ausente, e com a conversão da sucessão provisória em definitiva, é que poderia haver um segundo casamento do ex-cônjuge do ausente, já que o Código Civil venezuelano é omisso a respeito dessa possibilidade, e as normas para concessão do divórcio só o permitem se o abandono do lar for voluntário, o que pode não ocorrer na ausência.

3.7 No Uruguai

No Código Civil do Uruguai a ausência também segue os moldes tradicionais,

porém sem a declaração expressa da morte presumida. Quanto aos efeitos nas relações conjugais, o art. 78 do CCU diz que a presunção que resulta da ausência, por maior que seja, não basta para dissolver o matrimônio, apesar da existência do divórcio na legislação uruguaia.

3.8 No Chile

A mera ausência, no Chile, dura normalmente cinco anos, até converter-se em sucessão provisória, e depois definitiva, porém, durará um ano se o desaparecimento ocorrer em terremoto ou catástrofe, ou seis meses, se provier de naufrágio ou queda de aeronave, podendo ocorrer, nestas últimas hipóteses, a sucessão definitiva nos bens do desaparecido, pelos seus herdeiros, sem a provisória precedente. O Código Civil chileno cuida da presunção de morte por desaparecimento nos arts. 80 a 94, além de outras leis específicas como as de n. 6.761, de 05.12.1940, e 7.612, de 21.10.1943.

3.9 Outros códigos sul-americanos: Argentina, Bolívia e Colômbia

Outros códigos sul-americanos podem também ser citados aqui. O Código Civil argentino, por exemplo, trata da ausência nos arts. 110/25, com alusão à morte presumida; o Código Civil boliviano dedica cinco capítulos e vinte e oito artigos (55/82) aos ausentes; o Código Civil colombiano, que adotou e adaptou o código chileno, trata do assunto nos arts. 96/109 etc., sem maiores novidades quanto aos modelos fixados e analisados anteriormente.

3.10 No Panamá

No Direito panamenho a ausência é tratada também nos parâmetros já conhecidos, e a questão da morte presumida é enfocada, dispondo o Código Civil do Panamá de 1917, que a declaração judicial referente àquela morte de um dos cônjuges extingue o matrimônio a partir de sua exeqüibilidade (trânsito em julgado), conforme arts. 58 e 59, podendo, pois, haver um novo casamento do cônjuge presente.

3.11 Direito Internacional Privado

Encerrando estas considerações acerca da ausência nas legislações estrangeiras, sob o aspecto comparativo, cumpre destacar o tema sob o prisma do Direito Internacional Privado. Assim, o chamado Código Bustamante, conforme convenção assinada em Havana em 20.02.1928 e promulgada no Brasil pelo Dec. 18.871, de 13.08.1929, trata do instituto no Livro Primeiro (Direito Civil Internacional), Título Primeiro (Das Pessoas), Capítulo IX, arts. 78/83, resumido nos seguintes termos: As medidas provisórias em caso de ausência são de ordem pública internacional; não obstante, haverá representação do presumido ausente de conformidade com a sua lei pessoal; esta lei pessoal é que determinará a quem caberá a legitimidade para pedir declaração de ausência, além de reger sua curadoria; compete ao Direito local decidir como e quando surte efeitos a citada declaração de ausência, bem como a cessação da administração dos bens do ausente, e a obrigação e forma de prestação de contas; a lei pessoal do presumido ausente regulará, também, tudo o que diga respeito à presunção de morte daquele, bem como a seus direitos eventuais; a declaração de ausência, ou de sua presunção, assim como sua terminação, e a de presunção da morte do ausente têm eficácia extraterritorial, inclusive no que se refere à nomeação e faculdades dos administradores.

4. A ausência no Direito Positivo do Brasil

Afora os casos especiais de sucessão nos bens do ausente, com morte presumi-

da declarada, já referidos anteriormente, no n. 2, o instituto da ausência vem estruturado sobre três fases bem delineadas no Direito positivo pátrio, que serão abordadas a seguir.

4.1 Fase da curadoria

4.1.1 Nomeação e funções do curador

Ocorrida a hipótese de ausência, ou seja, desaparecendo alguém de seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, conforme dispõem os arts. 463, do CC, e 1.159, do CPC, o juiz declarará tal fato, mandará arrecadar os bens existentes e nomeará curador especial do ausente, e dos bens, confundido-se ambos, atualmente, em São Paulo, podendo, entretanto, tal curador especial ser um Procurador do Estado (Lei Complementar 476, de 18.07.1986 – Lei Orgânica da Procuradoria Geral de Estado de São Paulo, art. 28, II), em face da impossibilidade de nomeação de representante do Ministério Público para atuar nessa função, mas somente como fiscal da lei, conforme estipulam os arts. 16 e 18 da Lei Complementar Estadual 667, de 26.11.1991, que determina que "no mesmo processo ou procedimento não oficiará simultaneamente mais de um órgão do Ministério Público", devendo funcionar em função do interesse público mais abrangente, no caso o de *custos legis* (art. 82, I e II, do CPC), nos casos em que haja interesses a que se referem os arts. 5.º, IV, do CCB (ausente) e 999 do CPC (herdeiro incapaz, ou ausente, no inventário) e não mais como curador especial (ou curador à lide), de que cogita o art. 9.º, I e II, também do CPC. A citada Lei Complementar 667/91 é interpretada pelos Avisos 326/91, de 29.11.1991, e 121/92, de 06.04.1992, da Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no sentido referido no texto, e que não foi alterado pela atual Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, LC 734, de 26.11.1993. Obviamente, nos Estados cujas leis de organização judiciária e orgânica da atuação do Ministério Público prevêem a figura do representante judicial (CPC, art. 9.º, par. ún.), a situação será diferente.

As funções do curador especial são equivalentes às de um verdadeiro advogado do ausente, contestando ações, oferecendo defesas, requerendo e produzindo provas, recorrendo de decisões contrárias etc., já que cuida dos interesses pessoais do ausente, ainda supostamente vivo, jamais opinando contra este. As funções do curador (não especial) da herança (art. 114 do CPC) serão fixadas pelo juiz que o designar sob compromisso (CPC, art. 1.187), com poderes e obrigações específicos e circunstanciais, conforme determina o art. 465 do CC, que remete ao disposto a respeito do exercício da tutela e da curatela (arts. 422/31 e 453, respectivamente); portanto, por analogia, tal curador será o responsável pelos bens do ausente enquanto o mesmo não retornar, ou não forem entregues aos herdeiros, provisoriamente, administrando-os e respondendo por prejuízos que, por dolo ou culpa de sua parte, causar à massa, podendo receber uma gratificação por seu trabalho, conforme CPC, arts. 1.144, par. ún., e 148/50, combinados, mais justificada quando se tratar de curador dativo.

O rol dessas funções, disposições sobre nomeação, compromisso, escusa etc., é contemplado, ainda, nos arts. 1.143 e 1.144, e 1.187/93, do CPC, e cessam com o retorno do ausente, com a certeza da morte, com o trânsito em julgado da sentença que concede a sucessão provisória, ou pela sua remoção (CPC, arts. 1.162, e 1.194/8). A curadoria referida pode ser:

a) legítima, quando exercida pelas pessoas designadas nos arts. 466/8 do CCB, sem qualquer discriminação entre sexos e idades, face à isonomia constitucional dos

art. 266, § 5.°, e 227, § 6.°, da CF/88, que igualaram, para todos os efeitos, os cônjuges e os filhos de modo geral, sejam havidos dentro ou fora do casamento. Igualmente legitimado para a curadoria será o (a) convivente na união estável;

b) dativa, ou seja, qualquer outra pessoa designada pelo juiz, na hipótese de não haver as pessoas referidas na letra *a*, e por não ser possível o feito correr sem curador designado.

4.1.2 Arrecadação dos bens e publicação de edital

Segue-se a arrecadação dos bens deixados pelo ausente, de conformidade com o disposto nos arts. 1.145/52 do CPC (art. 1.160), e caso não esteja ainda designado o curador, os bens serão entregues a um depositário designado pela autoridade judiciária (CPC, art. 1.145, § 1.°).Ao término da arrecadação, o juiz fará expedir edital, que será publicado durante um ano, com intervalo de sessenta dias entre cada publicação, pelas imprensas oficial e da comarca, intimando o ausente a comparecer e reassumir a posse nos seus bens. No total haverá sete publicações do edital, caso não acorra o ausente, ou apareça o seu cônjuge, algum herdeiro, ou testamenteiro, notoriamente reconhecido. Esses sucessores do ausente também serão chamados a se habilitarem no processo de ausência, no mesmo prazo, e se o ausente for estrangeiro será também comunicada a ausência à autoridade consular do seu país de origem, já que a competência para o processamento da sucessão é a do local do domicílio (LICC, art. 10).

4.2 Fase da sucessão provisória

Após o decurso do prazo referido anteriormente, a fase da curadoria transforma-se na da sucessão provisória nos bens do ausente, na forma seguinte:

4.2.1 Momento do pedido de abertura

Atualmente vigora o preceito do art. 1.163 do CPC, que revogou o art. 469 do CCB, estipulando que um ano após a publicação do edital pela primeira vez, sem notícias do ausente, ou de seu procurador, ou representante, os interessados poderão requerer a abertura provisória da sucessão, havendo aí uma derrogação das normas contratuais e sucessórias, segundo as quais somente sucedem os que herdam de pessoa morta, abrindo-se a sucessão para os herdeiros do ausente, embora em caráter provisório, após a arrecadação dos bens e da publicação do edital durante um ano (art. 1161 do CPC).

4.2.2 Legitimação ativa para o pedido

Estão legitimados para requerer a abertura mencionada (CPC, art. 1163, § 1.°), o cônjuge não separado judicialmente, aí incluído o separado de fato somente, além do (a) companheiro (a) na união estável (CF, art. 226, § 3.°, e Leis 8.971/94 e 9.278/96 além do Projeto de Lei 2.686/96, que pretende consolidar as duas leis citadas, ou do próprio Projeto 118/84, do novo Código Civil que também disciplina a união estável) que teriam, em algumas situações, interesse em excluir sua meação, ou uma quota parte ideal no patrimônio deixado pelo ausente, e para o qual houvesse contribuído; os herdeiros presumidos legítimos (CCB, art. 1.603, I a IV), com exclusão do cônjuge já referido (CCB, art. 1.603, III), ou os testamentários, incluindo-se entre os descendentes (filhos) do ausente tanto os havidos dentro, como os havidos fora do seu casamento, por força da isonomia constitucional do art. 227, § 6.°; os que tiverem, sobre os bens do ausente, algum direito subordinado à condição de morte, como ocorre, por exemplo, na hipótese de fideicomisso (CCB, arts. 1.733/40), tanto sendo o ausente o fiduciário (e aí o interessado seria

o fideicomissário, se a condição imposta pelo testador (fideicomitente) fosse adstrita à vitaliciedade do fiduciário), como sendo o ausente o fideicomissário (e aí o interessado seria o fiduciário, já que a morte do fideicomissário extinguiria o fideicomisso, e os bens fideicomitidos incorporar-se-iam no domínio do fiduciário definitivamente), lembrando-se, ainda, que não poderia haver um substituto para o fideicomissário, proibido que é o fideicomisso além do segundo grau da instituição; e os credores de obrigações vencidas e não pagas, que também têm interesse e legitimidade para pedir a abertura do inventário do *de cujus* que morrer sem saldar seus débitos (CPC, arts. 987 e 988, VI) e, por isso, a lei lhes reserva também o direito de pedir a abertura da sucessão provisória do ausente devedor.

Do pedido de abertura da sucessão nos bens do ausente deve constar o de citação pessoal dos herdeiros presentes, e do curador especial, se houver, e o dos bens, e de citação por edital de algum outro herdeiro também ausente (no sentido lato), para se habilitarem no processo, conforme arts. 1.055/62, especialmente 1.057, do CPC (art. 1.164).

4.2.3 Falta de herdeiros. O Poder Público e os bens do ausente

Esgotado, porém, o prazo referido nos arts. 1.161 e 1.163 do CPC (um ano), e não havendo absolutamente interessados na sucessão provisória, cumpre ao representante do MP requerê-la (CPC, art. 1.163, § 2.°, e CC, art. 471, § 1.°), visando a transferência dos bens do ausente ao Poder Público (União, Municípios ou Distrito Federal), após os procedimentos de jacência e vacância da herança (CC, arts. 468 e 1.591/4, e CPC, arts. 1.142/58, no que couber, e conjugados). Cumpre, então, estabelecer a distinção, e apontar o elemento comum entre a ausência e a herança jacente, já que, aparentemente, seriam estreitamente ligados face à remissão legislativa apontada:

a) a ausência, que vem sendo analisada, é um instituto protetivo dos bens deixados por alguém que desapareceu do seu domicílio sem deixar representante, ou se o tiver deixado, este não possa ou não queira assumir o mandato e administrar aqueles bens; assim, o quadro que a ausência mostra envolve um patrimônio sem titular e existência ou não de herdeiros. Neste último caso, a sucessão se fará ao Poder Público, na forma do art. 1.603, V, do CC, seguindo as três fases tradicionais, ora em estudo. Por outro lado, a herança jacente é um instituto específico do Direito das Sucessões (onde, aliás, também melhor poderia estar situada a ausência), e se destina a transferir a final à União, aos Municípios, ou ao Distrito Federal, os bens pertencentes a alguém, que faleceu presente, mas de cujos sucessores (herdeiros necessários, legítimos ou testamentários) não se tem notícia, ou se existirem, que renunciarem à herança. Nesse caso, após a arrecadação dos bens deixados, com a presença de curador e passado um ano da primeira publicação de edital, será a herança declarada vacante, ela que estava jacente num período transitório, e serão entregues os bens ao Poder Público, que mantê-los-á sob posse. A declaração de vacância da herança não prejudicará, porém, os herdeiros que legalmente se habilitarem posteriormente, pois, transitada em julgado a sentença declaratória, o cônjuge, os herdeiros notoriamente conhecidos, e os credores do finado poderão reclamar o direito que julgam ter, por ação direta; entretanto, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio da pessoa jurídica de direito público interno dos quais já detinha a posse, ficando excluídos da sucessão legítima os colaterais que não forem notoriamente conhecidos, após o trânsito em julgado da declaração de vacância; assim, o quadro que a herança jacente

mostra envolve também um patrimônio sem titular, e, ainda, sem herdeiros conhecidos. A distinção entre ausência e herança jacente reside, portanto, na existência de herdeiros (na maioria dos casos), e de não existência de herdeiros conhecidos, respectivamente, além de que na herança jacente tem-se a presença do *de cujus*, o que não ocorre, obviamente, na ausência;

b) o elemento comum aos dois institutos consiste no fato de que, num e noutro caso, não havendo habilitação de herdeiros durante a fase de arrecadação dos bens, ou mesmo posteriormente, estes incorporar-se-ão no domínio do Poder Público, embora em prazos distintos, pois tal ocorre em cinco anos em caso de herança jacente, e em dobro no de ausência, ambos contados a partir do trânsito em julgado da sentença que abre a sucessão provisória (na ausência), ou que declara a vacância (herança jacente).

Esses bens serão destinados às fundações que cuidam do desenvolvimento do ensino universitário, velando o órgão do Ministério Público competente pela efetiva destinação, ficando convertidos em títulos da dívida pública tais bens até que, aumentados com os rendimentos, ou com novos acréscimos advindos de outras ausências, ou de heranças jacentes, perfaçam capital bastante para o fim objetivado, conforme dispõem o art. 3.º e seu par. ún. do Dec.-lei 8.207, de 22.11.1945, e o art. 25 do CC, combinados. Cumpre notar, ainda, que anteriormente à vigência atual da Constituição Federal, regulamentada no tópico pertinente pela Lei 8.049, de 21.06.1990, os bens arrecadados em processos de ausência, ou de herança jacente, eram destinados à União, aos Estados, ou ao Distrito Federal, mas atualmente, com a alteração constitucional havida, serão incorporados ao domínio da União (quando situados em território federal, atualmente não existente no País), ou ao dos Municípios, ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, sendo excluídos, portanto, os Estados.

4.2.4 Efeito da sentença

O art. 1.165 do CPC, que revoga o art. 471 do CC, determina que a sentença que considerar aberta a sucessão provisória nos bens do ausente somente produzirá efeito seis meses depois de publicada; todavia, tão logo transite em julgado aquela sentença, será procedida a abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido. Todavia, pelo tempo que ainda restar para completar-se os seis meses referidos, os bens do ausente continuam com o curador, se não houver apelação da sentença, e, em caso positivo, o referido prazo, muito provavelmente, ficará consumido no decorrer do julgamento do recurso. Se não comparecerem herdeiros, ou interessados, dentro de trinta dias após o trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória, com ou sem recurso, a herança será considerada jacente (par. ún. do art. 1.165 do CPC, e § 2.º do art. 471 do CC), seguindo-se o procedimento referido no tópico anterior (n. 4.2.3).

4.2.5 Prestação de garantia pelos herdeiros provisórios

Os herdeiros imitidos na posse provisória dos bens do ausente deverão garantir a sua restituição, caso aquele retorne, ou haja a habilitação de herdeiro de classe mais próxima que a dos que arrecadaram a herança, com a prestação de caução real, ou fidejussória (CPC, arts. 1.166 e 826, combinados, que revogaram o art. 473 do CCB). Determina o par. ún. do art. 473, não revogado, que ficará excluído da sucessão o herdeiro que não prestar as garantias exigidas (CPC, art. 1.166), ficando os bens que lhe deveriam caber sob a

administração do curador, ou de outro herdeiro indicado pelo juiz, e que tenha prestado a garantia, regra essa que não é repetida pelo código processualista, nem modificada, estando, pois, em vigor.

4.2.6 A entrega dos bens aos sucessores provisórios. Efeitos e particularidades

Embora o Código de Processo Civil não se refira ao disposto no art. 474 do CC, a situação neste contida não mais está prevalecendo, pois fere o princípio constitucional da isonomia, ou da igualdade dos herdeiros; com efeito, dizia aquele dispositivo que os imóveis seriam confiados em sua inteireza (integralidade) aos "sucessores provisórios mais idôneos", por ocasião da partilha, causando perplexidades sobre qual critério a utilizar-se o magistrado para apurar a maior idoneidade de tal ou qual herdeiro provisório.

Entretanto, seguindo o princípio de evitar-se a divisibilidade na partilha dos bens imóveis no Direito das Sucessões (CC, art. 1.777), com mais forte razão deve ser evitado o condomínio na sucessão provisória, já que poderia dificultar a entrega dos bens, se muito partilhados, ao ausente que regressar, por isso que se não for possível a indivisão, entende-se preferível alienar os bens em hasta pública e converter o produto apurado em títulos da dívida pública (caderneta de poupança em conta conjunta em nome de todos os sucessores provisórios, embora, reconheça-se, tais depósitos não acompanham a efetiva valorização havida em relação aos bens imóveis).

Os bens móveis, sujeitos a deterioração, ou a extravio, deverão ser alienados, por determinação judicial, e o produto auferido será sub-rogado em outros bens, imóveis, ou em títulos da dívida pública, ou, atualmente, em caderneta de poupança conjunta sob fiscalização judicial (CC, art. 472). Os imóveis não podem ser alienados, salvo por desapropriação, ou por determinação judicial, para lhes evitar a ruína, ou quando for conveniente à massa convertê-los em títulos da dívida pública, atualmente depósito em poupança, também sob fiscalização judicial (CC, art. 475).

Os frutos e rendimentos produzidos pelos bens reverterão aos herdeiros imitidos provisoriamente em sua posse, se tratar-se de cônjuge, ou de herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes) do ausente, tanto no que se refere aos bens que lhes couberem na partilha provisória, quanto nos que ficarem com eles por falta de prestação de caução por outros herdeiros, que os não receberão (CC, arts. 477, princípio, e 473, par. ún.); os demais herdeiros, inclusive os testamentários somente receberão metade do valor dos frutos e rendimentos produzidos pelos bens que lhes forem entregues, sob fiscalização do representante do Ministério Público, devendo prestar contas anualmente ao juiz do processo de ausência (CC, art. 477, final), sendo a outra metade do valor desses frutos e rendimentos capitalizada, consoante as regras constantes do art. 472 do CC, já referidas. O herdeiro que for excluído da imissão na posse dos bens, por falta de prestação de garantia (CPC, art. 1.166, e CC, art. 473, par. ún.), poderá receber, se demonstrar necessidade, o valor correspondente à metade dos frutos e rendimentos que tais bens produzirem (CC, art. 478), ainda que na posse do curador ou de outro herdeiro, devendo também ser objeto de prestação anual de contas, em juízo.

Os herdeiros provisórios deverão tomar as medidas necessárias para assegurar a entrega dos bens ao ausente que retornar, ou a outro herdeiro de classe mais próxima, mesmo durante o período compreendido entre a data da notícia da volta do ausente, ou da habilitação do herdeiro de classe mais próxima, e da efetiva entre-

ga dos bens ou do produto sub-rogado quando houver alienações autorizadas judicialmente (CC, art. 480, parte final). As garantias anteriormente apresentadas (cauções em geral), só serão levantadas após conferência da exatidão do estado dos bens devolvidos ao ex-ausente, ou ao outro herdeiro, ou do produto dos bens sub-rogados por alienações, e também após a devida prestação de contas dos frutos e rendimentos auferidos pelos herdeiros testamentários e legítimos (que não forem necessários, ou o cônjuge do ausente), bem como pelos herdeiros que não prestarem caução, estes no tocante apenas à metade desses benefícios civis.

Os herdeiros provisórios substituem os curadores especial e dos bens, ou o único (CC, art. 476), depois de empossados nos mesmos, e, assim, responderão às ações propostas contra o ausente; todavia, necessitarão de autorização judicial para propor ações contra terceiros, devido à sua condição de meros possuidores, em relação aos bens, faltando-lhes o domínio para legitimá-los às ações como autores, salvo para resguardar a posse que têm sobre os bens (CC, art. 501 *et seq.*).

4.2.7 Outros efeitos e particularidades, inclusive quanto ao registro imobiliário

A abertura da sucessão provisória nos bens do ausente gera, ainda, outros efeitos e particularidades, como:

a) as disposições do Código Civil (ainda em vigor), e as do Código de Processo Civil (que em muitos passos revogaram outras do CC), acima analisadas, acabaram derrogando os princípios específicos do Direito das Sucessões, no sentido de que só se pode herdar de pessoa morta, e do Direito das Obrigações, especialmente o art. 1.089 do CC, que estipula não poder ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, já que pode haver alienações de bens durante a fase da sucessão provisória do ausente, como visto;

b) os direitos à sucessão provisória transmitem-se aos herdeiros legítimos dos sucessores do ausente que falecerem, tenham ou não já recebido sua quota parte ideal; igualmente, serão transmitidos aos herdeiros do legatário, os bens certos e determinados que lhes foram imitidos na posse antes de seu falecimento, o mesmo ocorrendo quanto à sucessão do herdeiro testamentário, em relação à quota parte a ele destinada. Todavia, se o herdeiro testamentário, ou o legatário ainda não houvessem sido imitidos na posse da quota parte ideal, ou da coisa certa e determinada quando faleceram, os seus herdeiros não os sucederão necessariamente, sendo o caso de verificar-se se o ausente-testador teria nomeado substituto, prevendo a falta do herdeiro testamentário, ou do legatário, e, em caso negativo, os bens objeto da deixa testamentária acrescerão ao quinhão dos herdeiros legítimos do ausente;

c) os legatários contemplados pelo ausente podem exigir a entrega dos legados, pelos herdeiros, ou pelo testamenteiro, se houver, e este pode exigir do herdeiro detentor dos bens legados pelo ausente que os entregue, podendo, inclusive, nomear à execução tais bens se demandado pelos legatários, para poder cumprir a disposição testamentária, como determinado pelo testador-ausente (CC, art. 1.755 e par. ún.);

d) os herdeiros provisórios não têm legitimidade ativa para ajuizar ações para a redução das disposições testamentárias e doações inoficiosas, feitas em vida pelo testador, em valor superior à sua metade disponível, aos seus herdeiros, ou legatários, por não ter sido provada, ainda, a efetiva morte do testador-ausente, não se podendo apurar, por conseguinte, o total do patrimônio deste, como ocorreria se tivesse efetivamente falecido, para se constatar o real montante da metade disponível;

e) os vínculos patrimoniais personalíssimos existentes em favor do ausente,

como fideicomisso e usufruto, extinguem-se, incorporando-se, ainda que provisoriamente, os bens objeto desses institutos em mãos do fiduciário, ou do fideicomissário, conforme a hipótese, e do nu proprietário, se o ausente fosse usufrutuário;

f) a doutrina se divide quanto à possibilidade, ou não de os herdeiros provisórios poderem fazer cessão de seus quinhões hereditários antes da conversão da sucessão provisória em definitiva, já que têm somente a posse dos bens deixados pelo ausente, submetidos a uma condição resolutiva, qual seja, a volta do ausente ou o surgimento de outro herdeiro de classe mais próxima, que expungiria o direito resolúvel daqueles, ao contrário do que ocorre com o herdeiro no Direito das Sucessões, já que o art. 1.572 do CC enuncia o princípio da *saisine*, legitimando tal herdeiro a ceder seu quinhão hereditário; não obstante, alguns renomados autores entendem possível a cessão de início referida, como Aubry et Rau, Demolombe, Carvalho Santos entre nós etc;

g) tanto o imposto *causa mortis*, como as custas e despesas judiciais devem ser recolhidas pelos herdeiros provisórios; no caso de habilitação de outro herdeiro de classe mais próxima, ou do retorno do ausente, estes arcarão com tais ônus, especialmente o ausente, por ter dado causa ao processo (Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. V, Direito das Sucessões, p. 38-39);

h) duas questões ainda não suscitadas claramente tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, podem ser aqui enfocadas, e que dizem respeito ao chamado usufruto vidual (CC, art. 1.611, § 1.°, e Lei 8.971/94 art. 2.°, I e II), e ao direito real de habitação (CC, art. 1.611, § 2.°, e Lei 9.278/96, art. 7.°, par. ún.), aqui aplicados por analogia, ao caso do cônjuge ou do(a) companheiro(a) do ausente (V. trabalho apresentado por Paulo Cesar Corrêa Borges ao curso de mestrado da Unesp, em novembro de 1993). Com efeito, dispõe o primeiro dos parágrafos do art. 1.611 do CC citados, que se o regime do casamento não era o da comunhão universal, o cônjuge viúvo terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, caso haja filhos do antigo casal, ou só do cônjuge falecido, e à metade desses bens se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do falecido, e isso enquanto durar a viuvez, o que vem repetido na citada Lei 8.971/94, no local referido, ao passo que o segundo parágrafo do art. 1.611, com a redação dada pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, estipula que se o casamento era regido pela comunhão universal o cônjuge sobrevivente terá assegurado, enquanto viver e permanecer viúvo, e sem prejuízo da participação que lhe caiba porventura na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que este seja o único bem daquela natureza a ser inventariado, benefício extensível ao convivente em união estável, conforme Lei 9.278/96 no local indicado. O usufruto é instituto contemplado pelo CC no seu Livro II da Parte Especial, Direito das Coisas, Título III, Direitos Reais sobre Coisas Alheias, Capítulo IV, art. 713/41, enquanto que a habitação é especificada nos arts. 746/8, Capítulo VI dos mesmos título e livro citados, tratando-se de direito reais assegurados ao cônjuge e agora aos conviventes em união estável, viúvo, e que têm sido plenamente garantidos pelos tribunais (por exemplo: *RJTJSP-Lex* 64/47, 80/212, 96/252; *RT* 566/63, 590/200 etc), e que devem constar expressamente dos autos do processo de inventário, para resguardo dos direitos do seu titular, figurando nos títulos a serem expedidos (formais de partilha, ou cartas de adjudicação), conforme, também, têm decidido os tribunais (por exemplo: *RT* 566/63; *RJTJSP-Lex* 122/309 etc).

Para solução dessas questões, e aplicando-se a regra de interpretação sistemática ao caso, conjugando-se o citado

art. 1.611 e seus parágrafos do CC, e leis mencionadas, com o art. 1.165 do CPC parte final, e ainda com o art. 471, parte final, do estatuto civilista, a resposta seria afirmativa, pois ambos se referem expressamente a "como se o ausente fosse falecido". É uma presunção, que, sem dúvida, poria fim ao casamento, permitindo a sucessão nos bens, devendo, então permitir o usufruto e habitação referidos. Aliás, se provada a morte do ausente, a qualquer tempo, tais direitos do cônjuge e do convivente em união estável sobrevivente não poderão ser suprimidos, e, ainda, apesar de serem restritos os efeitos da ausência em relação ao estado da pessoa desaparecida (CC, arts. 10, parte final, 481 e 482, e CPC, art. 1.167, II), o mesmo não ocorre com o seu patrimônio, daí mais uma forte razão para não dever prevalecer óbices quanto ao reconhecimento daqueles direitos ao cônjuge presente, obedecidos os preceitos dos citados §§ 1.º e 2.º do art. 1.611 do CC e das leis referidas;

i) outras questões particulares podem ser enfocadas, e que dizem respeito aos casos em que o ausente, se presente, seria chamado à sucessão de alguma pessoa de quem fosse herdeiro (legítimo ou testamentário), ou legatário. Com a sua mera ausência, o que poderia ocorrer?

Para melhor entendimento, passa-se primeiramente à análise do tema como se o ausente houvesse efetivamente morrido, ou, pelo menos, sua morte tivesse sido declarada judicialmente; assim:

A) na primeira hipótese, isto é, o ausente seria herdeiro legítimo (CC, art. 1.603, I a IV) da pessoa morta, e, de conformidade com as normas do Direito das Sucessões, poderia ele, se efetivamente morto, ser representado por seus descendentes numa determinada sucessão, mas não pelos seus ascendentes (CC, art. 1.621); assim, por exemplo, se falecesse o seu pai, ou o seu avô, e houvesse outros herdeiros, os seus filhos o representariam na sucessão desse pai, ou avô, o mesmo ocorrendo no caso de sucessão de um seu irmão que falecesse sem deixar filhos, pais, ou cônjuge, mas com outros irmãos além do ausente (se efetivamente morto), já que o direito de representação dá-se também na linha transversal, em favor dos filhos de irmãos do falecido, mas somente quando com irmãos deste concorrem (CCB, art. 1.622), não havendo a representação se a sucessão aberta se referisse a qualquer outro colateral, de terceiro ou de quarto graus, ainda que o ausente fosse herdeiro, se vivo.

B) na outra hipótese avençada, isto é, o ausente, seria herdeiro testamentário, ou legatário, a situação difere; no caso de ter sido nomeado por testamento, em uma quota parte ideal da herança (herdeiro), ou numa coisa certa e determinada (legatário), e se o testador nada tivesse disposto na cédula testamentária sobre substituição, a deixa caducaria se o herdeiro, ou o legatário (no caso o ausente) morresse antes do testador, revertendo o conteúdo testado à massa hereditária, na sucessão legítima, se houvesse, ou ao Poder Público; porém, se o testador, prevendo a hipótese de desaparecimento (por morte, ou até por ausência declarada judicialmente) do beneficiado, indicasse no testamento um substituto para o mesmo, esse substituto (que poderia ser uma ou várias pessoas, com ou sem reciprocidade – CC, arts. 1.729 e 1.730), é que ficaria com a deixa testamentária; ou então, poderia o testador ter inserido na cédula a cláusula fideicomissária, e aí a questão se resolveria de conformidade às regras constantes dos arts. 1.733/40, do CC, e, conforme fosse o ausente (se efetivamente morto) instituído fiduciário, ou fideicomissário (CC, arts. 1.733/38), respectivamente; ou, ainda, poderia o testador ter determinado o acrescimento, ou direito de acrescer, entre os co-herdeiros dentre os quais o ausente (se efetivamente morto), caso em que a deixa a este conferida seria repassada aos demais, de conformidade com o disposto nos arts. 1.710 e

par. ún. (herdeiro, e legatário, respectivamente) e 1.712, todos do CC. Esclareça-se que se está aqui apenas exemplificando, podendo variar em muito as hipóteses plausíveis, especialmente nos casos de direito de acrescer (CC, art. 1.710/6).

Vistas, então, as questões sob o fundamento da morte efetiva do ausente, ou, pelo menos, de ter sido esta declarada judicialmente, resta a resposta à indagação feita na proposição do problema: com a ocorrência da mera ausência, sem estar ainda concluída a sucessão do *de cujus*, teriam os herdeiros do ausente os mesmos direitos que os analisados nas hipóteses acima, ou seja, poderiam representar o ausente, ou os substitutos nomeados em testamento ficariam com sua quota parte ideal, ou com seu legado, ou, então, o fideicomisso de que o ausente fosse parte tanto como fiduciário, como fideicomissário, caducaria com a só ocorrência da ausência? A resposta se divide em duas partes, também.

A.1) se a sucessão do *de cujus* fosse aberta ainda na fase da curadoria, arrecadação e inventário dos bens, e publicação de edital, do ausente, os bens a que este coubessem (se presente), nas hipóteses sucessórias acima exemplificadas, deveriam ser arrolados à parte, devendo o juiz do processo de ausência pedir, por carta precatória, ao juízo da comarca onde se processa o inventário, que interessa aos sucessores do ausente (e onde estão sendo inventariados os bens deixados a este), a separação dos mesmos, se tratar-se de comarca diferente, ou até por carta rogatória, se for o caso, de conformidade com os trâmites burocráticos e consulares necessários. Se o processo de inventário estiver correndo na mesma comarca, deve haver a requisição daquela providência só ao juízo competente;

B.1) porém, se a sucessão do *de cujus* fosse aberta já na fase da sucessão provisória do ausente, tanto os herdeiros deste, como os substitutos testamentários, ou fideicomissário (ou fiduciário), referidos nas várias hipóteses anteriormente, serão imitidos na posse provisória dos bens que coubessem ao ausente, devendo prestar garantias de sua restituição, caso o ausente regressasse, mediante caução real, ou fidejussória (CPC, arts. 1.166 e 826), não sendo imitidos na posse dos bens os herdeiros, substitutos etc., que não prestarem tais garantias, ficando assim os bens aguardando o decurso do prazo de conversão da sucessão provisória do ausente em definitiva, em poder de curador, ou de outro herdeiro, e tudo de conformidade com as regras já analisadas anteriormente, inclusive quanto à alienação de bens móveis sujeitos à deterioração, ou a extravio, bem como à distribuição de frutos e rendimentos etc.

j) entende-se importante a análise sobre a possibilidade (e necessidade) de registro imobiliário dos bens objeto da sucessão provisória, tema que tem ensejado perplexidades entre os estudiosos da matéria. Vejamos:

1) Tanto os arts. 473, 476, 478 e 479 do CC, como o art. 1.166 do CPC, como ainda os arts. 30, 32, 35 e 36 do Projeto 118/84, de novo Código Civil, enfatizam que a sentença que determina a abertura da sucessão provisória nos bens do ausente, imite os herdeiros na posse (provisória) dos bens, e ainda assim só aqueles herdeiros que puderem prestar a garantia determinada nos arts. 473 do CC (penhoras ou hipotecas), 1.166 do CPC (caução) e 30 do projeto (penhoras ou hipotecas), já que os que estiverem impossibilitados de prestar tal garantia ficarão excluídos da posse nos bens (par. ún. do art. 473 do CC e § 1.° do art. 30 do projeto), dispondo o projeto, no § 2.° do art. 30 que os herdeiros necessários (descendentes e ascendentes) e cônjuge (e o (a) companheiro (a), entende-se) do ausente, provando sua qualidade de herdeiros, poderão entrar na posse dos bens, independentemente da prestação da garantia referida. Por outro lado,

tanto o art. 481 do CC (revogado na primeira parte, quando trata do prazo de vinte anos), como o art. 37 do projeto, estabelecem que, com a abertura da sucessão definitiva nos bens do ausente, os interessados poderão requerer o levantamento da garantia ou caução prestada. Como se vê, a sucessão provisória constitui apenas uma situação de "expectativa de direito real", com a só posse (provisória, condicional e eventual) nos bens pelos herdeiros do ausente. Aliás, a própria sucessão definitiva também é, na prática, como também referido em outro local deste trabalho, uma situação intermediária e precária, porque, mesmo após o trânsito em julgado da sentença que a declara, e até dez anos após, o ausente ou algum seu herdeiro necessário mais próximo, poderá, ainda, reaver a totalidade ou parte dos bens em mãos (inclusive com o domínio) dos herdeiros (CC, art. 483; CPC, art. 1.168; projeto, art. 39), porém, nessa situação já terá havido a declaração da morte presumida do ausente (nos casos de ausência efetiva), entende-se, com a conversão da sucessão provisória em definitiva, originando-se, assim, a propriedade (embora resolúvel).

2) Por outro lado, a Lei dos Registros Públicos 6.015/73, determina no Título II – Do Registro Civil das Pessoas Naturais, Cap. I, art. 29, VI, que serão registradas as sentenças declaratórias de ausência, complementando o art. 94 daquela lei, mesmo título, Cap. X, o rol das providências quanto às qualificações do ausente e do curador nomeado, dispondo o art. 104, Cap. XII (Da Averbação) quanto ao término da curadoria ou à volta do ausente, determinando o par. ún. desse art. 104 a averbação no assento da ausência, da sentença de abertura da sucessão provisória, com referência especial à existência de testamento e indicação de herdeiros habilitados (ou seja, os que prestaram a garantia (caução) referida acima). O art. 107, constante do Cap. XIII – Das Anotações, no § 1.º, determina seja a ausência anotada nos assentos de nascimento e casamento do ausente. Estas, pois, as disposições constantes da Lei dos Registros Públicos a respeito da ausência efetiva, afora os casos relativos às pessoas desaparecidas em naufrágios, inundação, incêndio etc. (morte presumida, referida no n. 2, acima), constante dos arts. 88 e par. ún. e 85 da LRP, já comentados, e referentes ao assento Do Óbito (Cap. IX, mesmo título). Já no Título V – Do Registro de Imóveis-, que interessa mais diretamente ao tema em análise, o art. 167 (Cap. I) determina o registro: I – "24) – das sentenças que nos inventários, arrolamentos e partilhas adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança" (CCB, art. 532, II); e "25) – dos atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha, e das sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento quando não houver partilha". No Cap. II – Da Escrituração, o art. 172 da LRP estipula que no Registro de Imóveis devem ser procedidos "o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos 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". No Cap. V desse Título V da LRP, o art. 221, IV, determina ser admitido o registro das cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo, complementando o art. 224 que, nas escrituras lavradas em decorrência de autorização judicial serão mencionados, por certidão, em breve relatório, com todas as minúcias que permitam identificá-los, os respectivos alvarás.

3) Da análise dos textos legais acima enunciados, entende-se que: a) serão registrados, averbados e anotados no Registro Civil das Pessoas Naturais, os atos referentes ao ausente e ao curador referi-

dos acima, n. 2, primeira parte, além dos óbitos em casos de morte presumida sem a declaração judicial da ausência; b) no Registro de Imóveis somente serão registrados os atos referentes aos processos judiciais de ausência na hipótese da sucessão definitiva, consoante art. 167, I, ns. 24 e 25, complementados pelo disposto no art. 172. Por outro lado, havendo necessidade ou interesse na alienação de imóveis, ainda na fase da sucessão provisória, tal poderá ocorrer por determinação judicial, devendo o Oficial do Registro observar o disposto nos arts. 221, IV, e 224, conforme a hipótese. Entende-se que a sucessão provisória, com a só posse (provisória) dos herdeiros nos bens deixados pelo ausente não admite a possibilidade (nem a necessidade) do registro, por falta do título representativo do direito real reconhecido em lei (art. 172 da LRP), já que a sentença nessa fase do processo de ausência não se equipara às constantes dos ns. 24 e 25 do inc. I do art. 167 da LRP, pois, enquanto não provada a efetiva morte do ausente, ou não declarada a sua morte presumida, não há falar em "herança" (n. 24, I, art. 167), visto estar-se diante de posse (provisória) que constitui "expectativa de direito real", não enquadrando-se, pois, no rol do art. 674 do CC brasileiro, pois possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade (CC, art. 485), o que efetivamente ocorre em relação ao sucessor provisório (possuidor legal e direto), com a percepção de lucros e rendimentos proporcionados pelos bens possuídos. Como dizem os doutrinadores, o Direito brasileiro agasalhou a teoria objetiva de Ihering e não a subjetiva de Savigny (hipóteses mais específicas à questão da posse no Direito romano, mas admitidas modernamente nas legislações), a qual consiste na relação de fato entre pessoa e coisa, com intuito de utilizá-la economicamente; e, por outro lado, acolheu o Direito brasileiro parcialmente o sistema alemão de aquisição da propriedade (e não da posse, evidentemente), pelo registro (transcrição) no cartório competente (CC, art. 530, I), além do direito hereditário (CC, art. 530, IV, e LRP, art. 167, I, ns. 24 e 25), dentre outros modos.

Dessa maneira, não sendo a posse, ainda que legal e direta como acontece com esta da sucessão provisória nos bens do ausente, enquadrada dentre os direitos reais, não constitui-se em título registrável (como reclama o art. 172 da LRP), não havendo, portanto, possibilidade (e, destarte, necessidade) do registro dos bens imóveis objeto da sucessão provisória no processo de ausência, da mesma forma e pelo mesmo motivo que irregistráveis são os contratos de cessão de direitos hereditários (apesar de, pelo disposto no art. 1.572 do CC, o herdeiro ter a posse e o domínio dos bens da herança, embora não individualizados, pelo efeito da *saisine*), conforme jurisprudência reiterada do Conselho Superior da Magistratura (*RJTJSP* 84/476, 40/394, 80/442, 51/86, 42/407), conforme Walter Cruz Swensson, *Manual de registro de imóveis*, São Paulo : Saraiva, 1991, p. 96, final; entretanto, a questão não é pacífica, pois há autores, como João Rabello de Aguiar Vallim (*Direito imobiliário brasileiro*. 2. ed. São Paulo : RT, p. 125), por exemplo citado por Swensson, p. 86-87, que entendem não ser o elenco do art. 167 da LRP exaustivo, visto não abranger todo o disposto no art. 172 da mesma lei, referido e transcrito acima, n. 2, cujo conteúdo não estaria totalmente englobado pelo art. 167. E dentre outros, entende aquele autor do Direito Imobiliário, ter acesso ao Registro de Imóveis a "legitimação e revalidação da posse (p. 128-129)". Nossa opinião é contrária, data máxima vênia, e ainda que se admitisse tal possibilidade (e necessidade), não estar-se-ia tratando da posse legal e direta da sentença que declara a abertura da sucessão provisória do ausente, objeto de nosso estudo.

4.3 Fase da sucessão definitiva

Os Códigos civilista e processualista chamam de "sucessão definitiva" o que na realidade poderia ser qualificado como de "sucessão transitória", ou "intermediária", já que mesmo após o trânsito em julgado da sentença que converte a sucessão provisória em definitiva, se o ausente, ou algum herdeiro de classe mais próxima a ele regressar, ou se habilitar, respectivamente, poderão haver, ainda, os bens que restarem, ou o valor acaso existente e referente à alienação de tais bens, como será analisado adiante. Porém, antes serão estudadas as hipóteses e características da conversão.

4.3.1 Os momentos da conversão

A transposição da fase da sucessão provisória para a da definitiva opera-se por uma das seguintes três formas:

a) O Código de Processo Civil estabelece, no art. 1.167, que a sucessão provisória terá fim pelo comparecimento do ausente (a exemplo do constante do art. 480, 1.ª frase do CC), e ainda, se houver transcorrido dez anos do trânsito em julgado de abertura da sucessão provisória, ficando, assim, revogado o art. 481 do CC, que estabelecia o prazo de vinte anos para a conversão citada. Então, passados os dez anos, os herdeiros imitidos provisoriamente na posse dos bens deixados pelo ausente, ficam confirmados não só na posse, como ainda recebem o domínio de tais bens, convertendo-se em sucessores definitivos, na redação do dispositivo legal, como se o ausente tivesse morrido (CC, art. 1.572), não mais ficando obrigados à prestação das cauções já referidas anteriormente, que poderão ser levantadas, por ordem judicial;

b) mesmo antes de decorrido o prazo de mais de onze anos da época da verificação da ausência, nele computado o período da fase da curadoria, de no mínimo um ano, haverá a conversão da sucessão provisória em definitiva, na hipótese da comprovação da morte do ausente (arts. 1.167, I, do CPC e 479 do CC), o que também ocasionará a acumulação do domínio à posse dos bens, e o levantamento das garantias prestadas;

c) a terceira hipótese de conversão é a constante do inc. III do art. 1.167 do CPC, e do art. 482 do CC, ou seja, quando o ausente completasse oitenta anos de idade se estivesse presente, e já houvesse decorrido cinco anos de sua ausência, o que equivale a dizer que deveria ter ocorrido a ausência quando aquele contava, no mínimo, setenta e cinco anos de idade; entende-se que o legislador pátrio (como de resto ocorre em quase todas as legislações estrangeiras) exigiu apenas esses cinco anos, ou até menos dependendo da idade do desaparecido, visto que muito dificilmente poderia ter sobrevivido o septuagenário, ou octogenário, por tanto tempo, sem dar notícias a familiares e amigos, pelas próprias dificuldades naturais, nessa época da vida.

Entende-se, então, que nos casos de ausência efetiva o exato momento da morte presumida é o do trânsito em julgado da sentença que converte a sucessão provisória em definitiva.

4.3.2 A volta do ausente e seus efeitos. Conseqüências do escoamento do último prazo

A lei, como cautela, ainda supõe, depois de mais de onze anos decorridos, ou de seis se o ausente já contava oitenta anos de idade, mais os períodos dos prazos judiciais (julgamento de recursos, tramitação do processo, despachos interlocutórios, férias forenses, fechamento dos fóruns etc.), que o ausente ainda possa regressar e reassumir a posse e o domínio nos seus bens, que haviam passado aos

herdeiros provisórios a principio (só a posse), e definitivos ao depois; se o ausente realmente regressar, e os bens já tiverem sido consumidos, aquele suportará o prejuízo, pois as cauções prestadas pelos herdeiros já terão sido levantadas; se, porém, não for esse o caso, proceder-se-á conforme dispõem os arts. 483 do CC e 1.168 do CPC, que dizem que se o ausente regressar nos dez anos seguintes à conversão da sucessão provisória em definitiva, ou então algum seu herdeiro necessário se habilitar, somente poderão eles requerer judicialmente a entrega dos bens que porventura ainda existirem, e nos estados em que se acharem, a dos sub-rogados em seu lugar, ou ainda, o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele prazo; se tal ocorrer, deverão ser citados os sucessores tidos até então como definitivos (mas que na realidade tinham uma propriedade resolúvel condicionada à não volta do ausente), o órgão do Ministério Público, e o representante da Fazenda Pública, para contestarem o pedido do "ex-ausente", ou dos seus herdeiros necessários, e, havendo contestação, seguir-se-á o procedimento ordinário, com possibilidades amplas de produção de provas, como determina o art. 1.169 e seu par. ún. do CPC, não tendo direito, porém, o ausente ou seus descendentes ou ascendentes, a receber a metade dos frutos e rendimentos de parte dos herdeiros legítimos não necessários, e dos testamentários, ou dos legatários já que tal prestação de contas só é devida (na hipótese de volta do ausente, ou no caso de habilitação de herdeiros de classe mais próxima), ainda na fase da sucessão provisória.

Como se vê, o ausente, ou os seus herdeiros necessários, não perdem completamente os seus direitos com a conversão em comentário, e com a outorga do domínio dos bens aos sucessores, e ainda com o levantamento das cauções anteriormente prestadas, mas apenas se restitui a ele, ou àqueles herdeiros necessários, aquilo for possível. Seus direitos, pois, são muito fracos!

O ausente, ou os citados herdeiros necessários, conservam seus direitos sobre os bens por vinte e um anos, no mínimo, após a notícia da ausência, lembrando-se ser de vinte anos o tempo máximo do usucapião (CC, art. 550); cai aquele tempo para dezesseis anos, no mínimo, se já contava o ausente oitenta anos de idade. Pelo regime anterior (do CC), esses prazos eram aumentados de onze a treze anos, que é a diferença resultante da redação dos arts. 481 do CC ("vinte anos depois...") e 1.167, II, do CPC, ("dez anos depois"), referido anteriormente, mais os prazos do art. 469 do CC para a abertura da sucessão provisória (de dois anos se não deixou o ausente representante, nem procurador, ou quatro anos se os deixou), em contraposição do disposto no art. 1.163 do CPC (um ano da publicação do primeiro edital), também já analisado retro. Assim, os atuais vinte e um, ou dezesseis anos, equivaliam anteriormente ao Código de Processo Civil, de 1973, a trinta e dois e trinta e quatro, e vinte e sete anos (ausente com oitenta anos de idade). O Projeto 118/84, de novo Código Civil, estabelece nos arts. 26 (um ano de arrecadação dos bens sem procurador, ou três anos com procurador, ou representante, para a abertura da sucessão provisória), 37 (dez anos para a conversão da sucessão provisória em definitiva) e 39 (dez anos após a abertura da sucessão definitiva), os totais de vinte e um e vinte e três anos para o ausente reassumir a posse de seus bens, salvo se já contava oitenta anos de idade (art. 38), quando os totais desceriam a dezesseis e dezoito anos, respectivamente; assim, se e quanto o projeto se converter em código vigente, os atuais prazos aumentarão, o que parece não ser muito coerente!

Se, todavia, não reaparecer o ausente ou não se habilitarem seus herdeiros necessários, mesmo decorridos os dez anos da abertura da sucessão provisória, e ne-

nhum interessado promover a sucessão definitiva, a plena propriedade dos bens arrecadados (e até então sob a responsabilidade do curador, sob vigilância judicial), passará ao Poder Público (CC, art. 483, par. ún., por analogia ao art. 1.619 do mesmo CC), passando a herança a ser vacante (CC, arts. 1.591/4 e 1.619, combinados com os arts. 1.156/8 do CPC), sendo tais bens arrecadados destinados à instituições de ensino universitário (Dec.-lei 8.207/45, especialmente art. 3.°, já referido retro).

Com apoio parcial em Arnoldo Wald (op. cit., p. 41), podem-se resumir assim alguns efeitos da sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva:

I – os atos e negócios jurídicos, devidamente autorizados, praticados pelo sucessor provisório são convalidados;

II – os herdeiros, neles incluídos os legítimos, testamentários, legatários, fideicomissários, fiduciários etc., passam de meros possuidores a proprietários resolúveis dos bens da herança, já que o ausente, ou seus herdeiros necessários, se aparecerem nos próximos dez anos, ainda conservarão alguns direitos sobre os bens. Nessa ocasião, então, será possível (e necessário) o registro imobiliário;

III – os herdeiros adquirem, na integralidade (inteireza), os frutos e rendimentos produzidos pelos bens deixados pelo ausente;

IV – os herdeiros e sucessores podem alienar os bens da herança, gratuita ou onerosamente, sejam móveis ou imóveis, podendo ainda gravá-los de qualquer ônus real;

V – podem eles também, levantar as cauções que haviam prestado para garantia da restituição dos bens;

VI – igualmente podem exercer as ações próprias (redução das liberalidades) contra terceiros, que receberam doações inoficiosas do ausente, quando presente, e também contra outros herdeiros, ou legatários, que receberam por testamento deixado por aquele, quota parte ideal ou coisa singularizada, respectivamente, acima do valor da metade disponível do testador (depois ausente), tomando-se como base de cálculo o patrimônio do testador no momento da abertura da sucessão definitiva (trânsito em julgado da sentença declaratória);

VII – dividirão esses herdeiros e sucessores entre si os bens incorporados ao patrimônio deixado pelo ausente, após o seu desaparecimento, como heranças a ele deferidas, rendimentos capitalizados etc.; em suma, os herdeiros e sucessores representarão o ausente como se morto efetivamente fosse, desde a época do seu desaparecimento.

4.4 A ausência e a questão conjugal-familiar

4.4.1 Dissolução da sociedade conjugal, do casamento e da união estável

A ausência, por si só, não tem o condão de dissolver a sociedade conjugal, e nem o casamento, obviamente, e nem a união estável, como ocorre com a efetiva morte de um dos cônjuges ou companheiros ou com o divórcio (Lei 6.515/77, art. 2.°, I e par. ún.); porém, a exemplo do que sucede em outras legislações, como evidenciado acima, n. 3, há, atualmente, possibilidades de conseguir-se tal situação, no caso do casamento, face ao disposto na citada Lei 6.515/77 – Lei do Divórcio –, art. 40 (divórcio "direto" com a só comprovação da separação de fato por mais de dois anos consecutivos), e art. 5.°, §1.° (ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição), valendo lembrar aqui ser mais prática a fundamentação do pedido no art. 40, que não contém mais, após a alteração de sua redação feita pela Lei 7.841/89 (que regulamen-

tou o art. 226, § 6.°, da CF), a exigência do citado § 1.° do art. 5.°, *in fine*. Se fundamentada neste o pedido, a separação deverá ser convertida em divórcio um ano após o trânsito em julgado da sentença que a decretou (Lei 8.408/92, que alterou o art. 25 da lei do Divórcio); seriam, então, necessárias duas ações para ser atingido o mesmo propósito – o divórcio –, para possibilitar o novo casamento do "cônjuge" presente. Além do mais, a necessidade da prova da impossibilidade de reconstituição da sociedade conjugal, no caso de volta do ausente, e a dúvida sobre a natureza da ausência, se voluntária ou não, poderiam dificultar a decisão favorável à concessão da separação, face ao disposto no art. 6.° da citada Lei do Divórcio.

Assim sendo, não mais vigora a idéia de que à ausência, por mais prolongada que seja, não se aplica a presunção de morte do ausente para efeitos de dissolução do casamento ou da união estável, com a revogação do art. 315 do CC, que dispunha naquele sentido, pelo art. 54 da Lei do Divórcio. É bem verdade, porém, que o art. 10 do CC remete à questão da morte presumida do ausente aos casos estipulados nos seus arts. 481 e 482, o primeiro deles praticamente revogado pelo art. 1.167, II, do CPC; é bem verdade, também, que nos dispositivos citados não se encontra referências à dissolução da sociedade conjugal, e do casamento, pela ausência, diferentemente do que ocorre com a Lei 6.683/79, a chamada Lei de Anistia, também já analisada retro, omissão essa que poderia ensejar sérias dificuldades práticas, se houvesse um segundo matrimônio do "cônjuge" presente, depois de divórcio, com o retorno do ausente após essas segundas núpcias.

No caso da união estável não convertida em casamento, a sucessão definitiva nos bens do ausente, encerra a relação entre os conviventes.

Há, pois, necessidade urgente de ser corrigida a lacuna da legislação brasileira nesse aspecto, seguindo-se o que constou do Anteprojeto de Código Civil, apresentado em 1963 por Orlando Gomes, que estabelecia que após um ano do trânsito em julgado da sentença declaratória da ausência, poderia o "cônjuge" presente contrair novo matrimônio, mas se o ausente regressasse, o segundo matrimônio seria declarado nulo, por não estar, efetivamente, dissolvido o primeiro. Por sua vez, o Projeto 118/84, de novo Código Civil determina, quando trata da dissolução da sociedade conjugal, no art. 1.574, que a mesma termina:

"V – por novo casamento do cônjuge, declarada a ausência do outro em decisão judicial transitada em julgado"; e em outro artigo, sem numeração, posto introduzido por emenda do Senado, determina que, na hipótese acima "o casamento precedente permanece dissolvido, ainda quando a declaração de ausência seja revogada", é dizer, com a volta do ausente, ao passo que os §§ 1.° e 2.° desse mesmo artigo sem numeração estipulam que, revogada a declaração da ausência, ou seja, com a volta do ausente, o cônjuge que contraiu novo casamento poderá intentar judicialmente a anulação deste, salvo se, ao tempo da celebração das novas núpcias, sabia que o "ausente" estava vivo (§ 1.°), sendo de noventa dias o prazo para tal pedido de anulação, contados da data em que a declaração da ausência foi revogada. E, em complemento, o § 3.° determina que, anulado o novo casamento, o cônjuge autor do pedido de anulação do mesmo fica impossibilitado de contrair novo casamento com outra pessoa diferente da do "ausente", enquanto estiver solteiro e capaz, aplicando-se a esta hipótese especial de anulação de casamento o disposto no capítulo Da Invalidade do Casamento, arts. 1.546/66, Capítulo VIII do Subtítulo I – Do Casamento, do Título. I – Do Direito Pessoal, do Livro IV – Do Direito de Família, da Parte Especial daquele projeto,

consoante o disposto no § 4.º desse artigo em comentário.

Entretanto, e enquanto não for promulgada lei a respeito da intrincada questão, mais lógico e seguro para a normalidade das relações jurídicas, que tanto a separação judicial fundamentada no § 1.º do art. 5.º, como o divórcio "direto" fundamentado no art. 40, ambos da Lei 6.515/77, só sejam concedidos após o trânsito em julgado da sentença que converte a sucessão provisória dos bens do ausente em definitiva (CPC, art. 1.167, II, dez anos após), que é o exato instante da declaração da morte presumida nas legislações estrangeiras, analisadas no n. 3, acima, nos casos de ausência efetiva, evidentemente, e não nos de morte presumida elencados em leis específicas, analisadas retro, n. 2.

4.4.2 A situação dos filhos do ausente

O Código Civil brasileiro, no art. 484, estabelece que "se o ausente deixar filhos menores, e o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder, proceder-se-á com esses filhos como se fossem órfãos de pai e mãe", remetendo, assim, a questão para os institutos da tutela e da curatela, especialmente quanto ao disposto no art. 406, I e II, no referente à tutela, que de resto é contemplada no Código Civil desde o citado art. 406 até o art. 445, aplicando-se ao caso dos filhos menores do ausente, que não estiverem sob o exclusivo pátrio poder (CC, arts. 379/95) do outro cônjuge. O mesmo ocorre na hipótese de casos de curatela (CC, arts. 446/62), inclusive quanto a filho nascituro do ausente, disposto no art. 446, I a III, aos quais se aplicam, também, as normas da tutela, que couberem (CC, art. 453). Observe-se, por oportuno, não mais serem aplicáveis os dispositivos discriminatórios constantes do estatuto civilista, tanto no que respeita à nomeação de tutor, ou de curador, com prevalência de sexo, idade, linhagem dos avós etc., devido ao preceito constitucional da mais completa igualdade (CF, art. 5.º, I, e, principalmente, art. 226, § 5.º).

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 4. ed., e v. I, 1987, 6. ed., Rio de Janeiro : Forense, v. II, 1986.

———. *Posse*, Rio de Janeiro : Forense, 1985.

BATALHA, Wilson de S. Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. 3. ed. v. I, Rio de Janeiro : Forense, 1984.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.

BORGES, Paulo C. Corrêa. Trabalho sobre ausência e usufruto vidual e direito real de habitação do cônjuge presente (art. 1.611, §§ 1.º e 2.º do CC), apresentado no Curso de Pós-graduação (mestrado) da Universidade Estadual Paulista – Unesp, em novembro de 1993.

BORGHI, Hélio. *Da renúncia e da ausência no direito sucessório*. São Paulo : Leud, 1997.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro : Liv. Freitas Bastos, v. VI, s/d.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, v. X, 1976.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. São Paulo : Saraiva, 1979.

CLARO, Carlos Ducci. *Derecho Civil, Parte General*. Jurídica de Chile, 3. ed., s/d.

COELHO DA ROCHA, M. A. Instituições de Direito Civil Português. t. I, Rio de Janeiro : H. Garnier, Liv., 1907.

———. *Instituições de Direito Civil*. t. I, *Coleção Clássicos do Direito*, Coord. de Alcides Tomasetti Jr., apresentação de José Carlos Moreira Alves, São Paulo : Saraiva, 1984.

CORREIA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Rio de Janeiro : Livros, Cadernos Ltda., s/d.

CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1973.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. v. 5, Direito de Família, São Paulo : Saraiva, 1989.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. v. 3, Rio de Janeiro : Forense, 1987.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1988.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro : A. Coelho Branco Filho, v. 2, 1932.

GIORGIANNI, Michele. *La dichiarazione di morte presunta*. Milano : Dott. A. Giuffré, 1943.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de direito civil. *Comentários ao Código Civil português*, 2. ed., e 1. ed. brasileira, adaptada por Orozimbo Nonato, Costa Manso e Laudo de Camargo, e anotada por Young da Costa Manso, v. II, t. I, São Paulo : Max Limonad, 1955.

LETE DEL RIO, José M. *Derecho de la persona*, Madrid : Tecnos, 1986.

LOPES DA COSTA, Alfredo A. *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro : Forense, v. IV, 1959.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

MENDOZA, Lorenzo H. Disolución del matrimonio por la muerte presunta del ausente. Caracas, agosto/45.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 17. ed. v. 2, Direito de família, São Paulo : Saraiva, 1978.

NERY JR., Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Justitia*, v. 135, São Paulo.

NETO, Abílio e MARTINS, Herlander, *Código Civil português anotado*. 5. ed. Lisboa : Petrony, 1984.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 7. ed. v. V, Direito de família. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

PEREIRA, M. F. Pinto. *Aspectos da ausência no direito civil pátrio*, tese para obtenção da cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s/d.

MIRANDA Pontes; CAVALCANTI, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. XVI, Rio de Janeiro : Forense, 1977.

———. *Tratado de direito privado*, Parte Especial, t. IX. Direito de família. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6, Direito de família. 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1979.

ROMAGNOLI, Emilio. *Commentario del Codice Civile*, Libro Primo, Delle Persone e Delle Famiglia, arts. 43-78, Nicola Zanichelli, Bologna, 1970.

SERPA LOPES, Miguel M. de. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed., v. I, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1955.

SERRANO, Ignacio Serrano y. La ausencia en el Derecho Español. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, s/d.

SOUZA, Jordão Bento de. *Actos no juízo de ausentes e de órphãos*, São Paulo : Hennies Irmãos, 1922.

TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

TEYSSIE, Bernard. L'Absence; loi 77-1477, du 28 décembre 1977, Paris : Libraire Techniques (Litec), 1979.

VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e prática do direito de família*. São Paulo : Saraiva, 1983.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 6. ed., v. V, *Direito das Sucessões*, São Paulo : RT, 1988.

Outras fontes:

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 3. ed., Delta, 1978.

Código Bustamante – Convenção de Havana, de 29.12.1928 e promulgada no Brasil pelo Dec. 18.871, de 13.08.1929.

Códigos Civis – Francês (mais leis específicas: n. 77-1447, de 28.12.1977; de 16 frutidor, An. II; Dec. 78-435, de 29.03.1978); italiano, português (2), espanhol (mais leis específicas: de 08.09.1939; de 30.12.1939; Dec. de 30.12.1939; Ordem de 16.12.1941; Lei de Registro Civil, de 1975); alemão (tradução francesa, mais leis específicas: de 15.01.1951; de 20.02.1946), suíço (tradução francesa), venezuelano, uruguaio, argentino, boliviano, chileno (mais leis específicas: n. 6.761, de 05.12.1940; n. 7.612, de 21.10.1943); colombiano, panamenho e brasileiro (com dezenas de leis específicas).

Códigos de Processo Civil – Francês e brasileiro.

Constituição Federal – brasileira, de 05.10.1988.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa.* Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1977.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa.* Rio de Janeiro : José Olímpio, 1957.

1. ESTUDOS

1.11

OS PROBLEMAS MAIS COMUNS ENCONTRADOS NOS CONTRATOS-PADRÃO DE PARCELAMENTOS URBANOS

Aplicação da Lei 6.766/79 e do Código de Defesa do Consumidor

FLAUZILINO ARAUJO DOS SANTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Generalidades do parcelamento do solo – 3. O contrato-padrão – 4. Algumas cláusulas iníquas e abusivas: 4.1 Cláusula de arrependimento; 4.2 Cláusula dispondo sobre a taxa de juros e cláusula penal, no caso de atraso do pagamento das prestações, em patamares superiores aos permitidos por lei; 4.3 Cláusula dispondo que no caso de rescisão do contrato por inadimplemento do compromissário, perderá este as importâncias até então pagas a qualquer título: 4.3.1 Como estabelecer o percentual dessa redução?: 4.4 Cláusula estipulando que em caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, perderá este as benfeitorias porventura introduzidas no imóvel; 4.5 Cláusula prevendo que o compromisso de compra e venda somente poderá ser transferido com expressa anuência do loteador, mediante comprovante de pagamento das prestações até então vencidas, e mediante o pagamento de uma "taxa de transferência"; 4.6 Cláusula prevendo o repasse do custo de obras de infra-estrutura aos futuros adquirentes de lotes; 4.7 Previsão de cobrança de "taxa de administração" para a implantação do loteamento; 4.8 Cláusula estipulando que o comprador deverá manter o terreno sempre limpo, sob pena do vendedor mandar fazer a limpeza do imóvel, cobrando-a do comprador, cujo valor será atualizado monetariamente e acrescido de juros e multa; 4.9 Cláusula estipulando indexação múltipla concorrente; 4.10 Cláusula-Mandato – Constituição de procuradores para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo adquirente do lote, como, por exemplo: firmar contrato de prestação de serviços, emitir cambiais etc.; 4.11 Cláusulas com redações obscuras ou imprecisas; 4.12 Cláusulas restritivas redigidas sem destaques; 4.13 Cláusula dispondo sobre eleição de foro ou domicílio contratual; 4.14 Cláusulas que determinem a utilização compulsória da arbitragem – 5. Considerações finais – Bibliografia.

1. Introdução

Este trabalho se presta a uma abordagem dos problemas mais comuns encontrados em contratos-padrão, integrantes que são do elenco de documentos exigidos do parcelador em processos para registros de loteamentos e desmembramentos, quando qualificados debaixo das disposições da Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei 6.766, de 19.12.1979 e do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11.09.1990.

Conquanto não seja objetivo deste trabalho examinar com profundidade outros aspectos e polêmicas que envolvem o *compromisso de compra e venda* ou a *cessão de posse*[1] de imóveis loteados, tentarei, dentro do possível, demonstrar um posicionamento acerca desse instrumento, sem perder de vista, talvez, o único consenso acerca da *quaestio*, qual seja,

[1] Modalidade contratual admitida pela Lei 9.785/99, nos casos de parcelamentos efetivados pela administração pública direta ou indireta para populações de baixa renda, em glebas declaradas de utilidade pública e ainda em processos de desapropriação judicial, nas quais foram imitidos provisoriamente na posse.

que o objetivo do legislador foi, indubitavelmente, dotar a nossa legislação de um meio importante para busca da tão almejada segurança jurídica, fixando regras rígidas para implantação desse tipo de empreendimento, visto que normalmente quem adquire um lote residencial é pessoa de pouca instrução, no afã de realizar o sonho da casa própria e se libertar do aluguel, o que avulta sua vulnerabilidade enquanto consumidor (art. 4.º, I, CDC).

Depois de examinar centenas de contratos-padrão apresentados por loteadores em pedidos de registros de loteamentos e desmembramentos urbanos, e lamentando ainda não ter encontrado pelo menos um exemplar que em seu bojo não contivessem cláusulas que foram qualificadas como iníquas e abusivas, devendo por isso serem retificados para adequação às normas legais, de modo a permitir acesso ao Registro Imobiliário, pergunto-me: *Será isto por desconhecimento da matéria ou por causas subjacentes?*

Presente a lição de Geraldo Ataliba, segundo o qual a boa-fé se constitui em relevante princípio geral de direito, porque traduz a conduta normal, leal e honesta das pessoas em relação às outras, apoiada na confiança mútua e na recíproca honorabilidade, que devem orientar a correta atuação das pessoas nas relações jurídicas das quais participam.[2] No caso em esboço, esse vínculo jurídico é materializado através do compromisso de compra e venda ou de cessão de posse, oriundo do contrato-padrão depositado no Registro Imobiliário.

Resta-nos mergulhar em um auto-exame para o efeito de permanecermos inabaláveis no padrão clássico da ética e do direito, convergentes para o bem comum, ou a ele retornarmos, tendo em conta que os contratos-padrão são elaborados, examinados e julgados por operadores do próprio direito, e não por profanos nessa ciência, circunstância essa que por si mesma afasta o benefício de inocência.

Daí, a importância da atividade de caráter extrajudicial de direito preventivo ou cautelar desenvolvida pelos Oficiais de Registros de Imóveis, mediante prévio controle de legalidade realizado via qualificação das condições gerais ou cláusulas tipo constantes do contrato-padrão, constituindo essa atuação registral em meio eficaz na proteção do direito dos consumidores, na medida que interdita aquelas consideradas iníquas e abusivas.

A criação de mecanismos extrajudiciais a serviço dos consumidores, aplicados na prática em relação aos contratos geradores de direitos reais suscetíveis de inscrição registral integrados por condições gerais ou cláusulas tipo (como são, *v.g. leasing* imobiliário, compra e venda a prazo mediante condições resolutórias etc.), tem sido uma idéia desenvolvida doutrinariamente através de destacados estudos científicos, contrastada em numerosos congressos e seminários internacionais. Especialmente explícitas são a esse respeito as conclusões do primeiro relatório do XI Congresso Internacional de Direito Registral – Torremolinos, 1992, que afirma categoricamente que "la calificación del negócio inscribible (...) debe tener em cuenta las normas imperativas sobre derechos de los consumidores".[3]

Assim é que o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao prefaciar, em fevereiro de 1998, o livro *Registros públicos e segurança jurídica*, organizado pelo magistrado Ricardo Henry Marques Dip, assentou: "O bem comum está a reclamar Justiça plena, com segurança jurídica e suporte normativo, a conferir a certeza de que os direitos devem ser protegidos, com a observância da devida forma legal. As-

(2) Geraldo Ataliba. O princípio da boa-fé. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 43, p. 124, jan.-mar. 1988.

(3) Juan María Díaz Fraile. La protección registral al consumidor y la Diretiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 633, p. 529, mar.-abr. 1996.

sim como não há segurança jurídica onde não haja correspondência do reclamo de certeza com o ordenamento positivo, não há igualmente segurança jurídica sem organismos preventivos, que pela fé pública e pela publicidade assegurem ou protejam determinados direitos".[4]

2. Generalidades do parcelamento de solo

A Lei 6.766, de 19.12.1979, com as alterações introduzidas pela Lei 9.785, de 29.01.1999, disciplina o parcelamento do solo urbano, ou para fins urbanos. Loteamento e desmembramento são espécies do gênero que é o parcelamento.

Os *loteamentos rurais* permanecem disciplinados pelo Dec.-lei 58, de 10.12.1937, pelo Estatuto da Terra – Lei 4.504, de 30.11.1964, e pela Instrução 17-B/1969 do Incra. No rol de documentos para depósito no Registro Imobiliário em caso de loteamento rural, também exige-se o *contrato-tipo de compromisso de venda de lotes* (Dec.-lei 58/37, art. 1.°, III).

O *desmembramento rural*, por sua vez, está disciplinado pelo art. 65 do Estatuto da Terra, retificado pelo art. 8.° da Lei 5.868, de 12.12.1972, que assim dispõe:

"Art. 8.° Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65, da Lei 4.504, de 30.11.1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixada no § 1.° deste artigo, prevalecendo a de menor área".

Ao *desmembramento rural para fins de transmissão* aplica-se disposições do art. 4.°, inc. III, do Estatuto da Terra, o qual calcado no conceito de "propriedade familiar", como sendo o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorvesse toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, fixou o *Módulo Rural* para cada município.

Assim, a divisibilidade do imóvel rural, *sempre para fins de transmissão* a qualquer título, inclusive por divisão entre os condôminos, atendida à fração mínima de parcelamento (módulo rural), será sempre possível, independentemente de prévia autorização do Incra, não se submetendo às disposições do Dec.-lei 58/37 ou da Lei 6.766/79, presente a figura do desmembramento, vedado, por evidente, o fracionamento em área inferior ao módulo.[5]

As exceções – *desmembramentos de áreas inferiores ao módulo rural*, estão regulamentadas no Dec. 62.504, de 08.04.1968 e dependem de autorização específica do Incra, salvante os desmembramentos decorrentes de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

No caso do imóvel rural ser loteado para fins urbanos, sem que previamente seja alterada sua destinação de rural para urbano, atendidos os critérios urbanísticos, aplica-se a Lei 6.766/79, concomitantemente com disposições da já mencionada instrução 17-B do Incra.

Acrescenta-se: Não há mais discussão doutrinária a respeito desse tema. Com efeito, hodiernamente, se o parcelamento é do *solo urbano*, a lei vigorante é a de n. 6.766/79, enquanto se o parcelamento é do *solo rural*, vigora o antigo Dec.-lei 58/37. De fato, a Lei de 1979 diz, em seu art. 1.°, que "o parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta lei", não revogando expressamente o Dec.-lei 58/37 e sim,

(4) Ricardo Henry Marques Dip (Org). *Registros públicos e segurança jurídica*, p. 8.

(5) *Tenho sustentato ser irregular o desmembramento de imóvel rural sem prévia aprovação do Incra, a não ser para fins de transmissão.* Entendo que devem os Registradores de Imóveis se absterem de atender requerimentos nesse sentido formulados por proprietários que desejam parcelar imóveis rurais, mesmo que o desmembramento pretendido esteja dentro do módulo rural fixado para o município. É regra simples de hermenêutica, obstativa a extensiva norma que encerra restrição

disposições em contrário, como lembra Tupinambá Miguel Castro do Nascimento.[6]

Também Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar em seus comentários iniciais à Lei 6.766/79 afirmam: "O parcelamento, no entanto, é do solo urbano, continuando o parcelamento para fins rurais a ser regido pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.1964) e seu Regulamento (Dec. 59.428, de 27.10.1966), pela Lei 5.868, de 12.12.1972, pela Instrução Incra 17-A, de 1977 (alterada pela 17-B, de 1979), e, ainda, pelo Dec.-lei 58/37".[7]

Do mesmo sentir é Arnaldo Rizzardo ao dizer que "o art. 2.° e parágrafo do Dec.-lei 58/37 e do Dec. 3.079, de 15.09.1938, traçam o procedimento cartorário a ser obedecido para o registro imobiliário da propriedade loteada", se loteamento rural, e ainda nas hipóteses em que a pretensão for vender lotes por oferta pública e mediante pagamento do preço a prazo em prestações sucessivas e periódicas.[8]

Aplica-se a Lei 6.766/79 a todos os desmembramentos urbanos?

E relativamente aos desmembramentos dispensados do registro especial (art. 18), aplicam-se regras da Lei de Parcelamento do Solo Urbano?

O desmembramento se caracteriza pela não abertura de novas vias ou logradouros públicos e pelo não prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes (Lei 6.766/79, art. 2.°).[9]

Pelas repercussões urbanísticas e jurídicas que produz, ao contrário do Dec.-lei 58/37, a Lei 6.766/79 equiparou o desmembramento ao loteamento, exigindo seu registro a teor do art. 18, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, pelo regime jurídico disciplinado para os loteamentos, sob pena de caducidade da aprovação urbanística.

A construção doutrinária nesse sentido é bem interpretada pelo Registrador Sérgio Jacomino, que melhor se dedicou ao tema, o qual sustenta que "a vigente Lei 6.766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano sob um ponto de vista estritamente objetivo, isto é, fracionamento do solo urbano para fins de edificação, pouco importando que se trate de um empreendimento imobiliário ou não, que se vendam os lotes à vista ou não, ou que o parcelador atue como profissional do ramo imobiliário ou não. A lei se satisfaz, tão-só, com a potencialidade dessa venda a futuros adquirentes".[10]

Conquanto não disciplinada pela Lei 6.766/79, outra figura se nos apresenta

[6] Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. *Introdução ao direito fundiário*, p. 70.

[7] Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar, *Loteamentos e desmembramentos urbanos*, p. 2.

[8] Arnaldo Rizzardo. *O uso da terra no direito agrário*, p. 153.

[9] Cf. Mensagem n. 153, de 29.01.1999, in: http://www.planalto.gov.br/CCIV, a Lei 9.785/99 (art. 3.°) originariamente aprovada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal pretendia dar nova redação ao § 2.° do art. 2.° da Lei 6.766/79, alterando a definição de desmembramento para admitir como tal, "a modificação e o prolongamento de vias e logradouros públicos já existentes ou a abertura de uma única via pública ou particular de acesso exclusivo aos novos lotes." O dispositivo recebeu o veto presidencial por contrariar o interesse público, invocada a tradição jurídica do país que distingue loteamento de desmembramento, tendo sido ressaltado que "ao admitir o desmembramento com acréscimo do sistema viário, a proposta confunde ambas as figuras, estimulando a adoção de desmembramento, já que para essa modalidade de parcelamento não se exige a destinação de gleba ao poder público, o que provocará, seguramente, escassez de espaço para implantação de escolas, centros de saúde, praças e outros equipamentos necessários aos futuros parcelamentos, em prejuízo da comunidade local."

[10] Sérgio Jacomino. *Parcelamento do solo, o consumidor e o registro imobiliário*, nesta edição, p. 58.

importante no gênero parcelamento – *o desdobro*, que resulta da subdivisão de lote, cabendo ao Município a fixação das normas e critérios para sua aprovação. O desdobro, em face de seu regime jurídico diverso, após aprovação urbanística, é levado a tábua predial apenas por ato averbatório, de acordo com a Lei 6.015/73 (art. 167, II, 4, e par. ún. do art. 246), não se estendendo a este a exigência da documentação ordinária em parcelamento de solo urbano.[11]

3. O contrato-padrão

Na amplitude do elenco dos documentos instrutivos que devem ser depositados no Registro Imobiliário com o pedido de registro do loteamento ou desmembramento, destaca-se o contrato-padrão:

"Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:

(...)

VI – Exemplar do contrato-padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26, desta lei".

Sendo o loteamento um fato sociojurídico, pelos aspectos urbanísticos, administrativos, civis e penais que encerra, assentado no binômio – a) liquidez de domínio, e b) idoneidade do empreendimento, cujo resultado é a proteção à comunidade de adquirentes dos lotes, a par da preservação do interesse público concernente ao interesse urbanístico do município, além do interesse do Estado relativamente à preservação do meio ambiente, o Registro Imobiliário há de ser um instrumento de segurança e não deve macular seu prestígio tornando-se um *outdoor* de fantasias e fraudes, mediante a recepção de contratos-padrão que instrumentem ilegalidades ou arbitrariedades.

Com efeito, superadas as etapas de aspectos urbanísticos e presentes a liquidez do domínio e a idoneidade dos parceladores, elementos estes objetivamente aferidos pelos órgãos encarregados da aprovação do empreendimento e finalmente pelo próprio Oficial Registrador em sua atividade típica, resta sempre uma questão de ordem pública que deve ser encarada com o máximo de cautela e respeito, qual seja, a proteção aos futuros adquirentes dos lotes.

Essa proteção advém das relações jurídicas entre o loteador e o adquirente, evidenciadas, *a priori*, no contrato-padrão oferecido para depósito no Registro de Imóveis, por ocasião do pedido de registro do empreendimento imobiliário, mesmo que loteador o Poder Público, ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação, ainda que esteja apenas imitido provisoriamente na posse em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso.[12]

[11] Outro ponto vetado no texto aprovado do projeto que deu origem a Lei 9.785/99 é o que inclui o § 3.º ao art. 2.º da Lei 6.766/79, o qual define gleba como sendo "o terreno que não foi objeto de parcelamento aprovado ou regularização em cartório", ou seja, todo o terreno que tenha sido objeto de parcelamento deixa de ser gleba, passando a ser lote. Das Razões do Veto verifica-se a preocupação do legislador com "a prática do desdobro sucessivo de lotes, beneficiando, assim, apenas os loteadores, que, por não contemplar a Lei 6.766, de 1979, a figura do desdobro, ficarão desobrigados de atender às exigências por ela impostas, sob o argumento de que esse diploma legal só se aplica à subdivisão de glebas em lotes e não a desdobro de lotes.

[12] Elucidativo nesse sentido é o v. acórdão do CSMSP relatado pelo Des. Bruno Affonso de André, na Apelação Cível n. 574-0, da Comarca de Itapira-SP, publicada no *DOJ* de

O que é o contrato-padrão?

É o protótipo do instrumento que vai regular as futuras relações entre o parcelador e o adquirente do lote. Fiscalizado pelo Poder Público, através do Oficial Registrador, presentes as cláusulas obrigatórias. O contrato-padrão é o paradigma da contratação. O interessado poderá ir ao Registro Imobiliário e previamente conhecer todas as condições da contratação que fará, como expresso no art. 26 onde diz que "os compromissos de venda e compra, as cessões ou promessas de cessões poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, *de acordo com o modelo depositado na forma do inc. VI do art. 18* ..." (grifei).

Adverte Afranio de Carvalho que "é em torno do contrato de aquisição de lote que gira o mecanismo legal, preconcebido e acionado precisamente para transformá-lo em verdadeira cidadela, de onde o adquirente defenderá comodamente os seus direitos, sem se expor a azares judiciais comuns".[13]

Avulta a importância deferida pelo legislador ao contrato-padrão depositado por ocasião do pedido de registro do parcelamento, como elemento precursor da venda ou cessão dos lotes, ao equiparar juridicamente um escrito informal de promessa, proposta ou reserva de lote, às formas contratuais de referido contrato-padrão (Lei 6.766/79, art. 27), homenageando assim os adquirentes de lotes, habitualmente bastante desprotegidos como elo mais fraco na relação jurídica com o parcelador.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, no art. 48, também obriga o cumprimento da avença, quando dispõe que as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando, inclusive a execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Com efeito, uma vez lançada essa inscrição no Registro Imobiliário por ato de registro (Lei 6.015/73, art. 167, I, 20), seu conteúdo eficacial projeta-se na pessoa do adquirente com a força absoluta do direito real, oponível *erga omnes*, semelhante à potencialidade ínsita dos direitos reais enumerados no art. 674 do CC, consolidando-se plenamente a propriedade na pessoa do comprador uma vez paga a totalidade do preço, valendo os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessões, como título para o registro da transmissão do domínio pleno do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação do preço, aliás, esta foi uma das modificações trazidas pela Lei 9.785/99 ao acrescentar o § 6.º no art. 26 da Lei 6.766/79.[14]

15.12.1981, onde ficou assente que sendo o município loteador, não se exige a apresentação dos documentos elencados nos incs. II, III, IV e VII da Lei 6.766/79. Deve entretanto ficar comprovada a realização de obras exigidas pela própria legislação municipal e apresentar exemplar de contrato-padrão. A possibilidade de registro de parcelamento com a dispensa da apresentação do título de propriedade quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel desapropriado, foi positivado pela Lei 9.875/99 ao acrescer os §§ 4.º e 5.º ao art. 18, da Lei 6.766/79, admitido, nesse caso, além do registro da imissão provisória na posse, também o registro da cessão e promessa de cessão (Lei 6.015/73, art. 167, I, 36; Lei 6.766/79, art. 26, § 3.º).

(13) Afranio de Carvalho. *Registro de imóveis*, p. 73.

(14) Não há como negar sensível avanço do legislador ao abandonar o sistema tradicional, dispensando a outorga de escritura definitiva de compra e venda para os imóveis loteados. Haveria, certamente, de ser um largo passo na modernização do direito. Entretanto, dentro da realidade nacional, não há como, honestamente, deixar de criticar a alteração introduzida. É que, sistematicamente, os instrumentos particulares têm preços para sua elaboração maiores que os devidos pela lavratura de uma escritura pública, o que tor-

No entanto, dada a clara finalidade do parágrafo acrescido, é natural e didático entender-se que nas transmissões de lotes oriundos de loteamentos e desmembramentos, mesmos naqueles compromissos firmados anteriormente à edição da Lei 9.785/99, os adquirentes estão dispensados da outorga de escritura pública ou da obtenção de sentença judicial de adjudicação compulsória para a transmissão do domínio, visto que por uma questão de política legislativa, o compromisso de compra e venda foi equiparado a uma compra e venda condicional (a condição é o adimplemento), tornando-se um negócio jurídico distinto com toda a carga inerente.[15]

A Lei 9.785, de 29.01.1999, inseriu também nova disposição entre os parágrafos do art. 26 da Lei 6.766/79, para fazer constar o caráter de escritura pública às cessões de posse feitas por instrumentos particulares em parcelamentos populares, não se aplicando a esses instrumentos a disposição do inc. II do art. 134 do CC (art. 26, § 4.º).

É o contrato-padrão um contrato de adesão?

O contrato de adesão vem hoje conceituado no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 54, do seguinte teor:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> § 1.º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato".

Em comentário a esse dispositivo, Arruda Alvim e outros assinalaram que a característica fundamental dessa espécie de contratação reside justamente no modo como é formada, porquanto nela inexiste a fase de tratativas preliminares, que nas demais modalidades de contrato têm como objetivo estabelecer as vantagens e desvantagens, em condições de igualdade, a serem traduzidas nas cláusulas contratuais; ao revés, no caso dos contratos de adesão, há sempre fórmulas rígidas, previamente elaboradas, de forma unilateral pelo fornecedor, que as impõe, e, normalmente, em seu próprio favor.[16]

Segundo João Batista de Almeida, que se apóia em Orlando Gomes, emergem do conceito dois elementos:

a) *a preexistência das condições gerais do contrato*, aprovadas ou regulamentadas por autoridade competente, ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor disponente;

b) *o consentimento do consumidor* manifestado como simples *adesão* a conteúdo preestabelecido da relação jurídica, a dizer, o consumidor "tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pelo fornecedor, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos".[17]

Como se sabe, costuma haver imposição de contratos de adesão, cujas cláusu-

na essa dispensa uma hipocrisia do próprio Estado. Perde o usuário, que seria atendido pelo Tabelião de Notas – um profissional especialista em direito imobiliário, cujos honorários são estabelecidos por preço público, taxado e fiscalizado pela administração, a par de celebrar um contrato totalmente acessível ao Registro Imobiliário, em contraposição aos instrumentos particulares, geralmente dependentes de aditamentos e retificações.

(15) Pelo regime anterior o compromisso de compra e venda deveria ser reduzido a escritura pública, cuja negação era suprida por decisão judicial via adjudicação compulsória, que se processava pelo rito sumaríssimo (Lei 6.766/79, art. 15, Dec.-lei 58/37, arts. 16 e 22).

(16) Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Alvim e James Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*, p. 265.

(17) João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 112, n. 5.4.8.1.

las não são conhecidas pelo consumidor. O Código de Defesa do Consumidor fulmina com ineficácia tais contratos que não são entregues à outra parte, ou são de tal modo redigidos que a parte não consegue entender, porque redigidos de modo obscuro. É o que consta do art. 46:

"Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Diante dessa realidade, pergunta-se:

É possível o controle administrativo, prévio e extrajudicial, das cláusulas do contrato-padrão depositado no Registro de Imóveis por ocasião do registro do parcelamento?

Até que ponto o Oficial do Registro Imobiliário deve se pautar pelo Código de Defesa do Consumidor no exame da legalidade dos contratos de compromisso de compra e venda dos imóveis loteados?

Qual o limite da atuação do registrador em face de contratos-padrão que contenham disposições que vulneram as normas e princípios de ordem pública consagrados na Lei 6.766/79 e no Código de Defesa do Consumidor?

Há manifesta e indevida interferência do Estado – por meio da atuação do registrador, profissional do direito delegado pelo poder público – na liberdade de contratar?

Qual a repercussão e valoração que devem merecer, no âmbito da atividade do registrador, os princípios e normas de ordem pública que consubstanciam a defesa do consumidor?

É possível o controle pelo registrador das cláusulas consideradas abusivas, nos termos do art. 51 do CDC, constantes do contrato-padrão?

Estas questões foram discutidas no já mencionado XXII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em Cuiabá – MT, propostas que foram pelo Juiz Kiotsi Chicuta e pelos Registradores Ary José de Lima e Sérgio Jacomino, que apresentaram na oportunidade elucidativo estudo.[18]

Os autores em geral são unânimes no entendimento de que a Lei de Parcelamento do Solo Urbano em vigor – Lei 6.766/79, afastou-se daquela visão privativista, reguladora e tuteladora das relações civis, ampliando o leque de relações até então previstos, para disciplinar aspectos urbanísticos, administrativos e penais, com maior preponderância do interesse público, este, agora reestruturado pelo Código de Defesa do Consumidor.[19]

De fato essa conclusão é referendada pela consagração constitucional[20] de que cabe aos poderes públicos o dever de garantir a defesa dos interesses econômicos dos consumidores, o que leva a compreender que foi assimilado um princípio geral de direito – *favor consumatorios*, o qual tem inspirado não apenas a atividade legiferante, senão também sua interpretação e aplicação em nosso ordenamento jurídico, conforme abundante jurisprudência.

É nesta perspectiva que o professor José Afonso da Silva, em sua obra *Direito urbanístico brasileiro* diz que no caso concreto do parcelamento do solo para fins urbanos, é preciso ter em conta que *urbanizar, ou urbanificar, é uma função tipicamente pública.* Ele afirma que quando se fala em parcelamento do solo urbano por particulares, deve se entender que se trata do exercício de uma função pú-

(18) Ary José de Lima, Kiotsi Chicuta e Sérgio Jacomino. Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 41, p. 5-36, mai.-ago. 1997.

(19) Idem, ibidem, p. 10.

(20) CF, art. 5.º (...)
XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

blica por particulares.[21]

Creio que não deve haver dúvida em considerar os atos em que se concretiza a execução de um parcelamento de solo urbano como *atos de natureza administrativa*. Mesmo quando essa ordenação urbanística se opere sobre uma realidade jurídico-privada, deve-se configurar como uma função administrativa na qual emerge claramente o interesse público de obter a satisfação de certos fins comunitários.

O procedimento encerra uma série de operações técnicas e jurídicas a partir da fixação pela Prefeitura do Município ou pelo Distrito Federal, das diretrizes que deverão ser adotadas no projeto de loteamento até o último e decisivo ato do processo que é o registro do loteamento no Livro 2 de Registro Geral, todos eles submetidos ao controle público.

Adotado este ponto-de-vista, pode se afirmar que no parcelamento urbano existe sobejo interesse público em seus múltiplos aspectos, no que se inclui a contratação, a qual encontra limites em normas de ordem pública, imperativas que são, não podem ser derrogadas e por isso limitam a autonomia da vontade dos contraentes na estipulação, aceitação ou simples ratificação de cláusulas contratuais, porque não podem pactuar *contra legem*.

Daí, então, a obrigatoriedade do controle administrativo exercido pelo Oficial de Registro de Imóveis por ocasião do depósito do contrato-padrão com o pedido de registro do loteamento ou desmembramento, cabendo-lhe embargar as possíveis cláusulas leoninas, visto que o livre trânsito delas, envolve sua responsabilidade.

Nesse sentido, o assunto no Estado de São Paulo está expressamente disciplinado pela E. Corregedoria Geral da Justiça que editou o preceito 171, do capítulo XX, das Normas de Serviço (Provimento 58/89), do seguinte teor:

"171. É dever do oficial proceder a exame cuidadoso do teor de todas as cláusulas do contrato-padrão, a fim de se evitar contenham estipulações frontalmente contrárias aos dispositivos, a esse respeito, contidos na Lei 6.766, de 19.12.1979 (arts. 26, 31, §§ 1.° e 2.°, 34 e 35)".

De fato, é papel do Oficial de Registro de Imóveis, delegado do poder público que é, qualificar a validade de todos os títulos e documentos que lhe são encaminhados, quer para inscrição, quer para depósito, a fim de que o Registro somente receba em seus livros e arquivos, e preste sua proteção, às situações juridicamente perfeitas. Através da qualificação é que se fortalece a confiança do público nas informações registrais e se alcança a agilidade do tráfico, tendo como base a segurança jurídica.[22]

De forma singular é de ser ressaltado que precisamente na esfera de ordenação urbanística, essa função constitucional do controle da legalidade adquire maior importância, não apenas para exigir cuidadosamente o cumprimento dos requisitos legais na execução do parcelamento, se-

[21] José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 291.

[22] Em meu trabalho *Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores*, apresentado na cadeira de direito civil do curso de mestrado da Unip, sob a orientação do Prof. Dr. Artur Marques da Silva Filho, p. 12, sustentei que o Oficial de Registro de Imóveis não exerce funções privadas, porém públicas, com destaque que a função não é exercida em seu próprio nome, mas no do Estado, através da delegação que lhe é conferida na forma da lei, o que o insere na categoria de servidor público. E mais: pela posição jurídica que ocupa no serviço público, os atos do oficial de registro, são considerados atos do Estado, por exercer esse agente, poderes e atividades inerentes ao próprio Estado no atendimento dos interesses comunitários.

não também que ao Oficial Registrador se confia a vigilância de normas de ordem pública para o controle das condições gerais de contratação, sem prejuízo da faculdade revisora da própria administração pública direta através do poder fiscalizador – o Judiciário.

Exerce o Oficial de Registro de Imóveis, através da qualificação do contrato-padrão, uma espécie de *controle administrativo preventivo*[23] das cláusulas que possam ser consideradas iníquas e abusivas, a fim de que o instrumento de compromisso de compra e venda ou de cessão possa ser apresentado ao público destinatário já escoimado daquelas condições que poderiam afrontar a boa-fé ou romper o equilíbrio entre os contratantes.

4. Algumas cláusulas iníquas e abusivas

A título meramente exemplificativo, passo a enumerar algumas cláusulas as quais devem, tanto por fundamento teórico, quanto por repercussões práticas, serem desde pronto rechaçadas pela qualificação do Oficial Registrador no exercício do controle registral das cláusulas do contrato-padrão, visto que a legislação informativa contém normas de ordem pública, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes.

Caso o compromisso de compra e venda seja efetivado por escritura pública, deve o Tabelião de Notas tomar a devida cautela em solicitar certidão do inteiro teor do contrato-padrão depositado no Registro Imobiliário, o qual servirá de minuta para lavratura do instrumento público.

O mesmo cuidado deverá ser tomado pelo Notário no caso da solicitação de lavraturas de escrituras de venda e compra (definitivas) ou escrituras de quitação, que envolvam a primeira alienação de lote oriundo de loteamento ou desmembramento, para o efeito de inserir nesses títulos cláusulas idênticas à do padrão, no que for pertinente, atendo-se que por motivos ponderosos não são toleradas outras cláusulas e condições estipuladas em afronta à legislação protetiva, *mesmo nos parce-*

[23] Pelo que autor pôde apurar, a qualificação do contrato padrão em loteamento urbano é o único caso de *controle administrativo preventivo*, já que com o veto aposto pelo Senhor Presidente da República ao § 3.º do art. 51 do CDC, em que se atribuía ao Ministério Público a efetivação do controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, tendo a sua decisão caráter geral, laborou em lamentável retrocesso, optando, assim, pelo controle classificado como *sucessivo*, quando se aguarda que a lesão se concretize, para, só depois, entrar em ação o instrumental protecionista do Estado (*controle repressivo ou concreto*). Também foi vetado o § 5.º do art. 54, através do qual estava determinado o seguinte: "Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão". Lamentavelmente, repito, o legislador brasileiro, pobremente, adotou técnica já ultrapassada de esperar que o dano se verifique, para depois repará-lo (arts. 81, 91 e 93, CDC), o que decididamente não se aplica à qualificação do contrato-padrão, conforme dito. Evidentemente, não se pode negar um notável avanço, poderíamos ter avançado ainda mais adotando o *controle preventivo das cláusulas abusivas*, como ocorre no direito israelense, sueco e francês. Embora o art. 54 do CDC que define o contrato de adesão se reporte àquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente, é certo que, salvante o contrato-padrão qualificado pelo Registrador, os demais casos existentes não são de exame e aprovação pela autoridade competente, porém, de redação pela autoridade competente para fiscalização de determinados setores de atividade. Assim o foi na Secretaria da Receita Federal no tocante aos contratos de adesão relativos a consórcios, com o antigo Banco Nacional de Habitação com as cláusulas padrão, condições gerais e invariáveis dos contratos de financiamento imobiliário etc.

lamentos concretizados sob a égide do Dec.-lei 58/37,[24] embora a presença de disposições dessa natureza em compromissos de compra e venda não impeçam os registros das transmissões dos imóveis que instrumentam.

4.1 Cláusula de arrependimento

Da leitura do art. 25 da Lei 6.766/79, verifica-se que os compromissos de compra e venda, as cessões e promessas de cessões relativos a lotes urbanos originários de loteamento ou de desmembramento são *irretratáveis*, sendo desta forma absolutamente vedada qualquer cláusula em sentido oposto. Trata-se de norma jurídica cogente que se sobrepõe à vontade das partes, sendo nula qualquer disposição em contrário.

4.2 Cláusula dispondo sobre a taxa de juros e cláusula penal, no caso de atraso do pagamento das prestações, em patamares superiores aos permitidos por lei

A *taxa de juros* está limitada por disposição constitucional a 12% ao ano (CF, art. 192, § 3.º), não podendo ultrapassar esse percentual. O montante da taxa de juros anual, *se houver*, é dado obrigatório do contrato-padrão (art. 26, V).

Diferentemente da multa que decorre da rescisão do contrato – *multa compensatória* (art. 26, V, Lei 6.766/79), a multa que advém da mora, e é cobrada com a prestação em atraso, tem o caráter de *multa moratória*, e está reduzida a dois por cento, na forma do § 1.º, do art. 52, do CDC, na redação da Lei 9.298, de 01.08.1996: "As multas de mora decorrentes de inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação".

Atento ao fato de que a Lei 6.766/79 tratava apenas de multa em sentido genérico, o que poderia levar a interpretações díspares, é que houve muito bem o legislador em traçar definitivamente um divisor entre a *multa moratória* e a *multa compensatória*, visto que esta se refere a inexecução total ou parcial de uma obrigação, conhecida que é no Código Civil como cláusula penal (arts. 916 a 927), enquanto a primeira – *multa moratória*, é imposta face a mero atraso ou impontualidade no cumprimento de uma obrigação e é exigida simultaneamente com o pedido de pagamento da prestação que é objeto da obrigação.[25]

A partir da edição da Lei 9.298/96, o teto máximo que poderá constar dos contratos-padrão para todos os casos de inadimplemento é de 2%, visto que o legislador nenhuma ressalva fez. Se o legislador quisesse excluir alguns casos de inaplicabilidade da regra atinente ao teto máximo da multa moratória, tê-lo-ia feito expressamente.

4.3 Cláusula dispondo que no caso de rescisão do contrato por inadimplemento do compromissário, perderá este as importâncias até então pagas a qualquer título

Cláusula nesse sentido é inadmissível por configurar enriquecimento ilícito, ou sem justa causa a favor do promitente ven-

[24] Cf. parecer do eminente Juiz Francisco Eduardo Loureiro, emitido no Processo CG 1.342/96 – Capital, apoiado em lição de Carlos Maximiliano, "a lei que rege os contratos (inclusive efeitos e forma de resolução) é a vigente na data em que foram firmados e não a anterior lei vigente à data da inscrição do loteamento)". *DOJ* 05.08.1996, p. 50-51.

[25] De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*, p. 544, verbete Multa.

dedor, manifesta sua incompatibilidade com os princípios do direito e da moral.[26]

Disciplinava a matéria apenas o art. 35 da Lei 6.766/79 que garantia a devolução em caso de inadimplemento, desde que mais de 1/3 do preço ajustado já houvesse sido pago pelo compromissário.

A lei de proteção ao consumidor traçou novas disposições, modificando fundamentalmente o critério até então adotado, ao ampliar por força de seu art. 53 a possibilidade de restituição de valores pagos, estabelecendo que nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento em prestações, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor. Em consonância com tal disposição, o inc. II do art. 51 também considera nulas as cláusulas que subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.

Não obstante a abalizada opinião do ilustre Desembargador José Osório de Azevedo Júnior, para quem o limite de um terço previsto no art. 35 da Lei 6.766/79 já não vigora, incompatível que é com a nova disposição legal,[27] entendo que a intenção do legislador foi alcançar aqueles compromissários inadimplentes cujas prestações pagas ainda não haviam superado 1/3 do preço ajustado, garantindo a esses compromissários, pelo menos, a devolução parcial das prestações pagas. De outra sorte, estaria em contradição a lei pugnada pelos consumeristas indicando uma mudança para pior.

Parece claro que resolvido o contrato por inadimplemento, se houver sido pago mais de 1/3 do preço ajustado, aplica-se a hipótese do art. 35 da Lei 6.766/79, com a devolução total do valor pago, acrescido de juros e corrigido monetariamente desde cada desembolso, descontado o valor correspondente a cláusula penal, esta, nunca excedente a 10% e só exigível no caso de intervenção judicial, ou de mora superior a 3 meses, consoante disposições do art. 26, V, da Lei 6.766/79.

Por ser esta norma de ordem pública não poderá o contrato-padrão estipular em desconsideração a seu absoluto sentido, competindo ao Oficial do Registro de Imóveis glosar o excesso pretendido.

De outro lado, resolvido o contrato por culpa do compromissário e havendo pagamento de valor correspondente a 1/3 ou inferior, aplica-se a regra contida no art. 53 do CDC, a qual não desautoriza a retenção de um certo percentual, por óbvio, a título de ressarcimento dos prejuízos causados pelo compromissário ao loteador, afinal, incurialíssimo seria falar que poderia o pactante desfazer ou descumprir as cláusulas contratuais sem incidir nas conseqüências jurídicas originadas de seu inadimplemento.

4.3.1 Como estabelecer o percentual dessa redução?

Há quem entenda que a limitação da cláusula penal em 10% do débito em aberto e só exigível nos casos de intervenção judicial ou mora superior a três meses já não mais vigora em face das disposições do Código de Defesa do Consumidor, daí, afirmam alguns que pode ser livremente estipulada redução da restituição, desde que não implique em retenção total, tese esta que não pode ser desprezada pela autoridade de seus digníssimos defensores, conforme já mencionado.

Nesse entendimento, alguns loteadores estipulam no contrato-padrão reduções, a fim que, em caso de rescisão contratual, sejam abatidos do valor a ser restituído ao compromissário, a título de ressarcimento de gastos com propaganda, comissões

(26) Arnaldo Rizzardo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*, p. 139.

(27) José Osório de Azevedo Júnior, op. cit., p. 187, n. 126.

de corretores, despesas contratuais, multa etc., percentuais que chegam a atingir índices de até 60%, ou mais, das prestações realizadas.

A meu ver, cláusula assim redigida deve ser prontamente repelida pelo Oficial Registrador, porque leonina.

O balizamento estabelecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não se destoa da doutrina, traz suporte bastante para que o Oficial sustente eventual suscitação de dúvida perante o Juízo competente, em caso de inconformismo do loteador com a repulsa de cláusula dessa natureza.

Os autores costumam lembrar a lição de Pontes de Miranda: "A *lex specialis* sobre promessa de compra e venda exclui a chamada *cláusula de decaimento*, estipulação de que, em caso de mora, o promissário comprador perde as prestações pagas (Dec.-lei 58, art. 14), porque adotou a resolução do contrato. Também nas compras e vendas, tal cláusula seria *nula*, entre outras razões, por infringir o limite que a lei marcou à cláusula de pena convencional. (...) A cláusula de decaimento é, de qualquer maneira, cláusula nula".[28]

Se nos contratos de compromisso de compra e venda, celebrados no âmbito do direito comum (imóveis não loteados), mesmo antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, cláusula de decaimento é considerada abusiva, podendo o Juiz na forma do disposto no art. 924 do CC brasileiro, reduzi-la a patamar justo, a fim de evitar enriquecimento sem causa que adviria ao promitente vendedor, o que dizer da admissão dessa modalidade de cláusula em regime de contratação protegido pelo Poder Público preconizada em contrato-padrão de loteamento?

Os exemplos que seguem mostram o tratamento dado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que tem considerado razoável, em princípio, a retenção pelo promitente vendedor de 10% do total das parcelas quitadas pelo comprador, levando-se em conta que o vendedor fica com a propriedade do imóvel, podendo renegociá-lo.[29]

Acórdão REsp 58.525/SP. *DJ* – Data: 14.08.1995 – p.: 24029.

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Ementa: Promessa de compra e venda. Restituição das quantias recebidas. A 4.ª Turma tem aplicado a regra do art. 924 do CC para limitar em 10% o valor das quantias retidas pela promitente vendedora. Recurso conhecido e provido em parte.

Data da Decisão: 12.06.1995. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Acórdão REsp 94640/DF. *DJ* – Data: 07.10.1996 – p.: 37647.

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Ementa: Promessa de compra e venda. Restituição das importâncias pagas. Cláusula de decaimento de 90%. Modificação judicial. Na vigência do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula de decaimento de 90% das importâncias pagas pela promissora compradora de imóvel. Cabe ao juiz alterar a disposição contratual, para adequá-la aos princípios do direito das obrigações e as circunstâncias do contrato. Ação proposta pela promissora compradora inadimplente. Arts. 51 e 53 do Codecon. Art. 924 do CC. Recurso conhecido e provido, para permitir a retenção pela promitente vendedora de 10% das prestações pagas.

[28] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, t. XIII, p. 277.

[29] Internet: http://www.stj.gov.br.

Data da Decisão: 13.08.1996. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

Acórdão REsp 94271/SP. *DJ* – Data: 14.10.1996 – p.: 39013.

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Ementa: Promessa de compra e venda. Cláusula de decaimento. Código de Defesa do Consumidor. Modificação. A regra do art. 53 do Codecon permite a modificação da cláusula de decaimento, para autorizar a retenção, pela promitente vendedora, de apenas 10% das prestações pagas. Recurso conhecido e provido.

Data da Decisão: 27.08.1996. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Acórdão REsp 111091/AM. *DJ* – Data: 07.04.1997 – p.: 11129.

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Ementa: Promessa de compra e venda. Cláusula de decaimento. Restituição. Codecon. Art. 924 do CC. O Codecon não incide sobre os contratos celebrados antes de sua vigência, conforme o entendimento predominante. Possibilidade da redução judicial dos efeitos da cláusula de decaimento, assegurado o direito de retenção, pela promitente vendedora, de 10% das prestações pagas (art. 924 do CC). Recurso conhecido e provido em parte.

Data da Decisão 25/02/1997. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Acórdão REsp 85182/PE. *DJ* – Data: 08.09.1997 – p.: 42508.

Relator Ministro Fontes de Alencar. Rel. p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha.

Ementa: Civil. Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda de parte das prestações pagas. Código de Defesa do Consumidor. A regra contida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê a perda total das prestações já pagas, mas não desautoriza a retenção de um certo percentual que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulado em 10%. Recurso conhecido, mas parcialmente provido.

Data da Decisão: 14.04.1997. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por maioria, vencido o Sr. Min.-Relator, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento.

Acórdão REsp 119720/RS. *DJ* – Data: 22.09.1997 – p.: 46482.

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Ementa: Promessa de compra e venda. Restituição. 10%. Direito de o comprador receber as quantias pagas em cumprimento do contrato de promessa de compra e venda, com retenção pela vendedora de 10% do que recebera. Recurso conhecido em parte, e provido em parte.

Data da Decisão 05.08.1997. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento parcial.

Acórdão REsp 119720/RS. *DJ* – Data: 22.09.1997 – p.: 46482.

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Ementa: Promessa de compra e venda. Restituição. 10%. Direito de o comprador

receber as quantias pagas em cumprimento do contrato de promessa de compra e venda, com retenção pela vendedora de 10% do que recebera. Recurso conhecido em parte, e provido em parte.

Data da Decisão: 05.08.1997. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento parcial.

Acórdão REsp 85936/SP. *DJ* – Data: 21.09.1998 – p.: 00166.

Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Ementa: Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda de parte das prestações pagas. Percentual que impõe ônus exagerado para o promitente comprador. Contrato firmado na vigência do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade de redução pelo juiz. Razoabilidade da retenção de 10% das parcelas pagas. Precedentes. Recurso parcialmente acolhido.

I – Assentado na instância monocrática que a aplicação da cláusula penal, como pactuada no compromisso de compra e venda de imóvel, importaria em ônus excessivo para o comprador, impondo-lhe, na prática, a perda da quase totalidade das prestações pagas, e atendendo-se ao espírito do que dispõe o art. 53 do CDC, cumpre ao Juiz adequar o percentual de perda das parcelas pagas a um montante razoável.

II – A jurisprudência da Quarta Turma tem considerado razoável, em princípio, a retenção pelo promitente vendedor de 10% do total das parcelas quitadas pelo comprador, levando-se em conta que o vendedor fica com a propriedade do imóvel, podendo renegociá-lo.

Data da Decisão: 18.06.1998. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Parece claro que também na hipótese em comento, o loteador deverá se socorrer das disposições do art. 26, V, da Lei 6.766/79, para estabelecer a cláusula penal segundo critérios já definidos pela lei – 10% –, presente que a cláusula penal deverá consistir em uma indenização de danos e prejuízos razoáveis (multa compensatória), jamais, meramente punitiva.

O que exceder a esse percentual legal (10%), deverá ser objeto de apreciação que ultrapassa o limite de controle do Registrador exercido pela qualificação, diante da impossibilidade formal de construir um processo interpretativo baseado em conceitos jurídicos indeterminados, como a determinação do grau de abusividade dessa cláusula, visto que para isso devem concorrer elementos interpretativos contextuais que somente podem ser aferidos na via judicial.[30]

Para esgotar a apreciação da matéria na via administrativa, ante a insistência do loteador em manter cláusula desse teor, o Oficial Registrador deverá suscitar dúvida ao Juízo competente (Lei 6.015/73, art. 198), embora seja limitadíssimo o âmbito de apreciação desta, face a sua natureza administrativa.[31]

(30) Cf. Afranio de Carvalho, op. cit., p. 230, "na falta de disposição especial de lei, prevalecem, para o regular alcance do exame, as disposições gerais que vigem para o juiz, a quem o oficial é subordinado, quando tem de pronunciar-se sobre um ato jurídico que apresente vício que o impeça de produzir o efeito correspondente ao seu conteúdo. Essas disposições são as que permitem proclamar de ofício, na esfera administrativa, as nulidades de pleno direito do ato, que não podem ser supridas, mas, por outro lado, vedam reconhecer de ofício as anulabilidades, que exigem, na esfera contenciosa, processo regular e sentença (CC, arts. 146 e 152)".

(31) A natureza administrativa do procedimento da dúvida do art. 198, da Lei 6.015/73, restringe o âmbito da liberdade para a produção de provas e apresentação de razões,

Dentro desta perspectiva, para atender ao princípio da legalidade, será indispensável que do contrato-padrão conste cláusula dispondo expressamente sobre o percentual a ser retido pelo vendedor, para a hipótese de rescisão por culpa do compromissário comprador, cujo teto está fixado em 10% das prestações que forem pagas, incluído nesse percentual eventuais honorários do advogado do loteador.

A omissão na estipulação no contrato-padrão de percentual limite, ou sua estipulação a maior, acarreta a impossibilidade extrajudicial do cancelamento do registro (art. 35), devendo o interessado dirigir-se à esfera jurisdicional, em via própria, resguardadas a ampla defesa e a instrução probatória, até obtenção de sentença que produza coisa julgada material, e ordene o cancelamento do registro do compromisso, cessão ou promessa de cessão (LRP, art. 250, I).

A averbação do cancelamento somente poderá ser feita sem intervenção judicial, a requerimento conjunto das partes contratantes, ou mediante prova de quitação da devolução na forma contratada (LRP, art. 250, II e III).

4.4 Cláusula estipulando que em caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, perderá este as benfeitorias porventura introduzidas no imóvel

Essa cláusula encontra vedação no art. 34 da Lei 6.766/79. De acordo com esse dispositivo, o adquirente deve ser tido como possuidor de boa-fé, a qual constitui presunção legal *jure et de jure*, tendo por isso direito de retenção, até ser convenientemente indenizado pelas benfeitorias necessárias ou úteis, e ao levantamento das benfeitorias voluptuárias, quando o puder fazer sem detrimento do imóvel (CC, art. 516).

Há uma repulsa no direito ao enriquecimento de uma das partes contratantes em prejuízo da outra; daí, funcionar esse preceito como moderador de apetites vorazes, ao proclamar a nulidade de qualquer disposição contratual em contrário.

4.5 Cláusula prevendo que o compromisso de compra e venda somente poderá ser transferido com expressa anuência do loteador, mediante comprovante de pagamento das prestações até então vencidas, e mediante o pagamento de uma "taxa de transferência"

O art. 31 da Lei 6.766/79 admite expressamente que por simples trespasse lançado no verso de uma das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, opere-se a transferência por meio de cessão ou de promessa de cessão, dos direitos e obrigações oriundos do compromisso de compra e venda, tornando assim o ato já perfeito e completo, independentemente de solenidades. É desprezível, para essa operação, a vontade do promitente vendedor, o qual será cientificado pelas partes, ou pelo Oficial Registrador, quando registrada a cessão, com as conseqüências inerentes.

Igualmente, não há necessidade de anuência daqueles que compareceram como cedentes ou promitentes cedentes, nos casos de sucessivas cessões, tendo por objeto o mesmo lote.

Como a cessão normalmente envolve transferência de direitos e obrigações, de crédito e de débitos, esta poderá ser feita em qualquer fase, mesmo que o devedor já tenha sido constituído em mora na forma do art. 32 da Lei 6.766/79.

Fulminada também pela ilegalidade a cobrança da chamada "taxa de transfe-

exigíveis em teses de direito mais intricadas e questões de alta indagação, e que somente num processo ordinário poderiam ser suficientemente ventiladas.

rência". Caso o contrato que instrumenta a cessão seja elaborado pelo próprio loteador, este poderá cobrar honorários profissionais, se devidamente habilitado, porém, não há porque essa circunstância constar do contrato-padrão, vez que cabe ao adquirente a escolha do profissional para formalização do ato.

4.6 Cláusula prevendo o repasse do custo de obras de infra-estrutura aos futuros adquirentes de lotes

A regra contida no art. 26, IV, da Lei 6.766/79, aliada às disposições do Código de Defesa do Consumidor, impedem a aplicação de cláusula nesse sentido no contrato-padrão.

É que as obras de infra-estrutura são de responsabilidade exclusiva do empreendedor, para o que presta garantia real e a rigor a venda dos lotes somente se inicia uma vez concluído o empreendimento. A regra é que o *ato de aprovação* do loteamento seja acompanhado do *termo de verificação* das obras exigidas pela legislação municipal. A realização dessas obras pós-vendas dos lotes, seguindo cronograma aprovado pela poder público com duração máxima de quatro anos, constitui exceção.

A lei exige que do compromisso devem constar o preço do lote, já certo e determinado, de sorte que o adquirente possa previamente conhecê-lo, bem como o prazo, forma e local de pagamento.

Há que se destacar decisão normativa da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, ante consulta de entidade dos Oficiais Registradores da Capital, onde foi fixado em parecer da lavra do eminente Juiz Corregedor Marcelo Martins Berthe que "não é de ser registrado o parcelamento quando o contrato-padrão referido no art. 18, VI, da Lei Federal 6.766, de 19.12.1979, contiver cláusula que repasse para os futuros adquirentes dos lotes o custo com as obras de infra-estrutura que devem ser obrigatoriamente realizadas pelo loteador, ficando ainda claro que o preço dos lotes deve ser certo e determinado, cumprindo que o adquirente possa conhecê-lo previamente, assim como a importância devida em moeda corrente nacional, ou ainda o prazo, forma e local de pagamento".[32]

O Registrador Sérgio Jacomino escreve sobre esse assunto com muita propriedade. Diz ele: "Na verdade, nunca se cogitou de impedir que o custo das obras de infra-estrutura fosse repassado aos futuros adquirentes. Impedir o repasse desses custos, ou mesmo sustentar a impossibilidade de fazê-lo, soa desarrazoado, mesmo aberração, e não mereceria maiores considerações não fosse a insistente reiteração de um argumento que peca pelo equívoco na formulação, ao deslocar a questão realmente importante, consistente na forma em que se dará dito repasse e na determinação do valor devido a cada tempo. O problema não reside, portanto, no repasse – numa economia de mercado não se imagina que uma empresa loteadora possa atuar, colocando à venda lotes urbanizados e não possa auferir com isso o maior lucro possível, obedecidas as regras do jogo".[33]

O assunto, entretanto, não é pacífico e suscita problemas delicados. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser perfeitamente possível o repasse dos custos de obras de infra-estrutura aos adquirentes de lotes em parcelamentos do solo urbano, como se vê do v. aresto:[34]

(32) O r. parecer aprovado com efeito normativo pelo Des. Antônio Carlos Alves Braga, então Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, foi emitido no Processo CG 1.816/94, em que era interessada a Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp, e publicado no *DOJ* de 04.04.1995, p. 38.

(33) Sérgio Jacomino, op. cit.

(34) *RDI* 41/108. Cf. ainda, nesta edição, p. 224.

Acórdão REsp 43735/SP. *DJ* – Data: 14.04.1997 – p.: 12748.

Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Ementa: Direito civil. Loteamento do solo urbano (Lei 6.766/79). Cláusula contratual que permite o repasse de custos das redes de água e esgoto aos adquirentes dos imóveis. Validade. Inexistência de vedação na lei. Recurso provido.

I – A Lei 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, não veda o ajuste das partes no tocante à obrigação de custear redes de água e esgoto nos loteamentos, sendo válida, portanto, cláusula contratual que preveja o repasse dos custos de tais obras aos adquirentes dos lotes.

II – O que a Lei 6.766/79 contempla, no seu art. 26, são disposições que devem obrigatoriamente estar contidas nos compromissos de compra e venda de lotes, requisitos mínimos para a validade desses contratos, o que não significa que outras cláusulas não possam ser pactuadas. Em outras palavras, alem das indicações que a lei prescreve como referências obrigatórias nos contratos, podem as partes, dentro das possibilidades outorgadas pela lei de pactuar o lícito, razoável e possível, convencionar outras regras que as obriguem.

Data da Decisão: 12.11.1996. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma.

Decisão: Por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o ministro Ruy Rosado de Aguiar.

4.7 Previsão de cobrança de "taxa de administração" para a implantação do loteamento

Cláusula nesse sentido deve ser rejeitada *in limine* pelo Oficial de Registro de Imóveis.

Naturalmente se justifica que a ocupação e uso do solo urbano demandem altos investimentos de infra-estrutura para sua implantação, o que implica uma atividade empresarial, embora presente a cooperação do empreendedor em processo de interesse comunitário.

O empresário assume o risco de resultado do empreendimento em todos os seus aspectos, cujo êxito é recompensado pelo lucro. Dele é o encargo para implantação do empreendimento dentro do prazo previsto no cronograma de obras aprovado pelo poder público. Os custos hão de estar embutidos em sua totalidade no preço do lote.

O compromissário comprador seria a última pessoa da terra a ser chamada para interferir na atividade empresarial do loteador.

Caso as obras de infra-estrutura não sejam implantadas, compete ao Poder Público, na forma prevista no art. 40 da Lei 6.766/79, promover a regularização do empreendimento, lembrado que por ocasião da aprovação do empreendimento foi constituída garantia real a seu favor, em valor suficiente para realização das obras de infra-estrutura previstas no Plano de Loteamento, sem prejuízo ainda da possibilidade de levantamento de valores depositados por prestamistas (Lei 6.766/79, art. 38, § 1.°, e art. 40, § 1.°).

Se a garantia exigida pelo Poder Público pereceu ou se mostra insuficiente para atender a regularização do loteamento, não será o compromissário responsável pela incúria da administração pública, complementando os valores. Esta deverá promover a regularização, ressarcindo-se posteriormente mediante responsabilização da autoridade ou agente que aprovou o empreendimento sem exigir garantia suficiente, ou mediante ação própria contra o loteador.

4.8 Cláusula estipulando que o comprador deverá manter o terreno sempre limpo, sob pena do vendedor mandar fazer a limpeza do imóvel, cobrando-a do comprador, cujo valor será atualizado monetariamente e acrescido de juros e multa

O Oficial Registrador deverá detectar desde logo em cláusula desse teor a busca pelo loteador do exercício do poder de polícia, cuja atividade indelegável inerente à administração pública, é exercida por seus órgãos nos limites da lei aplicável, com observância do devido processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (CTN, art. 78).

De fato, como assinala o clássico J. Cretella Jr., "pode-se dizer, pois, que *polícia* é a operação que tem por fim assegurar por via geral ou individualmente, preventivamente e por certas medidas apropriadas (que constituem seu objeto), a tranqüilidade, a segurança e a salubridade públicas, a fim de prevenir as ofensas aos direitos e propriedades dos indivíduos que poderiam resultar numa falta de tranqüilidade, de segurança ou de salubridade".[35]

Evidentemente, o compromissário comprador deverá observar as exigências sanitárias e de posturas da cidade onde se localiza o lote compromissado; porém, o estabelecimento desse arbítrio ao loteador daria azo a abusos inadmissíveis no atual estágio da sociedade.

Ademais, o exercício dessa atividade pela administração pública gera a imposição de uma taxa (cf. art. 145, II, CF e art. 77, CTN) sujeita ao controle de legalidade. Essa taxa deverá ser suportada pelo adquirente, caso desatendidas as normas regulamentares ou notificações sanitárias, acrescida de eventuais sanções.

[35] José Cretella Júnior. *Curso de direito administrativo*, p. 526, n. 378.

Caso o loteador atenda às exigências de posturas decretadas pela municipalidade ou cumpra as notificações das autoridades sanitárias, mandando fazer a limpeza do lote, a solução que se coaduna com os princípios adotados em nosso direito dentro do conceito de gestão de negócios, podendo ser ampliado até a noção de "gestão imprópria", é a da espontaneidade na intervenção e reembolso das despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais e atualização monetária, desde o desembolso. (arts. 1.338, 1.339 e 1.340, CC).

4.9 Cláusula estipulando indexação múltipla concorrente

Comporta ponderar que sendo o lucro o objetivo fundamental estrutural do loteador, pelo menos o é em sua maioria, contratos existem nos quais as regras pendem para o lado econômico e sucessivamente se interpolam cálculos aritméticos e financeiros nocivos ao consumidor, para o qual parece não ter outra alternativa senão cumpri-la, porque assim contratado.

Permitir que o loteador, direta ou indiretamente, de seu puro alvedrio escolha posteriormente o índice da respectiva variação, seria prestigiar a superioridade econômica daquele em detrimento do hipossuficiente. Daí a enérgica vedação legal.

"Cláusula nesse sentido fere o princípio da *adequação do índice*. Nas dívidas indexadas a prestação devida não é determinada, porém *determinável*. Isto quer dizer que a variação do índice acarreta a determinação do valor. A multiplicação dos índices concomitantemente aplicáveis amplia abusivamente os critérios de determinação da dívida, aniquilando o já referido princípio da adequação do índice".[36]

[36] Cf. Ary José de Lima, Kiotsi Chicuta e Sérgio Jacomino, op. cit., p. 34, com apoio em estudo de Alcides Tomasetti Júnior.

Nessa linha é a jurisprudência do TJSP como se vê da ementa do v. acórdão em que foi relator o Des. Dias Tatit (*RT* 658/99), do seguinte teor: "Não se pode deixar ao alvedrio de uma só das partes contratantes a escolha de índice substituto para corrigir prestações de contrato, notadamente quando somente esta auferirá vantagens dessa substituição".

Da mesma forma, o dólar não é aceito como indexador. O art. 1.º do Dec.-lei 857, de 11.09.1969, fulmina de nulidade absoluta os contratos exeqüíveis no Brasil, que estipulem pagamento em ouro ou moeda estrangeira. Quando houver correção, esta deverá sujeitar-se a aplicação de algum índice oficial.[37]

O estabelecimento de condição dessa natureza no contrato-padrão deve chamar a atenção do Registrador para acionar o sistema de freios, em harmonia com a tendência da absorção de direitos e garantias individuais, estimulados pelo Código do Consumidor.

4.10 Cláusula-Mandato – Constituição de procuradores para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo adquirente do lote, como, por exemplo: firmar contrato de prestação de serviços, emitir cambiais etc.

Da listra negra de cláusulas abusivas proibidas de forma direta no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, e que devem ser combatidas pelo expedito exame do Oficial Registrador, estão listadas no inc. VIII as cláusulas que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor. Resguarda-se assim o consumidor de ser surpreendido por obrigações em seu nome e por sua conta contraídas por terceiros, que poderá levá-lo a situações injustificáveis.

[37] Vide acórdão publicado na *RJTJSP* 125/372, Rel. Des. Mohamed Amaro.

A razão para a proibição de tal cláusula reside na possibilidade de existência de conflito entre o interesse do mandante e o do mandatário, o que descaracterizaria a essência do instituto jurídico do mandato, visto que o mandatário agiria não no interesse do consumidor, porém em seu próprio benefício, ou do loteador.

A conclusão do mesmo ou de outro negócio jurídico deve ser feita pelo próprio compromissário ou através de procurador de sua confiança, jamais por interposta pessoa nomeada no contrato, ou no pré-contrato, ou no documento de reserva de lote.

É bom que fique bem claro que esses instrumentos não se prestam a recepcionar cláusula mandato com essas finalidades, nem mesmo quando o compromisso de compra e venda for celebrado por escritura pública perante Tabelião de Notas.

Evidentemente, existem situações em que a cláusula mandato não manifesta a ocorrência de conflito de interesses entre o loteador e o compromissário comprador do lote, como por exemplo: nomear procurador para atualizar a situação cadastral do imóvel junto a municipalidade. É um caso em que enseja a possibilidade de estipulação de tal cláusula no contrato-padrão, o que permite afirmar-se que a proibição não é absoluta.

Tenha-se, no entanto, presente que o Código de Defesa do Consumidor não exige a comprovação da efetiva existência do conflito de interesse, contentando-se com a mera possibilidade de que tal conflito possa ocorrer, cabendo assim ao loteador o ônus de provar que a cláusula-mandato pretendida não é abusiva nos termos da lei, o que aconselha a não adoção de cláusula dessa natureza no contrato-padrão.

4.11 Cláusulas com redações obscuras ou imprecisas

Exemplifico este tópico com a seguinte cláusula que peca pelo seu aspecto formal:

"Em caso de inadimplemento o adquirente sujeitar-se-á às disposições do art. 32 et seq. *da Lei 6.766/79".*

Ora, uma cláusula contratual desse jaez fere frontalmente o art. 46 do CDC onde se exige que seja dada ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento prévio ou simultâneo do conteúdo do contrato, sem que para isto tenha que recorrer a textos ou documentos apartados, comprometendo assim a transparência contratual.

Se essa exigência não for cumprida, o contrato não obrigará o aderente e incumbirá ao fornecedor o ônus da prova de que foi dada a oportunidade exigida, pois que segundo as regras ordinárias de experiência tais contratos são assinados sem serem lidos (art. 6.°, VIII).

Ainda sob o aspecto formal da cláusula, exige-se que os instrumentos de contratos não sejam redigidos de modo a dificultar a compreensão em seu sentido e alcance ao homem de cultura mediana, utilizando-se para isto o predisponente de termos jurídicos ou de vocábulos de difícil compreensão, ou ainda de menção a números de leis, decretos, portarias etc. Essa exigência encontra supedâneo no § 3.° do art. 54, o qual exige que os contratos de adesão escritos sejam *"redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor".*

Por isso mesmo, a obscuridade ou ambigüidade de tais cláusulas é interpretada contra o estipulante ou disponente, contra o loteador (art. 47).

4.12 Cláusulas restritivas redigidas sem destaques

Permite a Lei 6.766/79 que o parcelador imponha restrições urbanísticas convencionais ao loteamento, como, por exemplo: não permitir o desdobro de lote, vedar a construção de prédios comerciais e industriais, fixar metragem de recuo da construção, limitar o número de pavimentos de edifícios etc.

Essas limitações convencionais são supletivas à legislação pertinente que define a política urbanística do Município ou do Distrito Federal, e devem constar do contrato-padrão (art. 26, VII), juntamente com as restrições urbanísticas impostas pelo Poder Público, tanto aquelas gerais referentes ao zoneamento, como as restrições especiais impostas ao empreendimento imobiliário em si.

Para satisfação dos princípios básicos de proteção econômica do consumidor, exige a lei (art. 54, § 4.°) que cláusulas onde constam essas restrições sejam redigidas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão. Esses destaques poderão ser em grifo ou sublinha, negrito, itálico, ou outra forma que chame a atenção do compromissário para o fato e permita uma avaliação real e correta do negócio entabulado, sem induzimento deste a erro por falha na compreensão.

4.13 Cláusula dispondo sobre eleição de foro ou domicílio contratual

Como é sabido, o consumidor tem pleno acesso à justiça. Toda cláusula que venha restringir o exercício de direitos do consumidor tem-se como cláusula abusiva.

A regra do art. 42 do CC, segundo a qual nos contratos escritos poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes, deve ser agora analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, máxime das disposições de seus arts. 51, IV, e 101, I, as quais vedam disparidade contratual, tornando ineficaz a disposição sempre que nítido se estampe o desequilíbrio entre os contratantes, a benefício exclusivo de um deles, em detrimento do outro.[38]

[38] AgIn 20.404-0, Mococa, Rel. Des. Ney Almada, 20.07.1995, v.u.

4.14 Cláusulas que determinem a utilização compulsória da arbitragem

O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro.[39]

Por isso, não é de surpreender que o legislador entendeu que submeter o consumidor a tal cenário de disputa para defender seus interesses, realmente criaria uma situação de desigualdade insuportável, reagindo energicamente ao declarar a nulidade de cláusula nesse sentido (art. 51, VII).

A essa argumentação pode-se acrescer que de conformidade com o art. 1.072 *et seq.* do CPC, ninguém é obrigado a submeter-se ao juízo arbitral, se assim o não desejar. Por óbvio que não pode a superioridade econômica do loteador transformar em obrigatório aquilo que é facultativo, o que se consumaria na imposição de semelhante cláusula.

5. Considerações finais

Chego ao fim deste breve estudo concluindo que a relação da legislação urbanística e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor com o Registro de Imóveis, tem balanço altamente positivo, visto que esse sistema recebe do Registro Imobiliário uma inestimável colaboração pela profilaxia que exerce, tomando medidas eficazes para interditar, *a priori*, cláusulas e condições que se apresentem iníquas e abusivas no contrato-padrão de parcelamento de solo urbano, as quais submetem-se ao exame qualificador do Oficial por força da Lei 6.766/79 e do Código de Defesa do Consumidor, sem olvidar que os clientes potenciais do empreendimento-parcelamento são oriundos das classes mais desfavorecidas .

Serpa Lopes em sua clássica obra *Tratado dos registros públicos* afirma que o problema do loteamento representa, ao mesmo tempo um problema social.[40] De fato, em relação às classes mais desfavorecidas, proporciona um meio fácil, do ponto de vista financeiro, de aplicação das pequenas economias, transformando em proprietários indivíduos que nunca teriam imaginado semelhante realidade. Também o loteamento tem um sentido moral pois que a habitação dá à família a identidade de si mesma, da sua organização definida, evitando a instabilidade das favelas, dos cortiços, das invasões e ocupações, a par do fortalecimento do convívio no lar, desviando o *pater familias* dos botequins, do jogo, do álcool, das drogas, da prostituição etc.

Serve assim o Registro de Imóveis como base para que as conseqüências jurídicas, econômicas e sociais do parcelamento do solo urbano, sejam adequadamente realizadas e regularmente tuteladas, cumprindo essa instituição relevante papel social, na medida em que, virtualmente, evita o surgimento de litígios por seu caráter preventivo e cautelar, proporcionando garantia e equilíbrio contratual, tudo em homenagem à segurança jurídica e a proteção do tráfico.

Segue assim o Registro na busca de sua finalidade principal, consoante as sonoras palavras do art. 1.º da Lei de Registros Públicos:

(39) Mauro Cappelletti & Bryant Garth. *Acesso à justiça.* trad. de Ellen Gracie Northfleet, p. 82.

(40) Miguel Maria de Serpa Lopes. *Tratado dos registros públicos,* v. III, p. 42

"Art. 1.º Os serviços concernentes aos registros públicos, estabelecidos pela legislação civil para *autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei" (grifei).

Parece claro que o Registro de Imóveis não pode ser concebido como mero arquivo de notícias, nem tampouco como simples fonte de informação, como querem alguns, que chegam a pregar a extinção dessas serventias. A publicidade do Registro de Imóveis no Brasil, a par da exteriorização dos atos e negócios jurídicos levados a seus livros e arquivos, facilitando sua cognoscibilidade, tem como finalidade principal a segurança jurídica, gerando os efeitos decorrentes da existência e da validade da situação registrada, em virtude do princípio da presunção adotado no art. 859 do CC.

Junto aos dois tipos de publicidades – *publicidade notícia* e *publicidade constitutiva*, existe o aspecto da *publicidade como controle da legalidade* que se constitui na qualificação pelo Oficial de Registro de Imóveis, verdadeiro juiz territorial que somente inscreve aqueles atos que atendem às disposições legais, rechaçando aqueles que padecem de defeitos que impedem seu acesso aos livros registrais.[41]

Como síntese de tudo quanto foi dito quero ressaltar que neste limiar do século XXI, cabe aos Registradores de Imóveis, enquanto operadores do direito, a interpretação e aplicação das normas de acordo com o sentido social do tempo presente, atendendo especialmente a seu espírito e finalidade, sensível que o direito moderno vem empreendendo esforços cada vez mais numerosos e cada vez mais perceptíveis em todos os ordenamentos jurídicos no sentido de tornar mais concreta a igualdade entre todos os cidadãos, aliás, esta é inteligência do art. 5.º da Lei de Introdução ao CC.

Cumprindo seu papel fidedignamente, a restauração e a consolidação do prestígio do álbum imobiliário serão conseqüências inevitáveis, suficientemente fortes para responder os desafios do século que está se aproximando, trazendo inovações sociais, culturais, econômicas, políticas, e principalmente, tecnológicas, as quais devem ser absorvidas pelo direito, pena de comprometimento ainda maior de nossas instituições por não responderem às necessidades modernas exigidas pela vida atual.

[41] José María Corral Gijón. *La publicidade registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, p. 289.

Bibliografia

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1993.

ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo e MARIHS, James. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1995.

ATALIBA, Geraldo. O princípio da boa-fé. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 43, jan.-mar. 1988.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

BERTHE, Marcelo Martins. Parecer. *Diário Oficial da Justiça*. São Paulo, 04.04.1995.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Afranio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

CORRAL GIJÓN, José María. *La publicidade registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.

CRETELA JÚNIOR, José (Coord.); DOTTI, René Ariel (Coord.) e ALVES, Geraldo Magela (Org.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

———. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 13. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

DÍAZ FRAILE, Juan María. La protección registral al consumidor y la Diretiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 633, mar.-abr. 1996.

DIP, Ricardo Henry Marques (Org). *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1998.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo : RT, 1993.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

JACOMINO, Sérgio Jacomino. *Parcelamento do solo, o consumidor e o registro Imobiliário*. *RDI* 47.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

LIMA, Ary José, CHICUTA, Kiotsi e JACOMINO, Sérgio. Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo : RT, v. 41, maio.-ago. 1997.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. O controle registral das cláusulas gerais de contratação. *Revista de Direito Imobiliário* 39/56, set./dez. 1996.

LOBO JÚNIOR, Hélio. *Sentença*. Internet: http://200.251.38/cgi-win/integra.exe?424.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Parecer. *Diário Oficial da Justiça*. São Paulo, 06.08.1996.

MUKAI, Toshio; ALVES, Alaôr Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos*. 2. ed. São Paulo : Sugestões Literárias S/A, 1987.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. *Introdução ao direito fundiário*. Porto Alegre, 1985.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed. São Paulo : RT, 1998.

———. *O uso da terra no direito agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1983.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078, de 11.09.1990*. 2. ed. São Paulo : LTr, 1997.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores. Campinas, 1997 (Trabalho ainda não publicado).

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos S.A., 1955, v. III.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo, t. XIII.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários à lei sobre parcelamento do solo urbano*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1984.

———. *Loteamento fechado e loteamento horizontal*. Rio de Janeiro : Aide, 1991.

1. ESTUDOS

1.12

LOTEAMENTOS – CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO PLANO*

HELIO LOBO JUNIOR

1. O dispositivo legal analisado:

Art. 28, Lei 6.766, de 1979 – "Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis em complemento ao projeto original, com a devida averbação".

1.1. A Lei 6.766, de 1979, e a sua transitoriedade quanto à incidência:

Um primeiro aspecto precisa ser considerado no tema agitado, ou seja, até que ponto o loteamento pode ser alterado, partindo-se do registro e chegando-se ao momento em que integra a cidade como um todo, sujeitando-se às suas regras urbanísticas e aos princípios de direito administrativo e civil quanto ao domínio público.

Com efeito, já se afirmou que a Lei 6.766, de 1979, produz conseqüências jurídicas transitórias, devendo ser entendido que a menção ao acordo entre loteador e adquirentes dos lotes atingidos pela alteração pressupõe esteja, ainda, em andamento, vale dizer, com lotes sendo vendidos ou com as obras mínimas de infra-estrutura em execução.

Essa ilação ainda mais se reforça quando se verifica que o dispositivo alude ao depósito nos assentamentos do cartório imobiliário de projeto em complemento ao original.

Ora, o complemento só seria possível para a modificação, ainda que parcial do plano primitivo, de molde a alterar o traçado das vias públicas, demais áreas que passaram ao domínio da Municipalidade e lotes. Quanto a estes últimos, mister considerar que qualquer alteração dependerá do fato de ainda pertencerem ao loteador, ou, contar este com a anuência dos adquirentes para eventual nova destinação ou mudança nas dimensões.

Se, todavia, o loteamento já tiver se exaurido quanto à alienação originária dos lotes e devidamente executado quanto às obras mínimas de infra-estrutura, não parece persistir o interesse do loteador quanto a eventual alteração.

Explica-se: o loteamento, ao ser aprovado, deverá observar requisitos previstos na lei específica, nas regras urbanísticas e de proteção ao meio ambiente vigentes, passando a integrar o sistema viário da cidade em que situado.

Salvo situações excepcionais, não continuará como um núcleo independente do resto da cidade, mas, ao contrário, com ela se confundirá.

Ficará, desse modo, sujeito à legislação municipal, especialmente ao plano diretor da comuna e à lei sobre o zoneamento.

(*) Trabalho apresentado no XXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em São Paulo, de 14 a 18 de setembro de 1998.

Assim, falecerá interesse ao loteador para qualquer alteração, pois, as vias públicas e demais áreas já passaram ao domínio da Municipalidade, ao passo que os lotes restaram alienados.

Eventual alteração, diante de tal quadro, competirá, tão-somente, à Municipalidade e afetará as áreas públicas.

Não se tratará, todavia, de alteração do plano de loteamento e sim das áreas públicas da cidade, cuja competência é exclusiva do Município, o qual, desenganadamente, poderá promovê-la, seguindo as regras referentes à desafetação, sem necessidade de se reportar àquelas do indigitado art. 28.

Por outro lado, se a alteração for requerida enquanto o loteador ainda possuir lotes a alienar, ou não estiver o empreendimento totalmente executado, diverso será o enfoque.

Nesses casos, possível será a alteração dos lotes remanescentes e, inclusive, das áreas públicas, que poderão ser, por exemplo, transformadas em lotes enquanto estes se tornarão áreas públicas, prevalecendo, como parâmetro principal, o próprio interesse da comuna.

Destarte, somente aos loteamentos em execução, considerado o seu sentido amplo, se aplicará o disposto no art. 28 da Lei 6.766, de 1979.

Em tal hipótese mister observar as aprovações urbanísticas e o acordo entre o loteador e os adquirentes dos lotes atingidos, se for o caso.

1.2 A desafetação:

Diversas questões de relevo ainda podem ser consideradas sobre o tema "alteração do plano de parcelamento".

Em primeiro lugar mister considerar a necessidade ou não de desafetação, quanto às áreas públicas, após o registro.

O art. 17 da Lei 6.766, de 1979, estabelece que "os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta lei".

Vê-se, portanto, que esse dispositivo consagra o princípio da destinação de forma mitigada, estabelecendo exceções à afetação do bem ao domínio público, vale dizer, a desistência e a caducidade da licença, com as exigências previstas no art. 23 da lei.

Ao que parece, tanto a desistência como a caducidade, para produzirem os efeitos previstos no dispositivo, não poderão depender apenas da vontade ou inércia do loteador.

Há que se ter em mente, em cada hipótese, o disposto no art. 23, § 1.º, da Lei 6.766, de 1979, que ressalva a possibilidade de "inconveniente comprovado para o desenvolvimento urbano" ou realização de qualquer melhoramento na área loteada ou adjacências.

Assim, mesmo que ocorra a caducidade da licença ou a desistência por parte do loteador, prevalecerá a transferência do bem ao domínio público, com a aplicação do princípio da destinação, caso exista interesse prevalente da Administração Municipal.

Esta estará, apenas, exercendo um direito que resulta da aceitação do bem ofertado.

Aliás, no dizer de José Cretella Júnior, "decorrendo de ato administrativo, ou de prática permitida pela Administração, no sentido de manifestar a intenção de consagração ao bem público, ou ainda de mero fato, a afetação erige-se como operação inconfundível do direito administrativo, sem símile no direito privado, definindo-se como o fato ou o pronunciamento do

Estado que incorpora uma coisa à dominialidade da pessoa jurídica pública. Um fato, pois, uma lei ou um ato administrativo podem dar origem à afetação "(*Bens públicos*, ed. 1975 – Universitária do Direito, p. 122).

Em conclusão, aprovado um projeto pela Municipalidade, somente com a anuência desta é que poderão os bens públicos reverter ao domínio privado.

Desnecessário é dizer, outrossim, que a verificação de eventual abuso da Prefeitura Municipal na concessão dessa anuência só poderá ser aquilatada na esfera jurisdicional adequada.

Essa regra menciona, pois, exceções à própria passagem de tais áreas ao Poder Público, nada obstante a redação do art. 22, que estabelece o momento exato, vale dizer, a data do registo do loteamento.

Desse modo, a conjugação de tais dispositivos leva à inafastável ilação de que a legislação em exame, que é específica para o parcelamento do solo urbano, num primeiro momento, conforme o indigitado art. 17, estabelece um lapso de tempo, ao próprio município, para considerar a integração do plano de loteamento ao seu próprio, referente ao desenvolvimento urbanístico, pois, existe, sempre, a possibilidade de decorrer o prazo de 180 dias, previsto no art. 18, que é de caducidade.

No entanto, ainda que deixe de ocorrer o registro subseqüente à aprovação urbanística, não se completando, pois, o ato de regularidade formal do parcelamento, há que se considerar o interesse público na espécie, advindo, pois, a possibilidade de o Município, conforme seus interesses, usar da faculdade prevista na própria Lei 6.766, de 1979, e se opor ao cancelamento, consideradas as conseqüências previstas no art. 22 da mesma legislação, "se disto resultar inconveniente comprovado para o desenvolvimento urbano ou se já se tiver realizado qualquer melhoramento na área loteada ou adjacências" (art. 23, § 1.º, Lei 6.766, de 1979).

Há, inclusive, procedimento previsto no mesmo dispositivo a respeito, que culmina com a homologação judicial, ouvido o Ministério Público (art. 23, §§ 2.º e 3.º).

O art. 17 impede a alteração da destinação quanto aos espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, desde a aprovação (pela Municipalidade), excepcionando os casos de caducidade da licença ou desistência, para o que reclama a observância das exigências previstas no art. 23.

Esse dispositivo, pois, regula situação antes do registro e, conseqüentemente, de ser aplicada a regra prevista no art. 22 da Lei 6.766, de 1979.

Todas essas regras induzem, logicamente, à interpretação de que não existe, em tais hipóteses, a necessidade de desafetação para a desistência, cancelamento ou alteração parcial do plano de loteamento.

Não se pode esquecer que a Lei 6.766, de 1979, que contém normas de direito civil, registros públicos, urbanísticas e penais, foi editada com base na competência que a União Federal detém a respeito de tais matérias, sendo certo que poderia regulamentar, como efetivamente regulamentou, a possibilidade da passagem dos bens que relaciona ao domínio público e o retorno destes, total ou parcialmente, para o particular, nos casos de desistência, cancelamento ou alteração do plano de parcelamento.

Sobre o tema, oportuno é colacionar trecho de parecer do saudoso Jurista e Professor Geraldo Ataliba, juntado ao Processo n. 69/86, que tramitou inicialmente junto à 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital e depois, em recurso administrativo, na Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, sob o n. 86/86, segundo o qual "pode-se, lógica e juridicamente, concluir: quem pode o mais pode o menos, ou, quem

pode cancelar loteamento registrado e, conseqüentemente, desistir de sua implantação – sem autorização legislativa e prévia desafetação das áreas de uso comum do povo – pode, evidentemente, modificar loteamento registrado, sem autorização legislativa e prévia desafetação das áreas públicas de uso comum do povo. O menor (a modificação) está, necessariamente, contido no maior (o cancelamento)".

Esse entendimento, após diversos pareceres de juízes auxiliares, acabou prevalecendo, tendo o então Desembargador Sylvio do Amaral, Corregedor Geral da Justiça, à época, em 20.07.1987, deferido a pretensão e determinado a averbação da alteração do plano, após considerar que o parcelamento, embora registrado há muitos anos, ainda não se completara, bastando, pois, à hipótese, a singela aprovação da Municipalidade, que, presumivelmente, verificou a inexistência de conseqüências quanto à malha viária existente no local.

1.3 O art. 180, VII, da Constituição Paulista:

Um outro aspecto precisa ser analisado, ou seja, a regra inserta no art. 180, VII, da Constituição Estadual que menciona a impossibilidade de alteração, quanto à destinação, fim e objetivos das áreas definidas em projeto de loteamento como verdes ou institucionais.

Nesse ponto, mister lembrar que a União Federal possui competência exclusiva para legislar sobre modos de aquisição e transferência da propriedade, inclusive pública, sendo certo, ainda, que a transferência de domínio é matéria de direito civil, cabendo tão-só à lei federal regê-la.

É certo que o referido dispositivo menciona as áreas definidas em projeto de loteamento como "verdes" ou "institucionais", havendo entendimentos que reportam-se à questão urbanística, no caso, dentro da competência residual do Estado-Membro.

No entanto, força é convir, como já anotado, que à União compete legislar sobre regras gerais de urbanismo e, em comum, com o Estado sobre proteção ao meio ambiente (art. 23, VI, CF), bem como de forma concorrente, também com o Estado, sobre "conservação da natureza, defesa do solo, dos recursos naturais e proteção ao meio ambiente (art. 24, VI, da CF), sendo certo, pois, que ao estabelecer critérios para a alteração do loteamento no art. 28 da Lei 6.766, de 1979, ou, ainda, sobre a sua desistência, nos arts. 17 e 23, da mesma legislação, presumivelmente observou todos os aspectos pertinentes, inclusive de preservação ao meio ambiente, como lhe competia por atribuição constitucional, não podendo, destarte, o Estado editar normas em conflito e que praticamente tornem letra morta essas relevantes disposições.

Inconstitucional, portanto, a meu ver, a regra inserta no art. 180, inc. VII, da Constituição Estadual.

1.4 A anuência dos adquirentes de lotes:

Por fim, mister analisar o art. 28 na parte em que menciona a necessidade de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração.

Anteriormente, ao tempo do Dec.-lei 58, de 1937 (art. 1.°, § 4.°), a alteração do plano era autorizada apenas quanto aos lotes não comprometidos.

Waldemar Ferreira, em sua obra *O loteamento e a venda de terrenos em prestações*, RT, 1938, p. 107, deixou assentado, reportando-se à alteração quanto aos lotes, que " não estando comprometidos, lícito é ao proprietário modificá-los, se, como e quando lhe aprouver, no exercício do seu legítimo direito de propriedade, juntando dois para a formação de

um, suprimindo um para a anexação de suas partes aos contíguos, diminuindo-lhes a frente para aumentar-lhes o comprimento".

Ressaltou, no entanto, na mesma obra citada, que " a lei impediu a modificação do arruamento da propriedade, quando cause ela prejuízo aos lotes comprometidos ou definitivamente vendidos. Assiste, assim, aos adquirentes dos lotes os interdictos que protegem as servidões. A todo direito corresponde uma ação que o assegure. Desde que, porém, tal prejuízo seja impossível, a modificação do arruamento poderá fazer-se, se a Prefeitura Municipal aprovar a modificação" (op. cit. p. 107).

É evidente, pois, que se um lote foi alienado, inviável qualquer alteração que o alcance diretamente, salvo mediante prévia anuência do titular de domínio. Há que se preservar, nesse caso, o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado.

Esse aspecto não apresenta grande dificuldade de interpretação.

Esta, no entanto, se acentua quando houver a necessidade de verificar o alcance da expressão "lotes atingidos pela alteração", ainda que de forma indireta.

Nesse ponto mister fazer a indagação sobre eventuais direitos dos adquirentes ao plano original do parcelamento, considerado como um todo.

Haverá direito do adquirente de lotes quanto ao traçado primitivo das ruas, ou, ainda, sobre as áreas institucionais e verdes, ou, finalmente, sobre as dimensões dos lotes?

Não é simples a resposta.

Uma primeira distinção há que ser feita, vale dizer, entre a influência direta e o prejuízo potencial.

Quando houver direta repercussão quanto ao lote, inegável a necessidade da anuência de seu proprietário, como, por exemplo, nos casos de se alterar o traçado de uma rua, tornando-a sem saída, a supressão de uma praça ou área verde que com ele confine etc.

Dificuldade maior se apresenta quando a repercussão for indireta, ou seja, a modificação de ruas em outro extremo do loteamento, a diminuição das dimensões dos lotes etc.

A expressão "lotes atingidos pela alteração" deve ser entendida de forma inteligente e não pode abranger, de maneira absoluta, toda e qualquer modificação, sob pena de inviabilizar o próprio permissivo legal.

Com efeito, se for compreendida como direito do adquirente de lote ao plano como um todo, pouco importando as conseqüências, de forma a se extrair, sempre, a possibilidade de prejuízo em potencial, estar-se-á sujeitando a alteração à singela vontade, ao capricho, o que não parece atender à finalidade da lei.

O art. 23 da Lei 6.766, de 1979, trata do cancelamento de loteamento já registrado, exigindo, no inc. III, além da aprovação da Municipalidade, a anuência, também, de *todos* os adquirentes de lotes.

Já o art. 28, que trata da alteração ou cancelamento parcial, exige, afora a aprovação do Poder Público Municipal, a anuência, apenas, dos *adquirentes de lotes atingidos pela alteração.*

Verifica-se, pois, que, ao contrário do cancelamento total do plano de loteamento, quando *todos* os adquirentes devem anuir, no cancelamento parcial ou simples alteração, *apenas os efetivamente atingidos devem concordar.*

Essa distinção já permite a ilação de que a lei pretendeu preservar aqueles diretamente atingidos, pois, do contrário, exigiria, também, a anuência de *todos* os adquirentes de lotes.

Dessa forma, não se pode considerar, pura e simplesmente, que o adquirente, apenas por aderir a um plano previamente

conhecido, constante de memorial depositado em cartório, tenha adquirido direito à sua imutabilidade, pois, a própria lei cuidou de estabelecer, expressamente, a possibilidade de cancelamento parcial ou alteração exigindo a anuência apenas daqueles diretamente atingidos.

Nada obstante tal conclusão, fica, ainda, difícil aquilatar quando um adquirente de lote é atingido pela alteração, podendo ser adotado o critério representado pelas obrigações contraídas efetivamente pelas partes.

Assim, melhor será se indagar sobre os termos a que se *obrigou* o loteador, quanto aos adquirentes, já que o aspecto ligado ao interesse público deverá ser resolvido juntamente com a Municipalidade, guardiã do seu plano urbanístico.

Mister, pois, verificar se haviam disposições *convencionais* estipulando a manutenção de determinados padrões urbanísticos, sob pena de ser considerada a anuência como desnecessária.

Por outro lado, o loteamento, após ser implantado, passa a integrar o sistema viário preexistente e, singelamente, confunde-se com o resto da cidade.

Nessa linha de raciocínio, mister concluir, portanto, que eventual alteração no plano de loteamento, o que somente poderá ocorrer enquanto este ainda estiver em execução, conforme os critérios supra discriminados, dependerá de eventual anuência dos adquirentes se estes tiverem algum direito assegurado por normas legais ou convencionais, vale dizer, legislação municipal a respeito, ou, então, decorrentes de obrigação assumida pelo loteador em avença prévia, o que, obviamente, não se confunde com a manutenção de todo o plano de loteamento originariamente depositado.

Em tal caso, se a alteração for de molde a interferir com os adquirentes de lotes, necessária será a anuência de todos.

Inexistindo, todavia, tal situação, não se poderá considerar que a alteração no traçado de vias ou áreas outras que passaram ao domínio da Municipalidade interferem com os adquirentes, presente, no caso, a necessidade de verificação sobre o interesse prevalente, que, sem dúvida, seria o público.

Desaparecendo a obrigação originária, com a integração do plano ao traçado viário, ou, ainda, com a venda de lotes pelos adquirentes a terceiros, sem as restrições convencionais, não há mais que se falar em direito dos adquirentes sobre o loteamento como um núcleo separado do todo que é a própria cidade.

1.5 As disposições do art. 45 da Lei 6.766, de 1979:

Estabelece a norma aludida que "o loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais".

Essa disposição repete outra, bastante semelhante, prevista no art. 6.º, do Dec.-lei 271, de 1967, que estipulava:

"O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com as restrições urbanísticas do loteamento ou contrária a quaisquer outras normas de edificação ou de urbanização referentes aos lotes".

Anote-se, por primeiro, que a regra consagra uma espécie de legitimação extraordinária para a defesa de restrições legais e convencionais especificamente quanto às construções.

Na verdade, pelo que se percebe, pretendeu a legislação suprir as sempre possíveis e freqüentes omissões do Poder Público quanto a tais aspectos, conferindo, destarte, legitimidade ao loteador e vizinhos.

Desse modo, embora mencione restrições convencionais e legais, o dispositivo pouco influi nas conclusões sobre a alteração do plano de loteamento.

1.5 Conclusões:

Desse modo, em conclusão, pode ser assentado que:

a) a alteração do plano pressupõe esteja ele em execução; logo, o tema fica sujeito à incidência da Lei 6.766, de 1979;

b) executado, integra-se ao traçado urbano e prevalecem as regras de ordem pública, geralmente traçadas pelos Municípios; desaparece, pois, o plano original, confundindo-se o novo núcleo implantado e o restante da cidade, não mais sendo viável separar limites apenas por normas convencionais entre empreendedor e adquirentes, sem a observância do interesse público;

c) no caso de estar em execução, a desafetação poderá ser dispensada e suprida pela autorização da autoridade municipal competente, diante do permissivo contido na própria Lei Federal (6.766, de 1979), que disciplinou, como poderia por expressa competência legislativa constitucionalmente assegurada, o modo de transferência do bem público, excepcionando a regra geral, justamente por tratar a hipótese de parcelamento;

d) a anuência dos adquirentes de lotes atingidos pela alteração somente será necessária se houver influência direta, ficando os casos de prejuízo em potencial resolvidos pelas normas convencionais entre os primeiros e o loteador;

e) a regra contida no art. 45 da Lei 6.766, de 1979, que consagra uma espécie de legitimação extraordinária (aspecto meramente processual, a ser abordado em sede jurisdicional), refere-se especificamente às construções que infringem restrições legais ou contratuais.

1. ESTUDOS

1.13

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE REGISTRADORES E NOTÁRIOS[1]

RICARDO DIP

Primeiramente meus agradecimentos ao Dr. Lincoln Bueno Alves, a honra de me ter permitido voltar a Recife, exatamente 14 anos – íamos então por 1985 –, lugar em que se deu minha primeira participação num Congresso promovido pelo IRIB. Mais do que a honra, porém, eu estou *alegre*, alegre por estar aqui no convívio com pessoas tão interessadas, tão preocupadas em estudar o registro imobiliário, pessoas que, ano após ano, se tornam mais e mais dedicadas, mais e mais ocupadas dos problemas do Direito Registral Imobiliário, que já confessei e reconfesso ser uma das minhas maiores paixões.

Peço licença, todavia, para dedicar esta palestra a uma pessoa que merece muitíssimo mais do que a simples palestra ora perpetrada, pessoa que ora fica definida, como se se pudesse resumir a essência concreta e a dignidade pessoal, como uma das mulheres mais extraordinárias com que eu tive, pessoal e profissionalmente, contacto ao largo de minha já larga vida: refiro-me à Dra. Maria Helena Leonel Gandolfo.

Essa dedicatória – que encaro à maneira de uma pequena homenagem – vem exatamente no momento em que a Dra. Maria Helena Leonel Gandolfo pode ser colhida por uma aposentadoria compulsória por implemento de idade. Certamente, não é consolo algum que um seu antigo juiz corregedor, venha aqui publicamente reconhecer os méritos de uma personalidade extraordinária, de uma profissional das melhores que eu pude conhecer ao longo da vida, mas em todo caso é o que eu posso por agora oferecer da pobreza de meus talentos. Fala aqui não só o amigo, mas fala também o juiz que pôde aferir-lhe a excelência do trabalho que, felizmente, deixa continuadores, o que não deixa de confortar. Isso se deve adicionalmente a seu espírito desprendido e zeloso e a uma vocação pedagógica invejável.

Penso que Maria Helena Leonel Gandolfo tem muito ainda a oferecer a todos nós. Se acaso a aposentação vier efetivamente a colhê-la, como se teme, isso não significará, muito longe disso, a inviabilidade de que continue a servir-nos, como parece ter sido o seu papel ao longo do tempo, servir-nos com a experiência, com o estudo e com a dedicação que até hoje vem demonstrando em todas as atividades de que participa. E servir-nos com sua lealdade, sua educação ... em resumo: com sua personalidade. Fica aqui, portanto, esta apoucada homenagem que, pequena embora, vem de muito longe, pois partiu há muito tempo e contidamente do fundo deste meu velho e já meio combalido coração.

Resolvi falar-lhes sobre a aposentadoria compulsória porque julguei que politicamente era o mais adequado. Dediquei-me no último mês a leituras e a meditações sobre esse antigo tema que, digamos assim, eu poderei hoje e *a medias* expor-lhes.

[1] Texto emendado da palestra proferida pelo autor em 03.10.1999 na cidade de Recife.

Por que é politicamente relevante que eu esteja aqui para falar sobre esse assunto?

Em 1988, meses antes da vigência da Constituição Federal de 1988, o eminente magistrado *Péricles de Toledo Piza Junior*, então juiz da Segunda Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, e eu, pela época juiz auxiliar na Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo, resolvemos acolher, pela primeira vez no âmbito administrativo do Estado de São Paulo, a *aposentadoria compulsória* de registradores e de notários. Era à altura o que, em linguagem de agora, se qualificava como uma decisão *politicamente incorreta*.

No momento em que vazou a informação de que seria editada uma portaria de aposentação de alguns registradores e notários, chegou-nos a notícia de uma possível manifestação oficiosa atribuída ao Corregedor-Geral da Justiça, no sentido de que divergia de nosso entendimento e que, a seu tempo, cassaria a decisão. Falava-se com insistência em que nossa decisão não resistiria a um mandado de segurança. Não faltou que, em continuidade, o Secretário da Justiça, com todo o prestígio do Poder Executivo, representasse contra os dois juízes.

Mas, quando a tempestade serenou, a decisão permaneceu. Não foi uma decisão pessoalmente fácil. Dentre alguns que aposentei com aparente indiferença, houve ao menos dois casos em que preferi comunicar pessoalmente o ato da aposentadoria. Foi um ato muito difícil, que teve o acidente de alcançar celebridade e nota de coragem, de lucidez etc. – nunca soube entender bem o por quê desse prestígio. Depois de 10 ou 15 anos de tentativas inglórias, dizia-se, tínhamos – era então assim que se declinava o verbo – chegado a um bom resultado.

Dois ou três meses depois entrou em vigor a Constituição e novamente me vi colocado em situação incômoda quanto a essa matéria. Não quero que se pense, tendo eu tomado uma decisão tão grave quanto foi a de aposentar compulsoriamente registradores e notários, inovando em matéria tão relevante, tenha agido sem prudência, sem imaginar as conseqüências. Eu mudei de entendimento, mas se mudei foi porque antes de mim mudou a Constituição, e, esperando conduzir-me com a mesma serenidade e com a mesma prudência, com a mesma expectativa de que, apesar da minha falibilidade, julgava estar certo da primeira vez, adotei em seguida uma posição que me parecia adequada, deixando de declarar a vacância dos cartórios.

Soava estranho que aquele que era tratado como pioneiro da aposentadoria compulsória dos registradores e notários, deixasse de adotar, quando a posição se tornara vitoriosa, aquela sua postura inicial. Mas eu não tinha escolha: ou decidia de acordo com minha consciência, aquilo que eu, prudentemente, verificava ser o cabível, ou não me sentiria digno de continuar decidindo coisa alguma.

Quando aceitei vir aqui falar sobre essa aposentadoria compulsória, imaginei que deveria fazê-lo sob um ângulo que vem sendo um tanto desprezado nas análises e nas decisões. É claro que muitos e valiosos argumentos são utilizados para defender o descabimento atual da vertente aposentadoria compulsória, mas se analisarmos esses argumentos veremos que, de certo modo, são objeto de um *possível retrocesso*, ou seja, é possível retroceder esses argumentos para tentar ver, em uma *instância superior*, se é cabível ou não, se segue sendo admissível ou não, a aposentadoria compulsória.

Se forem apanhar, por exemplo, venerandas decisões a respeito dessa matéria no âmbito judiciário, vão encontrar que, não rara vez, argumenta-se por meio do que, com o devido respeito, é sugestivo de uma *inversão no plano da compreensão normativa*: isto é, compreen-

de-se a Constituição Federal a partir de uma visão particularizada da normativa infraconstitucional. Todo o contrário do que, na metódica adequada, seria de esperar: a norma constitucional é que deve alumiar a inferior, não esta iluminar a Constituição para aclarar-lhe o significado normativo.

Penso que temos que convém encontrar um caminho adequado, se possível que *não* permita retroceder a argumentação. Salvo se nós desejarmos partir diretamente para uma via supranormativa, o que não parece convir pela adivinhável míngua de objetivação epistêmica. E o que representa a análise da aposentadoria compulsória numa via que, ao menos dentro do direito positivo, não comporta retrocesso? Exatamente que nós nos fixemos no *dispositivo constitucional de base* que é o art. 236 da CF.

A minha proposta é efetivamente deter-me um tanto no que dispõe o art. 236, CF, já desde o ponto de vista de conteúdo, já desde sua perspectiva lógica, que me parece o aspecto *mais importante* a desvelar em seu enunciado.

É certo que esse dispositivo da Constituição Federal, o art. 236, apresenta uma característica de ambigüidade, é um dispositivo anfibológico e, recentemente, um eminente Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal observou publicamente que o Poder Legislativo freqüentemente e de modo apropositado edita normas ambíguas.

Essa – o art. 236, CF – é uma disposição anfibológica: ela é anfibológica por seu conteúdo material; esse é exata e importantemente o primeiro aspecto a frisar, *não é desde o ponto de vista formal que esse dispositivo apresenta ambigüidade*. Não é, contudo, uma disposição anfibológica – ao contrário do que eu pensara inicialmente – *porque* e *enquanto* propõe um binômio tensivo, serviço público – gestão privada; aí não há ambigüidade, mas tensividade, e o direito é inteiramente composto de tensividades, de relacionações dialéticas. Se há um tipo de saber humano que está integrado essencialmente de caráter dialético, no sentido aristotélico da expressão, é exatamente o direito.

Que é o processo, senão dialética? Que é mesmo o pedido de que se registre um título e o exame de qualificação, senão o exercício de dialética? O direito todo é um saber dialético por necessidade. Não é, portanto, a tensividade que se encontra na relação serviço público – gestão privada que dá causa à anfibologia do dispositivo. O que, sim, torna esse dispositivo suscetível de incluir-se naquilo que certa vez chamei de *circiterismo normativo* é a falta de indicação de um *critério de preferência* para resolver casos jurídicos.

O direito está sempre, e por definição, voltado à solução de casos jurídicos, é um saber prático por definição. Se temos uma norma ou dispositivo que apresenta elementos de tensividade – inegável é que se encontre isso no art. 236 – sem que se indique qual critério deverá prevalecer na hipótese de conflito: é aí que se põe efetivamente a ambigüidade normativa.

Seria possível compaginar essas características tensivas – serviço público – gestão privada – para a resolução de problemas se pudéssemos encontrar claramente um critério para fazer prevalecer uma ou outra das funções. Mas como não nos encontramos diante desse critério e também perdemos uma oportunidade – que francamente, não seria de melhor feitio, longe disso, mas ao menos e empiricamente resolveria em parte o problema, qual seja, por meio de a legislação infraconstitucional estabelecer claramente uma saída interpretativa para a regra do art. 236, CF – ficamos sempre e permanentemente atados e enredados em *interpretações nominalistas*.

O exemplo mais indicativo desta falta de indicação do critério a prevalecer nes-

se binômio serviço público – gestão privada é o tema da *perda da delegação*. Que é o serviço público e que é a gestão privada, na solução dos casos jurídicos fáceis e difíceis? Até onde vai o serviço público e onde começa a gestão privada?

As respostas encontradas variam de acordo com a propensão de entender o registro como uma *taberna de esquina* – aqueles que tendem *sempre* avaliar melhor a solução propiciadora da gestão privada – e com os que preferirem uma *tendência administrativista*, que é hoje a preponderante no ambiente judiciário – os que vão sempre propender, como se diz simbolicamente, a valer-se do *Direito Administrativo* de Hely Lopes Meirelles para solucionar casos de Direito Civil.

Se a ambigüidade de base do art. 236, CF, se encontra no plano material, embora pudesse também acaso comprometer-se no campo formal, aliviante é saber ao menos que contamos com a vantagem de formalmente não afirmar inevitável ambigüidade nesse dispositivo. Ao contrário, pode ele servir efetivamente como um critério orientador das nossas decisões, e ainda que não tenhamos encontrado um critério suficientemente claro para resolver os casos jurídicos, temos uma forma espectral para dirigir as soluções futuras.

De que maneira isso se considera no ponto de vista formal?

Já faz muito tempo que ninguém, seriamente, no campo da teoria da argumentação e da hermenêutica afirma que a normatividade deriva exclusivamente das regras de direito, ou seja, da lei. Há muito tempo que isso não se fala. Reconhece-se hoje a *normatividade do próprio caso*, e sobretudo, se reconhece a *existência de princípios*.

Reportemo-nos ao final da década de 60, no estudo famoso de Ronald Dworkin, professor da Universidade de Oxford, que é considerado o ponto fundamental contemporâneo de ataque ao positivismo, sobretudo ao ataque do positivismo de Hart, à margem do pensamento jusnaturalista tradicional, que sempre se manteve oposto ao positivismo.

Esse referido estudo de Dworkin data de 1978 e foi republicado como capítulo de seu livro – *Taking rigths seriously*. Lê-se ali que, ao lado de *normas de ação*, que são razões muito prontas para atuar, existem *princípios* e *diretrizes*. Tome-se um exemplo significativo – ou se se preferir mostração impressiva – do próprio Dworkin. Dá-se que um neto mata o avô que havia deixado em testamento toda a herança para esse neto. E a discussão era a de saber se o neto poderia herdar do avô que ele vitimara, pois a aplicável legislação americana não previa a hipótese de impedimento em herdar. Mas o Tribunal de Nova York entendeu que apesar de a regra de direito permitir a herança, havia algo superior a essa regra, o *princípio* de que ninguém poderia valer-se da própria torpeza para obter um determinado resultado, e impediu que a herança fosse ter às mãos do neto assassino.

Posteriormente várias vezes se pôde encontrar equivalente tipo de solução na jurisprudência, que ao lado das normas legais encontram *princípios* que *têm prelação* sobre as normas, vale dizer: recorrem-se aos princípios para corrigir os *excessos* das normas. Exatamente porque o legislador não pode ter a previdência de todos os casos ulteriores, sobretudo quando se sabe que, no plano ôntico, os casos são *irrepetíveis*.

Há princípios que têm caráter *supranormativo* e, portanto, *antenormativo*, antecedendo as normas. Se nós juristas soubéssemos vencer a perversa tendência do *monroismo jurídico* – assim como a doutrina Monroe pregava *a América só para os americanos*, alguns juristas esposam *o Direito só para os juristas* –, deveríamos curvar-nos com humildade diante da realidade e da ciência daqueles que

podem ensinar-nos certas realidades anteriores ao Direito.

O Direito não pode criar integralmente a realidade – como é da utopia de um certo platonismo jurídico –, seja em forma de conceitos, seja em forma de enunciados: há *realidades anteriores* ao Direito, que podemos ilustrar, no plano do direito registral, por exemplo, tais como patentemente a segurança jurídica e a independência jurídica do registrador.

Há também princípios que são *endonormativos*, princípios que a própria lei consagra para, a partir de seu enunciado, reger tudo mais que diz respeito a uma correspondente instituição ou situação. Pode dizer-se que o primeiro princípio endonormativo incrustrado no art. 236, CF, é a indicação de que o serviço dos registros e das notas é *público* – e serviço público *não* quer dizer serviço *estatal*, mas sim um serviço que tem por escopo a consecução de um *fim público*: no caso, a administração pública de interesses privados, cujo *objeto material* é um *direito privado* e não um direito público. Íntima e dinamicamente vinculado a esse primeiro princípio endonormativo, acha-se outro no art. 236, CF, qual o da gestão *privada* dos registros e das notas. Aos registros, *não* lhes é *co-natural*, do ponto de vista metafísico, esse exercício privado. Nada impede, *metafisicamente*, que os registros fossem estatalizados, ao contrário do que ocorre com as notas. A natureza das coisas não impunha, pois, um registro exercido em caráter privado. Há, entretanto, uma co-naturalidade histórica, no Brasil, entre registros públicos e gestão privada no Brasil, e uma história consagradora, de que bem dá conta a importância do aparato do registro imobiliário brasileiro.

Acredito que, apesar das falhas – sinais para a humilhação das instituições humanas –, podemos afirmar que temos os melhores serviços registral-imobiliários a de todo o mundo. É um indício de que o exercício privado funcionou e tem operado de modo eficaz, e vem de molde cotejar o resultado do trabalho dos registros prediais com os resultados desses heróicos cartórios judiciários, para verificar em que pé nos encontramos nesse confronto.

O fato é que a gestão registral é privada no Brasil, e aí está, na tensividade com o serviço público, o molde lógico para encontrar um critério objetivado de solução de casos jurídicos. Esse molde lógico nos conduziria a distinguir aspectos fundamentais na matéria, o que, por agora, apenas se limita a breve incursão.

Aspectos de natureza *objetiva* são os da *natureza do objeto*. Equivale a dizer: objetivamente, o caráter *público* retraça a natureza das notas e dos registros. Daí que, por exemplo, saber se um registrador pode, a seu talante – para pescar, caricaturizemos –, fechar as portas do cartório – é evidente que essa questão diz respeito à *natureza do serviço*. Maltrataria a natureza pública do serviço registral a possibilidade de cada registrador ou notário resolver abrir ou fechar o cartório de acordo com seus interesses pessoais.

Em contrapartida, a *aposentadoria compulsória* concerne patentemente a um aspecto *pessoal*, a uma dimensão *pessoal* do serviço. Essa dimensão pessoal não se abriga essencialmente no plano objetivo. Um serviço pode ser público e não deixará de sê-lo porque o servidor se aposente ou não se aposente de modo compulsório. Nada impediria, no caso brasileiro, que o legislador infraconstitucional, por motivos diversos, julgasse, bem ou mal, que aos 40 anos de idade fosse conveniente que um registrador se aposentasse, ou aos 30 ou aos 80 anos. Só que, inexistindo essa norma, ao contrário do que ocorria ao tempo em que eu declarei a aposentadoria compulsória em São Paulo, não há como derivá-la por analogia a partir da condição do funcionário público, e não há como derivá-la porque a dimensão *pessoal* do registrador e do notário, no âmbi-

to do serviço público, é essencialmente diversa da dimensão estatutária do funcionário, que não tem a missão de *gerir privadamente* um serviço.

De nenhum funcionário público se diz que exerce o serviço público em caráter privado, aí está o ponto.

Quando o legislador quis equiparar determinadas pessoas ao funcionário público, fê-lo sempre *estritamente*: por exemplo, com a norma do art. 327 do CP.

No caso dos registradores e dos notários, *não* há equiparação expressa na legislação infraconstitucional, nem ela decorre da norma constitucional. Não me parece cabível que se margine um princípio *estrutural* e *funcional*, ou seja, um princípio que indica organização e funcionalidade pragmática, por meio de um argumento de analogia, para mais, com poucas e acidentais identidades de base ou *phore*.

Fundamentalmente, devemos propender, no ponto de vista prático, ao encontro de duas soluções.

Uma *legislativa*, que aliás se faz urgente – por mais que se compreendam as dificuldades de trânsito junto aos legisprudentes –, de elaboração de uma normativa infraconstitucional clara, que melhor estabeleça o estatuto pessoal dos registradores e dos notários. Isso já se faz em alguns casos irremediavelmente tarde, como é adivinhável em face, por exemplo, de um elemento normativo e de uma tipologia aberta em relação à pena de *perda de delegação*. É importante considerar a necessidade de, no plano legislativo, serem fornecidas normas precisas para saber o que está dentro do âmbito do exercício privado e do âmbito do exercício público.

Do ponto de vista do direito jurisprudencial, enquanto não haja normas infraestruturais suficientemente precisas, precisamos criar uma consciência, e difundi-la, sem que haja efetivamente comunicação dessas idéias, meditação, intercâmbio de idéias, comunidade – estas palavras têm algo em comum –, não conseguiremos criar consciência (ciência com alguém), que é outra palavra que integra esse grupo de comunidade, de comunicação, de que devemos orientar-nos de maneira a não quebrar, a não provocar uma efração desse binômio tensivo serviço público – gestão privada. Só um trabalho doutrinário, paulatino, consciente, que enfrente com ponderação, com argumentos lógicos, sem irritações desnecessárias e que quase sempre provocam efeitos negativos, é que podemos, pouco a pouco, convencer do acerto de certas posições. Não somos esperantes às avessas, na linguagem admirável de Léon Bloy, escavadores do nada, mas *combatentes pela Verdade*, e a Verdade nunca verdadeiramente desespera, é ela, a Verdade, quem dá razão de ser e força à esperança: e a Verdade é o *Logos*, e o *Logos* já estava ao princípio e estará ao fim.

Os senhores todos têm uma larga tarefa pela frente e devem buscar esse resultado, sempre com esse resguardo, que me parece fundamental, de respeitar a idéia do serviço público. Algumas vezes, com boas intenções – mas destas intenções que lamentavelmente emparedam o inferno –, alguns defendem de tal modo a gestão privada que praticamente não se reconhece mais a existência do serviço público.

É preciso resgatar aqui um aforismo valioso que nos vem já de épocas clássicas: no meio dos extremos encontra-se a virtude. *In medio stat virtus*. E não se trata daquele meio *medíocre* de quem adiciona extremidades e reconhece um ponto médio do somatório para permanecer a salvo de grandes ataques, mas sim do meio *superior*, do meio que supera os extremos com visão efetivamente de encontrar soluções adequadas para uma instituição: é só aí, nesse ponto de superioridade, que os hábitos morais todos se podem reunir, sob a condução intelectual da virtude da prudência.

Em meados da década de 70, Allan Peyrefitte escreveu um trabalho intitulado *Les chevaux du lac Ladoga*. Reporta-se ali o grande acadêmico francês a um livro escrito por Malaparte – *Kaputt* –, em que se conta que, no terrível inverno de 1942, durante a invasão do istmo de Carélia pelos exércitos soviéticos, houve um grande incêndio na floresta de Raikkola, e os cavalos da cavalaria invasora se assustaram, precipitando-se no lago gelidificado. Com a entrada na água daqueles volumosos animais que tratavam de a nado atravessar o lago, suas águas se solidificaram muito rapidamente, e os cavalos morreram com as cabeças fora da água. Poderiam se ter salvado, desde que tivessem contornado o lago, mas resolveram precipitar-se para o extremo oposto e, para fugir do fogo, se lançaram ao gelo, com sua atitude precipitada provocando a solidificação da água.

É isso que precisa ser evitado: no momento que se desvela um extremismo com sobrevalorizar a noção de serviço público nesse binômio com a gestão privada, é preciso que não nos comportemos como os cavalos do lago Ladoga, mas sim com moderação, sem deixar que essa água se gelifique e nos mate com a cabeça do lado de fora, ou seja, uma cabeça que não chegou a entrar no problema.

Convido a esse esforço de plausibilidade, convido a essa razoabilidade. É o convite de alguém que já se confessou apaixonado pelo registro de imóveis. É um convite para que todos não se desestimulem diante das dificuldades. As dificuldades fazem parte das grandezas dos grandes gestos históricos. É quando temos uma grande dificuldade pela frente que mais podemos mostrar o nosso valor e encontrar soluções.

2. PARECERES

2.1

A COMPETÊNCIA PARA CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS E PARA DELEGAÇÃO PARA PROVIMENTO DESSES SERVIÇOS

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg-BR, formula-nos a seguinte

Consulta

I – É ao Poder Judiciário que compete praticar o ato de delegação para provimento dos serviços notariais e de registro, tendo em vista que lhe cabe fiscalizá-los, (§ 1.º do art. 236 da CF e arts. 37 e 38 da Lei 8.935), assim como cassar, a título de penalidade (art. 32, IV, c/c. 35, I e II), delegações outorgadas?

II – Deve-se considerar implicado no art. 236 da CF e na própria Lei 8.935 – onde não há menção a "cartórios" – que a instauração de novos serviços notariais e de registro, tanto como a supressão dos existentes, independe de lei que os crie ou extinga, bastando que o próprio Poder Judiciário, arrimado em motivos de conveniência, decida administrativamente efetuar delegações, após concurso público que entenda de abrir para constitui-las, cabendo-lhe, outrossim, pelas mesmas razões, suprimir serviços existentes e confiar o "respectivo acervo" a outro delegado? Os arts. 38 e 44 da Lei 8.935 corroborariam este entendimento? Caso seja afirmativa a resposta, haver-se-á de entender que o art. 24, § 2.º, 6, da Constituição Paulista tem seu âmbito de aplicação restrito às serventias cuja existência jurídica foi respaldada no art. 32 do ADCT da CF?

Às indagações responde-se nos termos que seguem.

Parecer

1. O art. 236 da CF e seu § 1.º dispõem:

"Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal das notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º 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".

Destes preceptivos, à toda evidência, resulta:

(a) que o título jurídico que investe os exercentes de atividade notarial e de registro é uma *delegação* efetuada pelo Poder Público;

(b) que as sobreditas atividades estão expressamente qualificadas como *exercitáveis em caráter privado* por quem as titularize;

(c) que a disciplina e responsabilidade dos exercentes de tal delegação *será fixada em lei*, assim como as normas gerais sobre os emolumentos concernentes aos atos relativos a estes serviços;

(d) que o ingresso nas atividades notariais e de registro dependerá de *concurso público*, inadmitida *vaga de serventia* por mais de seis meses sem que se efetue concurso público ou de remoção para seu provimento; e

(e) que a *fiscalização de seus atos* será efetuada pelo Poder Judiciário.

Cumpre, então examinar alguns pontos expressados no dispositivo constitucional *sub examine* e implicações neles contidas.

2. Delegação é a outorga, a transferência, a outrém, do exercício de atribuições que, não fora por isto, caberiam ao delegante. Ou seja: os "serviços" notariais e os de registro (que melhor se diriam "funções" ou "ofícios", como em seguida se aclarará) correspondem, em si mesmos, a uma atividade *estatal, pública*. A circunstância de deverem, por imperativo constitucional, ser desempenhados por terceiros, longe de destituir-lhes tal qualidade, pelo contrário, confirma-lhes dita natureza, pois: *"Nemo transferre potest plus quam habet"*.

Nada obstante, os sujeitos titulados pela delegação em apreço conservam a qualidade de particulares (investidos em poderes públicos) visto que a exercerão *em caráter privado*; donde, não recebem dos cofres públicos, não operam em próprios do Estado nem com recursos materiais por ele fornecidos. Ubicam-se na categoria geral de "agentes públicos", figura tipológica que, por ser de amplitude máxima, abarca toda e qualquer pessoa que desempenhe – e enquanto o faça, ainda que episódica e eventualmente – atos da alçada do Poder Público. Assim, é conservando a qualidade de exercentes em caráter privado que os notários e registradores recebem o "serviço" que lhes é transferido.

3. Mas, o que está o Texto Magno a determinar que seja transferido, delegado, aos que exercerão atividade notarial ou registral?

A própria Lei Maior o diz explicitamente: as funções concernentes aos "serviços" notariais, "serviços" de registro. E o que são eles? São, a teor do art. 1.º da lei federal 8.935, de 18.11.1994, regulamentadora do art. 236 da CF, *"os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos"*. Por isto, se disse que melhor se denominariam "funções" ou "ofícios", já que se trata do desempenho de *atividade jurídica* e não *material* como ocorre com os "serviços públicos".[1] Há de se entender, ademais, que o que se transfere é o *exercício* de "serviços" desta natureza. Isto porque o delegante não deixa de ser o senhor deles, já que a atividade, como visto, é, em si mesma, pública e, pois, irremissivelmente pertinente a tal setor.

4. Sem embargo disto, a delegação, uma vez procedida, evidentemente, opera a *investidura* – dos sujeitos que a recebem – nos *"serviços"* que dessarte lhes hajam sido delegados, ou seja, na titularidade do exercício daquele plexo de atribuições a eles cometidos e que, na linguagem da lei regulamentadora do art. 236, são os *"destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos"* os quais se nucleiam em uma "organização técnica e administrativa".

(1) *Cf. ao respeito O. A. Bandeira de Mello. Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, Forense, 1974, p. 364-365 e assim também sobre a distinção entre função e serviço, Renato Alessi. *Principi di diritto amministrativo*, 4. ed., Giuffrè, v. I, p. 209 a 211.

Em uma palavra: a delegação lhes atribui titulação naquele correspondente *conjunto unitário* de poderes e deveres que, com base em uma organização técnica e administrativa, deverão ser exercitados em uma circunscrição demarcada.

Deveras: a delegação – justamente por sê-lo – não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, com um ato meramente recognitivo de atributos pessoais para o desempenho de funções de tal gênero. Dita habilitação (aferida no concurso público que a precede, cf. § 3.º do art. 236 da CF e que, demais disto, aponta o melhor dos candidatos) é apenas um pressuposto da investidura nas funções em causa. A delegação, propriamente dita, é ato *sucessivo ao concurso* e seu alcance, seu significado, é precisamente o de adjudicar um determinado "serviço" (em rigor, o exercício dele) – ou seja, aquela unidade que o substancia – à cura de um dado sujeito. Aliás, uma vez efetuada, "os notários e oficiais de registro (...) só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei" (art. 28 da lei), isto é, por "*I – sentença judicial transitada em julgado; ou II – decisão decorrente de processo administrativo assegurada ampla defesa*" (art. 35), bem como nos casos de morte, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia (art. 39).

5. O delegável a um notário ou registrador, evidentemente, não é a totalidade da atividade notarial ou registral pública do país. Não existe um único "serviço" notarial ou um único "serviço" de registro a ser cometido a uma dada pessoa, mas *múltiplos* "serviços" notariais e *múltiplos* "serviços" de registro, cada qual constituindo uma *unidade, operados nas respectivas circunscrições*, pelos diversos sujeitos neles titulados. À toda evidência, tais funções ou ofícios constituem-se, em si mesmos e cada qual, em um braço, em um segmento, da *totalidade* da função pública notarial ou registral.

Não há nisto, vale dizer, não há nesta multiplicidade, expressiva da divisão do exercício destes misteres entre numerosíssimos centros unitários e especificados de atribuições, peculiaridade alguma. Idêntico fenômeno inevitavelmente existe em todos os segmentos da atuação estatal. O Poder Judiciário do País também é um Poder, é um todo de uma mesma natureza e, sem embargo, está subdividido em múltiplas organizações, Tribunais, varas, centros de poderes identificados e individualizados. O serviço de educação ou de saúde ou de assistência social e todos os demais ramos da atividade administrativa constituem-se, cada um deles, em algo de uma só natureza. Todavia, estão fracionados em numerosíssimas unidades, ora a cargo da União, ora dos Estado, ora dos Municípios, e no interior de cada qual coexistem uma pluralidade de unidades, isto é, uma grande quantidade de "serviços" perfeitamente individuados: As universidades tais ou quais, as faculdades tais ou quais, as escolas tais ou quais etc.

Assim, tanto como os órgãos públicos e os cargos públicos, cada "serviço" notarial ou registral, constitui-se em um plexo unitário, *individualizado*, de atribuições e competências públicas, constituídas em organização técnica e administrativa, e especificadas quer pela natureza da função desempenhada (serviços de notas, de registro de contratos marítimos, de protesto de títulos, de registro de imóveis, de registro de títulos e documentos, de registro civil das pessoas jurídicas, de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas e de registro de distribuição), quer pela área territorial onde os múltiplos delegados podem exercer os atos entregues a suas compitas, na qualidade de "titulares", conforme diz o art. 5.º da referida lei 8.935 ao arrolar os diferentes tipos de "serviços".

De resto, a citada lei, no art. 43, estatui que "*cada serviço notarial ou de registro funcionará em um só local ...*"; no art. 39, § 2.º estabelece que "extinta a delegação

... a autoridade competente declarará *vago o respectivo serviço*, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente ...".

6. Trata-se, portanto, de uma complexa divisão de unidades competenciais cujo "provimento" (§ 3.º do art. 236) se faz por delegação ao cabo de concurso público (ou de remoção para os que já as titularizem). Com efeito, o que está em causa são unidades múltiplas, determinadas, individuadas e que, na expressão do referido § 3.º do art. 236 da CF, se constituem, cada qual, em uma "serventia" notarial ou de registro nas quais devem ser investidos titulares de poderes públicos. De resto, ditas serventias, sempre de acordo com o mesmo preceptivo, não poderão ficar "vagas" por mais de seis meses, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção (iguais expressões também se encontram no art. 16 da mencionada lei federal).

É visível, então – é claro a todas as luzes –, que a possibilidade de ocorrerem "vagas" está a indicar que as mencionadas "serventias" são efetivamente identificadas unidades de organizações técnicas e administrativas, cada qual uma ubicação *a se stante* e preexistente a seu preenchimento. O que se quer neste passo encarecer é que a delegação de que fala o art. 236 da CF pressupõe as sobreditas unidades não sendo, pois, simples e ocasionais ramificações *indeterminadas*, dissolvidas na globalidade da atividade notarial e registral do Poder Público, carentes de especificação individualizadora, cuja falta poderia, quiçá, alimentar o entendimento desatado de que seriam suscetíveis de irromperem ou desaparecerem, a qualquer momento, como fruto de *meras decisões administrativas* que, a seu líbito, entendessem de produzir "novas delegações" ou "suprimir" as existentes.

Em suma: não se trata de sacar de uma massa indivisa de atribuições, concentradas nas mãos de uma dada autoridade (fosse ela do Executivo ou do Judiciário), um feixe de poderes que se delega ou se extingue, fazendo, dessarte, surgirem ou permitirem tais ou quais "serviços" ou "serventias" notariais ou de registro, cujas individuadas existências ficariam atreladas ao entendimento soberano de um agente público. À toda obviedade, não é isto o que resulta quer da Constituição, quer da lei expedida em atenção ao art. 236.

Com efeito, as serventias não são criadas pelo ato de delegação, nem são suprimidas nas hipóteses em que esta se extingue. Pelo contrário: as serventias antecedem a possibilidade de delegação e persistem existindo mesmo depois de cessada uma dada delegação feita a alguém para exercer a titularidade da serventia, pois têm de haver sido antes regularmente criadas tal como em Direito se criam os centros públicos de atribuições – e nesta mesma conformidade se extinguem, por igual processo, segundo o princípio geral da correlatividade de forma. Aliás, isto está claríssimo na Lei 8.935, tanto que esta distingue hipóteses de extinção da delegação e extinção da *serventia*. Assim, o art. 39 arrola os casos de extinção da delegação, prevendo que, neste caso, enquanto "vago" o "serviço" e não implementado o concurso para preenchê-lo, será designado substituto para responder por ele. Já o art. 44, perante o caso de "impossibilidade absoluta" de preenchê-lo, por desinteresse ou inexistência de candidatos ao concurso público a tanto destinado, estabelece que, em tal hipótese, "o juízo competente proporá à autoridade competente a *extinção do serviço* e anexação de suas atribuições ao *serviço da mesma natureza mais próximo ou...*"

7. Tanto a Constituição, quanto a lei a que esta se reporta, presumem, então, uma constelação de unidades prestadoras de "serviços" notariais e de registro, isto é, plexos de poderes públicos articulados cada qual em uma organização adminis-

trativa e técnica, plexos estes referidos como "serventias" que podem ficar "vagas", no máximo, por até seis meses, período que não será superado sem que sejam preenchidas por atos de "provimento", efetuados por delegação decorrente de "concurso público" ou por "remoção".

Isto é o que promana de modo inequívoco dos preceitos mencionados e que, de resto, mesmo à falta deles, ter-se-ia de depreender ante a índole e compostura das atividades em causa.

Aliás, ao cogitar do preenchimento das "vagas" em "serventias", que deverá ser feito alternadamente, duas terças partes por concurso público e uma terça parte por remoção, a teor do precitado art. 16 da Lei 8.935, seu parágrafo único expressamente indica que, para estabelecer o critério de preenchimento, tomar-se-á por base a data da vacância da "titularidade", ou, quando vagas na mesma época, "aquela da criação do serviço".

Cumpre, então, indagar como surgem, isto é, como aparecem e como desaparecem no universo jurídico tais "serviços", também nominados de "serventias", expressões estas, ambas, utilizadas na Carta Magna e no regramento infraconstitucional expedido em sua obediência, os quais – diga-se de passagem – servem-se desta última nomenclatura no § 3.º do art. 236 da CF e nos arts. 16, 22, 28, 29, I, 30, I, e nos §§ 1.º e 2.º do art. 36 da Lei 8.935.

8. O modo como surgem e como se extinguem, evidentemente, é o mesmo pelo qual se criam e extinguem os feixes unitários de competências públicas, isto é, os segmentos em que se partilha o poder estatal; a saber: *por lei.*

De fato, excluídas as disposições residentes na própria Constituição, é no Poder Legislativo que reside a força inaugural na ordem jurídica, ou seja, a criação primária do Direito. Judiciário e Executivo são órgãos aplicadores do Direito; o primeiro, ante relações controvertidas e sob provocação e o segundo "de ofício" (Administrar é aplicar a lei "de ofício", disse Seabra Fagundes).[2] Quando Judiciário ou Legislativo exercem atividade administrativa, seguem o mesmo parâmetro do Executivo.

Sendo certo e sabido que é por lei que se especificam os plexos de competências públicas, os feixes de atribuições para o desempenho de misteres públicos, resulta óbvio e de meridiana obviedade que os *serviços notariais e de registros só se criam por lei e, correlatamente, por lei é que se extinguem.* Como, notoriamente, a Constituição Brasileira de 1988 não alterou a precedente competência estadual para organização dos serviços auxiliares do Judiciário dos Estados, a Constituição Paulista, em seu art. 24, § 2.º, item 6, estabeleceu competir exclusivamente ao Governador do Estado a "iniciativa das leis que disponham sobre: *criação, alteração* ou *supressão* de cartórios notariais e de registros públicos".

9. A Lei federal 8.935 não se serve da expressão "cartórios", corrente na legislação paulista. Usa a terminologia "serviços" ou "serventias", mas, é bem de ver que nomes são meros rótulos apostos às coisas. Nenhum ser deixa de existir ou se transforma em outro pelo simples fato de ser designado por outro nome. Com ou sem tal nome, o certo é que, nos termos da citada lei (como resulta dos arts. 16 e par. ún., 20, § 5.º, 21, 27, 28, 29, I, 39, § 2.º, 43 e 44), persiste existindo o mesmo que se designa por Cartório ou Tabelionato, (terminologia esta última, aliás, utilizada no art. 20, § 4.º); isto é: unidades individuadas e havidas como "organizações técnicas e administrativas" onde se nucleiam feixes de competências e cuja existência e "vaga" é considerado pressuposto das várias con-

[2] *Controle jurisdicional dos atos administrativos.* 5. ed., Forense, 1979, p. 4-5.

cretas delegações (art. 16) necessárias para que sejam providos os "titulares": expressão reiteradamente utilizada, como se vê nos arts. 5.º; par. ún. do art. 16; 17; 20, § 5.º; 21; 36, §§ 2.º e 3.º).

De resto, tais titulações genéricas, quais as da lei federal, também não significam empeço a que as normas estaduais lhes aponham designações diversas ou conservem as anteriores. Antes, coadunam-se inteiramente com o sentido do regramento federal, qual seja o de estabelecer as disposições demandadas pelo art. 236 da CF sem interferir com a legislação estadual de simples organização de tais serviços, com o que deixou sobreviventes normas estaduais não colidentes com seus preceitos e, pois, mantidas as nomenclaturas utilizadas em cada Estado para designar os diversos "serviços ou serventias".

10. À toda evidência e de fora parte o art. 24, § 2.º, 6, da Constituição Paulista, nem Executivo, nem Judiciário poderiam, mesmo, criar ou suprimir "serviços notariais e de registro".

Sem dúvida, a atividade desempenhada em tais serventias é atividade administrativa, pois consiste em "garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos" (art. 1.º da Lei 8.935). Ora, é sabido que a Administração é atividade "infralegal", de mero cumprimento de lei. Deveras, a Administração além de não poder agir *contra legem* ou *praeter legem*, só pode atuar *secundum legem*, como bem o disse Stassinopoulos.[3] Com efeito, trata-se de função caracterizada por consistir na emissão de comandos "complementares à lei", segundo a felicíssima dicção de Alessi, que ressalta seu caráter de subordinação à função legislativa, não só porque a lei pode estabelecer proibições ou vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza, sobreposse em matéria jurídica.[4] Daí haver Afonso Rodrigues Queiró, o eminente mestre coimbrão, observado que a Administração "é a *longa manus* do legislador"[5] e que "a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais".[6] Merece ainda registro a excelente síntese contida na seguinte frase de Fritz Fleiner: "Administração legal significa então: Administração *posta em movimento pela lei* e exercida nos limites de suas disposições".[7] Entre nós Hely Lopes Meirelles exprime a seguinte lição: "Enquanto na atividade particular é lícito fazer tudo o que a Administração não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".[8] De resto, a Constituição brasileira, sobre consagrar no art. 37 o princípio da legalidade como subordinante da Administração, deixa claro, no art. 84, IV, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, autoridade máxima da Administração na órbita federal, existem para "fiel execução das leis".

Assim, é claro a todas luzes que, mesmo sendo a atividade notarial e de registro de natureza administrativa, jamais o Executivo poderia, *sponte propria*, instaurar no universo jurídico serviços desta ordem, pois isto corresponderia a inovar inicialmente na ordem jurídica, ou seja, implicaria compor, por si mesmo, "plexos unitários de competências", centros de manifestação de poderes públicos, o que, evidentemente lhe seria defeso pelo princípio da legalidade, já que sua função é a de

(3) *Traité des actes administratifs*. Athenas : Librairie Sirey, 1954, p. 69.

(4) Op. cit., p. 9.

(5) *Estudos de direito administrativo*. Coimbra : Atlântica, 1968, p. 9.

(6) *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder*. Coimbra, 1940, p. 19.

(7) *Principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, p. 87.

(8) *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed., RT, 1989, p. 78. t.

implementar previsões legais e não a de "instaurar" unidades expressivas de poderes públicos. Ora bem, assim como ao Executivo faleceriam poderes para criar serviços notariais e de registro, *a fortiori*, falecer-lhe-iam poderes para extingui-los, até mesmo porque fazê-lo implicaria contrariar o que fora disposto por lei, isto é, insurgir-se contra a lei, desfazendo o que ela fizera.

11. Se é claro, então, que o Executivo careceria radicalmente de poderes para criar ou extinguir serventia, mais claro ainda é que faleceria ao Judiciário título para tanto. De um lado, ditos serviços, manifestamente administrativos, nada têm a ver com a natureza das funções próprias do Judiciário. Apenas por uma tradição, de resto, felicíssima tradição (já que o Judiciário é, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, o melhor, o mais isento, o mais técnico e o mais confiável dos três Poderes, ao menos entre nós) é que são havidos como órgãos auxiliares dele. De outro lado, a missão típica do Judiciário é, quando suscitado, dirimir controvérsias com força de coisa julgada, *nada tendo a ver, pois, com a criação ou supressão de unidades administrativas*, isto é, de centros subjetivados de poderes públicos não legislativos nem jurisdicionais e também não integrados na intimidade de seu aparelho, pois são serviços exercidos em caráter privado e por delegação (de atividade pública). De fato, nada concorreria para que se lhe reconhecessem tão abstrusos poderes.

Assim, mesmo à falta do disposto no art. 24, § 2.°, item 6, da Constituição Paulista, evidentemente ter-se-ia de reconhecer que ditos serviços *só por lei poderiam ser criados e extintos*, tanto mais porque, como de todos é sabido, ao Legislativo é que compete produzir as normas primárias, as delineadoras dos feixes de poderes públicos previstos constitucionalmente. De resto, é expressa a Constituição Federal tanto ao dispor, no art. 2.°, que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", (e assim, correlatamente, terá de ser nos Estados, por força do art. 25 da Lei Magna, já que o preceito transcrito tem o caráter de princípio da organização nacional), quanto ao estabelecer no art. 48 que ao Congresso compete dispor sobre todas as matérias de competência da União e assim (correlatamente) iguais atribuições assistem às Assembléias Legislativas. É certo, ademais que tal preceptivo irroga ao Legislativo dispor especialmente sobre "organização administrativa e judiciária (...)" (inc. IX) e "criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas" (inc. X).

Ninguém contenderá a assertiva curial de que o que é delegado aos notários e registradores é o exercício de uma "função pública", assim como ninguém contenderá que o conjunto de "serviços" desta natureza corresponde a uma "organização administrativa" ou, se se quiser, também "judiciária", na medida em que considerada serviço auxiliar do Judiciário.

12. Ora bem, o que concerne ao Poder Judiciário no que atina a tais serviços e seus delegados – de fora parte disposições da legislação estadual não colidentes com as normas a que está adstrita – é o que está expresso no art. 236, § 1.°, da CF, e na Lei 8.935 de 18.11.1994.

De acordo com o citado § 1.°:

"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*".

A teor da Lei 8.935, compete ao Poder Judiciário realizar os concursos públicos para provimento de tais serviços (art. 15) e, através do Juízo competente, fixar os dias e horários em que serão prestados os serviços notariais e de registro (art. 4.°); receber o encaminhamento feito pelo titu-

lar dos nomes de seus substitutos (art. 20, § 2.°); resolver as dúvidas levantadas pelos interessados e que lhe serão encaminhadas pelos notários e registradores (art. 30, XIII); fixar as normas técnicas de obrigatória observância naqueles serviços (art. 30, XIV); aplicar aos notários e oficiais de registro, em caso de infrações disciplinares, assegurada ampla defesa, as penalidades previstas de repreensão, multa, suspensão e perda da delegação (art. 34 c/c. 31, 32 e 33), dependendo esta última de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo, assegurado amplo direito de defesa (art. 35), bem como, designar interventor para "responder pela *serventia*" (arts. 35, § 1.° e § 1.° do 36) quando suspendê-lo preventivamente (art. 36 e § 1.° do art. 36); exercer, através do juízo competente, como tal considerado aquele assim definido na órbita estadual ou distrital, a fiscalização dos atos notariais e de registro, sempre que necessário ou quando da inobservância de obrigação legal destes agentes ou seus prepostos (art. 37); remeter ao Ministério Público cópias e documentos necessários à denúncia, quando em autos ou papéis que conhecer, verificar a existência de crimes de ação pública (parágrafo único do art. 37); zelar para que os serviços notariais ou de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente planos de adequada e melhor prestação deles (art. 38); propor à autoridade competente a extinção do serviço notarial ou de registro e anexação de suas atribuições a outro da mesma natureza, quando verificada a "absoluta impossibilidade de se prover por concurso público a titularidade" dele, "por desinteresse ou inexistência de candidatos" (art. 44).

Estas – e só estas – são as atribuições que o art. 236 da Constituição ou a Lei 8.935 assinaram ao Poder Judiciário em matéria de serviços notariais ou de registro. Outras atribuições somente podem ser derivadas da anterior legislação estadual pertinente e dos atos normativos com base nela expedidos, desde que compatíveis com os diplomas referidos, bem como os que, sob igual pressuposto, vierem a ser produzidos (leis ou atos normativos). O que não se poderia – como é claro a todas as luzes – seria extrair novas atribuições do nada ou – o que lhe seria equivalente – do simples intento dos órgãos judiciários.

13. É óbvio, ademais, que os arts. 38 e 44 da Lei 8.935 em nada corroboram entendimento diverso daquele que se vem de expor. Com efeito, o primeiro dos preceptivos em apreço estatui que o juízo competente "poderá sugerir à *autoridade competente* a elaboração de planos de adequação e melhor prestação desses serviços" (os notariais e de registro) e o segundo deles dispõe que "o juízo competente proporá à *autoridade competente* a extinção do serviço e a anexação de suas atribuições ao serviço da mesma natureza mais próximo ou àquele localizado na sede do respectivo Município ou de Município contíguo".

A expressão "autoridade competente", à toda evidência, é perfeitamente indefinida. Nunca se ouviu de quem quer que fosse a assertiva de que o qualificativo "competente", aposto à expressão autoridade, queira significar "autoridade do Poder Judiciário". Antes, é notório que se usa de tal modo de dizer quando, deliberadamente, não se quer, em dado entrecho, especificar a autoridade à qual se está fazendo referência. Exatamente em face da aludida expressão pode-se ter como certo que em nenhum destes artigos existe sugestão alguma de que o Judiciário possa *criar ou extinguir serventias*. Logo, de tais preceptivos só se poderia colher conclusão desta ordem se, por outras razões (nunca pelo que consta dos artigos em pauta) já fosse autorizado dito entendimento.

Com efeito, do fato de que o juízo competente possa sugerir "à autoridade com-

petente" planos de melhoria do serviço, ainda que, *in casu*, dita autoridade seja do Poder Judiciário, segue-se apenas que aquele que for, no Judiciário, o competente, se acolher a sugestão, tomará as providências "cabíveis", isto é, exercitará os poderes que tenha e não poderes que não possua. Logo, se as medidas propostas estiverem dentro de sua alçada, poderá adotá-las. Se, pelo contrário, forem atinentes ao Executivo ou ao Legislativo, caber-lhe-á, tão-somente, se encampar o que foi proposto, sugerir, a quem possa adotá-las, que o faça.

Assim, também, do fato do juízo competente dever propor à "autoridade competente" a extinção das atribuições de dada serventia para irrogá-las a outra – quando seu preenchimento, por concurso público seja impossível, por desinteresse de terceiros se candidatarem à vaga – decorre apenas que tal proposta de extinção terá de ser considerada pela "autoridade competente", não havendo nisto definição alguma de que o titulado para extingui-la seja o Judiciário. Aliás, na hipótese vertente, a sugestão extraível do texto é, precisamente, em sentido contrário. Isto porque, como é o próprio Poder Judiciário quem realiza o concurso – e não o juízo tal ou qual – segue-se que só ele mesmo, verificado o desinteresse pelo certame, poderia fazer tal proposta para extinção das atribuições de dada serventia e sua incorporação às de outra. Como não teria sentido que o Judiciário propusesse a si próprio tal extinção é bem de ver que terá de propô-la a *outrem*.

De resto, mesmo adotando-se uma interpretação literal do dispositivo (a qual, na hipótese em foco, seria manifestamente rebarbativa), isto é, a de que a proposta mencionada será feita pelo juízo específico a que estiver adstrita a serventia, e que, pois, deverá encaminhá-la à "autoridade competente" para extinguir as atribuições do serviço, nem por isto ficaria autorizada a conclusão de que o ato extintivo seria de competência do próprio Poder Judiciário. É que, sabidamente, diante do princípio da hierarquia, os que se encontram em patamar hierárquico menor, devem encaminhar sugestões ou propostas, ainda que obrigatórias, através de seus superiores. Contudo, no encaminhamento a superiores hierárquicos da proposta tal ou qual não vai implicado que estes possam decidir o assunto em tela por si mesmos, visto que, conforme o caso, poderão apenas avalizar o proposto para fins de submetê-lo a quem de direito. Logo, a circunstância de que o juízo competente devesse dirigir a escalão mais elevado a proposta em foco, nada significaria senão o próprio cumprimento de um princípio comum de hierarquia administrativa e não irrogação de competência ao Poder Judiciário para extinguir serventia.

Para tanto seria preciso muito mais do que o constante do preceptivo em causa.

14. Acresce, finalmente, que, mesmo se o sentido da regra em apreço fosse desmesuradamente forçado, o máximo que se conseguiria dela extrair seria a intelecção de que *em uma única e específica hipótese* – a de concurso deserto – ficaria aberta uma exceção à regra geral de que só por lei se extinguem serventias. Com efeito, intérprete avisado jamais sacaria de um dispositivo que cogita de hipótese peculiaríssima, conclusão extensiva para a generalidade de casos. Menos ainda arrojar-se-ia a tanto se, para fazê-lo, tivesse de atribuir-lhe o condão de fulminar todo um sistema jurídico estabelecido, de subverter o princípio conhecido como o da "reserva legal" e de atribuir-lhe o formidável impacto de reduzir o âmbito de abrangência de uma regra de estatura constitucional manifestada de maneira clara, explícita e sem contenções, qual a do art. 24, § 2.º, 6, da Constituição Paulista. Cumpre não perder de vista a lição de Carlos Maximiliano:

"Em todo caso, o hermeneuta usa, mas não abusa da sua liberdade ampla de interpretar os textos". (*Interpretação e aplicação do direito*, 1933, Porto Alegre : Livraria do Globo, 2. ed., p. 169).

De toda sorte, como dito, nem o art. 38 nem o art. 44 comportariam exegese capaz de conferir ao Judiciário o poder de extinguir serventias, tanto mais porque, de fora parte as considerações que se vem de fazer, contenderiam, à generala, com razões de grande tomo precedentemente expostas.

Em face do exposto, as indagações da Consulta podem ser examinadas sem qualquer dificuldade, visto que ou já se encontram implantadas as bases necessárias para fazê-lo ou já foram praticamente respondidas ao longo do que foi dissertado com estribo nos textos pertinentes.

As indagações da consulta

15. A primeira indagação questiona se o ato de delegação para provimento dos serviços notariais ou de registro cabe ao Poder Judiciário, tendo em vista que a ele compete fiscalizar ditos serviços e (§ 1.º do art. 236 da CF e arts. 37 e 38 da Lei 8.935), assim como, a título de penalidade, cassar delegações conferidas a notários e registradores e (art. 32, IV, c/c. 35, I e II).

Já se viu, longamente, quais as atribuições conferidas pela Constituição e pela Lei 8.935 ao Poder Judiciário e entre elas (basta ler os dispositivos referentes) não está mencionado ou sequer insinuado o poder de efetuar tais delegações. De um lado, fiscalizar os atos de alguém é, quer do ponto de vista lógico, quer do ponto de vista semântico, quer do ponto de vista jurídico, atividade absolutamente distinta de prover o fiscalizado nas competências cujo exercício será objeto de delegação. Não se tem notícia de alguém que haja feito confusão entre estas duas coisas.

De outro lado, verifica-se que no art. 15 a mesma lei atribuiu ao Poder Judiciário o encargo de realizar os concursos públicos para provimento das serventias, sem, contudo, referir que lhe competiria efetuar os provimentos conseqüentes, o que já é, de per si, significativo; ou seja: revelador de que não pretendeu adotar tal solução. Com efeito, na conformidade da legislação estadual existente à época da Lei 8.935, tanto como em toda a tradição legislativa precedente, os provimentos não eram feitos pelo Judiciário, mas pelo Executivo, donde, parece óbvio que, se fosse intento da lei federal produzir ou determinar tão radical alteração no sistema anterior, tê-lo-ia dito e, ademais de modo claro e explícito. Seria, pois, absurdo e desatado atribuir ao seu silêncio no particular, o surpreendente efeito de destituir o Executivo de uma competência que não lhe contestou e atribuir ao Judiciário uma competência que este dantes não possuía.

Se a isto acrescentar-se que previsão neste sentido existiu no texto (art. 2.º) que haveria de converter-se na lei em apreço, mas foi vetado pelo Executivo e mantido o veto pelo Legislativo – de sorte que nela recusou-se a adoção de tal solução – resulta da mais solar evidência que não há acrobacia hermenêutica capaz de convencer algum intérprete isento de que se deva extrair dos dispositivos desta mesma lei competência para o Judiciário efetuar tal delegação.

Aduza-se, ainda, que é notório princípio de exegese não presumir que disposições normativas novas infirmam as precedentes, sobreposse quando implicam rompimento com larga tradição legislativa anterior, a menos que isto resulte clara e induvidosamente dos termos do regramento superveniente. Extrair esta conseqüência do mero silêncio, então, já é uma liberdade inadmissível. Veja-se ao propósito a lição de Black o sumo mestre de exegese:

"A interpretação de uma lei deve, pois, ser feita de maneira a evitar qualquer mudança nas leis anteriores a menos que

isto veja necessário para tornar efetivo seu específico propósito".[9]

Em abono e suplementação deste entendimento colaciona a seguinte passagem jurisprudencial:

"E a produção de uma legislatura não deve ser aligeiradamente (*lightly*) presumida como havendo tido a intenção de infirmar o estatuído pelos predecessores ou (a intenção) de introduzir mudança fundamental em princípios legais por longo tempo estabelecidos".[10]

E ainda:

"É improvável, no mais alto grau, que a legislatura tivesse subvertido princípios fundamentais, infringido direitos ou se afastado do sistema geral da lei, sem que haja expressado suas intenções com irresistível clareza; e atribuir quaisquer destes efeitos a expressões gerais, simplesmente porque em seu sentido estreito e talvez natural possuam tal significado, seria atribuir-lhes um sentido no qual não foram efetivamente utilizados".[11]

Por outra parte, se ao Judiciário cabe cassar a delegação, decretando-lhe a perda, daí não se tem porque extrair que a delegação seja ato de sua alçada. Antes, a cassação, por ser penalidade, talvez pudesse ser compreendida como uma conseqüência do poder de fiscalizar e – note-se –, ainda assim, a lei reputou *necessário explicitar* que ao Judiciário caberia aplicar as sanções. Logo, se mesmo no que concerne a uma presumível decorrência do poder de fiscalizar a lei considerou que teria de ser expressamente irrogada ao Judiciário, para deixar-lhe firmada a competência em tal matéria, como pressupor, então – e, ademais, em contradita com a legislação precedente – que, no silêncio da lei, assistir-lhe-ia também o poder de praticar o ato de delegação, o qual nem é decorrência do poder de sancionar e nem está logicamente nele implicado?

16. O segundo tópico da consulta indaga se resulta implicado no sistema instaurado pelo art. 236 da Constituição e na própria Lei 8.935 – onde não há menção a "cartórios" – que a instauração de novos serviços e a supressão dos existentes pode ser feita independentemente de lei que os crie ou extinga, efetuando-se por mera decisão do Poder Judiciário, bastando-lhe, arrimado em motivos de conveniência, decidir administrativamente instituir as delegações que reputasse necessárias, após concurso público que entendesse de abrir para constituí-las, cabendo-lhe, também, pelas mesmas razões, suprimir serviços existentes e confiar o "respectivo acervo" a outro delegado. Pergunta, ainda, se os arts. 38 e 44 da lei referida corroborariam tal entendimento e caso sejam afirmativas as respostas ao indagado, se, então, haver-se-á de entender que o art. 24, § 2.º, 6, da Constituição Paulista tem seu âmbito de aplicação restrito às serventias cuja existência jurídica se encontrasse respaldada no art. 32 do ADCT da CF.

Já se expôs, amplamente, que, ao contrário do suposto na pergunta, a Constituição e a Lei 8.935 não fizeram desaparecer as unidades conhecidas como "cartórios" e que, não tendo se servido de tal expressão, valeram-se de outras para referir tais específicas e individuadas unidades que concentram plexos de atribuições públicas a serem exercidas em caráter privado. Assim, de par com a terminologia "serviços", a Constituição valeu-se da expressão *serventia* para nomear o gênero (§ 1.º do art. 236 da CF) e o mesmo o fez a lei inúmeras vezes (arts. 16, 22, 28, 29, I, 30, I e §§ 1.º e 2.º do art. 36), utilizando, ainda, o *nomen juris tabelionato* (art. 24, § 1.º) ao se reportar a uma das espécies delas. Nem por esta última circunstância alguém imaginaria que os Tabelionatos

[9] Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws. West Publishing Co., 1896, p. 110, n. 52.

[10] Op. cit., p. cit.

[11] Idem, ibidem.

foram mantidos e todas as outras variedades de serventias perderam entidade.

17. Contudo, independentemente desta questão simples, que é a da irrelevância, em si mesmas, das nomenclaturas, já que as palavras são meros rótulos que apomos as coisas, como o disse Gordillo, citando Hospers,[12] o certo é que resulta esplendorosamente claro, seja da Constituição, seja da lei regulamentadora do art. 236, que, tanto como existiam, persistem existindo e terão de existir individuadas unidades que sintetizam plexos de atribuições. Por isto a lei fala, no art. 43, em "cada serviço notarial ou de registro".

Assim, a existência de tais unidades que são as serventias ou serviços é condição e pressuposto de seus "provimentos" (§ 3.º do art. 236 da CF e 16 da lei), pela investidura de "titulares" (arts. 5.º; par. ún. do 16; 17; 20, § 5.º; 21; 27; 36, §§ 2.º e 3.º, e 44 da lei), na qualidade de delegados investidos nas funções do "serviço" ou "serventia". Daí a referência legal a manter em ordem documentos de "sua serventia" (art. 30, I). Por isto, de resto, a Constituição fala em "serventia *vaga*" (§ 3.º do art. 236 da CF e 16, da lei) ou "serviço *vago*" (art. 39, § 2.º) ou em "*desmembramento ou desdobramento* de sua serventia" (art. 29, I). Além disto, a lei menciona **hipótese de suspensão do titular do serviço** em que será designado "*interventor* para responder *pela serventia*" (art. 35, § 1.º).

Aliás, como dantes se observou, a lei é expressa em referir que existe uma "criação do serviço", em si mesmo considerado, e a ela faz referência explícita no art. 16, par. ún.

Finalmente, é certo também que a lei distingue claramente entre extinção da "delegação" e extinção da "serventia" ou "serviço", no que se revela, ainda outra vez e de modo inconfutável, que se trata de coisas diversas. Com efeito, no art. 32, IV, no 35 e no 39, a lei trata da "perda" ou "extinção da "*delegação*" e no art. 44 cogita da "extinção *do serviço*" propriamente dito, ambos concebidos, à toda evidência, como realidades jurídicas diferentes, tanto que, "extinta a delegação a notário ou a oficial de registro a autoridade competente declarará *vago o respectivo serviço*, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente *e abrirá concurso*" (art. 39, § 2.º, precitado).

18. Demais disto e na conformidade do quanto dantes se expôs (notadamente nos itens 8, 10, 11 e 12 deste parecer), é óbvio que faleceria ao Judiciário o poder jurídico, tipicamente legislativo, de criar ou suprimir as referidas individuadas unidades constitutivas de plexos unitários de competências administrativas públicas, a menos que a própria Constituição lhe houvesse inequivocamente investido em tais atribuições atípicas, o que, de resto, nem ela nem a lei federal o fizeram. Dos arts. 38 e 44 da lei, nem mesmo forçando a exegese ao limite máximo, poder-se-ia extrair conclusão desta ordem, porque ambos se referem a autoridade "competente", expressão neutra, que em parte alguma significa "autoridade do Poder Judiciário". De resto, se fosse de admitir – e não o é – que o art. 44 conforta tal entendimento, sê-lo-ia, de resto, única e exclusivamente para a hipótese excepcional e específica de serventia vaga e para a qual não houvesse candidatos em concurso aberto para preenchê-la, caso em que abrir-se-ia uma exceção à regra geral de que só por lei se extinguem serventias. Donde, não havendo nem a Constituição nem a lei bulido com o sistema básico precedente, nem desinvestido os Estados de competência na matéria, a Constituição Paulista, em seu art. 24, § 2.º, 6, no exercício das correspondentes prerrogativas autonômicas (art. 25 e § 1.º da CF: "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem,

[12] Agustin Gordillo. *Tratado de derecho administrativo*. Macchi, 1974, p. 1-2.

observados os princípios desta Constituição" e "São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição") estabeleceu, como já se averbou, que ao Governador do Estado compete exclusivamente a iniciativa *das leis* que disponham sobre: "*criação, alteração ou supressão* dos cartórios notariais e de registros públicos".

Acrescente-se que, à toda evidência, tal preceito não poderia ter seu âmbito restrito às serventias a que alude o art. 32 da CF, pela simples razão de que o art. 24, § 2.°, 6, da Constituição do Estado, não fez, não sugeriu ou insinuou, ressalva alguma quanto ao seu âmbito de abrangência e também porque não teria razão alguma para fazê-lo! Com efeito, mesmo que a Constituição Federal ou a lei a que se reporta o art. 236 houvessem abolido a expressão "cartório" – e o mero fato de não se valerem dela de modo algum autorizaria depreender que a aboliu do Direito e muito menos que aboliu o que com ela se representava – em nada interferiria com o alcance do dispositivo da Constituição Paulista que os menciona.

19. Como anotação postremeira, convém observar que o art. 236 da Constituição e, na conformidade dele, a Lei 8.935, não vieram trazer alterações essenciais na sistemática anterior. Ou seja: o fato de qualificarem notários e registradores como exercentes, em caráter privado, de funções públicas de modo algum aporta inovação à realidade jurídica precedente. Pelo contrário. No preceptivo constitucional em pauta há, simplesmente, a confirmação daquilo que os notários e registradores já eram e continuaram sendo. Assim, no art. 236 registra-se tão-só uma obviedade sobre a qual a doutrina não tinha a menor dúvida. A Lei Magna, houve por bem, tão-só, explicitar e confirmar as dicções da doutrina, prevenindo eventuais equívocos de desavisados ou pessoas carentes de maior conhecimento técnico-jurídico na área do direito público.

De fato, muito antes da Constituição de 1988, o Professor e Desembargador do Egrégio TJSP, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, procedera a uma completa sistematização dos agentes públicos, na qual deixava esclarecido que notários e registradores eram *delegados de ofício público*.[13] Vale transcrever lições suas, emitidas bem ao propósito de prevenir confusões entre eles e funcionários:

"Na realidade, os titulares de ofícios de justiça são titulares de ofícios públicos, como a própria expressão declara, e, portanto, *delegados do poder público* para o desempenho de funções de efeitos jurídicos.

(...)

Por isso em vez de perceberem vencimentos dos cofres públicos, *esses delegados de ofício público* recebem, pela atividade jurídica realizada, custas ou emolumentos, pagos pelas partes interessadas. É o caso dos tabeliães de notas, de escrivães e de escreventes de registros públicos, de títulos ou de imóveis, dos escrivães de justiça"(grifos nossos).[14]

E pouco adiante:

"A distinção entre o agente público e o delegado de função ou ofício público e o de obra ou serviço público, está em que o funcionário age em nome e por conta do Estado, enquadrado dentro da sua organização administrativa, e o delegado em nome e por conta própria. Por isso aquele recebe o competente estipêndio, pago pelos cofres do Estado, e o último recebe custas ou emolumentos, taxas ou tarifas, dos particulares que auferem os benefícios do exercício das suas atividade, de ordem jurídica ou material, respectivamente".[15]

(13) Cf. Teoria dos Servidores Públicos. *Revista de Direito Público* n. 1, jul.-set. de 1967, p. 40 *et seq.* e, posteriormente, com ampla defença, em seus *Princípios de direito público*, Forense, 1974, v. II, p. 277 a 371.

(14) Princípios, v. cit., p. 367.

(15) Op. e v. cits., p. 368.

Acompanhando as dicções do mestre, em obra monográfica, apostilamos em 1972:

"Quando a escrivania de justiça não é oficializada, seus titulares e empregados não são funcionários públicos nem se devem considerar a eles assimilados. Os titulares de tais ofícios são "particulares em colaboração com a administração, na condição de *delegados de ofício público*. Os empregados de tais agentes públicos, salvo se ocupantes de cargos, criados por lei, retribuídos diretamente pelos cofres públicos e nomeados por autoridade integrada nos quadros estaduais, também não são funcionários, mas apenas empregados.

Tudo o que foi dito das escrivanias de justiça, seus titulares e auxiliares, *mutatis mutandi*, se aplica aos titulares das outras serventias públicas e respectivos dependentes administrativos, *como é o caso dos tabelionatos e cartórios de registro*, por exemplo. Na matéria, acompanhamos integralmente a precisa lição do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (v. Teoria das servidores públicos, *RDP*, v. I, especialmente p. 52-53)".[16]

Assim também, ainda em 1978, Hely Lopes Meirelles averbava:

"*Agentes delegados* são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e a realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante.

Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, *os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados*, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, e demais pessoas que recebem *delegação* para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo (*Direito administrativo brasileiro*, 6. ed., RT, 1978, p. 60-61 – o primeiro e o último grifos são do original).

Como se vê, assinalava-se, dantes como hoje, a mesma qualificação jurídica para os agentes em apreço. Aliás, tal regime é tradicional e não apenas no Brasil, tanto que, na Itália, Renato Alessi, tratando da variedade de exercentes de atividade pública, observava que:

"(...) o Estado se vale, às vezes, como sujeitos auxiliares de sua ação administrativa, também de sujeitos privados, os quais, ainda que não entrem no âmbito da administração pública de um ponto de vista subjetivo, na medida em que, como se verá, *conservam a qualidade de sujeitos privados*, conquanto sem dúvida estejam postos na condição de sujeitos (sujeitos auxiliares também eles) de função administrativa".[17]

Entre estes sujeitos que não integram subjetivamente à administração, refere diversas categorias, das quais:

"Há, em primeiro lugar, a categoria dos *profissionais* encarregados de uma função pública: típico exemplo, *os notários* (...)".[18]

No mesmo sentido é a lição de Enzo Capaccioli, que também colaciona os notários como exemplo de sujeitos exercentes de função pública que não integram a Administração Pública em sentido subjetivo.[19]

Aliás, esta sistematização das diversas variedades de exercentes de atividade

(16) *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. RT, 1973, p. 9.

(17) *Principi di diritto amministrativo*, 4. ed., Giuffrè, v. I, 1978, p. 34, grifo nosso.

(18) Op. cit., v. cit., p. 73 – o primeiro grifo é do original.

(19) *Manuale di diritto amministrativo*. Cedam, 1980, p. 228 a 230.

pública é antiga e largamente disseminada. Assim, pode-se encontrá-la igualmente em autores muito anteriores aos citados, como em Santi Romano e Guido Zanobini, para mencionar apenas alguns dos mais ilustres e conhecidos entre nós.

20. Em suma: a Constituição Federal, no art. 236, não engendrou qualquer novidade na configuração da relação estatal entre notários e registradores. Unicamente declarou-a às expressas. Segue-se que não há como ou porque extrair dele ou da lei que o regulamentou pretensas mudanças de sistemática e imaginárias transformações radicais em relação ao sistema precedente.

Ao fim e ao cabo pode-se dizer que as perguntas formuladas na Consulta embasam-se em hipóteses interpretativas que não podem merecer qualquer acolhida, pois pressupõem rumos exegéticos que parecem fruto de um puro subjetivismo, exprimindo desatenção flagrante à oportuna advertência do precitado Carlos Maximiliano, nosso supino mestre de hermenêutica, segundo o qual:

"Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de *forçar a exegese* e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou sentir individual, desvairado por ogerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos" (*Interpretação e aplicação do direito*, 2. ed., Livraria do Globo, 1933, p. 118).

21. Isto posto, às indagações feitas responde-se:

I – Não é ao Poder Judiciário, mas ao Poder Executivo, que compete praticar o ato de delegação para provimento dos serviços notariais e de registro. Não se encontra no art. 236 da Constituição, nem na Lei 8.935, qualquer comando neste sentido. Sabe-se, ademais, que dispositivo com tal conteúdo – e que constava do projeto da citada lei foi vetado e o veto confirmado pelo Poder Legislativo. Outrossim, nem o poder de fiscalizar, nem o de cassar delegações a título de penalidade trazem implicados em si o poder de investir os sujeitos que titularizarão tais serviços. Donde, não seria por força deles que se depreenderia modificação do regime anterior. É que, nos termos da legislação paulista competente, tal poder assiste ao Poder Executivo e – conforme notório princípio hermenêutico – não se presume que disposições normativas novas infirmam as precedentes, principalmente quando romperiam com larga tradição legislativa anterior, a menos que isto resulte clara e induvidosamente dos termos do regramento superveniente.

II – Nem o art. 236 da Constituição Federal, nem a Lei 8.935 e muito menos a ausência do uso da expressão "cartórios" avalizariam o entendimento de que os serviços notariais ou de registro são o mero produto de delegações (dotadas de virtualidade para instaurar-lhes a existência jurídica) cujas extinções produziriam a supressão dos próprios serviços. Inversamente, resulta da própria Constituição e de numerosíssimos dispositivos da lei a confirmação de que as delegações não se confundem com os "serviços ou serventias" (§ 3.º do art. 236 da CF e arts. 16, 22, 28, 29, I, 30, I e §§ 1.º e 2.º do art. 36 da Lei 8.935) ou "tabelionatos" (art. 24, § 1.º, da mesma lei) – e nominá-los assim vale o mesmo que nominá-los cartórios. Tanto que a lei e a Constituição falam em serventias "vagas" (§ 3.º do art. 236 da CF, arts. 16 e 39, § 2.º, da lei) e em "desmembramento ou desdobramento" delas (art. 29, I). Ademais os textos referem-se a seus "provimentos" (§ 3.º do art. 236 da CF e 16 da lei) e a "titulares" destes serviços (arts. 5.º; par. ún. do 16; 17; 20, § 5.º; 21; 27; 36, §§ 2.º e 3.º, e 44 da lei). Acresce, ainda, que expressamente menciona "cria-

ção do *serviço*" (art. 16, par. ún.) e também distingue entre perda da delegação (art. 32, IV, no 35 e no 39) e "extinção do serviço" (art. 44). Em conseqüência de tudo isto revela-se destituída de qualquer pretenso suporte a rebarbativa hipótese de que a criação ou extinção de tais serviços possa prescindir de lei que assim o decida. Antes, é perfeitamente claro que tais efeitos jurídicos só por lei podem ser produzidos, não só porque criação de centros unitários de competências públicas envolve poderes legislativos (e, inversamente, a extinção envolve uma contraposição ao que dela decorre), como porque o art. 236 da CF e a Lei 8.935 nem sugerem nem insinuam a outorga de tais atribuições atípicas ao Judiciário, sendo inconsistentes quaisquer tentativas de orientar a intelecção dos arts. 38 e 44 neste sentido. Reversamente, ambas – Constituição e lei – foram claras em cifrar as competências deste Poder à fiscalização dos sobreditos serviços. Acresce que o dispositivo constitucional em apreço, ao configurar notários e registradores como delegados de serviços públicos, nenhuma alteração trouxe à precedente natureza da relação entre eles e o Poder Público, visto que já possuíam esta mesma configuração, conforme esclareciam os doutrinadores que se ocuparam do tema. Logo, daí não poderia derivar subversão do sistema precedente e menos ainda ao ponto de autorizar exegese que implicasse infirmar a amplitude do que a Constituição Paulista, no exercício da autonomia estadual (art. 25 e § 1.º da CF), dispôs em seu art. 24, § 2.º, 6, ao estabelecer, sem restrição alguma, que a criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos dependeria de *lei* de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, espancando, dessarte, qualquer dúvida ou entredúvida que se quisesse armar a respeito.

É o meu parecer.

3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção, Organização e Ementas

SÉRGIO JACOMINO

3.1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPETÊNCIA. Registro da penhora determinado em execução trabalhista. Obstáculo criado pelo serventuário com amparo em decisão proferida pelo Juiz corregedor permanente da Comarca.

Ementa: Não é dado ao Juiz correcional, no exercício de sua função administrativa, opor-se ao que fora ordenado sob o império de decisão proferida em feito jurisdicionalizado. Precedente do STJ.

Conflito conhecido, declarada competente a suscitante.

CComp. 21.413/SP – 2.ª S. – STJ – j. 14.04.1999 – Rel. Min. Barros Monteiro

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente a Primeira Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro Barros Monteiro, os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Carlos Alberto Menezes Direito, Bueno de Souza, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Vencido o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 14 de abril de 1999 (data do julgamento). Ministro Waldemar Zveiter, Presidente – Ministro Barros Monteiro, Relator p/ Acórdão.

EXPOSIÇÃO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*: A 1.ª Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP, em execução de sentença trabalhista, determinou ao 1.º Cartório do Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Franca-SP, o registro da penhora levada a cabo nesse feito, incidente sobre o imóvel matriculado sob o n. 50.545.

O mandado foi devolvido pelo serventuário, que deixou de cumpri-lo, ao fundamento de que, encontrando-se o imóvel em questão gravado de hipoteca, decorrente de cédula de crédito industrial, seria ele impenhorável à luz do art. 252 da Lei de Registros Públicos.

A Junta obreira proferiu decisão reconhecendo a penhorabilidade do bem, "em face do crédito trabalhista, por força da preferência de que este desfruta", determinando o registro da penhora.

O escrivão submeteu a matéria à apreciação do Juízo Corregedor Permanente daquela Comarca, que proferiu decisão normativa esclarecendo que o oficial do registro não estava obrigado a cumprir a ordem.

Suscitou o Juízo trabalhista conflito positivo de competência, fundamentando-se em argumentos desse teor:

"Entende, este Juiz, que ante o disposto no art. 114 da CF, somente esta Justiça Especializada tem competência para decidir se o crédito trabalhista prefere a outro qualquer e determinar o registro da penhora, como ocorreu.

Entende, por outro lado, que o juízo suscitado não poderia se opor, por meio de mera decisão administrativa, ao cumprimento de decisão jurisdicional, proferida por este Juiz, no âmbito de sua competência constitucional.

Nem se argumente, como tentou o ilustre Juiz suscitado, que a decisão deste Juízo deveria ter sido submetida a procedimento de dúvida, já que

mesmo neste, a decisão seria meramente administrativa (art. 204 da Lei 6.015/73) e não poderia se sobrepor a decisão jurisdicional, desta Justiça especializada".

O parecer do *Parquet* federal conclui "pelo não conhecimento do conflito".

É o relatório.

VOTO-VENCIDO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* (Relator): 1. Não há dúvida, por óbvio, quanto à competência do Juízo trabalhista para determinar o registro da penhora realizada em execução que transcorra sob a sua jurisdição. Essa circunstância decorre da própria função jurisdicional, exercida, sendo certo, por outro lado, que a inscrição do ato processual tem por escopo, sobretudo, o resguardo da boa-fé de terceiros e da ciência destes a respeito da existência da constrição legal.

2. Por sua vez, a atividade exercida pelo Juiz de Direito, como Corregedor dos cartórios de registro, tem natureza administrativa.

Ao dirimir o CC 484-SP (*DJ* 04.12.1989), a Primeira Seção desta Corte fixou orientação que reforça esse entendimento. Da ementa desse acórdão se colhe:

"I – Por ter caráter eminentemente administrativo, as dúvidas suscitadas pelo oficial do registro de imóveis devem ser decididas pelo juízo estadual corregedor do cartório respectivo à luz da lei de organização judiciária local".

Nesse mesmo precedente, aquele Colegiado adotou, com suporte no voto do Relator, este entendimento:

"Como bem salientou a douta Subprocuradoria em seu parecer, cogita-se neste conflito de saber se os mandados judiciais oriundos da Justiça Federal determinando o registro de títulos extraídos de processo de sua competência, devem ou não serem cumpridos pelo Oficial do Cartório do Registro Imobiliário, sem a análise preliminar quanto aos requisitos necessários à realização do ato.

Tenho para mim que a resposta é negativa. O Oficial pode e deve suscitar dúvida ou mesmo consultar, como aqui se fez, quando a documentação que lhe for exibida não atender às exigências da Lei de Organização Judiciária local e atos complementares, sob pena de responsabilidade.

(...)

Sintetizando todo esse entendimento, o parecer do Ministério Público em sua ementa é enfático:

'Os documentos apresentados a registro, ainda quando se destinem a dar cumprimento a ordem judiciária, estão submetidos à apreciação preliminar quanto à presença dos requisitos necessários à efetivação do ato, cabendo ao Juízo Estadual da Vara de Registros Públicos resolver eventuais dúvidas suscitadas pelo oficial do registro imobiliário. Competência, no caso, afeta ao Juízo de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo'".

Essa orientação restou assim resumida na ementa do julgado:

"II – Os documentos apresentados a registro, ainda quando se destinem a dar cumprimento a ordem judiciária, estão sujeitos à apreciação preliminar quanto à presença dos requisitos necessários à efetivação do ato".

3. Não vislumbro, no caso concreto, dois juízos em conflito, posto que um exerce atividade jurisdicional e outro atividade administrativa. Estando o desenvolvimento válido e regular do processo executivo vinculado ao registro da penhora no álbum imobiliário, em razão do disposto no § 4.º do art. 659, CPC, compete à parte a quem beneficia o ato de constrição diligenciar no sentido de concretizar a anotação ou providenciar a sua substituição por outro bem.

A 2.ª Seção, julgando sob minha relatoria caso similar, anteriormente à vigência desse § 4.º, esposou o entendimento expresso nessa ementa:

"Competência. Conflito. Justiça Laboral e Juiz Corregedor de Registros Públicos. Inscrição da penhora no registro imobiliário. Imóvel alienado em fraude de execução e registrado em nome de terceiro. Validade da penhora e prosseguimento da execução. Atividades jurisdicional e administrativa. Conflito inexistente.

I – O registro da penhora no álbum imobiliário é ato de natureza administrativa, sujeito à prévia verificação de legalidade pelo juiz corregedor de registros públicos.

II – Em face do princípio da continuidade, acertada é a decisão que obsta a inscrição da penhora no registro de imóvel não lançado no nome do executado.

III – A ausência do registro da penhora não interfere com a validade e a eficácia desse ato,

podendo a execução prosseguir normalmente em direção à excussão do bem.

IV – Inexiste conflito entre o juízo da execução e o juízo correcional, quando o primeiro se encontra no exercício pleno de sua função jurisdicional e o segundo exercendo atividade administrativa".

Conquanto não tenha mais aplicação esse precedente no tocante à validade da penhora independentemente do seu registro no álbum imobiliário, em face da superveniência do atual § 4.º, introduzido pela Lei 8.953/94, na parte em que se refere à inexistência de conflito entre os juízos trabalhista e corregedor dos registros, em função da natureza diversa da atividade que exercem, e no que diz com a necessidade de prévio exame da registrabilidade do ato, pelo juiz corregedor, o julgado se afeiçoa às inteiras com a espécie de que ora se cuida, desafiando idêntica solução.

4. À luz do exposto, do conflito não conheço. Dê-se ciência desta decisão, por cópia aos Juízos suscitante e suscitado.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do conflito, pediu vista o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Aguardam os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Carlos Alberto Menezes Direito, Romildo Bueno de Souza, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 27 de maio de 1998.

VOTO-VISTA – *O Sr. Ministro Barros Monteiro*: 1. A 1.ª Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP, em execução trabalhista, determinou ao Oficial do 1.º Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Franca-SP o registro da penhora realizada naquele feito, incidente sobre o imóvel objeto da matrícula 50.545.

O mandado foi devolvido pelo serventuário, que deixou de cumpri-lo ao fundamento de que, encontrando-se o imóvel gravado por hipoteca decorrente de cédula de crédito industrial, é ele impenhorável por força da legislação que regula o registro do referido título.

O Juízo Trabalhista proferiu, em seguida, decisão, declarando que o crédito trabalhista é superprivilegiado e determinando, em conseqüência, o registro da penhora, sob pena de responder o Oficial por crime de desobediência.

Ao receber expediente endereçado pela JCJ para apor o "cumpra-se", o Juiz Corregedor Permanente da Comarca proferiu decisão normativa, ordenando ao Sr. Escrivão que cuidasse de encaminhar a documentação em restituição, bem como cópia do seu decisório à autoridade judicial referida para conhecimento e providências, visando a suprir as faltas elencadas.

Daí o presente conflito positivo de competência suscitado pela 1.ª Junta de Conciliação e Julgamento de Franca, sob o fundamento de que o Juízo suscitado não poderia opor-se, por meio de mera decisão administrativa, ao cumprimento de decisão de caráter jurisdicional.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do conflito.

Na assentada anterior, o Sr. Ministro Relator não conheceu do conflito, sobretudo em função da natureza diversa das atividades que exercem as autoridades envolvidas, uma delas no exercício da função jurisdicional, outra exercendo atividade administrativa.

2. O MM. Juiz Corregedor Permanente, ao recusar apor o "cumpra-se" no expediente que lhe fora encaminhado pelo Juízo Trabalhista, considerou efetivamente que o serventuário não se encontrava obrigado a cumprir a decisão da Justiça Especializada, tanto que lhe determinara a devolução dos documentos encaminhados a fim de que fossem supridas as faltas então arroladas.

Penso que assiste razão à Junta suscitante.

Decisão de cunho administrativo não pode sobrepor-se à decisão jurisdicional.

Tema similar ao presente já se submeteu ao crivo da Egrégia Quarta Turma, quando da apreciação do RMS 193-0/SP, relator designado o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Idêntica solução, a meu ver, é de atribuir-se ao presente conflito positivo, pois, tal como ali decidido, não é dado ao Juiz Correcional, no exercício de sua função administrativa, opor-se ao que fora ordenado, bem ou mal, sob o "império de decisão proferida em feito jurisdicionalizado".

O voto condutor daquele v. julgado é da lavra do mesmo Relator deste conflito e acha-se vazado nestes termos:

"Consoante consta do relatório, a impetração se dirige contra ato de Juiz titular de Vara dos Registros Públicos que, em expediente administrativo, houve por bem determinar o cancelamento de averbações, relativas a indisponibilidade de bens, efetuados em cumprimento de mandado judicial.

Ao denegar o *writ*, por maioria, a Egrégia Câmara entendeu que "o ato impugnado, embora praticado em processo administrativo, decorre do exercício de função correcional de natureza eminentemente administrativa e normativa".

Esse entendimento, que teve o aval do Ministério Público, cujas razões o Sr. Ministro Fontes de Alencar adotou como fundamentação, não se me afigura em harmonia com o nosso sistema jurídico.

É certo que, à primeira vista tudo está a indicar que a decisão do MM. Juiz de Direito da 3.ª Vara Cível não se afeiçoou ao bom direito, haja vista, que não deveria aquele r. Juízo, através de cautelar inominada, ter determinado a indisponibilidade dos bens, com a respectiva averbação no álbum imobiliário.

É de convir-se, contudo, que, se assim agiu, bem ou mal, somente por meio das vias jurisdicionais próprias é que tal decisão poderia ser impugnada, contrariada e reformada. Com efeito, não obstante o MM. Juiz da Vara dos Registros Públicos estivesse no exercício da sua atividade correcional, podendo determinar medidas com lastro no art. 214 da Lei 6.015/73, vê-se que as averbações, bem ou mal, repita-se, tinham sido determinadas e realizadas sob o império de uma decisão proferida em feito jurisdicionalizado. Em síntese, tenho que autoridade judicial em função administrativa não pode modificar decisão jurisdicional, que somente pode ser desconstituída pelas vias adequadas".

A estes fundamentos aderiu o Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro que, em voto-vogal, expendeu a respeito as seguintes considerações:

"Parece-me que não cabe aqui perquirir se a decisão tomada em sede jurisdicional contenciosa tem, ou não, amparo de lei. O fato é que, determinada a indisponibilidade dos bens pelo magistrado que está jurisdicionando a ação cautelar inominada, esta indisponibilidade, até para que possa produzir os efeitos que lhe são inerentes e resguardar boa-fé de terceiros, haveria de ser averbada ou anotada no ofício imobiliário, segundo o entendimento do juiz, proferido em sede contenciosa. Estaremos abrindo um precedente de conseqüências possivelmente graves, se adotarmos a tese de que cabe ao Juiz Corregedor averiguar da legalidade ou legitimidade dos mandados expedidos por outros juízes, no exercício da jurisdição contenciosa".

Tenho, pois, que caracterizado se acha o conflito positivo de competência, na espécie em face da oposição ao registro do ato constritivo manifestada pelo Oficial do Registro Público, roborada pela decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor da Comarca. Como a decisão de caráter administrativo não pode contrapor-se ao decisório jurisdicional, prevalece a competência da Justiça Especializada, na forma do supra-aludido precedente.

3. Ante o exposto, rogando vênia ao Sr. Relator, conheço do conflito e declaro competente a suscitante Primeira Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que não conhecia do recurso e do Sr. Ministro Barros Monteiro que dele conhecia, declarando competente a 1.ª Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP, a suscitante, pediu vista o Sr. Ministro César Asfor Rocha.

Aguardam os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Carlos Alberto Menezes Direito, Romildo Bueno de Souza, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 24 de junho de 1998.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha*: Cuida a hipótese de cogitado conflito positivo de competência entre juízo trabalhista e juízo de direito corregedor por ter este declarado regular o ato cartorário em recusar o registro, determinado por aquele ao argumento da preferência do crédito trabalhista, de penhora sobre imóvel hipotecado em cédula de crédito industrial.

O eminente Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira não conheceu do conflito afir-

mando ser ele inexistente na espécie "em função da natureza diversa da atividade que exercem" os juízos: "um atividade jurisdicional e outro atividade administrativa".

Proferindo voto-vista, o eminente Ministro Barros Monteiro conheceu do conflito "em face da oposição ao registro do ato constritivo manifestada pelo Oficial do Registro Público, roborada pela decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor da Comarca" e declarou a competência da justiça laboral, assentando que decisão de cunho administrativo não poderia sobrepor-se à decisão jurisdicional.

Também rogo vênia ao eminente Relator, para de Sua Excelência divergir, pois tenho que, embora diversas as atividades exercidas pelos juízos em conflito, a decisão emanada do juízo corregedor se contrapõe àquela oriunda do juízo trabalhista, impedindo que ela seja cumprida.

Aliás, esta Egrégia Segunda Seção já conheceu de conflito em hipótese bem semelhante à presente, em acórdão assim sumariado:

"Competência. Conflito. Juiz de direito no exercício da atividade administrativa correicional dos registros públicos que recusa o cumprimento do mandado de cancelamento de registro. Tribunal Regional do Trabalho que exercendo atividade jurisdicional determina o cancelamento do registro por arrematação declarada nula por ter sido realizada por preço vil. Invasão da competência do órgão jurisdicional pelo órgão correicional. Conflito conhecido para declarar a competência *in casu* do órgão jurisdicional.

1. Não é dado ao juiz correcional, no exercício de sua função administrativa, recusar cumprimento ao mandado de cancelamento do registro da arrematação, declarada nula por decisão proferida em feito jurisdicionalizado.

2. Ocorrendo tal circunstância, caracteriza-se a invasão da competência do órgão jurisdicional, cuja decisão somente pode ser desconstituída pelas vias próprias, sob pena de vulnerar-se o devido processo legal". (CC 14.750-RS, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 03.06.1996).

Não obstante o decidido no CC 2.870-SP, invocado naquele feito pelo eminente Ministro-Relator e também de sua relatoria, no sentido da inexistência do conflito entre juízo laboral e corregedor, bem como quanto à necessidade do prévio exame da registrabilidade do ato da penhora pelo juiz corregedor, entendo que havendo decisão jurisdicional, seja ela correta ou não, deve prevalecer até que seja eventualmente desconstituída pelas vias jurisdicionais próprias.

Posto isso, *venia concessa*, conheço do conflito e declaro a competência do juízo suscitante, a Primeira Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP, nos termos do voto do eminente Ministro Barros Monteiro.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro César Asfor Rocha, que conheceu do conflito e declarou competente a 1.ª Junta Trabalhista de Franca-São Paulo, acompanhando, assim, o Sr. Ministro Barros Monteiro, solicitou vista dos autos o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Aguardam os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Bueno de Souza, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 25 de novembro de 1998

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*: 1. O tema relacionado com a competência para decidir sobre atos que devam ser praticados pelo Oficial dos Registros Públicos suscita recorrentes conflitos, uma vez que de um lado está a natureza administrativa da função registral, sujeita à autoridade administrativa do Juiz Corregedor dos cartórios, e de outro a ordem judicial emanada de algum Juízo, para que seja praticado o ato. Muitas vezes interfere a qualidade da pessoa jurídica envolvida, a suscitar a questão sobre a competência da Justiça Federal.

2. Neste Tribunal já se decidiu:

a) o processo de dúvida é de natureza administrativa, razão por que deve ser decidido pelo Juiz Estadual que exerce a função de Corregedor do cartório (CC 484/SP, 1.ª Seção, rel. em. Ministro José de Jesus);

b) ainda que haja o interesse da União ou de outra entidade federal, o processo de retificação do registro de imóveis não pode ser considerado uma 'causa', para o fim de definir a incidência do art. 109, inc. I, da CR, pelo que a competência é

da Justiça Estadual (CC 16.048/RJ, 2.ª Seção, rel. Ministro Nilson Naves; CC 19.836/PE, 2.ª Seção, rel. Ministro Carlos Alberto Direito). Nada obstante, para admitir-se recurso especial, na forma do art. 105, III, da CR, considera-se 'causa' o litígio sobre a lei dos registros públicos (AGA 29.262/SP; REsp 13637/MG, REsp 4.810/PR; voto-vista no CC 16.048/RJ).

c) atendendo ao caráter administrativo do processo de dúvida, foi julgado inexistente o conflito entre o Juízo da execução, que no exercício de sua função jurisdicional ordenou o registro de penhora, e o Juiz Corregedor, que no desempenho de sua função administrativa julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial, uma vez que o imóvel não estava registrado em nome do executado (CC 2870/SP, 2.ª Seção, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo);

d) já no CC 14.750, entre o Juiz de Direito no exercício da função administrativa, que recusou o cumprimento de mandado de cancelamento de registro da arrematação anulada na Justiça do Trabalho, e o Tribunal Regional do Trabalho, que ordenou dito cancelamento do registro, esta Segunda Seção conheceu do conflito e reconheceu a competência do TRT para ordenar a prática do ato.

3. Como se vê, não há uniformidade sobre a existência ou não do conflito, nem a respeito da distribuição da competência entre os Juízos, pelo que não se pode extrair nenhum princípio dos precedentes, devendo cada caso ser julgado de acordo com as suas peculiaridades.

4. Por isso, tratando de apreciar a hipótese dos autos, verifico que a ordem judicial de registro de penhora, emanada do juízo trabalhista, foi obstada pelo Oficial porque, nos termos do art. 57 do Dec.-lei 413/69, os bens vinculados à cédula de crédito industrial não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas, impondo-se ao Oficial o dever de denunciar a existência do gravame à autoridade que determinou a diligência, sob pena de responder pelo prejuízo.

Ora, nos termos da lei, tal denúncia deve ser feita "à autoridade que determinou a diligência", isto é, ao Juiz do Trabalho que expediu a ordem, e a ele cabe decidir sob a matéria, insistindo ou não na prática do ato, do que caberão os recursos previstos em lei.

5. Posto isso, conheço da suscitação, – pois restou bem claro conflito entre os Juízos e é preciso superá-lo mediante a indicação da autoridade a quem o Oficial deverá atender, – e reconheço a competência da JCJ, a suscitante, com a devida vênia ao eminente Ministro Relator.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que acompanhou a divergência, conhecendo do conflito e declarando competente a Primeira Junta de Conciliação e Julgamento de Franca, São Paulo, solicitou vista dos autos o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Aguardam os Srs. Ministros Bueno de Souza, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 9 de dezembro de 1998.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:* Conflito positivo de competência sendo suscitante o Juiz de Direito da 1.ª Junta de Conciliação e Julgamento de Franca e suscitado o Juiz de Direito Corregedor Permanente de Franca. Trata-se de execução trabalhista, afirmando o suscitante que, nos termos do art. 114 da CF, determinou ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca o registro da penhora que foi realizada no feito. O Escrivão não praticou o ato, sob a alegação de estar já o imóvel gravado com hipoteca, sendo, portanto, impenhorável. Diante desse fato, o Juiz suscitante decidiu afastar a impenhorabilidade, presente a existência de crédito trabalhista, determinando, novamente, o registro. O Escrivão submeteu o assunto ao Juiz suscitado, o qual proferiu decisão normativa, "de cunho administrativo, no sentido de que mencionado oficial limitou-se a cumprir a Lei de Registros Públicos e que não era obrigado a cumprir decisão desta Justiça (documento anexo)".

O Relator, Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, destacou que o Juiz trabalhista é competente para determinar o registro da penhora realizada em execução trabalhista, em decorrência da função jurisdicional inerente, sendo que a decisão do Juiz suscitado é administrativa para concluir:

"Não vislumbro, no caso concreto, dois juízos em conflito, posto que um exerce atividade jurisdicional e outro atividade administrativa. Estando o desenvolvimento válido e regular do processo executivo vinculado ao registro da penhora no álbum imobiliário, em razão do disposto no § 4.º do art. 659, CPC, compete à parte a quem beneficia o ato de constrição diligenciar no sentido de concretizar a anotação ou providenciar a sua substituição por outro bem".

O voto-vista do Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar dissentiu mostrando que não há uniformidade sobre a existência, ou não, de conflito entre o Juiz investido da função jurisdicional e aquele que prolata decisão administrativa em razão da natureza da matéria, para concluir:

"(...)

Por isso, tratando de apreciar a hipótese dos autos, verifico que a ordem judicial de registro de penhora, emanada do juízo trabalhista, foi obstada pelo Oficial porque, nos termos do art. 57 do Dec.-lei 413/69, os bens vinculados à cédula de crédito industrial não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas, impondo-se ao Oficial o dever de denunciar a existência do gravame à autoridade que determinou a diligência, sob pena de responder pelo prejuízo.

Ora, nos termos da lei, tal denúncia deve ser feita "à autoridade que determinou a diligência", isto é, ao Juiz do Trabalho que expediu a ordem, e a ele cabe decidir sobre a matéria, insistindo ou não na prática do ato, do que caberão os recursos previstos em lei".

Na minha compreensão, com a devida vênia do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sempre uma referência nesta Corte, a solução alvitrada pelo voto divergente é a que melhor convém. O não conhecimento do conflito deixará descoberta a decisão jurisdicional proferida pelo Juiz do Trabalho no curso de um processo de execução trabalhista, afastando a impenhorabilidade, em razão de decisão de cunho administrativo sobre a possibilidade do registro. Sem dúvida, o Juiz Corregedor não pode sobrepor-se ao Juiz da execução.

Desse modo, eu acompanho a divergência, conhecendo do conflito para declarar a competência do Juiz suscitante, o Juiz do Trabalho.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*: – *Data venia* do Relator, também conheço do conflito e declaro competente o Juiz do Trabalho, de acordo com posição anteriormente assumida.

VOTO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: Sr. Presidente, na realidade, a exata caracterização do ato do juiz que determinou uma averbação no registro de imóveis não é fácil, malgrado praticado em processo obviamente jurisdicional. Pode-se questionar se seria providência meramente administrativa ou se jurisdicional. No processo jurisdicional ocorrem atos de natureza administrativa. Por exemplo, a punição a uma testemunha que não comparece. O que, a meu ver, está em questão, entretanto, é outra coisa. O que se está pondo em dúvida não é a possibilidade de registrar, mas a de penhorar. O corregedor, em outras palavras, está dizendo que o Juiz do Trabalho não pode penhorar aquele bem e isso não lhe é dado fazer.

É claro que as colocações do eminente Ministro-Relator sobre as dificuldades de caracterizar o conflito são muito ponderáveis, mas entendo que é possível tê-lo como configurado.

Peço vênia para acompanhar o Ministro Barros Monteiro.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que acompanhou a divergência e por igual dos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, a Seção, por maioria, conheceu do conflito e declarou competente a Junta de Conciliação e Julgamento de Franca-SP.

Vencido o Relator, lavrará o acórdão o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 14 de abril de 1999.

ADMINISTRATIVO. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Edificação litorânea. Município de Guaratuba. Embargo pelo Estado. Legalidade. Uso do solo urbano. Limitações urbanísticas.

Ementa: O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem estar comum da sociedade.

Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios, têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer.

A Lei 7.389/80 e o Dec. 4.605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Guaratuba, devido à mencionada competência legislativa concorrente.

Recurso ordinário conhecido, porém, improvido.

ROMS 8.693/PR – 2.ª T. – STJ – j. 05.03.1999 – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins.

ACÓRDÃO – Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Ministros Ari Pargendler, Aldir Passarinho Júnior e Hélio Mosimann.

Brasília-DF, 5 de março de 1999. Ministro Ari Pargendler, Presidente – Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins*: Rótula Construção Civil Ltda. impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra o Secretário do Meio Ambiente do Estado do Paraná em razão do embargo da edificação de um prédio de apartamentos na Rua Dr. Generoso Marques, no balneário de Guaratuba, cuja construção fora devidamente aprovada pela Prefeitura daquele Município, conforme Alvará de Licença 017-96-A, tendo sido expedido o ato objurgado, ao qual imputa eiva de ilegalidade e inconstitucionalidade, por não ter sido solicitada prévia análise do projeto ao Conselho de Desenvolvimento do Litoral Paranaense.

Indeferido o pedido de liminar, a decisão do Relator foi reformada em sede de agravo regimental e, após as informações da autoridade coatora e pronunciamento do Ministério Público Estadual desfavoráveis à impetração, o 3.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná denegou a segurança, cassando a liminar anteriormente concedida, pelas razões expostas no acórdão de fls. assim resumidas na ementa:

"Município. Autonomia Municipal. Planejamento Urbano. Abuso de Poder. Interferência do Estado Federado no que tange ao Gabarito das Construções Litorâneas. Legitimidade. Regulamentação de interesse público. Inexistência de direito adquirido contra essas normas. Segurança denegada. Se o Município, abusando de sua autonomia, na ânsia de recolher mais tributos, age contra o interesse público, autorizando a construção de espigões na orla marítima, provocando com isso grande concentração de esgoto doméstico à beira do mar, diminuição da insolação da praia, dificuldade à circulação do vento, tudo contribuindo até na desvalorização dessas construções e evidente prejuízo para o turismo litorâneo, legítimas se mostram as normas estaduais que, sem ferir a autonomia municipal, se limita a estabelecer gabarito máximo para construções na orla marítima, visando, inclusive, a preservação do meio ambiente, na ausência de norma legal, que regule o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, *caput* e par. ún., da CF)."

Após o julgamento, o impetrante ingressou, sucessivamente, com recurso ordinário, embargos de declaração e peticionou argüindo fato novo referente à alegação vestibular de que, à época dos embargos, o Conselho do Litoral não estava composto, o que ilegitima o ato da Secretaria estando vacante o Colegiado.

Rejeitados os declaratórios, o recorrente, no recurso ordinário, insiste nos argumentos expendidos na inicial quanto à autonomia municipal, invocando os arts. 30, VIII, e 182, I, da Carta Magna, bem como o art. 17, VII, da Constituição Estadual, afirmando que a Lei 7.389/80

e o Dec. 4.605/84, do Estado do Paraná, foram expressamente revogados pelo art. 52 do ADCT da Constituição desse mesmo Estado e, tecendo outras tantas considerações derredor da matéria, reafirma o seu direito líquido à manutenção do Alvará expedido pela municipalidade de Guaratuba, pedindo a reforma do acórdão.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi regularmente processado e remetido a esta Corte, opinando a Subprocuradoria-Geral da República por seu improvimento.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins*: Pela similitude com o RMS 8.766-PR, do qual fui Relator, adoto como razão de decidir o voto ali proferido, que transcrevo com as necessárias adaptações ao presente caso.

A questão basilar a ser resolvida neste Mandado de Segurança é a de saber se o Município, nas Constituições do Paraná e da União, gozam ou não de autonomia.

Para respondê-la, mister se faz se defina o que é autonomia, para o direito brasileiro. Diz José Afonso da Silva que "Autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. E é a Constituição Federal", continua o mestre, "que se apresenta como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de Governo".

A Constituição vigente, ainda consoante o ilustre constitucionalista, acrescentou ao governo próprio a competência exclusiva mínima, que detinha, "o poder de auto-organização", com ampliação de competências exclusivas, estabelecendo "uma nova instituição municipal no Brasil".

Resumindo, positiva o mestre que a autonomia municipal, assenta em quatro capacidades:

"a) *capacidade de auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria;

b) *capacidade de autogoverno*, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;

c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;

d) capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local)".

Concluindo leciona que nessas capacidades se caracterizam "a autonomia política (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais) e a autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração)". (*Curso de direito constitucional positivo*, 1989, p. 538-539).

Inconformada com o embargo da edificação de um edifício, no Município de Guaratuba, pelo Conselho do Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense, Rótula – Construção Civil Ltda. impetrou Mandado de Segurança alegando, resumidamente: que obteve, junto ao Município de Guaratuba, o Alvará de Licença para Construção de um prédio de seis pavimentos, que recebeu o n. 017-96-A; que tal alvará foi concedido com base na competência outorgada aos municípios pelos arts. 30, VIII, da CF, e 17, VIII, da Constituição do Estado; para proceder ao embargo, a autoridade impetrada baseou-se na Lei 7.389/80 e Dec. 4.605/84 expressamente revogados pelo art. 52 do ADCT da Carta Estadual, sendo o ato totalmente ilegal; que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre essa ilegalidade, afirmando a competência plena dos Municípios para concessão de alvarás de construção e, principalmente, para aprovação dos planos de urbanização (RMS 112-PR); o ato objurgado é arbitrário e constitui abuso de poder, ferindo direito líquido e certo da impetrante.

Dizem as informações prestadas pela autoridade impetrada, em resumo, que: a) o art. 52 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná é norma "absolutamente ineficaz e sem efeitos concretos em razão da generalidade de sua formulação, a qual é evidentemente atentatória à segurança jurídica", invocando o magistério de Reginaldo Fanchin que a define inconstitucional; b) mas se inconstitucional não for o citado dispositivo, estariam revogados apenas "os atos atentatórios, à autonomia municipal exclusiva e tão-somente, e não as normas que criam as Áreas de Proteção e Interesse Especial, o Conselho do Litoral etc.", pois recepcionados pela Constituição Estadual e, principalmente, pela Constitui-

ção da República; c) reconhece que os municípios podem expedir alvarás e legislar sobre zoneamento urbano, "mas circunscrito a duas limitações, quais sejam: desde que se trate de interesse apenas local; e, de forma suplementar à legislação federal e estadual", aludindo o art. 30. incs. I e II, da Carta Magna; d) invoca o art. 225 da CF/88, que denomina regulador de "direito universal", e alega as Leis Federais 6.511/77 e 6.766/79, "recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional", autorizaram o Estado do Paraná a editar as Leis 7.389 e 7.694/83 e Decretos 6.274/83 e 2.722/84, determinando tratamento protecionista, "com limitação edificatória", nas áreas lindeiras à orla marítima (Guaratuba, Antonina, Guaraqueçaba, Matinhos e Paranaguá), embora as considerasse despiciendas face a determinação constitucional inserta no art. 225, § 4.°, da CF/88; que as regiões litorâneas foram elevadas a *patrimônio nacional,* submetido à competência concorrente entre a União e os Estados-membros, reduzindo o dos municípios, nos termos do art. 24, VI, VII e VIII, da CF/88. Caberia então à União definir regras gerais (art. 24, § 2.°), suplementadas pelos Estados e respeitadas pelos Municípios, "que somente teriam competência para legislar em circunstâncias remanescentes, *mas sempre observando as regras editadas pelos entes superiores* (art. 30, II e IX). Conclui negando direito líquido e certo à impetrante, pois a atividade fiscalizadora do Estado do Paraná é absolutamente legal e decorre da legislação apontada, tendo o Conselho do Litoral cumprido com o seu dever administrativo e legal.

A liminar deferida em sede de agravo regimental foi cassada pelo acórdão que denegou a segurança, vindo os autos ao STJ e sendo-me distribuído para relatá-lo, opinando o Ministério Público Federal pela improvimento.

Afirma a recorrente que o prédio embargado tem apenas seis pavimentos situando-se não na orla marítima, mas na segunda quadra em direção ao continente, o que não ocasionará diminuição da insolação da praia nem dificultará a circulação do vento, estando ligada à rede de esgotos de Guaratuba, afastando a concentração destes à beira-mar.

Afirma ainda que, a despeito da autonomia municipal, em certos casos não ser absoluta, no concernente ao uso do solo urbano não pode sofrer restrições ou interferência do Estado, *ex vi* do art. 30, VIII, da CF, assinalando o art. 182 que a política do desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o Pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes, conceito repetido pelo art. 17, VIII, da Carta Estadual.

Cita ensinamentos de Pinto Ferreira, José Afonso da Silva e Michel Temer, sustentando que os preceitos das Constituições Federal e Estadual não podem sofrer oposição de normas de hierarquia inferior, como sejam, a Lei 7.389/80 e o Dec. 4.605/84 que, como já dissera na inicial, foram expressamente revogados pelo art. 52 do ADCT-CE. Assevera que, em face da revogação do Decreto suso referido, o Conselho de Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense é inexistente e os atos praticados por seus supostos integrantes são ilegais e inconstitucionais, daí o seu direito líquido e certo à manutenção do Alvará de Construção que lhe foi concedido pelo Município.

Teria mesmo o art. 52 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná, revogado as Leis Estaduais 7.389/80, e o Dec. 4.605/84? Penso que não. A competência concorrente da União, Estados e Municípios para legislar sobre os assuntos que a Carta Magna define, não autoriza outro entendimento. O que ocorre, contudo, é que certos dispositivos podem colidir com a autonomia municipal.

No caso presente, observo que o embargo da obra fundou-se na Lei 7.389/80, e nos Decretos-Estaduais 4.605/84 (art. 4.°, VI) e 2.722/84 (art. 8.°, IV).

A Lei 7.389/80, define áreas de locais de interesse turístico, para os fins da Lei Federal 6.513, de 20.12.1977 inclusive no Município de Guaratuba. No art. 2.°, declara:

"Art. 2.° O Poder Executivo baixará decreto especificando as condições para o aproveitamento das áreas e locais de que trata o art. 1.° desta Lei, bem como para parcelamento das áreas declaradas como de interesse e proteção especial para os fins do disposto na Lei Federal 6.766, de 19.12.1979, observados os seguintes aspectos e princípios:

a) Obrigatoriedade dos projetos de edificações se aterem à topografia local, não se permitindo movimentos de terra (cortes e aterros) que possam alterar predatoriamente as formas dos acidentes naturais da região;

b) Proibição de edificações nas pontas e pontais do litoral, estuários dos rios, áreas de

mangues e numa faixa de 200m (duzentos metros) em torno das áreas lagunares e restingas;

c) Fixação de normas e padrões técnicos para as edificações, visando à preservação das condições adequadas à erosão, iluminação, e insolação naturais dos logradouros e espaços de uso coletivo, público e particular;

d) Proibição de edificações em encostas que tenham inclinação superior a 20% (vinte por cento);

e) Proibição de edificar qualquer tipo de construção antes de 80m (oitenta metros), contados perpendicularmente a partir da linha do preamar-médio de 1831;

f) Imposição de normas técnicas para as unidades de tratamento e descarga de esgoto sanitário, de águas servidas e deposição de lixo e detritos, principalmente no que respeita aos conjuntos hoteleiros e residenciais, devendo ser de exclusiva responsabilidade do empresário a construção desses equipamentos;

g) Fixação de normas técnicas para a captação e tratamento da água necessária ao abastecimento das edificações, tanto no que tange ao represamento dos mananciais, quanto à construção de obras de arte de vulto, inseridas na paisagem a preservar;

h) Fixação de normas para a preservação da flora natural através da preservação das espécies existentes e de estabelecimento de mecanismos de estímulo para a reconstituição florística nativa da região;

i) Definição de um sistema de circulação para as faixas litorâneas referidas nesta lei, que assegure o domínio predominante dos pedestres junto à orla, obedecendo basicamente dois preceitos: provimento de áreas para estacionamento de veículos e impedimento de vias de tráfego rápido nesses locais;

j) Preservação das florestas e de quaisquer formas de vegetação natural, dos estuários de rios, áreas lagunares, restingas, bem como da fauna existente;

l) Preservação de edificações e sítios de valor histórico artístico e arqueológico;

m) Estímulo e assistência às atividades regionais típicas, em especial as ligadas à pesca, turismo e artesanato;

n) Adoção de normas e padrões que disciplinam o processo de parcelamento do solo urbano através de lei de loteamentos;

o) Adoção de normas e padrões técnicos que disciplinem o processo de uso e ocupação do solo urbano através das leis de zoneamento e de edificações.

p) Obrigatoriedade dos projetos de edificações prevêem áreas internas próprias para estacionamento de veículos, de modo a contemplar, no mínimo, uma vaga por unidade habitacional;

Parágrafo único. A inobservância das condições baixadas nos termos deste artigo, sujeitará o infrator às seguintes sanções, sem prejuízo de outras estabelecidas em legislação pertinente:

I – Advertência, com prazo de 60 (sessenta) dias para regularização, nos casos de primeira infração;

II – Multa de 1 (um) a 100 (cem) vezes o valor de referência aplicável na região, por dia, tendo em vista a gravidade da infração, se não for efetuada a regularização, dentro do prazo estabelecido no item anterior;

III – Embargo e/ou demolição (1)".

Poderia a lei estadual, disciplinar o desenvolvimento urbanístico de Municípios?

Nos termos do art. 30, I, compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, cabendo-lhes estabelecer um Plano Diretor para o desenvolvimento e expansão urbana.

Ocorre, porém, que esta competência não é exclusiva, submetendo-se à competência concorrente da União, dos Estados no que diz respeito às matérias discriminadas no art. 24, da CF/88, mormente as descritas nos incs. VI, VII e VIII.

Assim é que compete à União disciplinar o parcelamento do solo urbano, regulando os loteamentos (art. 22. I). De igual modo incumbirá aos Estados exercer o controle ambiental para estabelecer os índices de poluição toleráveis.

À União e aos Estados competirá estabelecer as limitações urbanísticas (art. 24, I, da CF/88), cabendo ao município a competência supletiva, a teor do que dispõe o art. 30, II, e a concorrente também, no que diz respeito à matéria do inc. VIII, "(promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano").

A competência da União limitou-se a estabelecer regras gerais, não excluindo a suplementar dos Estados (§ 2.º). Inexistindo lei federal, exercerão os Estados a competência plena (§ 3.º).

No caso dos autos, edifício de apartamentos já em fase final de acabamento foi embargado pelo Conselho de Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense. Poderia fazê-lo?

A Egrégia 2.ª Turma, no julgamento do RMS 1112-PR, respondeu negativamente, afirmando na ementa:

"Licença para construir. Compete ao Poder Público Municipal expedir alvará para construir, não podendo o Estado embargar o que já foi construído, sob pena de afrontar o direito de propriedade dos impetrantes e autonomia do município. Recurso ordinário conhecido e provido".

Não participei deste julgamento no qual a Egrégia Turma decidiu com apoio na tese da revogação da Lei Estadual 7.389/80 pelo art. 52 do ADCT da Constituição Estadual.

Ao contrário, penso que o citado artigo não revogou a legislação estadual que não macula a autonomia municipal.

O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, com ênfase à defesa do meio ambiente e ao bem-estar coletivo. Por isso mesmo a Carta Magna submete à competência concorrente o estabelecimento das limitações urbanísticas, vale dizer, restrições ao uso da propriedade em benefício da coletividade. Particularizando, a defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e mesmo do *lazer*. Os bens da natureza não podem ou não devem ser reservados a alguns, mas tanto quanto possível, a todos ou à maioria, respeitados os direitos da minoria.

A competência concorrente dos Estados na regulação do uso do solo urbano é constitucionalmente assegurada, e não revoga a lei especial a disposição genérica preservadora da autonomia municipal, em nenhum momento ameaçada pela lei estadual editada em conformidade com a competência concorrente estabelecida pela CF/88.

Assim pensando, e pedindo vênia à Egrégia Turma, nego provimento ao recurso, por não reconhecer direito líquido e certo à impetrante.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior*: Sr. Presidente, entendo que a competência é concorrente e que, evidentemente, existem certas obras que interferem em um planejamento maior do próprio Estado, em uma preservação em que ele tem interesses específicos, daí a validade das restrições legais pelo mesmo impostas.

Estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro-Relator.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Aldir Passarinho Júnior e Hélio Mosimann.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de março de 1999.

CIVIL. Parcelamento irregular do solo rural para fins urbanos. Venda de fração ideal de terras, para transferir lote certo e determinado, sem o regular parcelamento do solo. Chácaras de recreio.

Ementa: A venda de fração ideal de terras parceladas irregularmente não pode ser objeto de registro imobiliário, porque fraude a legislação específica; o Juiz que proíbe o registro desses negócios, sem a prévia oitiva do proprietário, não fere a garantia do contraditório, porque só ordenou o que o Oficial do Cartório já estava obrigado a fazer. ***Recurso ordinário não provido.***

ROMS 9.876/SP – 3.ª T. – STJ – j. 17.08.1999 – Rel. Min. Ari Pargendler.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 17 de agosto de 1999 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente – Ministro Ari Pargendler, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler*: Antônio do Carmo Carrilho de Cas-

tro impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz de Direito da 4.ª Vara Cível e Corregedoria Permanente da Comarca de São José do Rio Preto, SP, que ordenou, administrativamente, o bloqueio da matrícula 59.647 do Cartório de Registro de Imóvel (fls.), destacando-se nas informações prestadas pela autoridade coatora os seguintes trechos:

"Na cidade de São José do Rio Preto há aproximadamente uma década prodigalizou-se a comercialização das chamadas 'chácaras de mil metros'. O procedimento dos empreendedores resume-se da seguinte forma: adquire-se área – glebas – próxima do perímetro urbano, retalha-se em unidades de mil metros cada e sem localização espacial ou geodésica comercializa-se cada qual a preço da gleba total com pagamento parcelado e, evidentemente, sem qualquer benfeitoria ou implantação de equipamento de natureza pública. Em resumo, a cada mês o empreendedor recebe parcelas que equivalem ao preço da gleba que ele apenas retalhou e vendeu sem qualquer infra-estrutura. Sem dúvida alguma um lucrativo negócio. Todavia em violação à Lei. Segue em anexo xerox de vários processos criminais, alguns em fase de instrução, outros onde empreendedores estão cumprindo pena por prática de crime previsto na Lei 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano). Saliente-se que este texto legal tipifica no art. 50 as hipóteses de crime por parcelamento irregular do solo urbano, ou para fins urbanos. Ao contrário do alegado na impetração e mercado em tela não é pequeno ou restrito na cidade e o bloqueio referido não teve por razão queixa de corretores de imóveis, mas sim notícia de violação a texto da lei. Na presente hipótese o impetrante reconheceu no âmbito criminal a ocorrência de parcelamento irregular de solo para fins urbanos tanto que denunciado criminalmente lançou mão dos benefícios da Lei 9.099/95 obtendo a suspensão condicional do processo (segue em anexo xerox da denúncia e decisão nos autos de processo crime). Neste processo crime consta a alteração de destinação de área rural para urbana sem autorização dos órgãos competentes e parcelamento sem observância dos requisitos legais. Violados foram os arts. 53 e 51, inc. I, da Lei 6.766/79 e isto foi admitido. Não se perquire, nesta sede, a natureza jurídica ou efeitos da decisão em matéria criminal, todavia em sede civil ou administrativa negar a ocorrência de tal violação é fechar os olhos à realidade. Destarte, na presente situação, admite o impetrante sua conduta irregular e isto, por si só, seria suficiente para sustentar a improcedência do *mandamus*. Mas não é só. O bloqueio administrativo da matrícula do imóvel aqui descrito pelo impetrante como violador de princípios constitucionais não pode assim ser interpretado. Há que se destacar que a venda de 'chácaras', como na presente hipótese, viola vários princípios inerentes ao sistema registrário estabelecido pela Lei 6.015/73. A não localização precisa, inclusive geodésica, da área viola a especialidade assim como a unitariedade do imóvel; a continuidade e segurança também sofrem riscos, pois não havendo precisão de local o bem pode ser confundido com outro similar existente ao lado ou proximidades e inclusive alienado por engano. Acerca dos princípios violados e aqui citados, pode-se conferir as lições do mestre Afrânio Carvalho, *Registro de imóveis*, 3. ed., Forense. A conclusão fica evidenciada pelo fato de que todas as transações das 'chácaras' teriam que ingressar sempre na matrícula original da gleba, pois impossível seria abrir-se inscrição matricular para cada imóvel, uma vez que não atendidas as exigências do art. 176 da Lei 6.015/73" (fls.).

"Ressalte-se também que após a determinação de bloqueio abriu-se vista para manifestação do loteador, que apresentou petição por escrito colhendo-se em seguida parecer do Ministério Público sempre favorável à decisão atacada que foi, na seqüência, mantida" (fls.).

A Egrégia Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Linneu Carvalho, denegou a ordem, nos termos do acórdão assim ementado:

"Mandado de Segurança. Decisão que determinou o bloqueio administrativo de matrícula imobiliária. Acerto, diante da notícia, de afronta à legislação pertinente ao loteamento e parcelamento do solo e desrespeito à legislação de Registros Públicos. Autoridade que agiu estritamente dentro do seu âmbito de atuação, em nada exorbitando. Segurança denegada" (fls.).

Daí o presente recurso ordinário (fls.), a cujo propósito o Ministério Público Federal, na pessoa do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Francisco Adalberto da Nóbrega, opinou pelo não provimento (fls.).

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler*: A rigor, o MM. Juiz de Direito nada orde-

nou ao Oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto, que este não estivesse obrigado a fazer no exercício de suas funções.

A venda de fração ideal de terras parceladas irregularmente não pode ser objeto de registro imobiliário, porque frauda a legislação específica.

No caso, essa circunstância está mais do que provada.

Antônio Carmo Carrilho de Castro, o recorrente, foi denunciado pelo Ministério Público por ter, em relação à matrícula 59.647 (fls.), feito

"... a divisão do solo em lotes, procedendo ao arruamento, estabelecendo quadras e lotes, individualizando-os e dando posse em local certo e determinado de cada lote ao comprador, embora os contratos particulares de compromisso de compra e venda prometessem alienar uma parte ideal de determinados números de metros quadrados na comunhão da área maior, objeto da matrícula" (fls.).

"Houve, assim, parcelamento de fato e ilícito do solo rural para fins urbanos, sem a aprovação dos órgãos públicos competentes e em desacordo com o art. 53 da Lei 6.766, de 19.12.1979, que determina a prévia audiência dos órgãos públicos competentes, inclusive a Prefeitura Municipal" (fls.).

O processo penal foi suspenso na forma do art. 89 da Lei 9.099, de 1995 (fls.).

Nesse contexto, em que o MM. Juiz de Direito ordenou o que o Oficial do Cartório já estava obrigado a fazer, a oitiva prévia do proprietário era desnecessária – sinalando-se que, bloqueado o registro, o interessado foi ouvido (fls.), sem que suas explicações fossem suficientes para a reconsideração do ato judicial (fls.).

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao recurso ordinário.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de agosto de 1999.

MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de anulação da determinação administrativa de registro da carta de arrematação pelo Juiz de Registro Público dirimindo dúvida suscitada pelo Notário. Conseqüente cancelamento do registro de compromisso de compra e venda avençado entre o devedor hipotecário e terceiro. Ausência de demonstração da violação, de direito líquido e certo do compromissário comprador do imóvel hipotecado pelo executado ao exeqüente.

Ementa: I – Incumbe ao impetrante a demonstração do seu direito líquido e certo que alega violado pela autoridade apontada coatora.

II – A simples determinação administrativa do juiz de registros públicos, ao dirimir procedimento de dúvida suscitado pelo notário, de registrar carta de arrematação formalmente perfeita – com o conseqüente cancelamento do registro de compromisso de compra e venda anteriormente avençado, com terceiro pelo devedor hipotecário –, não viola direito líquido e certo do promissário comprador, que adquirira do devedor hipotecário o imóvel gravado de ônus real.

RMS 9.728/PR – 4.ª T. – STJ – j. 20.04.1999 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 20 de abril de 1999 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

EXPOSIÇÃO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:* Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente contra ato do Juiz de Direito da Vara de Registros Públicos da

Comarca de Londrina, que, em decisão proferida em "ação de registro de carta de arrematação", determinou o cancelamento do registro do compromisso de compra e venda de imóvel avençado entre o impetrante e a empresa Piauí – Construções Civis Ltda.

Esclareceu o impetrante em sua inicial:

"O objetivo aqui é simplesmente cassar a determinação havida no procedimento administrativo de "dúvida" no tocante ao "cancelamento do registro de compra e venda do apto. 801 havido em dezembro/78, sem processo contencioso e sem que o impetrante dele fizesse parte".

O Tribunal de Justiça do Paraná, sendo relator o Desembargador Ulysses Lopes, denegou a segurança em acórdão com esta ementa:

"Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança. Ato judicial.

Mandado de Segurança contra ato judicial só é possível, quando o ato judicial apresentar ilegalidade ou abuso de poder, ou possa ser tido como teratológico.

Ademais, é imprescindível que o impetrante demonstre, sem auxílio de aparelho ótico de largo alcance, seu alegado direito líquido e certo".

Adveio o recurso ordinário, em cujas razões insiste o recorrente em argumentar que a decisão proferida no procedimento da dúvida, no qual ele não interveio, deve ser anulada por violar seu direito líquido e certo.

O parecer do *Parquet* federal conclui pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* (Relator): Resume-se o caso em exame na pretensão manifestada pelo impetrante de ver anulado o registro de carta de arrematação extraída dos autos da execução hipotecária que ajuizou Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A contra a empresa Piauí Construções Civis Ltda., que por sua vez avençara com o impetrante compromisso de compra e venda do imóvel gravado pelo direito real de garantia.

Invoca o impetrante-recorrente violação do seu direito de ser "citado" para integrar o procedimento da dúvida suscitado pelo notário e dirimido pelo Juiz, apontando autoridade coatora, uma vez que constante da matrícula do imóvel a existência daquele ajuste.

A atuação do Juiz da Vara de Registros Públicos, perante o respectivo cartório, reveste-se de caráter administrativo, não sendo ato jurisdicional. Neste sentido é o precedente da Segunda Seção desta Corte, por mim relatado, CC 2.870-SP (*DJ*). Do voto que então proferi, destaco:

"Por outro lado, a atividade exercida pelo Juiz de Direito, como corregedor dos cartórios de registro, tem natureza apenas administrativa.

Ao dirimir o CC 484-SP (*DJ* 04.12.1989), de que foi relator o Sr. Ministro *José de Jesus*, a Primeira Seção desta Corte fixou orientação que reforça esse entendimento. Da ementa desse acórdão se colhe:

"I – Por ter caráter eminentemente administrativo, as dúvidas suscitadas pelo oficial do registro de imóveis devem ser decididas pelo Juízo estadual corregedor do cartório respectivo, à luz da lei de organização judiciária local".

(...)

A aferição da registrabilidade, ou não, da penhora, por sua vez, não consiste em atividade jurisdicional, senão em atividade administrativa a cargo do serventuário é, em caso de dúvida deste, do juiz corregedor dos registros públicos [sic].

A doutrina relativa ao tema dá suporte à negativa de registro pelo Juiz suscitado. Comentando o princípio da continuidade, um dos vários que informam nosso sistema, ensina *Afrânio de Carvalho*:

"Analogamente levada a registro uma carta de arrematação em ação executiva, se o imóvel não estiver lançado em nome do executado, o registrador exigirá que previamente o seja" (*Registro de imóveis*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, Cap. 13, p. 316).

Da análise do caso deflui que, declarada em fraude de execução a alienação e determinada a penhora do imóvel, com a lavratura do auto e o depósito da coisa, perfectibilizado restou o ato constritivo. A sua "inscrição", ou não, no registro imobiliário não afeta os atos de excussão do bem no juízo executório.

O registro da constrição, no entanto, ato administrativo, está sujeito à verificação prévia na esfera própria, do que resultou a negativa do Juiz corregedor na espécie".

O impetrante não se desincumbiu de demonstrar a contento a violação de direito seu, líquido e certo, que tenha sido praticado pela autoridade

apontada. Segundo deflui dos autos, principalmente das informações prestadas, o Juiz da Vara de Registros Públicos limitou-se a determinar o registro da carta de arrematação, formalmente perfeita, solicitado pelo arrematante. A norma processual invocada pelo recorrente como sustentáculo do seu direito, art. 47, CPC, nesse passo não guarda pertinência com a espécie em tela.

De outra parte, não espelha a verdade dos fatos a assertiva de que foi determinado o cancelamento do compromisso de compra e venda avençado entre o impetrante e a construtora executada. Ocorreu, isso sim, em razão do registro da carta de arrematação, o cancelamento do registro desse ajuste na matrícula do imóvel. O direito de propriedade, de que o impetrante não era titular, posto que não se achava o imóvel registrado em seu nome, não se confunde com o vínculo de natureza obrigacional decorrente do compromisso, a ser solucionado entre as partes contratantes, à luz das regras de regência.

Conclui-se, portanto, que bem andou o Tribunal de origem ao denegar a segurança, na ausência de cabal demonstração da violação de direito do impetrante.

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade, mas lhe nego provimento.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de abril de 1999.

PROCESSO CIVIL. Protesto judicial contra a alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. Hipótese em que não é possível.

Ementa: Quando o art. 167, II, n. 12, da Lei 6.015, de 1973, prevê a averbação "das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados", está se referindo a decisões proferidas em processos contenciosos, natureza de que não se revestem os protestos judiciais. Recurso especial conhecido, mas não provido.

REsp 109.659/RS – 2.ª T. – STJ – j. 23.02.1999 – Rel. Min. Ari Pargendler.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 23 de fevereiro de 1999 (data do julgamento). Ministro Ari Pargendler, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Exmo. Ministro Ari Pargendler* (Relator): Zilá Silva de Mello impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara Cível da Comarca de Santo Ângelo, Dr. Marcelo Cézar Müller, que, nos autos de protesto contra alienação de bens requerido pelo Estado do Rio Grande do Sul, ordenou a respectiva averbação no Ofício Imobiliário, à base da seguinte motivação:

"1. Cuida-se de protesto contra alienação de bens requeridos pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no fato de que a requerida se separou de José Rui de Mello, sócio da empresa Macro Economia Distribuidora de Alimentos Ltda., ficando com todos os bens imóveis do casal. A separação teria ocorrido em Chapecó e a referida empresa sofre ação cautelar de indisponibilidade de bens por dívida fiscal.

2. Os fatos envolvendo o grupo Macro Economia são graves. Quando este magistrado substituiu a Vara Criminal desta Comarca houve despacho no sentido da quebra do sigilo bancário de várias pessoas, envolvendo possível crime de sonegação fiscal e outros.

Também existiu, há poucos dias, a concessão de concordata preventiva da mesma empresa pela 3.ª Vara Cível.

Segundo o requerente os valores são altos referentes à dívida fiscal, conforme documentos da exatoria.

Em tese, é no mínimo estranho o fato da requerida permanecer com os imóveis, cabendo ao esposo apenas as ações da Macro Economia, veículos e animais.

Poderá (*sic*), em princípio, os bens da requerida: responder pela dívida, caso a partilha seja desconstituída.

Toda essa situação demonstra a plausibilidade do direito e o perigo do Estado ficar sem bens que garantam seu crédito fiscal. Ademais, a medida não causa prejuízo à parte.

Pela exposto, concedo a medida requerida na fls. nos termos do art. 807 do CPC.

Oficie-se a averbação do protesto, digo expeçam-se as cartas precatórias" (fls.).

"Trata-se, no caso, de protesto genérico contra a alienação de bens que integrem o patrimônio da impetrante.

Entendo incabível, no caso, qualquer registro, averbação ou anotação em álbuns registrais, à margem de registros relativos a bens da ora impetrante, especialmente no registro de imóveis.

A potencialidade do dano é palpável, sendo difícil ou incerta sua reparação em situações como a que se delineia nos autos.

Presentes, pois, os requisitos postos no art. 7.°, II, da Lei 1.533/51.

Defiro a liminar aos efeitos postulados" (fls.).

A final, a Egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concedeu a ordem, em parte, em acórdão assim ementado:

"Protesto contra alienação de bens, com averbação no Registro de Imóveis, dirigido pelo credor contra ex-cônjuge do devedor, por suspeita de fraude na dissolução da sociedade conjugal, segurança parcialmente concedida para desconstituir ou sustar o registro no álbum imobiliário; mantida, no mais, a eficácia do protesto" (fls.).

Seguiu-se o presente recurso especial, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com base no art. 105, inc. III, letras *a* e *c*, da CF, por violação do art. 1.° da Lei 1.533, de 1951, dos arts. 798 e 867 do CPC e 167, inc. II, n. 12, da Lei dos Registros Públicos (fls.).

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler* (Relator): O art. 1.° da Lei 1.533, de 1951, a cujo teor o mandado de segurança protegerá "direito líquido e certo" não é uma senha que abre as portas do recurso especial; o único efeito dessa regra é o de que o "direito" que dependa de dilação probatória está excluído do âmbito do *writ*.

Para os efeitos do recurso especial, a aludida norma legal só é invocável: a) se, havendo prova documental preconstituída, o juiz ou o tribunal entender incabível, o mandado de segurança; b) se, havendo necessidade da dilação probatória, o juiz ou o tribunal decidir o mérito do mandado de segurança à base de elementos insuficientes.

Aqui se discute questão eminentemente de direito – a de saber se o protesto judicial contra a alienação de bens pode ser averbado no Ofício Imobiliário – passível de exame e decisão no âmbito do mandado de segurança.

Assim dimensionada a causa, fica excluída a possibilidade de que o art. 798 do CPC tenha sido contrariado pelo julgado.

Com efeito, esse dispositivo legal se refere à medida cautelar inominada, que não foi prequestionada pelo Tribunal *a quo*.

"Ressalte-se" – está dito no acórdão – "que a sentença" de fls., lançada em "julgamento" do protesto, é fruto de equívoco do magistrado, visto que o procedimento específico não a oportuniza (CPC, arts. 867/873).

A lide foi – está aí expresso – decidida à base dos arts. 867 *et seq.* do CPC, e o julgamento não destoa das respectivas normas legais.

Não é possível, por meio de protesto judicial, obter efeitos próprios de uma medida cautelar, sem sujeitar-se às restrições próprias das medidas cautelares, *v.g.*, a que assina prazo para a propositura da ação principal, sob pena da perda de eficácia (CPC, art. 806 c/c o art. 808, I).

Isso tem importância, na espécie, porque, conforme se lê nas contra-razões do recurso especial, *in verbis*:

"Até hoje, 27 de fevereiro de 1996, transcorridos já mais de oito (8) meses de deferidas as medidas liminares e cumpridos os atos, o recorrente ainda não ajuizou qualquer ação que possa ser tida como principal e que desse algum respaldo aos pedidos de cautelares deferidos" (fls.).

Finalmente, a respeito do art. 167, II, n. 12, da Lei 6.015, de 1973, o Tribunal *a quo* fez uma distinção, aparentemente incompreensível, a saber:

"Quando o protesto se referir especificamente à alienação de determinado imóvel, é de admitir-se sua averbação no Registro Imobiliário, com base no art. 167, II, n. 12, da Lei 6.015, de 1973.

Todavia, se o protesto não se refere a um bem determinado, incabível a averbação no Ofício Imobiliário, tendo em vista a natureza dele – mera manifestação de vontade, ou de uma intenção. Daí que não pode ter o efeito de acarretar, na prática, a indisponibilidade dos bens do protestado" (fls.).

Indaga-se: como averbar o protesto contra a alienação de bens, sem que se identifique a respectiva matrícula?

Exista ou não essa dificuldade na compreensão do acórdão, a questão da averbação deve ser enfrentada porque as razões do recurso especial demonstram que há divergência jurisprudencial a respeito.

Salvo melhor juízo, quando o art. 167, II, n. 12, da Lei 6.015, de 1973, prevê a averbação "das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados", está se referindo a decisões proferidas em processos contenciosos, natureza de que não se revestem os protestos judiciais.

"Os protestos, as notificações e interpelações" – ensina Ovídio A. Baptista da Silva – "não têm caráter contencioso, no sentido de constituir uma lide. Exaurem-se em suas peculiares exteriorizações de vontades receptícias. Basta que o requerente demonstre seu interesse em judicializar essas manifestações de vontade e convença o juiz de sua hipotética legitimidade" (*Do processo cautelar*, Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 460).

Assim, não obstante caracterizada a divergência jurisprudencial, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de negar-lhe provimento.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de fevereiro de 1999.

DIREITOS COMERCIAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. Cédula de crédito industrial. Bem dado em hipoteca. Penhora para satisfazer dívida fiscal. Possibilidade. Arts. 184, do Código Tributário Nacional, 30 da Lei 6.830/80, e 57 do Dec.-lei 413/69. Precedentes. Recurso desacolhido.

Ementa: Os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito industrial podem ser penhorados para satisfazer débito fiscal, seja por não ser absoluta a impenhorabilidade dita-da pelo art. 57 do Dec.-lei 413/69, seja pela preferência outorgada aos créditos tributários.

REsp 88.777/SP – 4.ª T. – STJ – j. 23.11.1998 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Ministro Bueno de Souza.

Brasília, 23 de novembro de 1998 (data do julgamento). – **Ministro Barros Monteiro, Presidente** – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

EXPOSIÇÃO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou pedido do recorrente de desconstituição da penhora levada a efeito pela Fazenda Estadual. A Turma, apoiando-se no art. 184 do CTN e no art. 30 da Lei 6.830/80, entendeu que seria válida a penhora, mesmo ante os termos do art. 57 do Dec.-lei 413/69.

Alegou o credor hipotecário violação dos dispositivos legais acima referidos, sustentando que há previsão expressa de impenhorabilidade do bem objeto de garantia na cédula de crédito

industrial e que, sendo válida a constrição, teria preferência na arrecadação do crédito.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* (Relator): Nos REsps 83.648-ES (*DJ* de 27.05.1996) e 87.969-ES (*DJ* 02.06.1997), relatados pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar e por mim, esta Turma teve ensejo de ementar:

"Execução. Penhora. Hipoteca. Cédula de crédito industrial. Impenhorabilidade. Limite.

1. A hipoteca instituída em cédula de crédito industrial independe de formalização através de escritura pública.

2. Os bens dados para garantia hipotecária em cédula de crédito industrial são impenhoráveis, por expressa disposição de lei (art. 57 do Dec.-lei 413/69), mas essa limitação tem sua eficácia restrita ao tempo do curso do contrato. Precedente do STF.

Recurso conhecido, mas improvido".

"Comercial. Cédula de crédito industrial. Hipoteca cedular. Dispensa de sua constituição por instrumento público. Impenhorabilidade dos bens hipotecados. Eficácia da hipoteca até o vencimento da cédula. Direito de prelação existente. Divergência jurisprudencial. Não-caracterização. Simples transcrição de ementas. Precedentes da Turma e do Supremo Tribunal Federal. Recurso não-conhecido.

I – A hipoteca constante de cédula de crédito industrial independe para sua constituição de instrumento público.

II – Os bens garantidores da cédula são impenhoráveis somente durante a vigência do contrato. Findo o prazo, o bem pode ser penhorado por outros credores, sendo que, em razão da hipoteca, tem o credor especial direito de prelação na satisfação de seu crédito".

Diversa, no entanto, é a espécie versada nos autos.

A questão cinge-se em saber se o bem dado em garantia hipotecária na cédula de crédito industrial pode ser penhorado para satisfazer dívida ativa da Fazenda Pública. Argumenta o credor recorrente que o Dec.-lei 413/69, no art. 57, expressamente prevê a impenhorabilidade do bem garantidor da cédula.

Todavia, sem razão o credor hipotecário.

Analisando todo o sistema de preferências ditado pelo Código Tributário Nacional, notadamente os arts. 184 e 186, constata-se a preferência absoluta das dívidas tributárias sobre créditos com garantia real. Descabe cogitar, portanto, de regra inserida em lei ordinária contrária àquela prevista no Código Tributário, que tem *status* de lei complementar.

No mais, a própria Lei de Execuções Fiscais, posterior ao Dec.-lei 413/69, permite a penhora de quaisquer bens para a satisfação do débito fiscal (art. 30).

Quanto à pretensão do recorrente de incluir o bem penhorado na exceção da parte final do art. 184 do CTN – "excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis" – é ela descabida, dado o caráter não-absoluto da impenhorabilidade ditada pelo art. 57 do Dec.-lei 413/69, já reconhecida por esta Turma nos citados REsps 83.648-ES e 87.869-ES.

A respeito da preferência do crédito tributário, anotam-se vários precedentes da Corte, dentre eles o REsp 90.155-SP (*DJ* 07.10.1996), da Primeira Turma, com a seguinte ementa:

"Os bens dados em hipoteca ou penhor e vinculados à cédula de crédito industrial ou comercial, ressalvada a hipótese de confronto com créditos tributários, são impenhoráveis, porquanto há prevalência, na espécie, do art. 184 do CTN sobre o art. 57 do Dec.-lei 413, de 1969. Precedentes".

Ao proferir o voto-condutor, o Ministro Demócrito Reinaldo asseverou:

"Quanto à alegada negativa de vigência do art. 57 do Dec.-lei 413, de 1969, não prospera, do mesmo modo, a irresignação recursal, porque o acórdão hostilizado não negou vigência a tal dispositivo, mas deu-lhe escorreita interpretação, tendo em vista todo o contexto da legislação regulamentadora, da espécie, mormente o disposto em norma de hierarquia superior, ou seja o Código Tributário Nacional, além da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, afiguram-se-me irreprocháveis os fundamentos da decisão recorrida, assim expendidos, *verbis*:

"A penhora encontra respaldo no art. 30 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80). Esse dis-

positivo reproduziu o art. 184 do CTN, cuja parte final apenas abre exceção aos bens e renda declarados por lei absolutamente impenhoráveis. O art. 186, ainda do CTN, atribuiu ao crédito tributário total preferência, salvo os créditos oriundos da legislação do trabalho.

Na espécie, o art. 57 do Dec.-lei 413, de 09.01.1969, não insculpiu o caráter de impenhorabilidade absoluta aos bens dados em penhor ou em hipoteca em cédulas de crédito industrial ou comercial.

Não é possível impor a prevalência do Dec.-lei 413/69 sobre texto que lhe é hierarquicamente superior, como o Código Tributário Nacional o é, dada a sua natureza de lei complementar.

É esse o rumo da jurisprudência predominante: são impenhoráveis os bens vinculados à cédula de crédito industrial, "salvo confronto com execução fiscal", conforme jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal (cf. Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação...*, 26. ed., Saraiva, nota n. 1 ao art. 57 do Dec.-lei 413/69, p. 922-923)" (fls.).

De fato, essa é a orientação jurisprudencial que se firmou, pacificamente, no âmbito deste Sodalício, conforme inúmeros precedentes, entre os quais, à guisa de exemplo, pode ser invocado o acórdão que ostenta a ementa seguinte:

"Cédula de crédito comercial, sob garantia hipotecária. Art. 57 do Dec.-lei 413/69, combinado com o art. 5.º da Lei 6.840/80.

São impenhoráveis, salvo confronto com execução fiscal, os bens já vinculados a cédula de crédito comercial ou industrial, por dívidas outras do emitente.

Recurso especial conhecido e provido" (REsp 3.227/ES, rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 22.04.1991).

No magistral voto proferido, neste caso, o eminente Ministro trouxe à baila precedentes da Suprema Corte, asseverando, com essa dicção:

"O caráter relativo da impenhorabilidade que ora se discute está, portanto, diretamente ligado à natureza dos créditos exigidos. Sob este aspecto decidiu o Egrégio STF, *verbis*:

"Execução fiscal. Não aplicação quanto a ela, do art. 57 do Dec.-lei 413/69, em face da prevalência, no caso, dos arts. 186 e 187 do CTN. Os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos não podem opor ao Fisco a garantia real de que são titulares" (RE 103.169, 1.ª Turma, rel. Min. Soares Munhoz, *RTJ* 112, p. 469).

Vale transcrever o seguinte trecho do voto proferido pelo eminente Min. Relator do referido recurso extraordinário:

"De seu turno, a decisão indicada como divergente, desta Primeira Turma, no RE 97.406, sendo Relator o eminente Ministro Alfredo Buzaid, decidiu, em embargos de terceiro possuidor opostos pelo Banco do Brasil à penhora de duplicatas realizadas em execução por dívida extrajudicial, que o mencionado ato de constrição foi manifestamente ilegal, negando vigência ao art. 57 do Dec.-lei 413 e art. 648 do CPC (*RTJ* 105/411). Confrontadas as duas decisões, verifica-se que elas se distinguem, porquanto uma trata de execução fiscal, aplicáveis os arts. 186 e 187 do CTN, enquanto a outra, a paradigma, foi proferida em execução entre particulares.

Na falta de aplicação dos dispositivos em referência do Código Tributário ao caso apreciado pelo precedente, sobre ele incide a proibição do art. 57 da Lei 413 em toda a sua extensão. O mesmo não ocorre na execução fiscal em que predomina a exegese de que o art. 57 do Dec.-lei 413/69 não revogou o privilégio instituído pelos arts. 187 e 188 do CTN e não estabeleceu a impenhorabilidade, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal nos paradigmas citados no acórdão recorrido (*RTJ* 80/628 e 81/440)".

Mais recentemente, no exame do mesmo tema, este Egrégio Tribunal, através das suas diversas Turmas, tem firmado reiterada jurisprudência, sempre no sentido de que "a impenhorabilidade dos bens vinculados a cédula industrial (Dec.-lei 413/69, art. 57) não prevalece, quando se trata da cobrança de créditos tributários (CTN, art. 184) - (REsp 39.800-2-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 26.09.1994); ou, em outras palavras, "os bens vinculados a cédula de crédito industrial respondem por dívida fiscal, pois a hipótese prevista no art. 57 do Dec.-lei 413, de 09.01.1969, não se inclui nas ressalvas do art. 184 do CTN" (REsp 13.703, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 04.10.1993); ou, ainda e finalmente, "a impenhorabilidade dos bens vinculados à cédula de crédito industrial, prevista no Dec.-lei 413/69, não prevalece diante dos cré-

ditos tributários e trabalhistas" (REsp 55.196/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 09.10.1995)".

Desta Turma, registram-se ainda os REsps 3.227/ES, *DJ* 22.04.1991 (já mencionado) e 36.080-MG (*DJ* 12.09.1994), da relatoria dos Ministros Athos Carneiro e Ruy Rosado de Aguiar, assim ementados:

– "São impenhoráveis, salvo confronto com execução fiscal, os bens já vinculados à cédula de crédito comercial ou industrial, por dívidas outras do emitente".

– "1. A impenhorabilidade das cédulas de crédito, prevista no Dec.-lei 167/67 e Dec.-lei 413/69, não prevalece diante de execução fiscal".

Não ocorreu, destarte, violação do direito federal.

Em face do exposto, *não conheço* do recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de novembro de 1998.

ARREMATAÇÃO. Débito condominial.

Ementa: – Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

– O exeqüente não responde por débito condominial relativo ao imóvel levado à arrematação.

– Recurso especial atendido.

REsp 118.876/RJ – 4.ª T. – STJ – j. 03.11.1998 – Rel. Min. Fontes de Alencar.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro César Asfor Rocha.

Brasília, 3 de novembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente – Ministro Fontes de Alencar, Relator.

EXPOSIÇÃO – *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*: Trata-se de ação ordinária regressiva proposta por Euniro Berger Farah contra Veplan S/A, dizendo que por arrematação tornou-se proprietário de um imóvel livre e desembaraçado, pois no edital do leilão, não constava nenhum ônus sobre o bem. No entanto, a autora veio a ser obrigada a pagar débitos condominiais, razão pela qual objetiva o seu ressarcimento.

A sentença julgou improcedente a ação, pelos seguintes termos fundamentais:

"(...) é evidente, embora não conste dos autos, mas se pode depreender do documento de fls., a dívida condominial não constou do edital, mas o leiloeiro cuidou de pagar os tributos, que foram deduzidos do lance.

Por outro lado, dispõe o inc. III do par. ún. do art. 694, do estatuto adjetivo, que, embora assinado o auto pelo Juiz, a arrematação pode desfazer-se se o arrematante provar, nos três dias seguintes, a existência de ônus real não mencionado no edital.

Sabe-se muito bem que encargo real é o que conste do registro imobiliário, mas, considerando-se a natureza de aderente à coisa do encargo condominial, por interpretação lógica, não se pode admitir que uma obrigação, tal como a tributária, que grava o bem, possa dele afastar-se, pois, em última análise, é a unidade imobiliária que responderá pelo pagamento.

A lei não oferece solução expressa ou literal para a hipótese, havendo este Juízo de recorrer à interpretação lógica para a pendência.

E mais, o problema que se ventila nestes autos só caberia ser discutido para desfazer a arrematação estritamente nos autos em que ocorreu a praça, dentro do prazo preconizado de três dias pela lei, jamais aqui, porque o autor conformou-se com o fato, tanto que pagou o débito, incidindo o instituto da preclusão" (fls.).

A Sexta Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro reformou a sentença, assim ementado o acórdão correspondente:

"Edital omisso quanto à existência de débitos condominiais. Levantamento da totalidade do produto da arrematação pela exeqüente. Direito do arrematante de ser reembolsado pelo que pagou para quitar aquele débito, até o limite do preço da arrematação" (fls.).

Embargos declaratórios rejeitados. (fls.)

Veplan S/A manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando ofensa aos arts. 985 e 988 do CC e dissídio jurisprudencial, e dizendo, também, que o acórdão "está dissociado da Lei Federal 7.812, de 27.03.1984 – nova redação do par. ún. do art. 4.º da Lei 4.591/64".

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar* (Relator): O recorrente assevera que nunca foi proprietário do imóvel arrematado pelo recorrido, mas apenas era credor hipotecário e que do valor da arrematação não houve qualquer sobra destinada à executada, ex-proprietária do imóvel.

O recorrente traz à colação para o dissídio jurisprudencial o AI 273.125, da 4.ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, donde o tópico seguinte:

"(...) No entanto, não lhe assiste razão no tocante aos encargos condominiais.

Com efeito, estabelece o art. 4.º, par. ún., da Lei 4.591, de 1964, que o adquirente responde pelos débitos da unidade adquirida. Com o pagamento, fica sub-rogado no direito respectivo, podendo cobrar a dívida paga do primitivo proprietário.

Mas, preceito legal algum considera a sub-rogação como de natureza real, nem assegura preferência superior à de que goza o credor hipotecário.

Conseqüentemente, assistir-lhe-á o direito de reembolso, somente no caso de sobrar alguma quantia do preço da arrematação, a ser levantada pelo executado (cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Condomínio e incorporações*, 3. ed., Forense, n. 93, p. 189-190).

No caso presente, essa situação não se consumou; daí porque a pretensão da agravante, no particular não pode ser atendida..." (*Lex*, v. 63, p. 202).

A questão que envolveria os arts. 985 e 988 do CC não ocupou a atenção dos julgadores do 2.º Grau. Ausente, portanto, a respeito, o necessário prequestionamento.

Anoto que o art. 535 não foi dado como ofendido. Impõe-se a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

A discrepância de julgados está caracterizada. Dessarte, conheço do recurso e lhe dou provimento por entender que o exeqüente não responde por débito condominial relativo ao imóvel levado à arrematação; o que faço para restaurar o decidido na sentença (fls.).

VOTO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:* Acompanho o Sr. Ministro-Relator, considerando que, à época da arrematação, não se encontrava em juízo o condomínio. Faço a ressalva porque, se à época o arrematante tivesse suscitado o tema, a mim me parece que as despesas teriam que ser extraídas do produto da arrematação. Como tal não aconteceu, não se dá por possível, nesta oportunidade, a cobrança desse numerário. Trago à colação, por similitude de raciocínio, o disposto no art. 703 do CPC, no que diz respeito à quitação dos impostos relativos ao imóvel, exceto aqueles devidos quanto à alienação forçada.

VOTO VOGAL – *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar:* Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator. A dívida do condomínio poderia ser cobrada, seja do primitivo proprietário, seja do atual, que é o arrematante. Quem não está nessa relação, como devedor, é o exeqüente, conforme concluiu o eminente Relator. Se o arrematante pagou, tem o direito de se ressarcir contra aquele que entende ser o devedor que, no caso, só pode ser o primitivo proprietário.

Também acompanho o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo quando diz que, se no processo de execução na arrematação ficasse evidenciada a existência do débito, deveria, até por uma questão de bom senso, ser preservado o valor necessário, ainda que houvesse prejuízo do exeqüente para pagamento das despesas do condomínio, porque são despesas *propter rem*, embora não de natureza tributária, como está previsto no art. 603.

De qualquer forma, como já temos julgado, há de se atender à necessidade de pagamento das

despesas geradas pela própria existência do bem, porque do interesse de todos os condôminos. Como isso não aconteceu, resta agora ao arrematante cobrar, de forma regressiva, do proprietário primitivo.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro César Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de novembro de 1998.

PROCESSUAL CIVIL. Execução. Fraude de execução. Penhora. Matrícula – cancelamento. Ineficácia de alienação.

Ementa: 1. Reconhecida a existência de fraude, de imediato, não é possível a determinação do cancelamento de matrícula imobiliária com efeitos erga omnes, *confundindo-se nulidade e eficácia da alienação. Apropriado será a averbação da declaração de ineficácia em relação à fraude reconhecida, sem o efeito drástico do cancelamento, abrindo-se via para o ato de constrição. A alienação permanece válida entre vendedor e adquirente e ineficaz em relação ao credor, resguardado com o poder de penhorar o bem alienado, vinculado à responsabilidade e garantia executória.*

2. Recurso provido para excluir a ordem judicial de cancelamento do anterior registro aquisitivo do imóvel.

REsp 119.854/SP – 1.ª T. – STJ – j. 06.05.1999 – Rel. Min. Milton Luiz Pereira.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *dar provimento ao recurso*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Senhores Ministros José Delgado, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Milton Luiz Pereira.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 6 de maio de 1999 (data do julgamento) – Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira* (Relator): em Agravo de Instrumento, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou o entendimento consubstanciado na ementa, a saber:

"Agravo de Instrumento tirado contra despacho que remete a parte às vias ordinárias, quanto ao seu pedido de aditamento de mandado ao Registro de Imóveis, cancelando transação anterior à penhora a ser registrada, por ocorrência de fraude à execução. Aditamento é mera conseqüência de decisão anterior. Dá-se provimento ao recurso" (fls.).

Com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, foi interposto Recurso Especial, à razão de negativa de vigência aos arts. 592, inc. V, do CPC, e 195, da Lei dos Registros Públicos, assim como divergência com julgados e outros Tribunais.

Sustenta a Recorrente:

"(...) trata o recurso especial ora interposto exclusivamente da ilegalidade da determinação no sentido de que seja cancelado o registro aquisitivo imobiliário da recorrente, por contrariar, de forma inequívoca, o art. 592, inc. V, do CPC extraindo-lhe um alcance e efeito que, segundo a melhor doutrina e jurisprudência reiterada, ao tempo da mera formalização da penhora, ainda não se operou, qual seja o do dito cancelamento" (fls.).

Em suas contra-razões, a recorrida afirma a aplicação das Súmulas 282 e 356 da Suprema Corte. Ressalta ainda o "intuito protelatório pretendido pela recorrente".

O nobre 4.º Vice-Presidente, em substituição, do Egrégio Tribunal *a quo*, admitiu recurso ape-

nas pela alínea *c* do autorizativo constitucional, concluindo pela ausência de prequestionamento dos dispositivos tidos como afrontados.

É o relatório.

VOTO – *O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira* (Relator): a contemplação das peças formadoras do processo revela que, em Agravo de Instrumento tirado de execução fiscal, foi constituído o vergastado v. acórdão, assim ementado:

"Agravo de Instrumento tirado contra despacho que remete a parte às vias ordinárias, quanto ao seu pedido de aditamento de mandado ao Registro de imóveis, cancelando transação anterior à penhora a ser registrada, por ocorrência de fraude à execução. Aditamento mera conseqüência de decisão anterior. Dá-se provimento ao recurso".

A manifestação de inconformismo prende-se à determinação do cancelamento do registro aquisitivo anterior, constitutivo da propriedade do imóvel em nome da parte recorrente, ato acoimado de ilegal.

O despique alude que, além da divergência jurisprudencial, foram contrariados os arts. 592, V, CPC, e 195, Lei dos Registros Públicos. Porém, verifica-se que o confrontado aresto, direta ou especificamente, não interpretou ou aplicou os padrões legais apontados como malferidos. Com esse propósito, a tempo e modo, não foram interpostos Embargos de Declaração (art. 535, I e II, CPC). Nessa esteira, são certeiras as observações contidas na decisão proferida no primeiro juízo de admissibilidade (item 2 – fls.), irradiando-se os efeitos das Súmulas 282 e 356/STF, demonstrando que o recurso não merece admissão pela alínea *a*, III, art. 105, CF. O conhecimento decorrerá apenas pela espia da divergência jurisprudencial (alínea *c*).

Alforriado o exame, à sombra dos comemorativos registrados, sustentando a existência da penhora e precário reconhecimento de fraude na execução, a pretensão recursal procurou demonstrar que o cancelamento do registro imobiliário aquisitivo da propriedade somente será possível na ocasião do registro de eventual carta de arrematação.

Deveras, assinalando-se que não está em causa a concretude, ou não, de fraude de execução, pela guia interpretativa, a mensagem ditada pelo art. 592, V, CPC, não finca a compreensão da possibilidade, *ex abrupto*, de ser cancelado o registro imobiliário, veio da aquisição de propriedade. A respeito, no ponto central, sendo esclarecedores os transcritos ensinamentos doutrinários:

(...)

"c) o art. 592, V, do CPC, limita-se a sujeitar à execução os bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução; assim, incide a penhora sobre eles, ainda que em mãos de terceiros, como se a alienação ou a constituição não tivesse sido realizada; a alienação ou a constituição do vínculo real tem-se por ineficaz, ainda que o ato de disposição do devedor-executado tenha sido levado a registro público.

O interesse do credor situa-se na preservação da garantia pignoratícia até a final execução do bem arrestado e o adimplemento satisfativo do crédito, com o exaurimento da instância executória (ver antes notas 17 e 18).

Mas, até então, o ato de alienação é válido entre as partes, produzindo efeitos entre os contratantes, como é igualmente válido respectivo registro imobiliário, se houver.

Portanto, somente depois de arrematado ou adjudicado o bem penhorado, objeto de alienação fraudulenta, é que pode ser autorizado o cancelamento do registro imobiliário feito em nome de terceiros, com vista à preservação do princípio da continuidade; sendo que, a partir do praceamento do imóvel, as medidas complementares tendentes ao cancelamento do registro, consumada a expropriação judicial, passam a pertencer ao arrematante, ou adjudicatório, devendo ser deferido o seu pedido. (Yussef Said Cahali, *Fraudes contra credores*. São Paulo : RT, 1989, p. 393-396) fls. destes autos.

Em verdade, proclamada a existência de fraude, de imediato, com efeitos *erga omnes*, não é possível determinar-se o *cancelamento* da matrícula imobiliária, confundindo-se *nulidade e ineficácia* da alienação. Significa dizer que o apropriado será a averbação da declaração de *ineficácia* em relação à fraude reconhecida, sem o efeito drástico do cancelamento, abrindo via para o ato de constrição. Enfim, o ato de alienação permanece válido entre vendedor e adquirente e ineficaz em relação ao credor, resguardado o poder de penhora o bem alienado, vinculado à responsabilidade e garantia executória.

Em reforço e à mão de ilustrar tem significância colacionar precedente desta Corte, no aspecto em comento, sumariando:

(...)

"II – Na fraude de execução o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor..." (REsp 3771/GO – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – *STJ* 20/282).

Estadeada a motivação afivelando que a declaração ou nulidade da alienação, mas, isto sim, embora abrindo via para o ato de constrição, apenas projeta a ineficácia, sem o efeito de abrupto cancelamento da matrícula imobiliária, a final, *voto provendo o recurso*, parcialmente modificando o v. acórdão, com a finalidade de excluir a ordem judicial para o cancelamento do registro aquisitivo do imóvel.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de maio de 1999.

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. Área maior. Venda *ad corpus*.

Ementa: No procedimento de retificação, previsto nos arts. 213 e 214 da Lei de Registros Públicos, não importa a extensão da área a ser retificada, desde que os demais requisitos estejam preenchidos.

Inexistente a impugnação válida, não há lide e, por conseguinte, desnecessária a remessa às vias ordinárias, sendo o procedimento administrativo o previsto para a análise de retificações de registro, de acordo com o que dispõe o art. 213, § 4.º, da LRP.

REsp 120.196/MG – 3.ª T. – STJ – j. 04.03.1999 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Nilson Naves.

Brasília, 4 de março de 1999 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente – Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: Samir Tannus e sua mulher, Maria Luíza Faissol Tannus, requereram retificação do registro de imóvel, adquirido por venda *ad corpus*, uma vez que o levantamento topográfico e de agrimensura revelou que a área constante do registro era menor do que a realmente encontrada. Foram citados, como proprietários dos imóveis confrontantes, Amador Soares de Queiroz e outros, que se manifestaram a favor da pretensão dos requerentes. Opôs-se, entretanto, o Ministério Público, afirmando que o acréscimo pretendido seria perceptível a olho nu e que o pedido de retificação não seria o procedimento adequado, devendo os interessados recorrer às vias ordinárias.

Indeferido o pedido, apelaram os requerentes, sustentando que atendidos os requisitos exigidos pelo art. 213 da Lei de Registros Públicos, uma vez que provado o domínio pleno do imóvel, a individuação da coisa e a aquisição por venda *ad corpus*.

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que "a fração aceitável para retificação administrativa sumária de área acrescida em escritura de aquisição de imóvel não poderia ultrapassar 1/20, admitindo-se, é claro, uma margem de oscilação que não chegue a ferir o bom senso". Como a diferença corresponde, no presente caso, a mais ou menos 1/3 do imóvel, o acolhimento da pretensão estaria em desconformidade com a jurisprudência do tribunal. Além disso, haveria discrepância, entre as áreas constantes das matrículas e nem todos os interessados foram citados, de acordo com o que prevê o art. 213, § 2.º, da Lei 6.015/73.

Em recurso especial, alegam os recorrentes ofensa aos arts. 212 e 213 da Lei 6.015/73. Sustentam que a impugnação do Ministério Público não foi fundamentada, o que contrariaria o § 2.º do referido art. 213 e que não há lide a justificar a instauração de procedimento contencioso. No máximo, o tribunal poderia ter determinado que os demais confrontantes fossem citados, para suprir-se a irregularidade. Ressalvam, no entanto, que essas pessoas seriam antigos proprietários que não possuem mais imóveis nas áreas contíguas à dos recorrentes. Alegam, ainda, haver divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido e regularmente processado.

O parecer da Procuradoria Geral da República é pelo conhecimento e provimento do recurso, com o prosseguimento do "processo administrativo, suprida a falta de citação dos confrontantes e esclarecidas eventuais dúvidas acerca dos limites e da medida do terreno".

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: Os recorrentes compraram duas glebas de terra. Uma, correspondendo a 919-60-00 ha e outra, a 768-89-45 ha. Feita a medição do terreno, encontrou-se um excesso de 830-12-05 ha. Em ambas as escrituras, consta que a venda era *ad corpus*.

O acórdão recorrido negou provimento à apelação. No entender do tribunal, não havia certeza quanto aos números reais da medida do terreno, sendo a extensão a ser incorporada muito grande, se comparada à área constante do registro, acatando, nesse ponto, a impugnação do Ministério Público. Além disso, nem todos os interessados teriam sido citados.

Não importa, em verdade, a extensão da área a ser retificada. A Lei de Registros Públicos não contém tal distinção. Assim, desde que os demais requisitos previstos pelos arts. 213 e 214 estejam preenchidos, o procedimento correto é o de jurisdição voluntária. No julgamento do Resp 9.297, embora a hipótese apresentasse peculiaridade, observou o Ministro Athos Carneiro:

"Em suma, as alterações na área titulada, mesmo quando ultrapassando o limite enunciativo do art. 1.136 do CC, são perfeitamente possíveis pela via da jurisdição voluntária, mas dês que não haja fundada oposição de interessado, como ocorreu no caso ora em julgamento".

Se há dúvidas quanto às medidas do terreno, o juiz tem a faculdade de determinar perícia para dirimi-la e, assim, formar o seu convencimento, sem afastar o procedimento de retificação previsto na Lei de Registros Públicos. A realização da perícia não cria o litígio, pois não existe pretensão resistida. Não existindo lide, o procedimento administrativo continua a ser o indicado.

Esse é o entendimento esposado pela Quarta Turma e consolidado na ementa do recurso especial acima mencionado, *verbis*:

"Retificação do registro imobiliário. Lei 6.015, art. 213. Oposição apresentada pelo "condomínio" onde se encontra o terreno cuja área se pretende retificar no assento imobiliário.

As partes devem ser remetidas às vias ordinárias se o pedido de retificação, em jurisdição voluntária, for impugnado fundamentadamente, por interessado legítimo. Não assim, todavia, se a prova dos autos demonstra que o pedido visou apenas adequar o título às *reais* dimensões do terreno, devidamente cercado e murado, sem prejuízo algum ao Condomínio impugnante, sem invasão de imóvel lindeiro nem de área comum aos condôminos. Neste caso, o procedimento em jurisdição voluntária apresenta-se adequado, coerentemente com a tendência de simplificação e eficiência que deve prevalecer no moderno sistema legal brasileiro.

Recurso conhecido e provido".

O outro óbice apontado pelo acórdão seria a inexistência de citação de possíveis interessados. Em contraposição, alega o recorrente que essas pessoas seriam antigos proprietários e que citados todos os titulares de imóveis confrontantes, não havendo irregularidade alguma.

Fazendo-se mister a citação de outras pessoas, além daquelas que já o foram, a providência deve ser tomada antes da prolação de nova decisão de mérito.

Por essas razões, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento, para que se profira nova sentença, após as citações e outras diligências tidas como necessárias.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Nilson Naves.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 4 de março de 1999.

HIPOTECA. Extinção. Arrematação. Precedentes da Corte.

Ementa: 1. Na linha de precedentes da Corte, pela arrematação extingue-se a hipoteca, nos termos do art. 849, VII, do CC, não havendo nenhuma impugnação quanto à realização da mesma, com o que admite-se tenha sido o credor hipotecário intimado da realização da praça.

2. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 139.101/RS – 3.ª T. – STJ – j. 24.11.1998 – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma ou Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 24 de novembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*: Trata-se de recurso especial interposto por Tradesinos S/A – Massa Falida, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão de fls., complementado pelo de fls., proferidos pela 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O acórdão do agravo está assim ementado:

"Comercial. Falência. Quitação passada à falida. Subsistência da obrigação principal. Inadmissibilidade da extinção da hipoteca.

1. A quitação passada à falida, em virtude de dívida decorrente de garantia hipotecária, porque não importou a solução da dívida principal (CC, art. 849, I), não extingue a hipoteca.

2. Agravo provido" (fls.).

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos (fls.), sem, contudo, alterar o julgado.

Sustenta a recorrente que as decisões recorridas malferiram o art. 849, incs. I e VI, do CC, vez que, concedida a quitação em favor do devedor principal, imperativo admitir-se a extinção da hipoteca. Além disso, "não se vislumbra... aniquilamento da hipoteca". (fls.) Para comprovar a divergência jurisprudencial indica arestos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Houve contra-razões e o recurso especial foi admitido, opinando a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu provimento.

E o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*: O agravo de instrumento foi provido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo que a "quitação passada à falida, em virtude de dívida decorrente de garantia hipotecária, porque não importou a solução da dívida principal (CC, art. 849, I), não extingue a hipoteca". Em declaratórios, considerando que houve omissão sobre a arrematação, acentuou o Tribunal de origem, que "a arrematação, ali aludida, é aquela realizada na execução, singular ou coletiva, que tenha conduzido à extinção da obrigação garantida, através da sub-rogação do gravame no preço. E isto, não ocorreu".

O veio principal do recurso está centrado na extinção da hipoteca por força do art. 849, VII, do CC, devidamente prequestionado. Pelo que se lê do acórdão recorrido, a arrematação houve. Para o Tribunal de origem, porém, a arrematação não conduziu à extinção da obrigação. Todavia, se houve a arrematação a hipoteca está extinta, pouco importando se desapareceu a obrigação principal. Nos autos está a ata do leilão (fls.), demonstrado que o imóvel gravado com garantia hipotecária foi arrematado, sem que haja sinal de impugnação a tal ato.

Ora, esse cenário revela que a decisão recorrida conflita com a jurisprudência da Corte, como dão conta os arestos cujas ementas reproduzo a seguir:

"Civil. Processual civil. Arrematação. Bem hipotecado.

A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária, livre dos ônus que anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido" (REsp 40.191/SP, 4.ª Turma, Relator o Ministro Dias Trindade, *DJ* de 21.03.1994).

"Execução. Arrematação. Extinção da hipoteca.

Intimado o credor hipotecário da realização da praça, a arrematação produz o efeito de extinguir a hipoteca. Precedentes do STF e do STJ.

Recurso especial não conhecido" (REsp 36.757/SP, 4.ª Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, *DJ* de 05.09.1994).

Na linha dos precedentes, tenho por violado o art. 849, VII, do CC, com o que eu conheço do especial e dou-lhe provimento para restabelecer o despacho agravado.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou oralmente a Dra. Elizabete Casagrande Konarzewski, pelo recorrido.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 24 de novembro de 1998.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Incorporação imobiliária. Cancelamento. Hipoteca. Compromisso de compra e venda.

Ementa: Tendo o promissário comprador pago integralmente o preço do imóvel, não viola o ordenamento jurídico a decisão que condiciona a sua responsabilidade à prévia execução da construtora e seus fiadores. Precedentes.

Recurso não conhecido.

REsp 205.607/SP – 4.ª T. – STJ – j. 11.05.1999 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e dos notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e César Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 11 de maio de 1999 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente – Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar:* Edson Alves ajuizou ação cominatória contra Nelson Vitorino Construtora Ltda. e Banco do Estado de São Paulo, dizendo que adquiriu da primeira demandada um apartamento construído sob o regime de incorporação, de acordo com o SFH. Alegou que o preço ajustado foi quitado e, escoado o prazo contratualmente previsto, não foi providenciado o cancelamento da hipoteca e a outorga da escritura definitiva. Salientou que o pagamento feito à construtora vinculou a instituição financeira, visto que, na qualidade de cessionária fiduciária, estava obrigada a liberar a garantia.

A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a construtora a outorgar a escritura no prazo de 180 dias, sob pena de incorrer em multa diária, após quitar, no mesmo prazo, a quantia devida ao Banco.

O Banespa apelou, pretendendo a improcedência do pedido; o autor ofereceu recurso adesivo, visando à liberação imediata da hipoteca. A Egrégia Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso principal e proveu parcialmente o adesivo, nos termos da seguinte ementa:

"Cominatória. Ação procedente para compelir Construtora à outorga de escritura definitiva, em seis meses, sob pena de preceito. Em sendo obrigatória a participação da entidade financeira quanto à pretensão de exclusão da dívida hipotecária, o caso é de improcedência. Recurso dos réus desprovido.

Obrigação de fazer. Adesivo para compelir a credora hipotecária à liberação do vínculo hipotecário. Inviabilidade. Cabimento, porém, da separação de seu débito ideal para liberação específica de sua hipoteca e, também de exclusão de apartamento adquirido, enquanto não

excutidos fiadores inadimplentes e Construtora a qualquer constrição judicial. Recurso provido parcialmente" (fls.).

Rejeitados os embargos de declaração, o Banespa apresentou recurso especial pelas alíneas *a* e *c*, alegando negativa de vigência aos arts. 460, 461, § 1.º, 595, 655, § 2.º, e 1.046 do CPC; 1.491, 677, 811, 815 e 849 do CC; e 43, par. ún., do Dec.-lei 70/66, além de divergência pretoriana.

Sustenta: a) a Egrégia Câmara condenou o recorrente em objeto diverso do que lhe foi demandado; b) sendo impossível a tutela específica, a obrigação deveria ter sido convertida em perdas e danos, a ser resolvida entre o autor e a construtora: c) o imóvel hipotecado não pode ser excluído da constrição judicial para a cobrança do débito (CPC, art. 655, § 2.º); d) o interesse dos autores deve ser alegado em embargos; e) o benefício de ordem, quando invocado, impede que se executem, em primeiro lugar, os bens dos fiadores: f) o direito de seqüela e demais regras pertinentes à garantia real impedem a separação do débito para liberação da hipoteca; g) o autor adquiriu o imóvel através de instrumento particular desprovido de registro, com plena ciência do ônus hipotecário que pendia sobre o mesmo.

Ofertadas as contra-razões, o recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*: 1. A alegada violação ao disposto nos arts. 460 e 461 do CPC não pode ser conhecida porque não prequestionada. Se o julgamento da apelação incorreu nos defeitos referidos pelo recorrente, tais deveriam ter sido objeto dos declaratórios a fim de que a Egrégia Câmara se manifestasse sobre a questão, ensejando seu julgamento a interposição de recurso especial (REsp 99.796/SP). Os embargos foram opostos, mas para outras questões, ficando a matéria relacionada com os dispositivos acima mencionados fora de enfrentamento pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial, nesse ponto.

2. O restante da impugnação do Banco decorre da decisão tomada na apelação, que reconheceu ao autor "o direito de excluir da execução contra devedor solvente a constrição sobre o apartamento que adquirira e pagara integralmente. Só responderá, destarte, ao depois de findas as execuções contra a construtora, fiadores e inadimplentes outros, pelo saldo devedor que seria financiável do apartamento".

3. Sobre a eficácia da hipoteca de imóveis financiados dentro do Sistema Financeiro da Habitação, pela incorporadora ou construtora que os destina à venda, esta Turma já decidiu de acordo com a seguinte ementa:

"Sistema Financeiro da Habitação. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro.

– Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora.

– O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

Recurso conhecido e provido" (REsp 187.940-SP, 4.ª Turma, de minha relatoria).

Na fundamentação daquele julgado, ficou consignado:

"1. O v. acórdão recorrido foi publicado em maio de 1994, antes da vigência da Lei 8.950/94, e o recurso foi interposto às 16h 42 min. do dia 28.03.1995, quando já encerrado o expediente bancário. Por isso, tenho que não se pode ter como deserto o especial, pois o prazo começou a fluir ao tempo da lei velha, que não fazia a exigência depois constante do art. 511 do CPC, e também porque o ajuizamento da petição após encerrado o horário bancário é causa impediente a justificar o recolhimento do numerário no dia seguinte, como aconteceu na espécie.

2. Versa o presente recurso sobre a possibilidade de execução de imóvel hipotecado ao agente financeiro (instituição de crédito imobiliário), em garantia de dívida da construtora ou incorporadora do edifício (devedora), já tendo sido o bem objeto de contrato de promessa de compra e venda celebrado com terceiro, que pagou integral ou parcialmente as suas prestações

à promitente vendedora, e que vem a sofrer a penhora do apartamento que adquiriu, na execução da hipoteca promovida pela instituição de crédito imobiliário por inadimplemento da construtora, devedora hipotecária.

A causa deve ser examinada e julgada nas circunstâncias do negócio realizado, tratando-se de aquisição de casa própria com financiamento concedido por instituição financeira à construtora ou incorporadora do prédio, com ou sem financiamento por agente financeiro aos adquirentes finais.

Desde logo fica definido que o negócio de financiamento e a venda das unidades habitacionais ocorreu no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, como se pode ver da cláusula 4.ª, do contrato de financiamento de Delfin S/A – Crédito Imobiliário, exeqüente, com a construtora Marcovena Ltda., onde é feita referência à vigência da legislação do BNH, e à cláusula 12, onde se afirma que o contrato está vinculado ao SFH.

Faço esse registro inicial porque é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado a venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando a imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário). Nessa situação, cabe ao financiador do prédio construído para ser alienado cobrar da construtora, sobre os bens dela, sua devedora, ou sobre os créditos dela em relação aos terceiros adquirentes.

Relembro algumas disposições legais sobre o Sistema Financeiro da Habitação:

– a) em primeiro lugar, as sociedades de crédito imobiliário, como a Delfin S/A – Crédito imobiliário, ora recorrida e autora do processo de execução, são órgãos integrantes do sistema financeiro da habitação (art. 8.º, III, da Lei 4.380/64), submetidas à legislação específica;

– b) em segundo lugar, "as sociedades de crédito imobiliário somente poderão operar em financiamento para construção, venda ou aquisição de habitações mediante:

I – abertura de crédito a favor de empresários que promovam projetos de construção de habitações para venda a prazo;

II – abertura de crédito para a compra ou construção de casa própria com liquidação a prazo de crédito utilizado;

III – desconto, mediante cessão de direitos de receber a prazo preço da construção ou venda de habitação;

IV – outras modalidades de operações autorizadas pelo Banco Nacional de Habitação". (art. 39 da Lei 4.380/64);

– c) em terceiro "os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1.º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2.º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos" (art. 22 da Lei 4.864/65).

Atentos a essas características é que os pareceristas Profs. Miguel Reale, Miguel Reale Jr. e Pedro Alberto do Amaral Dutra assim descreveram a relação negocial do agente financeiro, do construtor e do adquirente:

"A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel, e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais, é transitória – e assim sua presença no circuito negocial do SFH – porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o crédito resultante da venda das unidades habitacionais, para cuja compra irão os adquirentes finais buscar financiamento junto ao mesmo agente financeiro".

"Os adquirentes finais tomam empréstimo junto às sociedades de crédito imobiliário – que vencerá correção monetária e juros – para compra a prazo dos imóveis do construtor, e este cede o crédito destas alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo que com ela contraíra". (O sistema financeiro da habitação, estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do estado. *A atividade de crédito imobiliário e poupança*, Abecip, p. 11)

A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre "os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado" (art. 22 da Lei 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

Tanto assim que o contrato firmado entre a Delfin S/A (mutuante) e a construtora (mutuária) dispôs especificamente sobre o modo pelo qual seriam transferidas as obrigações aos terceiros adquirentes, o qual é inconciliável com a execução da hipoteca contra os adquirentes:

– "Cláusula 18. A mutuária liberar-se-á de suas obrigações junto à mutuante, no que pertine ao principal e encargos relativos ao financiamento, transferindo esse ônus, em proporção, aos adquirentes das unidades imobiliárias em construção, ou pagando, a qualquer tempo, tudo o que for devido à mesma mutuante.

– "Cláusula 21. Havendo alienações de unidades durante a fase de construção, a mutuária ficará obrigada a entregar à mutuante, juntamente com os respectivos contratos de compromisso de compra e venda, devidamente registrados em cartórios, os títulos representativos de parte de preço e relativos a poupança.

§ 1.º Os títulos mencionados nesta cláusula ficarão com a mutuante, como garantia subsidiária do cumprimento da obrigação assumida pela mutuária, no que pertine à execução das obras financeiras.

§ 2.º A mutuante, à proporção que for recebendo dos mutuários finais o valor dos títulos que lhe foram entregues, irá procedendo ao depósito das correspondentes importâncias em conta de DPL da mutuária".

3. Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o

imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro – uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.

No comum dos negócios, a existência de hipoteca sobre o bem objeto do contrato de promessa de compra e venda é fator determinante da fixação e abatimento do preço de venda, pois o adquirente sabe que a presença do direito real lhe acarreta a responsabilidade pelo pagamento da dívida. Não é assim no negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário, pois que nesta o valor da dívida garantida pela hipoteca não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu valor real, sendo o seu preço pago normalmente mediante a obtenção de um financiamento concedido ao adquirente final, este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabilizou, pois essa é a sua dívida.

Das três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes – o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido – somente correu o risco e perdeu o terceiro, que adquiriu e pagou.

Inteiramente aplicável a observação feita por Fernando Noronha ao examinar o tema à luz do princípio da boa-fé objetiva:

"Na verdade, credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subseqüentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador" (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, Saraiva, 1994, p. 182-183).

4. A situação dos autos foi assim apreciada na r. sentença de lavra da Dra. Lilia Lúcia Venosa:

"Quanto ao mérito, como bem ponderam os embargantes, há manifesto abuso de direito da embargada em penhorar a unidade autônoma construída com recursos obtidos pela mutuária-executada, em decorrência da inadimplência desta, já que é ela, embargada, quem agiu negligentemente, ao ter permitido a venda das unidades autônomas, bem como deixado de notificar os adquirentes a lhe pagarem diretamente as prestações pagas à construtora-mutuária.

Ora, não se pode impingir aos adquirentes a responsabilidade por débito da construtora quando o Agente Financiador concorreu indiretamente com a sua ocorrência, em conseqüência de sua má administração, que resultou inclusive em sua liquidação, amplamente noticiada no país.

Com efeito, celebraram os embargantes típico contrato de adesão, em que não cabe discussão acerca das cláusulas nele dispostas. Enquanto o adquirente paga, não sem prolongado sacrifício, as prestações de sua casa própria, a construtora-mutuária, muitas vezes, deixa de cumprir o contrato de mútuo, sem que sobre ela recaiam as conseqüências jurídicas de tal inadimplemento, já que sobre as unidades autônomas pesa o ônus do hipoteca a garantir tal contrato. E ao invés de a mutuante, sabedora da situação financeira da mutuária, providenciar a intimação dos adquirentes para que lhe paguem diretamente as prestações do preço da unidade autônoma, mantém-se inerte até que o débito lhe permita a constrição das unidades hipotecadas, deparando-se o adquirente, de um dia para outro, sem concorrer com qualquer ato de inadimplência, com um ato constritivo que poderá levá-lo a perder o imóvel onde reside, bem como as prestações pagas ao longo, quiçá, de toda sua vida laboral.

A tal situação deve se pôr um termo e vem sendo alterada pela jurisprudência dos nossos Tribunais, com temperança à letra fria da lei, como nos espelham os arestos colacionados pelos embargantes em especial o aresto de lavra do eminente Relator Celso Pinheiro Franco, carreado aos autos a fls., em cujo voto, rico em fundamentos, acolhe a pretensão dos adquirentes em caso semelhante.

Ora, sendo o contrato de mútuo, por sua natureza, eminentemente *intuitu personae*, era obrigação da embargada ter pleno conhecimento das condições financeiras da construtora-mutuária ao longo da relação negocial, cabendo-lhe acaute-

lar-se quando se iniciou o inadimplemento por parte desta, intimando os adquirentes a lhe pagar diretamente o que vinham pagando àquela, mormente em se tratando de Sociedade de Crédito Imobiliário criada para viabilizar a política nacional de habitação e planejamento territorial, que visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria.

Apesar de ter sido constituído o ônus hipotecário antes de os embargantes adquirirem a unidade autônoma penhorada, contratando cientes do mesmo, o que se deve perquirir é se houve liberdade de contratar por parte dos adquirentes, ou seja, se aquiesceram, mediante livre manifestação de vontade, na constituição de tal ônus.

Ora, a liberdade de contratar não se verificou no caso vertente, à evidência, pois é fato incontroverso que a aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação se dá através de contratos com cláusulas preestabelecidas, regulamentadas pelo Governo Federal.

Assim sendo, contrataram sem efetivamente querer onerar sua unidade autônoma e garantir, com ela, dívida de outrem. Tal fato é crucial para vislumbrar-nos a dimensão da situação inferior em que é colocado o adquirente da casa própria em face do nosso ordenamento jurídico, no qual todas as regalias, garantias e abusos são concedidos aos detentores do capital, mesmo considerando-se que a embargada está sujeita às normas do Sistema Financeiro da Habitação, instituído precipuamente para atender os reclamos habitacionais da população mais carente.

Como conceitua Saleilles, *in de la personalitè juridique*, lição XXII, p. 547, o abuso de direito é o corretivo indispensável ao exercício do direito subjetivo, de forma a conciliar os direitos da comunidade e os do indivíduo.

Alvino Lima, por seu turno, com maestria escreve, em *Culpa e risco*: 'O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo, no caso do abuso de direito, causando danos a terceiros, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito...' E ainda: 'Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.'

Portanto, no caso vertente, não se pode cerrar os olhos à importante questão social posta em julgamento. Em momento algum foi noticiado aos embargantes o inadimplemento da construtora, cuja obrigação por ela contraída junto à embargada garantiam com suas unidades, a fim de que alguma providência pudessem tomar para evitar o lesivo ato constritivo ora *sub judice*" (fls.).

5. Ainda considero que a financiadora instituiu a construtora sua mandatária, a evidenciar que apenas desta tem a receber, conforme ficou bem evidenciado no voto do eminente Dr. Remolo Palermo, quando do julgamento da apelação:

"Com efeito, examinando-se o contrato de 'Mútuo' e garantia hipotecária, de fls., verifica-se que a financiadora instituiu como sua mandatária a Construtora Marcovena S/A, que depois foi adquirida pela 'Unimov', que incorporou a obra, podendo compromissar as vendas e receber o preço das unidades para repasse em seguida.

É o que se vê das cláusulas 20 a 22, do contrato de financiamento, às fls. dos autos, sendo certo que, no caso, em não tendo havido o repasse dos créditos pela mutuária à mutuante, os adquirentes por tal descumprimento não podem responder com suas unidades porque integrariam elas a garantia hipotecária.

Assim, face aos termos do contrato a mutuante, em verificando a inadimplência da mutuária e sabedora das vendas, deveria notificar os compromissários para que passassem a pagar seus débitos diretamente em seus escritórios. E não simplesmente aguardar os débitos se avolumarem para, escudando-se na garantia hipotecária, executar os adquirentes, que não foram inadimplentes, que cumpriram com seus compromissos e que se encontram na posse direta dos imóveis.

Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houveram com culpa, sendo que o mesmo não se pode afirmar em relação à embargada" (fls.).

6. Por fim, refiro que esta Egrégia Quarta Turma já apreciou situação assemelhada, quando do julgamento do REsp 78.459/RJ, e assim decidiu:

"Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda. Execução hipotecária. Imóvel financiado pelo SFH.

O promissário comprador que adquire imóvel financiado pelo SFH e emite notas promissórias em favor da construtora, que as cede fiduciariamente ao agente financeiro, tem ação de embargos de terceiro contra a penhora do seu apartamento, efetuada na execução promovida pela financeira, ou por quem o substituiu, contra a construtora e promitente vendedora, pois a sua responsabilidade se limita ao pagamento do seu débito, que pode ser executado diretamente contra ele pela credora que recebeu os títulos em cessão fiduciária.

Recurso conhecido e provido.

7. Posto isso, conheço do recurso, por ofensa aos dispositivos legais acima citados e lhe dou provimento para restabelecer a r. sentença.

É o voto".

4. No caso dos autos, o r. acórdão recorrido deferiu menos ao promissário comprador, que já pagou integralmente o preço do imóvel, razão pela qual não encontro violação aos dispositivos legais citados, pois o Sistema Financeiro da Habitação deve ser aplicado de acordo com as suas peculiaridades.

Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de maio de 1999.

EMBARGOS DE TERCEIRO. Fraude de execução.

Ementa: Não caracteriza fraude de execução o negócio de compra e venda realizado com terceiros de boa-fé, muito antes da execução, através de procuração por instrumento público, tendo sido formalizada a venda e registrado o título antes da penhora, sem que a ação tivesse sido levada a registro e inexistindo prova da insolvência. Recurso não conhecido.

REsp 203.677/RJ – 4.ª T. – STJ – j. 27.04.1999 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Brasília-DF, 27 de abril de 1999 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente – Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*: Célio Rodrigues da Costa e sua mulher embargaram a execução por quantia certa intentada pelo Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A contra Luís Carlos de Carvalho, alegando que são senhores e possuidores do imóvel em constrição.

A ação foi julgada procedente.

Apelando o Banco, a Egrégia Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"Processo civil. Apelação. Embargos de Terceiro. Terceiros de boa-fé. Posse e propriedade do bem constrito. Penhora não levada a registro. Fraude à execução. Inexistência. Impenhorabilidade legal do imóvel.

Muito antes da execução proposta, já não ostentava o executado o bem penhorado em seu patrimônio.

São os embargantes-apelados proprietários da coisa constrita e exerciam a posse de boa-fé antes do negócio jurídico e da mora que fez surgir o crédito exequendo.

Não foi o imóvel alienado em fraude à execução. Não foi também levada a registro a penhora, faltando-lhe a publicidade para surtir efeitos em relação a terceiros.

Ademais, é o imóvel, único bem, domicílio dos embargantes. Logo, bem legal de família, não sujeito à penhora. Manutenção da sentença. Não provimento do apelo" (fls.).

Ainda irresignado, o embargado apresentou recurso especial pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, indicando ofensa aos arts. 134, inc. I, 530, inc. I, 856, inc. I, e 895, par. ún., do CPC e art. 1.º da Lei 8.009/90, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que o registro do título é indispensável à aquisição da propriedade imobiliária. A fraude à execução, por outro lado, restou configurada pela existência de demanda capaz de conduzir o alienante à insolvência, ficando dispensada a comprovação do elemento subjetivo. Além do mais, o registro do imóvel em nome de devedor, que nele não tinha residência afasta a aplicação da Lei 8.009/90.

Ofertadas as contra-razões, o recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*: Na ação de embargos, os terceiros afirmam que realizaram, em 12.09.1988, negócio de compra e venda do apartamento descrito na inicial, representado pela procuração de fls., lançada em cartório naquela data. A escritura definitiva foi lavrada em 21.02.1995, levada a registro em 09.05.1995. No entanto, em 27.06.1995, foi penhorado o bem na execução promovida pelo embargado contra o primitivo proprietário.

A Egrégia Câmara negou a existência de fraude de execução, pois "tanto a penhora quanto a execução não foram levadas à inscrição no Registro de Imóveis, não podendo, ante a falta de publicidade, ser oposta a terceiros".

O banco recorrente sustenta que a falta de registro impede a defesa através de embargos, invocando o disposto nos arts. 530 e 856 do CC. No entanto, o princípio aceito neste Tribunal garante o direito do terceiro de boa-fé, ainda que sem título registrado, como se extrai da Súmula 84/STJ.

Além disso, insiste na fraude de execução, porquanto antes do registro em favor dos embargantes, havia demanda capaz de levar o vendedor à insolvência. Porém, essa hipótese somente se caracteriza quando reconhecidos na instância ordinária tanto a insolvência do devedor como o conhecimento da ação por parte do adquirente. Esses dois pressupostos não constam da fundamentação do r. acórdão, e a falta de inscrição da ação foi mencionada no r. julgado em exame.

Por isso, não encontro violação à lei. Quanto à divergência, os precedentes citados já estão superados com a orientação que se pacificou nesta Turma (REsp 114415/MG) ou versam sobre situação diversa da ora admitida nas instâncias ordinárias.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 27 de abril de 1999.

DOAÇÃO INOFICIOSA. Ação de anulação. Art. 1.176 do CC. Momento de aferição.

Ementa: A validade da liberalidade, nos termos do art. 1.176 do CC, é verificada no momento em que feita a doação e, não, quando da transcrição do título no registro de imóveis.

Recurso não conhecido.

REsp 111.426/ES – 3.ª T. – STJ – j. 19.11.1998 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Costa Leite e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Menezes Direito.

Brasília, 19 de novembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Nilson Naves, Presidente – Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: A Egrégia Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou provimento à apelação interposta por José Misael Louzada e outros, na ação ajuizada por Zeiza Louzada de Freitas e outros. Esta a ementa do acórdão:

"Doação (anulação de). Preliminares. Agravo retido. Doação. Nulidade. Inexistência. Doadores. Filhos donatários. Ato perfeito e acabado. Apelação provida. Improcedência do pedido.

Preliminares de intempestividade da apelação de ilegitimidade ativa e de nulidade do sentença rejeitadas. Agravo retido conhecido e improvido.

Não ocorre violação do negócio jurídico, quando da formalização da doação, os doadores só tinham como filhos os donatários, inexistindo outros descendentes.

Ato que tornou-se perfeito e acabado e as obrigações nele acertadas poderiam ser exigidas dos herdeiros ou sucessores do falecido doador, que não foram parte.

Ato de liberalidade impugnado constituiu-se a partir do momento em que as partes o assinaram e concordaram com seu conteúdo. Não importa que registro do título demorou a se efetivar, ocorrendo quando mais outros filhos do doador existiam. Aliás, como bem salientaram os apelantes, a lei não fixa prazo para o registro de títulos constitutivos ou translativos de direitos reais. Considerada é a situação do momento em que o ato se constituiu. O art. 1.176, do CC, é muito explícito ao assinalar esse aspecto. Se o título de doação ainda não tinha sido levado a registro após o nascimento de outros filhos do doador, resultantes de união com outra mulher, isto não significa desprezar um ato jurídico perfeito, acabado e gerador de efeitos".

Em recurso especial os vencidos alegaram contrariedade aos arts. 82, 129, 130, 145, 530, inc. I, 860, par. ún., 1.176, 1.576 e 1.721, todos do CC. Insistem em que nula a doação, ao argumento de que não atendidos os requisitos legais. Afirmaram, ainda, existir dissídio com outros julgados.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: Alegam os recorrentes violação a inúmeros artigo do Código Civil e divergência jurisprudencial.

Os acórdãos trazidos à colação não preenchem os requisitos do art. 541, par. ún., do CPC, razão pela qual não conheço do recurso pela alínea *c* do permissivo constitucional.

Em relação à alegação de violação à lei federal, apenas o art. 1.176 do CC encontra-se prequestionado.

A controvérsia gira em torno de doação, feita aos recorrentes, de imóvel rural, por meio de escritura pública, tendo por doadores seus pais. Ocorre que o doador-varão, anos mais tarde, veio a ter outros filhos, os ora recorrentes, com outra mulher, e nascidos após a realização da doação.

Discute-se, no caso em tela, o fato de que, embora a escritura pública de doação date de 15.03.1958, só foi levada a registro em 16.09.1965, quando dois dos ora recorrentes já eram nascidos.

Tendo em vista esse fato, alegam que seria nula a doação efetuada, nos termos do art. 1.176 do CC. A pretensão foi acolhida pelo juízo de primeiro grau, posteriormente rejeitada pelo acórdão ora recorrido, sob o argumento de que, à época da liberalidade, os doadores só tinham os donatários como filhos.

Argumentam os recorrentes que a doação só poderia ser considerada perfeita e acabada após a sua inscrição no registro imobiliário.

O art. 1.176 do CC é claro ao dizer que a doação será considerada nula se, no momento da liberalidade, exceder o que o doador poderia dispor em testamento. Não se discute, no recurso, se houve o excesso. Contesta-se o momento em que essa circunstância deveria verificar-se, ou seja, se quando da realização do contrato de doação ou da sua transcrição no registro de imóveis.

Em 1958, ao fazer-se a escritura, surgiram, como efeitos desse ato jurídico perfeito e acabado, direitos para os donatários e deveres para os doadores. A partir do momento em que formalizada a doação, os donatários passaram a ter o direito de exigir dos doadores a entrega do bem e esses, por sua vez, o dever de entregar-lhes o imóvel. Criou-se, também, para os doadores, a impossibilidade de desfazer a doação, desde que não eivada de vício de forma ou de vontade.

O fato de o registro não se ter efetuado na mesma época da doação e, sim, posteriormente,

não a invalida. O momento de aferição de sua validade é aquele em que foi feita. Certo que o contrato de doação não transmite a propriedade, o que só ocorre com o registro. Todavia, criam-se direitos e obrigações que devem ser respeitados, por tratar-se de um ato jurídico perfeito.

Não houve, portanto, doação inoficiosa, pois, no momento em que se realizou, não foi ultrapassada a parte de que poderiam dispor os doadores, uma vez que apenas os donatários, ora recorridos, eram herdeiros necessários àquela época.

Também não conheço do recurso pela alínea *a*.

VOTO – *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*: Sr. Presidente, quando o Ministro Eduardo Ribeiro estava proferindo o seu voto, lembrei-me de caso anteriormente julgado nesta Turma, se não me falha a memória, do Tribunal de Pernambuco, em que a questão girava em torno de casamento posterior. Há um certo parentesco, mas o caso não é idêntico. Naquele momento, porque, neste caso, fala-se em "momento", discutimos exaustivamente essa questão do momento. Isso é o que ficou assentado, depois do pedido de vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e do Ministro Costa Leite. Parece-me que não é só a expressão, é a literalidade do texto. Quando é que se verificou o exercício da liberalidade. No momento em que ela se efetiva; é o que está na Lei. Os outros artigos não podem ser considerados, porque consoante o Sr. Ministro relatou, ou não houve o dissídio, ou não houve o prequestionamento. Então, o que restou foi de n. 1.176. O que se discute é que, se é possível no momento, o exercício da liberalidade, a falta do registro fará com que todos os bens voltem à colação. Entendo que não. Acredito que, se no momento podia exercê-la o doador, como a lei prescreve, expressamente, ele o exercitou quando podia dispor. Isso não pode trazer ao ato a coima da pretendida nulidade, com a devida vênia do nobre advogado.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

VOTO – *O Sr. Ministro Costa Leite*: Sr. Presidente, como salientei antes, essa causa guarda um certo parentesco com aquela outra que gerou tanto debate nesta Turma e levou a vários pedidos de vista. Se se apura o excesso no momento da liberalidade, a partir daí todo o raciocínio, evidentemente, leva à conclusão a que chegou o voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

Acompanho S. Exa., data vênia do eminente advogado, que, como sempre, produziu belíssima sustentação oral.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou oralmente, o Dr. Francisco Manoel Corte Imperial pelos recorrentes.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Costa Leite e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de novembro de 1998.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Bem inalienável.

Ementa: Sendo possível afastar a inalienabilidade, mediante sub-rogação judicialmente autorizada, não se há de ter como nula a promessa. Dever-se-á entender que o promitente vendedor obrigou-se a diligenciar o afastamento do óbice. Hipótese em que isso efetivamente se fez.

Incomunicabilidade do bem, em virtude da norma contida no art. 272 do CC, uma vez que a escritura de venda, feita após o casamento, traduziu o cumprimento da promessa a ele anterior e a parcela paga naquele ato o foi por doação de terceiro e os bens assim havidos não se comunicam.

Doação antenupcial.

A regra do art. 312 do CC não é de ser entendida como significando que qualquer doação entre pessoas que pretendam casar-se deva fazer-se por instrumento público. Haverá de ser observada nas doações propter nuptias, *que se sujeitam à regulamentação dos pactos antenupciais, de tal modo que se consideram desfeitas não sobrevindo o casamento.*

REsp 62.605/MG – 3.ª T. – STJ – j. 09.03.1999 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, vencido o Sr. Ministro Menezes Direito.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Nilson Naves.

Brasília, 9 de março de 1999 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente – Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: No processo de separação entre partes Rui Machado e Marielze de Campos Machado, litiga-se a propósito de partilha de imóvel, havendo a sentença entendido que o bem pertencia à mulher, não se comunicando. Isso porque, adquirido o imóvel pela ré, "cuja causa e pagamento ocorreram antes do casamento e ao casar já detinha a posse do imóvel como se fosse seu, tudo por força de um contrato de promessa de compra e venda devida e regularmente inscrito no Registro de Imóveis". Sendo o regime o de comunhão parcial, estava o imóvel excluído da comunhão.

O acórdão proveu a apelação do autor, julgando procedente o pedido de partilha do imóvel, ao fundamento de que esse constituía aquesto. Expôs como razão de decidir que "a promessa firmada com a varoa antes do casamento dela, apesar de seguida pela transferência da posse, não constitui causa legal para a incomunicabilidade...". Ademais, "promessa de compra e venda sem a integral quitação do preço e sem averbação no registro do imóvel não adquire efeito real que torna obrigatório o negócio e enseja a adjudicação compulsória".

No especial, a vencida alegou que desatendido o disposto no art. 272 do CC. Insiste na incomunicabilidade do imóvel, argumentando que o adquiriu antes do casamento. Afirmou, ainda, existir dissídio com julgado que colacionou.

Recurso admitido.

Remetidos os autos ao Ministério Público em 26.04.1995, retornaram em 08.09.1997 com parecer pelo não provimento do especial.

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: O acórdão recorrido firmou-se em que a promessa de venda se referira a imóvel gravado de inalienabilidade, daí resultando ser nula aquela avença. E se assim era, não poderia ser invocada como causa, precedente ao casamento, e de que se originara a aquisição do bem, de maneira a excluí-lo da comunhão.

Certo que se entende, em sede doutrinária, deva reputar-se nula a venda de coisa inalienável, por força do disposto no art. 145, II, combinado com o art. 69, ambos do CC. Cumpre, entretanto, ter-se em conta a peculiaridade do caso.

Não se trata, na hipótese, de compra e venda, mas de promessa, e induvidoso que distintos os objetos de um e outro contrato. O segundo cria uma obrigação de fazer, não sendo apto a transmitir, por si, a propriedade. Isso não se modifica pelo fato de, reunidos determinados requisitos, poder dar lugar à existência de direito real e ensejar a adjudicação compulsória. Seu objeto é e continua sendo obrigação de fazer, consistente na conclusão da compra e venda.

Outra relevante circunstância há de ser considerada. A impossibilidade da efetivação da compra e venda não tinha caráter absoluto. Não se tratava de algo contrário aos bons costumes ou que encontrasse vedação legal intransponível. O óbice consistia em inalienabilidade, passível de ser afastada, por meio da sub-rogação, como efetivamente veio a ocorrer. Ao prometer vender o bem, o proprietário, implicitamente ao menos, se comprometia a diligenciar a superação da causa impeditiva da alienação, o que era perfeitamente possível. Não vejo porque se haja de considerar nulo tal contrato que, em verdade, não fere qualquer norma legal. E a gritante realidade fática está a mostrar que foi inteiramente adimplido com a ulterior venda.

Sustenta-se, ainda, que, mesmo assim fosse, a promessa de compra e venda não traduziria causa anterior ao casamento, capaz de realizar a previsão do art. 272 do CC. O próprio título haveria de precedê-lo, como sucederia com uma compra e venda sujeita a condição suspensiva.

Não se me afigura deva a norma submeter-se a exegese a esse ponto restritiva. Não é o que decorre do texto da lei. Nela não se lê que o título haja de ser anterior, mas sim a causa desse. E a interpretação em exame importaria desconhecer a realidade dos negócios e do desenvolvimento que encontrou esse tipo de contrato. Injustificável,

com efeito, devesse entrar na comunhão um bem que veio a integrar o patrimônio de um dos cônjuges, em estrito cumprimento a promessa anterior. A admitir-se, ter-se-ia situação estranha. É que a promessa de venda representa, por si, um valor econômico que compunha o patrimônio de seu titular. E como para ele entrou antes do casamento, não se comunicaria. Com o adimplemento da promessa, o promitente comprador sofreria um empobrecimento, porque aquele valor desapareceria e a propriedade do bem se comunicaria.

Considero, pois, que a hipótese se submete ao disposto no citado art. 272. Outra questão, entretanto, deve, ainda, ser examinada.

Sustenta o recorrido que efetuou o pagamento de parte do preço ajustado na promessa. Reconhece que efetuou doação, mas afirma que haveria nulidade, pois essa só se poderia fazer por instrumento público, como estaria a determinar o art. 312 do CC.

Entendo que não tem razão. Do dispositivo não se há de inferir que toda e qualquer doação entre pessoas que tenham a intenção de se casar haja de fazer-se por escritura pública. Isso sucede naquelas feitas *propter nuptias*, que se pretenda vincular ao casamento, tal sucede com o pacto antenupcial, de tal modo que houvessem de se reputar desfeitas, uma vez não sobrevindo naquele.

Observo, por fim, que a parcela paga após o casamento o foi pela mãe da recorrente, também como doação, e essa se exclui da comunhão.

Por todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou oralmente o Dr. Antonio Carlos Gomes Ottoni, pela recorrente.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Waldemar Zveiter, solicitou vista dos autos o Sr. Ministro Menezes Direito. Aguardam os Srs. Ministros Costa Leite e Nilson Naves".

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de maio de 1998.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*: O recorrido ajuizou ação ordinária de separação cumulada com partilha de bens, sendo decidida e homologada a separação e julgado improcedente o pedido de partilha. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais proveu o apelo. O acórdão recorrido afirmou que a "promessa firmada com a varoa antes do casamento dela, apesar de seguida pela transferência da posse, não constitui causa legal para a incomunicabilidade". O acórdão entendeu que o imóvel estava indisponível, era inalienável, não podendo ser objeto do compromisso de compra e venda, sendo certo que não tendo havido a integral quitação do preço e não existindo averbação estava ausente o efeito real que torna obrigatório o negócio e enseja adjudicação compulsória.

O eminente Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, conheceu do especial e deu-lhe provimento, considerando a incomunicabilidade do bem e a melhor interpretação do art. 312 do CC.

O recorrido pediu a partilha de uma área denominada "Fazenda Córrego do Chave" ou "Sítio União", adquirida em 28.07.1988, sendo o casamento pelo regime da comunhão parcial realizado em 20.10.1988. Os autos revelam que há uma promessa de compra e venda (fls.), seguida de duas escrituras de compra e venda com data de 19.07.1989 (fls.). Da primeira escritura de compra e venda consta que o bem está gravado, por sub-rogação, com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Na segunda escritura de compra e venda, os outorgados compradores declaram que a promessa anterior (fls.) foi feita com a ora recorrida quando ainda solteira, especificando ainda, que os promitentes vendedores "indicaram um novo imóvel para ser feita a sub-rogação das citadas cláusulas", tendo sido feita a avaliação e, afinal, deferido o pedido.

O acórdão recorrido deu pela nulidade da transferência porque o compromisso foi lavrado contra a lei, ou seja, quando da promessa de compra e venda o bem estava gravado, só tendo havido a liberação quando admitida a sub-rogação, o que veio a ocorrer já na constância do casamento.

O voto do Ministro Eduardo Ribeiro considera possível afastar a inalienabilidade mediante sub-rogação judicialmente autorizada, retirando a eiva de nulidade, devendo-se entender que o promitente vendedor obrigou-se a diligenciar o afastamento do óbice, o que aconteceu.

Como de hábito, a interpretação oferecida pelo Relator está bem ancorada na sua reconhecida cultura jurídica e proverbial sentido de justiça. Todavia, vou pedir licença para a ousadia de divergir.

O fato básico, o ponto central, a meu sentir, é que no momento em que foi avençada a transação, o que se deu com a promessa de compra e venda, o bem estava gravado, estava onerado. E se estava onerado não podia ser objeto de negócio para a sua transferência, porque é nula a venda de coisa inalienável (art. 145, II, c/c art. 69 do CC). Vale anotar que a promessa contém cláusula de desocupação do imóvel em trinta dias. Houve, portanto, uma transação com bem inalienável. E, desse modo, não creio possa ser superado o óbice posto pelo acórdão recorrido.

O aperfeiçoamento da transação, assim a escritura definitiva de compra e venda e a sub-rogação são negócios jurídicos posteriores ao casamento, o que quer dizer que não se pode aproveitar o título inexistente para o abrigo do art. 272 do CC.

Nesse sentido, parece-me acertada a conclusão do acórdão recorrido ao considerar que o "compromisso lavrado *contra legem* jamais poderia ser invocado como direito ou causa precedente que tornasse incomunicável a venda do imóvel ocorrida por força de escritura lavrada já na constância do casamento".

Desse modo, com a vênia devida e a reiteração do meu melhor apreço pelos votos que me antecederam, eu não conheço do especial.

VOTO – *O Sr. Ministro Costa Leite*: Peço licença ao Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito para me filiar à corrente majoritária.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Menezes Direito, não conhecendo do recurso especial, e do Sr. Ministro Costa Leite acompanhando o Sr. Ministro-Relator, solicitou vista dos autos o Sr. Ministro Nilson Naves".

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de fevereiro de 1999.

VOTO (VISTA) – *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*: Pedi vista na sessão de 24.02.1999, para refletir sobre a divergência apresentada pelo Ministro Menezes Direito. Da reflexão por mim feita, quero ficar com o voto do Relator. De fato, como disse S. Exa., (I) "Cumpre, entretanto, ter-se em conta a peculiaridade do caso", ou (II) "E a gritante realidade fática está a mostrar que foi inteiramente adimplido com ulterior venda".

Também eu restabeleço a sentença, que rejeitou o pedido de partilha.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, vencido o Sr. Ministro Menezes Direito".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Nilson Naves.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 9 de março de 1999.

CIVIL. Compromisso de compra e venda. Imóvel loteado. Cancelamento administrativo do registro no ofício imobiliário.

Ementa: O registro do compromisso de compra e venda de imóvel pode ser cancelado administrativamente, desde que, regularmente constituído em mora, o devedor não purgá-la no prazo de trinta dias (Lei 6.766/79, art. 32, caput *e § 3.º c/c o art. 36, III); a constituição da mora pode se dar mediante intimação do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis ou do Oficial do Cartório de Registro de Títulos e Documentos (Lei 6.766/79, art. 32). Recurso especial não conhecido.*

REsp 45.779/SP – 3.ª T. – STJ – j. 25.05.1999 – Rel. Min. Ari Pargendler.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na con-

formidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 25 de maio de 1999 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente – Ministro Ari Pargendler, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler*: O acórdão atacado pelo recurso especial, Relator o eminente Desembargador Itamar Gaino, assim expôs os fatos:

"É 'ação constitutiva de obrigação de não fazer', relacionada a três lotes de terreno. Aduz o autor que o preço foi representado, parte por uma entrada e por notas promissórias de caráter *pro solvendo* e parte por notas promissórias de caráter *pro soluto*. A ré registrou estes últimos títulos, mas recusou-se a aditar o compromisso e dar recibo. Por isto ele, autor, deixou de pagar as prestações, em razão do que foi notificado. A notificação, todavia, não era cabível, visto que a mora era da ré. E não podia ser feita através do Cartório de Títulos e Documentos, pois exige a lei seja procedida por meio do Cartório de Registro Imobiliário. De qualquer modo não era possível o cancelamento administrativo do contrato, sem a chancela do Judiciário, em vista do que dispõe o art. 5.°, inc. LIV, da CF, segundo o qual ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal. Por tudo isso pede o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo, com a condenação da ré na obrigação de não fazer, vedando-se-lhe o cancelamento e a rescisão do contrato" (fls.).

No que aqui interessa, o Tribunal *a quo* assim decidiu:

"No contrato não há previsão de seu próprio aditamento. Diz a ré que providenciou, todavia, o instrumento aditivo, não tendo o autor comparecido para a assinatura. O instrumento de fato existe, conforme a cópia de fls., embora não haja certeza quanto à verdadeira data em que foi elaborado. Essa obrigação, de aditar o contrato, foi pactuada, portanto, verbalmente, sem prazo para o cumprimento. De modo que a caracterização da mora da ré dependia de sua notificação, ao teor do art. 960, segunda parte, do Código Civil. Daí que o autor não podia valer-se da mora da ré, porque não constituída, para suspender o pagamento das prestações previstas no compromisso. Para que assim pudesse agir seria imperioso, como bem demonstrado nas bem elaboradas contra-razões, que a obrigação estivesse prevista no contrato, com prazo certo para cumprimento. Aí teria cabimento a *exceptio non adimpleti contractus*, prevista no art. 1.092 do CC" (fls.).

"Está claro que o autor, ao emitir tais notas promissórias, de fato não pagou as prestações correspondentes. O pagamento seria efetivado posteriormente, em cumprimento da promessa consubstanciada nesse tipo de título. Tanto não pagou que não exibiu os títulos, nem quitação correspondente. Sua constituição em mora, através da notificação, foi, portanto, eficaz, anotando-se que nenhum impedimento havia à sua realização através do Cartório de Títulos e Documentos. A Lei 6.766/79 prevê claramente essa forma, em seu art. 49. E o procedimento administrativo, visando ao cancelamento do registro do compromisso, tem base no art. 32, § 3.°, da mesma lei, não afrontando a regra do art. 5.°, inc. LIV, da CF (...)" (fls.).

Vicente Boturi interpôs recurso especial, com base no art. 105, inc. III, letra *a*, da CF, por violação dos arts. 32 e 36 da Lei 6.766, de 1979 (fls.).

Tamboré Sociedade Anônima apresentou contra-razões, argüindo a seguinte preliminar:

"No caso em tela, o recurso especial foi interposto por ilustre e combativo advogado que não possuía procuração nos autos (cf. fls.). Posteriormente veio a ser juntado aos autos o substabelecimento de fls., documento esse que denota a impossibilidade de aplicar-se ao presente caso a exceção de que trata a parte final do art. 37 do CPC. Isto porque o referido substabelecimento é datado de 08.09.1993, enquanto o presente recurso foi interposto somente em 03 de novembro do mesmo ano, ou seja, quase dois meses depois. Note-se bem: o substabelecimento é anterior ao próprio julgamento que deu origem ao acórdão recorrido, julgamento esse ocorrido no dia 23 de setembro. Assim, não se vislumbra qualquer razão para que se aplique a exceção, já que o substabelecimento é muito, realmente muito anterior ao ato reputado como 'urgente'. Em outras palavras, desde há muito o substabelecimento de fls. já poderia estar acostado aos presentes autos, não se podendo admitir que a demora causada pelo próprio recorrido venha a beneficiá-lo" (fls.).

As contra-razões ainda sustentam que um dos fundamentos do acórdão não foi atacado pelo recurso especial, bem assim que o art. 36 da Lei 6.766, de 1979, não foi prequestionado (fls.).

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler*: Os autos dão conta de que Vicente Boturi interpôs recurso especial por meio do advogado José da Silva Ribeiro em 03.11.1993 (fls.). À época não tinha procuração nos autos, mas fez por juntá-la cinco dias depois, em 08.11.1993 (fls.), sendo certo que ela remontava a 09.09.1993 (fls.). Ao pé da letra, seria o caso de aplicação da Súmula 115, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos". Salvo melhor juízo, a interpretação do enunciado deve ser a seguinte: só a falta de representação não sanada nas instâncias ordinárias implica a inexistência do recurso especial.

Por outro lado, diversamente do que está dito nas contra-razões do recurso especial, inexiste no julgado fundamento de ordem processual inviabilizando a ação; o Tribunal *a quo* decidiu tão-somente sobre a possibilidade do cancelamento administrativo do registro imobiliário independentemente de decisão judicial – sem examinar se, já consumado esse cancelamento administrativo, "a ação ordinária constitutiva de não fazer" (fls.), o que já estava feito era possível.

Finalmente, se bem que não tenha sido referido expressamente no acórdão, o art. 36 da Lei 6.766, de 1979, faz parte do contexto da discussão.

Voto, por isso, no sentido de rejeitar as preliminares.

No mérito, a primeira questão a ser resolvida consiste em saber se o promitente comprador pode ser constituído em mora por notificação levada a efeito pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Dispõe assim o art. 32 da Lei 6.766, de 1979:

"Art. 32. Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor.

§ 1.º Para os fins deste artigo o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo oficial do registro de imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação.

§ 2.º Purgada a mora, convalescerá o contrato.

§ 3.º Com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, o vendedor requererá ao oficial do registro o cancelamento da averbação".

A leitura desse artigo, isoladamente, conforta as razões do recurso especial.

Ocorre que o art. 49 da mesma lei estabelece:

"Art. 49. As intimações e notificações previstas nesta lei deverão ser feitas pessoalmente ao intimado ou notificado, que assinará o comprovante do recebimento, e poderão igualmente ser promovidas por meio dos cartórios de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-las".

Daí a conclusão de que a constituição em mora do promitente comprador pode se dar tanto por meio de intimação processada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (art. 32) quanto pelo Oficial do Cartório de Registro de Títulos e Documentos (art. 49).

O desfecho da segunda questão depende de saber se o registro da promessa de compra e venda pode ser cancelado administrativamente ou depende de decisão judicial.

O art. 36 da Lei 6.766, de 1979, regula a matéria nestes termos:

"Art. 36. O registro do compromisso, cessão ou promessa de cessão só poderá ser cancelado:

I – por decisão judicial;

II – a requerimento conjunto das partes contratantes;

III – quando houver rescisão comprovada do contrato".

Se o cancelamento desse registro dependesse, sempre, de decisão judicial, o inc. III seria supérfluo.

A hipótese de cancelamento administrativo do registro por "rescisão comprovada do contrato" está vinculada à mora constituída nos termos do art. 32.

A Egrégia 4.ª Turma, no REsp 43.136-0, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro, teve ocasião de focalizar essa questão sob outro ângulo, *in verbis*:

"Cuida-se de ação de reintegração de posse concernente a imóvel loteado. Em atraso o

compromissário comprador, foi ele interpelado via Cartório do Registro de Imóveis e, uma vez não purgada a mora, procedeu-se ao cancelamento do contrato na forma espécie subordina-se, pois, ao regime da mencionada Lei 6.766/79, sendo aí impertinente a invocação do disposto no art. 1.º do Dec.-lei 745, de 1969. De observar-se que, devidamente citado, o réu ora recorrido nenhuma objeção argüiu acerca da regularidade de sua constituição em mora, nem tampouco sobre a normalidade do cancelamento operado na esfera administrativa. Claro está, por conseguinte, que, feito o cancelamento do contrato em razão de mora do devedor nos termos do art. 32 da Lei 6.766/79, foi ele previamente notificado pelo oficial do Registro Imobiliário, afigurando-se de todo desnecessário que o serventuário lavrasse uma certidão específica a respeito. A prévia interpelação constitui ato que se insere rigorosamente no procedimento previsto pela lei para efeito de cancelamento do contrato por mora do compromissário comprador. O que importa é que se dê oportunidade para normalização do pagamento das prestações (Cf. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*, Arnaldo Rizzardo, 2. ed., p. 92) e isso foi cumprido no caso em tela. De igual maneira, desde que cancelada formalmente a promessa de venda e compra, era prescindível que a promitente vendedora aforasse de antemão a ação de rescisão contratual, bastando-lhe, como fez, a ação de reintegração de posse. Nessas condições, dada a situação peculiar do imóvel objeto da ação, que é um lote de terreno, regulado pela Lei 6.766, de 1979, tenho como efetivamente vulnerados os arts. 32 e 36, inc. III, do aludido diploma legal" (*RSTJ* 66, p. 415).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO-PRELIMINAR – *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:* Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, rejeitando a preliminar, na medida em que a procuração foi juntada aos autos por petição do eminente advogado, antes mesmo do exercício do juízo de admissibilidade do recurso especial e da apresentação das contra-razões.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar, e no mérito, não conheceu do recurso especial".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 25 de maio de 1999.

INALIENABILIDADE. Incomunicabilidade.

Ementa: Consoante entendimento consubstanciado na Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal, que merece ser mantido, a cláusula de inalienabilidade, salvo disposição em contrário, implica incomunicabilidade.

REsp 50.008/SP – 3.ª T. – STJ – j. 17.12.1998 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar parcial provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília, 17 de dezembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente – Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: Noemia Luiz Goulart propôs ação para anular partilha de bens, efetuada por ocasião de sua separação de Aramis Dias da Cunha. Alegou que fora incluída, no patrimônio comum, área de terras gravada com cláusula de inalienabilidade e incomunicabilidade, recebida por sucessão testamentária de sua mãe e por doação de seu pai.

Foi determinada a citação dos adquirentes da parte que coube ao réu, por ele alienada. Contra essa decisão, interpôs a autora agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento.

A sentença julgou procedente o pedido de anulação da partilha.

A autora apelou, sustentando que a complexidade do trabalho desenvolvido por seu advogado justificaria a fixação dos honorários no valor máximo.

Tanto o réu quanto os adquirentes, Dauro Nunes dos Santos e sua mulher, Maria Barbosa dos Santos, apelaram, requerendo a improcedência do feito.

A Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento, por maioria, à apelação do réu, julgando prejudicada a da autora, sob o fundamento de que "se na partilha (realizado no auto de inventário, após a o falecimento da mãe da autora) se admitiu o marido como comunicado, bem como em doação posterior, tem-se que havia ciência e consciência de que a incomunicabilidade dependia de expressa menção, não era admitida implicitamente". Afirmou-se, ainda, que a Súmula 49 do STF não se aplicaria ao caso, uma vez que a consolidação do enunciado teria ocorrido após a realização do negócio jurídico.

Com base em voto vencido, a autora interpôs embargos infringentes, invocando o art. 263, II, do CC, e a Súmula 49 do STF.

Os embargos foram rejeitados por maioria.

Teve-se em conta que, no inventário dos bens da mãe da autora, o imóvel foi objeto de partilha e coube ao casal. A ulterior partilha quando da separação, estaria correta.

Em suas razões de recurso especial, a autora sustenta violação aos arts. 1676, 145, V, e 146 do CC, e Súmula 49 do STF.

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal em 15.06.1994, retornaram em 14.07.1998, com parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*: Vê-se da leitura do acórdão, relativo aos embargos infringentes, que não se enfrentou diretamente a tese pertinente à abrangência da cláusula de inalienabilidade, ou seja, se dela decorre também a incomunicabilidade. O fundamento da decisão foi o de que, quando dos inventários dos bens da mãe da autora, ora recorrente, optou-se pelo entendimento restritivo, daí resultando que "219,80 alqueires do primitivo imóvel foram outorgados não à ora embargante, mas sim ao ora embargado, 'por cabeça de casal de sua mulher'". Em razão disso, de acordo com a transcrição feita no Registro de Imóveis, proprietários da área eram o réu Aramis e sua mulher, a autora. A partilha, efetuada por ocasião da separação consensual, teve por base esse título e, em si mesmo, seria regular. Vício, se existente, estaria na partilha que se seguiu ao inventário. Conclui o acórdão:

"O importante – repita-se – é levar em conta que a interpretação dada à época produziu efeitos jurídicos, que não podem ser agora desprezados; tais efeitos provocaram uma situação jurídica que foi respeitada quando da separação judicial do casal. Daí não se reconhecer vício algum na partilha impugnada na inicial".

Formulou-se pedido de declaração, em que se sustentou devesse ter sido reconhecida a nulidade absoluta da transferência dos bens, a cujo respeito se estabeleceu a cláusula em exame. Os embargos foram rejeitados, consignando-se:

"A aceitação de ocorrência de nulidade absoluta, a exigir pronunciamento do julgador até mesmo fora do campo limitado pelo pedido contido na inicial, dadas as circunstâncias, não é admitida pela turma julgadora."

A infração havida foi ao disposto nos arts. 1.676, 145, V, e 146 do CC, também indicados no recurso.

Admitindo-se que a cláusula de inalienabilidade envolve a incomunicabilidade, descumpriu-se essa quando se admitiu que os bens se comunicaram. Desse modo, houve nulidade, como previsto no art. 1.676. E essa ocorrendo, haveria de ser pronunciada, por força do disposto no art. 146 e seu par. ún.

Não havia, por conseguinte, o óbice apontado pelo acórdão e o recurso deve ser conhecido, julgando-se a causa, com aplicação do direito à espécie.

De ser mantido o entendimento, consubstanciado na Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal, hoje francamente predominante também em sede doutrinária. A comunicação de bem é uma forma de alienação ou, como enfatizou Orosimbo Nonato, a incomunicabilidade é uma espécie do gênero inalienabilidade (*Estudos sobre sucessão testamentária*, v. 2, Forense, 1957, p. 347).

Certo que pode o instituidor da cláusula dispor de modo diverso. Isso não se discute. Não o

tendo feito, entretanto, supõe-se que não limitou a proibição de alienar, para excluir da vedação um dos modos por que se pode verificar.

Tenho, pois, que o recurso deve ser conhecido e provido. Não, entretanto, para restabelecer integralmente a sentença. É que a inicial limitou o pedido, dele excluindo expressamente a parte do imóvel que foi doada aos filhos, pelo réu. Embora se tenha determinado a citação dos donatários, bem como de quem deles adquiriu parcela do bem, isso não pode envolver ampliação do demandado. A manutenção da sentença, nessa parte, envolveria violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

Conheço, pois, do recurso e dou-lhe provimento para declarar nula a partilha feita quando da separação consensual, na parte em que se deferiu ao réu a propriedade do bem inalienável, mencionado na inicial, salvo quanto à parcela doada pelo réu aos filhos do casal. O réu pagará honorários de dez por cento sobre o valor da causa e as custas do processo.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou oralmente, o Dr. Sebastião Alves dos Reis Júnior, pelo recorrente.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu parcial provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de dezembro de 1998.

RENÚNCIA À HERANÇA. Inexistência de doação ou alienação. ITBI. Fato gerador. Ausência de implemento.

Ementa: A renúncia de todos os herdeiros da mesma classe, em favor do monte, não impede seus filhos de sucederem por direito próprio ou por cabeça. Homologada a renúncia, a herança não passa à viúva, e sim aos herdeiros remanescentes. Esta renúncia não configura doação ou alienação à viúva, não caracterizando o fato gerador do ITBI, que é a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis.

Recurso provido.

REsp 36.076/MG – 1.ª T. – STJ – j. 03.12.1998 – Rel. Min. Garcia Vieira

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos a das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro José Delgado, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 3 de dezembro de 1998 (data do julgamento). Ministro José Delgado, Presidente – Ministro Garcia Vieira, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Garcia Vieira*: A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais interpõe recurso especial (fls.), com fundamento na Constituição Federal, art. 105, inc. III, letras *a* e *c*, insurgindo-se contra o v. acórdão da Egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que decidiu pela não incidência do "Imposto de Transmissão *inter vivos* na renúncia da herança em favor do monte partível".

Aduz que a renúncia feita a favor do monte, beneficiando a viúva meeira, configura uma doação, que enseja a incidência do tributo.

Aponta violação aos arts. 1.588 a 1.603 do CC brasileiro e divergência pretoriana.

Pede provimento para cassar a v. decisão hostilizada.

Despacho (fls.) admitiu o recurso.

O douto Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls.).

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Garcia Vieira*: (Relator): Sr. Presidente: – Aponta o recorrente

como violados os arts. 1.588 e 1.603 do CC, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra *a*.

Todos os herdeiros de Rafael Teixeira Vale renunciaram a herança (fls.), através de escritura pública (fls.) em favor do monte. Entendeu o MM. Juiz Singular (fls.) tratar-se de renúncia extintiva, não ter havido aceitação, cessão, alienação, não gerando tributo. O Egrégio Tribunal de origem negou provimento a este agravo, por também entender que a renuncia em favor do monte, torna indevido o imposto de transmissão *inter vivos*. Para o v. acórdão recorrido (fls.):

"A renúncia é ato abdicativo do titular do direito sem transferi-lo a quem quer que seja. É ato voluntário de abandono de direito. É um negócio jurídico unilateral, no qual declara o herdeiro não aceitar a herança.

Quem renuncia nunca foi herdeiro e se herdeiro não foi, não há como cogitar que alguém o representa; o seu ato faz com que seus descendentes percam o direito à sucessão do autor da herança".

E concluiu ser indevido o ITBI.

Não estou de acordo com este posicionamento. A renúncia em favor do monte, dos herdeiros mencionados na escritura (fls.) não retira o direito de seus filhos, dos demais herdeiros. O fato de terem todos os herdeiros da mesma classe renunciado à herança em favor do monte, não impede seus filhos de sucederem por direito próprio ou por cabeça (CC, art. 1.588). Homologada a renúncia requerida (fls.), a herança não passa à viúva e sim aos herdeiros remanescentes. Esta renúncia não configura doação ou alienação à viúva, não caracterizando o fato gerador do ITBI, que é a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, art. 37 do CTN). Nesse sentido o Recurso Especial 1.066-0-RJ, *DJ* de 28.03.1994, do qual fui relator. No caso concreto, este imposto só será devido pela transmissão do domínio e posse dos bens aos filhos dos herdeiros remanescentes (art. 1.572 do CC), conforme entendeu esta Egrégia Turma no Recurso Especial 5.118-0-MG, *DJ* de 20.02.1995, relator, Ministro, Milton Luiz Pereira:

"1. Pela abertura da sucessão, ocorrendo a transmissão do domínio e posse dos bens do *de cujus* aos herdeiros legítimos ou testamentários, desde logo, com o óbito e no dia deste define-se o fato gerador do Imposto de Transmissão dos Bens Imóveis – ITBI – (art. 1.572, CC).

2. A obrigação tributária, existente desde a data do óbito, somente é exigível o seu cumprimento após a homologação do cálculo por sentença judicial transitada em julgado.

3. A partilha não sofre óbices fiscais, inclusive quanto à destinação integral dos bens imóveis, somando-se à menção do cônjuge supérstite, porém, não modifica a data do fato gerador da incidência tributária, ocorrido na data do óbito".

Dou provimento ao recurso para declarar que a renúncia de todos os herdeiros, feita através de escritura pública (fls.) em favor do monte, não afasta os filhos dos herdeiros remanescentes e só ser devido o ITBI na transmissão da herança aos filhos dos herdeiros remanescentes e não na renúncia.

VOTO-VENCIDO – *O Sr. Ministro José Delgado:* Srs. Ministros, peço vênia ao Sr. Ministro Garcia Vieira, para divergir do voto proferido, por entender que, no caso, há de qualquer maneira um ato *inter vivos* e que há exigência do pagamento do imposto de acordo com o Sr. Ministro-Relator, com a legislação local, sendo que esta determinará o momento do pagamento do acordo do imposto.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de dezembro de 1998.

PROMESSA DE DOAÇÃO. Feita às filhas pelos ex-cônjuges em separação consensual. Retratabilidade, enquanto não formalizada a doação.

Julgamento em 2.ª instância. Argüição de nulidade pela participação de dois juízes de direito.

Ementa: 1. A irregularidade na composição da Turma Julgadora deve ser argüida como preliminar de julgamento da causa. Hipótese em que não alegada na oportunidade da apreciação do recurso apelatório, nem tampouco nos embargos de declaração opostos.

2. É da substância do ato (doação) a escritura pública (art. 134, II, do CC).

3. Tratando-se de mera liberalidade, uma promessa de doação sem encargo, é ela por natureza retratável: enquanto não formalizada a doação, é lícito ao promitente-doador arrepender-se.

Recursos especiais interpostos por Giovana Azambuja Centeno Bocchese não conhecidos; 1.º recurso especial não conhecido; 2.º recurso especial conhecido, em parte, pelo dissídio, mas improvido.

REsp 30.647/RS – 4.ª T. – STJ – j. 23.11.1998 – Rel. Min. Barros Monteiro.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Prosseguindo no julgamento, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial interposto por Giovana Azambuja Centeno Bocchese e nem do primeiro recurso especial e, por maioria, conhecer em parte do segundo recurso especial, mas negar-lhe provimento, vencidos em parte, os Srs. Ministros César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 23 de novembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*: Carla Azambuja Centeno Bocchese e Giovana Azambuja Centeno Bocchese, a segunda representada por seu pai, Domingos Vicente Bocchese, ajuizaram ação ordinária de nulidade ou anulação de registros imobiliários e de promessa de compra e venda contra a sua mãe, Glena Azambuja Centeno, e Firmino Antônio Jacques Branco.

Alegaram, em síntese, que:

Na separação judicial de seus pais, Domingos e Glena, ficou estipulado na partilha de bens que a "Fazenda Socorro", desmembrada em duas áreas, após a homologação, será doada pelos separandos às filhas, com reserva de usufruto à ré. Em cumprimento a essa cláusula convencionada e homologada, os pais, nos autos da conversão da separação em divórcio, partilharam os imóveis em partes iguais às três filhas [sic], respeitado o usufruto, sendo expedido o respectivo formal de partilha. Todavia, ao ser registrado o 1.º formal de partilha, dos registros (R-4-1266 e R-7-2443) não constou, como devia, a cláusula supra-referida, de conformidade com a qual a "Fazenda Socorro" será doada pelos ex-cônjuges às filhas. Só constou nos registros o nome da mãe.

A despeito da cláusula em questão e não obstante a partilha às filhas feita na conversão da separação em divórcio, também homologada judicialmente, a co-ré Glena, mera usufrutuária, prometeu vender os mesmos imóveis ao co-réu Firmino Antônio Jacques Branco, por escritura registrada sob n. R-6-1266 e R-8-2443.

Em face da omissão de dita cláusula, requereram: a) a anulação ou decretada a nulidade dos registros ns. R-4-1266 e R-7-2443, assim como dos registros correspondentes à promessa de compra e venda (R-6-1266 e R-8-2443); b) sejam determinados os registros corretamente nas matrículas n. 1266 e 2443 de ambos os formais de partilha, o primeiro extraído dos autos de separação consensual, o segundo da conversão da separação em divórcio; c) alternativamente, caso desacolhidos os dois primeiros pedidos, que os réus fossem condenados solidariamente a indenizá-las pela perda dos imóveis.

Ambos os réus contestaram a ação, sendo que a co-ré apresentou ainda reconvenção, pleiteando a revogação da promessa de doação por ingratidão. Posteriormente, a autora Giovana, assistida pela mãe, peticionou nos autos, ratificando declaração sua no sentido de que não tinha interesse em figurar no pólo ativo da demanda e de que o seu pai, ciente do fato, desrespeitara a sua vontade. Postulou, assim, a revogação do despacho através do qual seu pai havia sido nomeado curador especial, bem como que sua mãe ou o

representante do Ministério Público passasse a assisti-la.

Sentenciando o feito antecipadamente, o MM. Juiz de Direito, aos argumentos de que era inexigível a promessa de doação acordada na separação e de que era nulo de pleno direito o formal de partilha expedido nos autos da conversão da separação em divórcio, acolheu a preliminar de carência de ação argüida nas contestações. Quanto à co-autora Giovana, cassou a representação processual deferida a seu pai, admitiu a assistência pela mãe e excluiu-a do pólo ativo da relação processual. Por fim, concluindo que o pai das autoras, Domingos Vicente Bocchese, era o mentor da demanda, tendo agido de má-fé, considerou-o integrado na lide, submetendo-o aos efeitos da sucumbência solidariamente com a autora Carla. Fixou a honorária em 13.000 OTNs.

Tanto as autoras (a segunda representada pelo curador especial, seu pai) como Domingos apelaram. Glena [sic] interpôs recurso adesivo.

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à unanimidade, negou provimento ao apelo interposto por Domingos, não conheceu dos recursos de Giovana e Glena e, por maioria, deu provimento parcial à apelação de Carla para assegurar-lhe a assistência judiciária. Restou vencido o Dr. Arnaldo Rizzardo, que dava provimento ao recurso de Carla [sic] em maior extensão para conceder-lhe indenização no valor correspondente à parte que lhe competia nos bens prometidos a doar.

Os fundamentos do v. acórdão encontram-se resumidos em sua ementa:

"Promessa de doação. Partilha em separação consensual convencionando doação do imóvel às filhas com usufruto vitalício à mulher não devidamente registrada. Imprescindibilidade da escritura pública perfectibilizando a liberalidade prometida. Inexigibilidade do direito prometido na hipótese de não implementação da doação. Julgamento antecipado da lide. Ausência de cerceamento de defesa e de outras nulidades invocadas contra a sentença.

Sentença reformada em parte" (fls.).

Carla e Domingos, objetivando esclarecimento do julgado quanto aos honorários advocatícios e sua forma de pagamento, opuseram embargos de declaração. Rejeitados os declaratórios, Carla, Giovana e Domingos – este por si e na qualidade de curador de Giovana – interpuseram embargos infringentes e recurso especial.

Nos embargos infringentes, suscitaram a preliminar de nulidade do v. acórdão em virtude de a Egrégia Câmara, tanto no julgamento da apelação como nos declaratórios, ter sido composta de um desembargador e de dois juízes de direito. No mérito, pugnaram pela prevalência do voto minoritário.

No recurso especial, manifestado com base nas alíneas *a*, *b* e *c* do permissivo constitucional, alegaram:

a) nulidade o acórdão recorrido por incompetência absoluta dos juízes de 1.ª instância, que participaram dos julgamentos da apelação e dos embargos declaratórios, com violação dos arts. 93, III, e 94 da CF, 94 e 98 da Constituição Estadual, 117 da Loman, 93 do CPC, 6.º, 24, 25, 26, II, *a* e *b*, da Lei Estadual 7.356/80 (COJE). Sustentaram, nesse passo, que, tratando-se de nulidade absoluta, deve ser decretada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição;

b) nulidade do processo desde a sentença, inclusive, por afronta aos arts. 5.º, LIV e LV, da Carta Política de 1988, 130, 330, I, e 331, II, do CPC. Nesse ponto, disseram que o julgamento antecipado da lide lhes impediu de produzir provas, que levariam o Magistrado a outro convencimento. De outro lado, sustentaram que foram tidas como verdadeiras, sem qualquer prova ou permissão de contra-prova, as assertivas de que Domingos teria agido de má-fé, de que Carla participou das tratativas de venda do imóvel e de que Giovana não queria litigar contra sua mãe – fundamentos nos quais se basearam a sentença e o acórdão recorrido;

c) vulneração dos arts. 13 e 284, *caput*, do CPC, pois Giovana foi excluída da lide sem que lhe fosse concedido prazo para sanar o defeito de representação;

d) ofensa aos arts. 9.º, I, 467, 468, 471, 472, 473, 474 e 516, do CPC, e 387 do CC, uma vez que, colidindo os interesses de Giovana, menor relativamente incapaz, com os da recorrida, sua mãe, era de rigor a nomeação de curador especial – o que chegou a ser determinado pelo Dr. Juiz de Direito, em decisão que transitara em julgado;

e) infringência dos arts. 5.º, XXXVI, 467, 468, 471, 472, 473, 474 e 485, IV, do CPC, e 6.º, § 3.º, da LICC, por ter o v. acórdão feito tabula rasa das duas sentenças homologatórias, a da

separação judicial e a da conversão em divórcio, ambas com trânsito em julgado (a primeira dispondo que o imóvel seria doado por ambos os ex-cônjuges às filhas; a segunda, homologando a consumação da doação);

f) contrariedade aos arts. 1.027 e 1.124 do CPC, 167, n. 22, 169, 176, III, n. 5, 214, 216, 230 e 246 da Lei 6.015, de 31.12.1973, e 82, 130, 145, II e IV, e 146 do CC, nulo que é o registro do formal de partilha extraído da separação consensual sem a cláusula dele constante, segundo a qual o imóvel seria doado às filhas do casal;

g) afronta aos arts. 18, § 1.°, e 23, do CPC, e 896 do CC, porquanto, mesmo se reputando Domingos como litigante de má-fé, era caso de os recorrentes terem sido condenados a solver os honorários advocatícios de forma proporcional e não solidariamente. De outra parte, como Carla não foi tida como litigante de má-fé, não deve indenização aos recorridos;

h) vulneração do art. 20, § 4.°, do CPC, pois, inexistindo condenação, incide tal preceituação e não o § 3.°;

i) violação do art. 1.°, *caput*, da Lei 6.899/81, de vez que a correção monetária alusiva aos honorários deveria ser contada a partir da decisão judicial em diante e não desde o ajuizamento;

j) contrariedade aos arts. 128, 459 e 460 do CPC em face de julgamento *ultra petita* – não houve pedido de anulação das sentenças que homologaram as partilhas;

l) insulto aos arts. 16, 17, 18, § 2.°, 20, 128, 459, 460, 472 do CPC, já que v. acórdão condenou a pagar os encargos da sucumbência quem não é parte no feito, o pai das autoras Domingos Vicente Bocchese;

Por fim, apontaram divergência com a Súmula 305 do Supremo Tribunal Federal e colacionaram como discrepantes arestos oriundos da Suprema Corte e dos Tribunais de Justiça de origem, de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Mato Grosso e do Ceará.

O apelo especial foi sobrestado.

Os embargos infringentes de Giovana não foram conhecidos e os de Carla e Domingos acolhidos, em parte, apenas quanto à sucumbência. Eis a ementa do v. acórdão:

"Promessa de doação. Preliminar de nulidade.

Legalidade de julgamento por Órgão do Tribunal em cuja composição atuaram juízes de direito de entrância final, convocados em substituição. Inteligência do art. 118 da *Loman* (com a redação da Lei Complementar 54/86) e dos arts. 96, I, *a*, e 125 da CF. Unanimidade. Promessa de doação de nua-propriedade de imóvel constante de cláusula de acordo em processo de separação consensual. Em relação às filhas, promitentes-donatárias, a promessa era de doação pura e simples, inexigível, portanto. Voto vencido entendendo exigível a promessa de doação porque retributiva.

Redução dos honorários advocatícios porque anormalmente elevados em virtude de litigância de má-fé. Litigância que o Grupo, à unanimidade, não reconhece.

Embargos parcialmente providos" (fls.).

Opostos declaratórios, foram desacolhidos.

Ainda inconformados, Carla, Giovana (representada por curador, seu pai) e Domingos, apresentaram com fulcro nas alíneas *a* e *c* do autorizativo constitucional um 2.° recurso especial, no qual, além de reiterarem várias das alegações formuladas no primeiro, argüiram:

a) nulidade do v. acórdão que julgou os declaratórios, por afronta ao art. 535, II, do CPC. Sustentaram que o *decisum* não enfrentou as assertivas de violação dos arts. 93, III, 94 e 125 da CF e 467, 468, 472 e 485, V, do CPC. Aduziram que não foi examinado o argumento de que a doação se consumara com a partilha havida no processo de conversão da separação em divórcio;

b) vulneração dos arts. 467, 468, 472, 474 e 485, V, do CPC, em razão de ter o v. acórdão desrespeitado a coisa julgada, consubstanciada no compromisso de doação e na doação já consumada (conversão em divórcio);

c) malferimento dos arts. 18, § 1.°, 20, § 4.°, e 23 do CPC, sob a afirmativa de que, não sendo Domingos Vicente Bocchese parte no litígio, resta agora decidir sobre os honorários de 4.500 OTNs.

Asseverando, afinal, que o entendimento manifestado pelo v. acórdão no sentido de que a promessa de doação era inexigível e de que o descumprimento do acordo interessava tão-somente aos ex-cônjuges se põe em confronto com a orientação traçada por outros Tribunais, reiteraram a dissidência jurisprudencial veiculada no anterior REsp. Selecionaram, ainda, arestos

emanados do Pretório Excelso e do Tribunal de Justiça de São Paulo, insistindo na asserção de que no caso a promessa de doação feita na separação judicial se consumou no processo de conversão em divórcio.

Contra-arrazoados, os apelos excepcionais foram admitidos na origem pelas letras *a* e *c*.

Pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Ministro Barros Monteiro* (relator): 1. São inexistentes os recursos especiais manifestados por Giovana Azambuja Centeno Bocchese. A sentença cassara a sua representação processual deferida ao pai, Domingos Vicente Bocchese, por inteiramente desnecessária, de vez que se tratava à época de menor relativamente incapaz. Ao mesmo tempo, o decisório de 1.º grau admitira a assistência da menor a ser exercida pela mãe, Glena Azambuja Centeno. De sorte que, interpostos os dois apelos excepcionais pelo pai, ressai evidente no caso a *ilegitimatio ad processum*, porquanto, em face do estatuído pelo Magistrado de 1.ª instância, cabia à referida recorrente Giovana comparecer ao feito assistida por sua mãe. Alcançada a esta altura a maioridade (é nascida em 04.01.1971), incumbia-lhe agora ratificar pessoalmente os atos praticados em seu nome, neles compreendidos os dois apelos excepcionais, o que não foi feito, inclusive porque, ao que indica, tal não é de seu interesse.

À falta de mandato, aplica-se à hipótese em tela o enunciado da Súmula 115 desta Casa, de conformidade com o qual "na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos".

2. Inocorre, de outro lado, o pretendido cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide.

O ponto nodal do litígio diz com matéria eminentemente de direito, qual seja, a alusiva à ineficácia da promessa de doação, aspectos estes enfatizados tanto pela decisão de 1.º grau como pelo Acórdão proferido em sede de apelação. Assim, questões de fato periféricas e irrelevantes à solução do cerne da controvérsia não obstavam o julgamento antecipado, prescindível que era a designação da audiência (art. 330, inc. I, do CPC).

3. A irregularidade alegada na composição da turma julgadora, tanto na apelação como nos primeiros embargos declaratórios, devia ser argüida como preliminar dos respectivos julgamentos, sob pena de dar-se guarida ao comportamento desleal da parte, que espera o seu resultado para somente depois invocar o fato.

Esta orientação tem prevalecido não só nesta Quarta Turma (AgRg no Ag 7.406-RS, de que fui Relator), como também na Terceira Turma deste Tribunal (REsps 15.710-RS e 17.829-RS, ambos de relatoria do em. Ministro Nilson Naves).

Idêntica a diretriz traçada pela Suprema Corte:

"Irregularidade de composição da Turma julgadora deve ser argüida como preliminar de julgamento da causa, e dela não se conhece se sobre ela não se pronunciou o acórdão impugnado" (*RTJ* 86/493, Tribunal Pleno, relator Ministro Cordeiro Guerra).

Na espécie dos autos, há mais uma circunstância em desfavor dos recorrentes na irresignação formulada: após o julgamento do recurso de apelação, foram opostos embargos declaratórios e também aí nada se alegou a respeito de eventual irregularidade na composição do órgão julgador.

4. Remanesce para exame a questão de fundo, ou seja, a inexigibilidade da promessa de doação feita quando da separação consensual do casal progenitor da autora Carla.

Na cláusula XII da petição de separação estipulou-se:

"A Fazenda denominada Socorro, descrita no item VII, letra *d*, após a homologação, será doada pelos separandos às filhas, com usufruto para a separanda, correndo as despesas todas por conta do cônjuge varão" (fls.).

Homologada a separação, extraiu-se a formal de partilha, mas o oficial do Registro de Imóveis de Vacaria não inscreveu a supramencionada cláusula, pelo que os registros (R-4-1266 e R-7-2443) ostentaram como proprietária o nome da co-ré Glena, mãe de Carla.

Mais adiante, já na ação de conversão da separação em divórcio, lavrou-se um auto de partilha, em que os dois imóveis (na verdade um só) foram partilhados, em partes iguais, às três filhas. Expediu-se, então, na Comarca de Caxias do Sul um segundo formal de partilha, após ter o MM. Juiz de Direito julgado procedente o pedido de conversão da separação em divórcio.

Na presente demanda, a autora Carla sustenta que a doação se consumara com o acordo homologado na separação judicial ou, ao menos com a partilha efetuada nos autos da conversão em divórcio. Daí – segundo ela – a nulidade dos registros R-4-1266 e R-7-2443, que não contemplaram a cláusula de compromisso da doação. A co-ré Glena, por conseguinte, mera usufrutuária e não proprietária dos imóveis, não poderia ter prometido a venda ao co-réu Firmino Antônio Jacques Branco.

Esse o objeto primordial da lide.

A sentença arredou a pretensão vestibular por ineficácia da promessa de doação feita pela co-ré Glena e em razão do desvalor jurídico do formal de partilha expedido na Comarca de Caxias do Sul.

Assim se desenvolveu a motivação do *decisum* de 1.ª instância:

"II.2 – Carência de ação por ineficácia da promessa de doação e nulidade e desvalor jurídico do formal da partilha:

Desnecessário dizer, aqui está a questão central da lide. Confunde-se com o próprio mérito do pedido.

Em essência, a autora remanescente, Carla, busca: a) o registro da cláusula da promessa de doar; b) o registro do formal de partilha expedido em Caxias do Sul: ambos tendo como conseqüência a anulação dos registros atuais; ou, desatendidos esses pedidos, c) a condenação dos réus na indenização das perdas e danos.

Os três pedidos improcedem. Os fundamentos: a) A promessa de doação é irregistrável. Socorro-me do ensinamento do Des. Erpen (*RT* 629/20) segundo o qual 'Não sendo a promessa de doar um direito real, não encontra espaço na lei registral para fins de inscrição.' E ainda: 'Numa leitura do art. 167, I, da Lei 6.015/73, não se vê no mesmo elenco, que é exaustivo, espaço para registro da promessa de doar. E há sobradas razões para tal omissão, isso porque, não se constituindo em direito real, o registro da promessa a nada levaria. Seria um registro inócuo e que feriria o princípio da utilidade. Não há vinculação do sedizente aquinhoado à coisa. O registro é, portanto, inoperante. Já as doações definitivas estão previstas expressamente no n. 33 do art. 167, I, da lei registral.'

Assim, tendo sido partilhados os bens na ação de separação do casal em P. Alegre, ao registrar os respectivos formais andou bem o Sr. Oficial do Registro de Imóveis de Vacaria ao não inscrever essa cláusula, irregistrável.

b) O registro do formal de partilha de Caxias do Sul é impossível pelos seguintes fundamentos: a doação exige forma pública; o advogado que interveio em nome da promitente doadora não tinha poderes para tal; a partilha já tinha sido decidida em P. Alegre; o formal de partilha não é documento atributivo de propriedade, mas meramente declarativo de direito; mesmo em ação específica do art. 639 do CPC seria inexigível a promessa em pauta, porque, do ponto de vista da autora, é pura e simples.

Por partes.

É da substância do ato traslativo de direitos reais sobre imóveis, entre os quais a doação, a escritura pública (art. 134, II, do CC). Com a devida vênia, não cabia ao Juízo de Caxias do Sul, substituir-se ao Tabelião e formalizar a doação através de forma diferente da exigida pela lei. Aliás, aquele ínclito Magistrado ainda relutou para fazer expedir o formal de fls., como se vê à fls., argumentando que a partilha (convenção e divisão de bens do casal) já fora feita nos autos da separação consensual que tramitou em P. Alegre. Conforme gizam os réus, o Magistrado laborou em involuntário equívoco ao aquiescer com o requerimento de Domingos mandando, afinal, expedir tal formal por considerar que tinha havido repetição da partilha anterior de que, como bem demonstrado pela parte, não se tratou, já que em P. Alegre houve partilha dos bens do casal e não à favor das filhas: a favor destas houve promessa de doação que, para se consumar, segundo entendimento que acolho, necessitava de escritura pública.

Há, decorrentemente, nulidade de pleno direito do formal pretendido registrar que o art. 145, III, do CC, manda declarar, até mesmo de ofício pelo juiz.

Não se diga que este Juiz estaria ferindo o princípio da coisa julgada, conforme argumenta a autora. O ato nulo pode ser reconhecido em qualquer momento e grau de jurisdição e ao signatário está sendo pleiteada prestação jurisdicional nesse sentido via das preliminares levantadas pelos réus. Também em P. Alegre teria sido esgotada a jurisdição sobre a partilha dos bens do casal que não cabia reabrir em Caxias, o que foi feito astuciosamente por Domingos, levando esse Juízo a erro.

Conforme demonstram os réus às escâncaras, e pode se ver no instrumento de fls., o advogado que interveio no auto de partilha de fls. não tinha nem poderes para partilhar bens quanto mais para executar a promessa de doação que acabou se consumando. Os poderes outorgados são para o foro em geral do art. 38 do CPC e mais alguns especiais ordinários – mas – para requerer e acompanhar em todos os trâmites legais o divórcio de Glena. Nenhum poder para alienar o imóvel por doação pela modalidade de liberalidade pura. Pertinente com o ponto o argumentado com base no aresto jurisprudencial colacionado à fls., que o instrumento necessitava conter poderes especiais e expressos. Assim, o ato praticado não tem validade jurídica para os fins pretendidos já que praticado por agente destituído de mandato suficiente.

Por fim, acolho a tese de Agostinho Alvim que vem sufragada pelo Colendo STF em três oportunidades: a de inexistência da promessa de doação, como obrigação de cumprir liberalidade que não se quer ou não se pode mais praticar (*RTJ* 58/153, *RTJ* 103/327 e *RT* 602/269).

Segundo o magistério do referido Mestre, 'é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*, sendo sempre possível o arrependimento ou a revogação do ato (*Da doação*, p. 43)'.

O Min. Oscar Corrêa, no último dos repertórios jurisprudenciais acima referidos, indica como favoráveis a este entendimento doutrinário, no Brasil Cunha Gonçalves, Serpa Lopes e Caio Mário da S. Pereira; Pontes de Miranda entende possível indenização se o outorgante não cumpre o pacto de donando, não doa, não conclui o contrato de doação: W. Barros Monteiro admite a exigibilidade da promessa de doação, ainda que invocando o direito alemão.

Na jurisprudência do TJRS encontra-se três acórdãos sobre o tema, dois inadmitindo a promessa, e outro admitindo-a, cujas ementas colaciono:

RJTJRS 83/474 – Doação. Promessa de doação. A promessa de doação retribuitória é exigível na medida em que representar retribuição. A promessa doação pura e simples é inexigível. (1.ª C., unân., rel. Des. Túlio M. Martins, 12.08.1980).

RJTJRS 71/351 – Contrato de promessa de doação. Sendo a doação uma liberalidade de quem a presta, não sendo formalizada desde logo, torna-se inexeqüível, eis que o promitente doador a qualquer tempo pode arrepender-se da doação. (...) (2.ª C., unân., rel. Des. Júlio M. Porto, 03.05.1978).

RJTJRS 112/428 – (Em.) Promessa de Doação – É válida, e plenamente eficaz e exigível, a promessa de doação de bens imóveis em favor dos filhos, acordada pelos progenitores quando da separação consensual. Usufruto sucessivo. (...). (1.ª C., rel. Des. Athos G. Carneiro, 06.08.1985).

Nos acórdãos do STF lê-se o seguinte:

RTJ 103/329 – (do voto) e a promessa de doação, antes de consumada, através de escritura pública, não é suscetível de ser exigida. A natureza do negócio da doação, acentua Agostinho Alvim, é incompatível com o seu aperfeiçoamento sem o *animus donandi* atual (STF, 1.ª T., Rel. Min. Soares Munhõz, unân., 19.05.1981).

RT 602/269 – Doação. Promessa de doação. Discussão do tema. Predominante na doutrina brasileira a da inexistência da promessa de doação, acolhida a jurisprudência da Corte. Precedentes. (STF, 1.ª T., Rel. Min. Oscar Corrêa, unân., 30.08.1985).

Há um claro divisor de águas na interpretação que esses eminentes Juízes dão à matéria, qual seja, o de ser ou não pura e simples a liberalidade prometida. Havendo encargos ou sendo retribuitória, é exigível, nessa medida; do contrário, sendo pura e simples, é inexigível.

Da leitura do inteiro teor do acórdão relatado pelo Des. Athos, que a autora oportunamente juntou à fls., vê-se que a situação fática era diferente da deslindada nesta ação justamente pela reciprocidade de obrigações dos cônjuges na ação de separação em relação aos filhos: ambos prometeram doar seus bens o réu não cumpriu a sua promessa (a mulher teria cumprido a sua) alegando necessitar do imóvel para gravá-lo na sua atividade rural os autores veicularam ação para obter sentença condenatória do réu a outorgar escritura pública de doação.

Aqui se trata de doação pura e simples à favor das filhas e de obrigação que onerará unicamente Glena. Veja-se a cláusula X de fls.:

'Ao cônjuge mulher serão atribuídos os seguintes bens

Imóveis

(...)

Uma fração de terras ... de 16.32.928,50m².'

E depois a cláusula XII:

'A fazenda denominada Socorro, descrita no item VII, letra *d*, após a homologação, será doada pelos separandos às filhas, com usufruto para a separanda, correndo as despesas todas por conta do cônjuge varão.'

Ora, há uma contradição flagrante nesse texto: o imóvel coube à mulher; então do quinhão dela é que sairia a liberalidade; era ela a titular do domínio e competente para alienar o bem.

Mas o ponto é: a doação prometida é pura e simples uma vez que as futuras donatárias, que são a outra parte da relação jurídica obrigacional, nada prometerem retribuir à promitente doadora. Trata-se de doação pura e simples, sem encargos para as beneficiárias, como já havia percebido o Dr. Promotor de Justiça à fls. Então a conclusão a que se chega é a enunciada pelo Des. Túlio acima transcrita: 'a promessa de doação pura a simples é inexigível' com a qual o Des. Athos também se pôs de acordo no curso do acórdão colacionado.

Não se argumente que a participação de Domingos no custeio das despesas com a escritura pública (havia necessidade de escritura pública, portanto: Domingos até foi ao tabelionato fls.) transmudou em sinalagmática a relação jurídica, Domingos não era parte na promessa de doação: nem promitente doador, já que não detinha domínio sobre o bem, nem promitente donatário. Havia essa e haveria outras obrigações não escritas e que vieram à tona nos autos, as quais teriam sido avençadas para contrabalançar a partilha, o que é outra questão.

Assim, a doação prometida não podia ser exigida de Glena por impossibilidade jurídica do pedido. Na lição de Cunha Gonçalves, colacionada pelos Magistrados antes citados, se lê a seguinte passagem:

'Não é possível ou não tem valor algum, portanto a promessa de doar. A doação ou existe, ou não existe. Sendo um favor, ela não pode ser exigida, sob pena de indenização de perdas e danos: teríamos assim, uma doação forçada; e um benefício não se impõe. Faltaria à doação o seu caráter de espontaneidade, *nullo jure cogente*. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar decepção ao pretenso donatário; mas não comete ato ilícito. As promessas só são exigíveis nos contratos a título oneroso, que são negócios jurídicos, com prestações recíprocas' (Tratado de D. Civil, t. 8/80).

Contrariamente ao Prof. Natal Nader (*Revista Ajuris* 16/125), Agostinho Alvim entende que o *animus donandi* tem que existir na ocasião da efetivação da doação. Não bastando que tenha existido na oportunidade da promessa, justamente porque possível o arrependimento entre um ato e outro.

c) O pedido sucessivo de indenização:

Por este último argumento também se vê a improcedência do pedido sucessivo de indenização das perdas e danos ante a impossibilidade da execução da promessa de doação. A autora pode sentir-se decepcionada com a promitente doadora, mas não tem direito a nada, nem mesmo à indenização que pleiteou alternativamente e em sucessividade com os pedidos principais." (fls.).

Tais fundamentos foram acolhidos pelos votos majoritários proferidos em sede de apelação, ficando ali vencido o Dr. Arnaldo Rizzardo, que concedia a reparação de danos pleiteada, por considerar como perfeita e acabada a doação com a manifestação de vontade havida no acordo de separação judicial.

Em grau de embargos infringentes, a tese adotada restou mantida ainda por maioria de votos. O Desembargador designado para lavrar o Acórdão, Ivo Gabriel da Cunha, assim se pronunciou acerca da tormentosa controvérsia:

"Vou ousar divergir do eminente Relator Tubinambá. Creio que em relação às filhas do casal a doação era pura e simples. A comutatividade da cláusula se punha na relação marido e mulher, cônjuges na separação. Evidentemente que as filhas não são partes no processo de separação, e o descumprimento ulterior daquilo que tivesse sido combinado entre os cônjuges na separação, a meu ver, é tema que interessa aos cônjuges e não aos filhos.

Participo da idéia de que, se a doação é retributiva, ela é exigível, mas, se ela é pura e simples, ela é inexigível. Acho que, em tese, não discordo do eminente Relator. No caso concreto é que a divergência se estabelece. Parece-me que aqui não era retributiva a promessa de doação entre o promitente-doador e os promitentes donatários. Por isso entendo inexigível essa doação. Ora, se é inexigível essa promessa de doação, a cláusula não repercutiria nem no plano da validade, ou da eficácia da promessa de compra e venda, e nem geraria obrigação de indenização pela não-consumação da doação prometida." (fls.).

Expressivo, por igual, o voto prolatado pelo il. Desembargador Talai Djalma Selistre, *in verbis*:

"Fui juiz em Vara de Família por três anos e tenho a certeza de que foram os três anos mais longos da minha vida: eles não tiveram só 365 dias, foram bem maiores. Lá, vi tudo aquilo que se vê na discussão desta demanda, problemas de ordem familiar. Preocupava-me, lá, com as conseqüências de qualquer ato judicial, em qualquer espécie de feito. Vejo aqui, agora, retornar toda aquela gama de interesses conflitantes, em cima do que eu diria uma falta de cuidado no trato da questão que era do interesse dos cônjuges que se separavam. Quando estava na Vara de Família, tinha o cuidado – e o fiz muitas vezes – de exigir, de pronto, dos cônjuges, quando estabeleciam esta doação antes da homologação, a apresentação de uma escritura, onde alienavam o bem ao filho com reserva de usufruto em favor dos dois ou de A ou B. Isto não se fez aqui, o que resultou em todos esse problema.

Faço essa colocação, para poder me posicionar a respeito do assunto. Houve essa falha lamentavelmente, e a questão surgiu. Não nos importa, aqui e agora, saber por que houve este desentendimento entre mãe e filha, de acordo com tudo o que foi apresentado – não tive acesso aos autos, mas importa estabelecer que houve uma promessa de doação, e promessa de doação, como pré-contrato que é, não caracterizar a doação em si mesmo. E, por não caracterizar a doação em si mesma, não pode prevalecer frente aos interesses do possível futuro donatário, desde que não haja mais o interesse do doador em doar. Esta é a realidade. Se não há mais o interesse em doar, não há como o futuro donatário pretender exigir essa doação. Tirante a hipótese – que já foi colocada pelo ilustre Des. Ivo Gabriel e, também, de certa forma, pelo eminente Relator – de que esta doação tenha um caráter retributivo, o que não é o caso de que se cuida. Aqui, houve promessa de uma doação pura e simples.

Então, mesmo admitindo essa ponderação, no sentido de que a promessa de doação se constituiu num ato-condição para que os cônjuges chegassem ao alcance da separação pretendida, mesmo assim, aqui, acompanho integralmente a manifestação do Des. Ivo Gabriel, porque entendendo que seria um ato-condição entre os cônjuges. Os filhos não têm nenhuma ingerência direta, não têm o direito de pleitear o cumprimento desse ato-condição que diz respeito aos interesses dos pais, porque a separação envolvia apenas os interesses destes, enquanto separação, e era ato-condição da separação. E, se era uma promessa, como já referi, de uma doação pura e simples, sem esse caráter de retribuição, não há como cogitar da possibilidade de exigência por parte do pretenso donatário." (fls.).

Em suma, não vingou a assertiva formulada pela autora Carla de que a doação se configurou com a mera inserção da indigitada cláusula no acordo de separação do casal.

Conquanto altamente discutida a questão, tanto na doutrina como na jurisprudência, penso que realmente a doação às filhas não se consumara com o simples compromisso havido na separação consensual. Em primeiro lugar, porque era da substância do ato a escritura pública (art. 134, n. II, do CC). Aliás, vale lembrar que, sendo a doação um contrato, requer para aperfeiçoar-se não só a oferta dos doadores, mas também a aceitação dos donatários, como vem expresso no art. 1.165 do aludido *Codex*. Havia, pois, mais um motivo para a outorga da escritura pública no caso, representadas ou assistidas ali as menores donatárias por curador especial (cf. *RT*, v. 599/128). Em segundo lugar e sobretudo, porque, tratando-se de uma promessa de doação pura e simples, sem encargo, ela é, por natureza retratável; enquanto não concretizada, formalizada, ao promitente-doador é lícito arrepender-se. Este característico da doação vem anotado por Agostinho Alvim, para quem "é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*. Assim sendo, o arrependimento, ou revogação do ato é sempre possível, antes de consumada a doação pela aceitação do donatário" (*Da doação*, ed. 1963, p. 43). Essa também a linha de pensamento de Cunha Gonçalves expressa em lição repetidas vezes evocadas nestes autos, inclusive pela r. decisão de 1.º grau.

É a diretriz que predominava no Sumo Pretório, quando se lhe encontrava afeto a controle da legislação infraconstitucional. Confira-se o aresto publicado na *RTJ* 115, p. 440-448, em que o Sr. Ministro Relator, Oscar Corrêa, compendia inúmeros escólios doutrinários a respeito do tema. Além disso, no mesmo diapasão pronunciaram-se os julgados insertos nas *RTJs* 58/153, 68/499, 103/327 e 113/869.

Ainda há pouco subsistiu, na Corte Suprema, por não haver contrariado norma constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul no sentido de que a promessa

de doação não pode transformar-se em obrigação, em dever. "Liberdade e coatividade são incompatíveis" (*RTJ* v. 152, p. 917).

Nos Tribunais estaduais, embora se reconheça a divergência existente acerca de tão polêmico assunto, prevalece o entendimento de que, em face de nosso Direito, não se pode exigir o cumprimento de promessa de doação, que é mera liberalidade (*RT* 487/55; 435/170; 348/338; *RJTJESP* 110/105 e 108/109; *RJTJRS* 83/474 e 71/351).

Ainda que em hipótese fática diversa da presente, este Superior Tribunal de Justiça procedeu à distinção entre a promessa de doação e da doação propriamente dita, não atribuindo efeitos ao simples compromisso de doação feito aos filhos, mesmo que homologado o acordo pelo Juiz (REsp 23.507-1/SP, relator Ministro Nilson Naves, *DJU* de 21.06.1993).

Em sede doutrinária, compartilham ainda da mesma opinião Sílvio Rodrigues (*Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, v. 3, 22. ed., p. 200); João de Oliveira Filho (Promessa de doação – Invalidade feita por instrumento particular em desquite amigável, *RT* 463/59-64); Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, v. III, Parte Primeira, p. 338); Maria Helena Diniz (*Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 41) e Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, v. III, Fontes das obrigações, p. 177-178, 9. ed.).

Esta matéria fora prematuramente agitada no primeiro recurso especial, pois pendente ainda de apreciação via dos embargos infringentes. Cuidava-se de decisão não-definitiva (Súmula 281-STF). O mesmo é de dizer-se, do tema concernente à *res judicata*: estando ele umbilicalmente vinculado à questão da exigibilidade ou não da promessa de doação, somente se exporia a recurso especial a decisão final proferida pela Corte *a quo*.

Entretanto, força é reconhecer que, tocante à ineficácia do compromisso de doação feito em acordo de separação judicial, a jurisprudência colacionada no segundo REsp é discrepante do Acórdão recorrido (cf. os julgados insertos nas *RT* 613/260-262 e 460/107, a propósito dos quais os recorrentes obedeceram às exigências regimentais), motivo pelo qual, nessa parte, estou em conhecer desse recurso, porém, para negar-lhe provimento.

5. Não há falar-se na espécie em coisa julgada.

Antes de mais nada, é bom que se registre que o voto minoritário, da lavra do ilustre Dr. Arnaldo Rizzardo, em sua asserção consubstanciada na locução "no documento constante dos autos já está caracterizada a doação" (fls.) não se referiu, de modo algum, à ocorrência da *res judicata*. S. Exa., segundo ressuma de seu brilhante pronunciamento, mencionou tão-somente que o mero acordo entre os ex-cônjuges havido na separação judicial já configurava a doação, não sendo necessário nenhum outro instrumento complementar, tanto mais que asseverou logo em seguida: "os contratos são válidos desde o momento em que há a manifestação das partes (...)" (fls.).

Inocorre a coisa julgada, como sustenta a recorrente, primeiramente porque a simples homologação judicial da separação disse respeito à separação em si e ao partilhamento de bens, não se referindo, por conseguinte, ao objeto da promessa, que é a doação. Em segundo lugar, embora a partilha do imóvel em tela tenha sido admitida em favor das três filhas do ex-casal – de modo irregular conforme evidenciou a sentença – a verdade é que não houve ali, no pedido de conversão da separação em divórcio (Comarca de Caxias do Sul) sentença homologatória alguma. O que o Juiz de Direito da Vara de Família de Caxias do Sul prolatou foi, sim, uma sentença de procedência da ação intentada por Glena para converter em divórcio a separação consensual (fls.). A propósito desta segunda decisão, observo que, nos termos do art. 469, inc. I, do CPC, não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

6. Fica o primeiro recurso especial à evidência prejudicado quanto às impugnações referentes à representação e à capacidade de estar em juízo da co-autora Giovana.

Tocante à alegação de coisa julgada, o tema ainda se achava pendente de exame em sede de embargos infringentes, conforme acima assinalado, pelo que enfocado de maneira precoce pela recorrente Carla.

As matérias atinentes aos arts. 1.027 e 1.124 do Código Civil não foram ventiladas pelo v. acórdão da apelação, razão por que ausente aí o requisito do preqüestionamento (Súmula 282-STF), assim como não o foram as relativas aos arts. 169, 176, n. III, 5, 214, 216, 230 e 246 da Lei 6.015/73, 82, 130, 145, II, e 146 do CC.

A sentença, confirmada por aquele v. acórdão, versara apenas sobre os arts. 167, I, e 167, I, n. 33, do mencionado estatuto legal, fazendo-o, porém, de maneira irreprochável de acordo com o magistério do Prof. e Desembargador Décio Antônio Erpen, em consonância com o qual não se verifica do quadro desenhado pelo art. 167, inc. I, da LRP espaço para registro da promessa de doar (Da promessa de doar nas separações judiciais, *RT* 629, p. 23).

Não se vislumbra, nesse passo, afronta alguma à lei federal.

A sucumbência atribuída de modo solidário a Domingos Vicente Bocchese, de sua vez, também não constituía decisão definitiva, ante a pendência do recurso de embargos infringentes. Igual solução há de atribuir-se ao tópico relativo ao montante da verba advocatícia atribuída à autora e a Domingos. A própria condenação deste último, a despeito de não ser parte no litígio, ainda dependia de solução definitiva pelo Tribunal *a quo*. Diga-se o mesmo no que concerne ao seu comportamento dito de má-fé. E, quanto ao art. 1.º da Lei 6.899/81, não se satisfez, outrossim, o pressuposto do preqüestionamento (Súmula 282-STF).

A assertiva de julgamento *ultra petita*, de seu turno, liga-se à de coisa julgada, por igual não dirimida em grau de apelação com foros de definitividade.

No primeiro REsp, os recorrentes indicaram dissonância interpretativa com a Súmula 305-STF e com diversos outros julgados, oriundos da Corte Suprema, dos Tribunais de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Mato Grosso e do Ceará.

No que tange ao aludido verbete sumular, prematuro também o REsp por envolver aspecto ainda pendente de solução definitiva por parte do Colegiado de origem. De qualquer forma que seja, não seria viável o conflito interpretativo nesse ponto, porquanto a súmula em foco se refere a acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges, enquanto que aqui se trata de promessa de doação feita em separação judicial, situações diferentes, portanto. Ademais, em caso assemelhado, o Supremo Tribunal Federal, num julgado de que foi relator o em. Ministro Moreira Alves, teve como inexistente o dissídio com a Súmula 305 em hipótese na qual também se concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido (AgRg no Ag 120.402-8/DF, julgamento em 30.10.1987).

No mais, os arestos colacionados como paradigmas vieram à lume sem que os recorrentes cuidassem de cumprir o disposto no art. 255, § 2.º, do RISTJ, mencionando as circunstâncias que assemelhassem ou identificassem as espécies confrontadas. Além disso, os modelos selecionados trataram, por igual, de tema ainda condicionado à decisão definitiva da Corte estadual em sede de embargos infringentes.

Em suma, o primeiro recurso especial não é de ser conhecido pelos motivos supra apontados, não fossem a prolixidade das razões e o desarrumo das questões, tudo a dificultar a exata compreensão da controvérsia.

7. Finalmente, o 2.º REsp é conhecido pela divergência, como registrado acima, no que toca ao dissenso jurisprudencial, mas a ele é negado provimento.

Observo que não bastava aos recorrentes fundar este segundo recurso nas alegações apresentadas no primeiro. Trata-se de dois recursos distintos, já que desafiaram decisórios também diversos, um havido na parte unânime da apelação, outro do v. acórdão prolatado nos embargos infringentes.

Feita esta anotação, tenho que não houve violação do art. 535, II, do CPC, de vez que o Egrégio Grupo enfrentou as questões que lhe haviam sido propostas, inclusive aquela relacionada com a *res judicata* que os recorrentes vislumbraram no voto minoritário do Dr. Arnaldo Rizzardo. Leia-se, no particular, o Acórdão dos Embargos Declaratórios opostos nos Embargos Infringentes, em que o Sr. Desembargador Relator acentua:

"No concernente ao segundo ponto dito omisso de que teria havido coisa julgada na sentença que homologou a promessa de doação –, embora tenha havido enfrentamento implícito, eis que a admissão da coisa julgada se incompatibiliza com todo raciocínio contido nos votos vencedores, poderia explicitá-lo no sentido de não ter se caracterizada a coisa julgada. A homologação do divórcio se referia à partilha na ação de divórcio, em que constou a promessa de doação, mas nada dispôs se tal promessa era doação simples ou retributiva ou se implicava em possibilitar se exigi-la definitivamente. Esta matéria era estranha à homologação do divórcio e, por isso, inalcançada pela coisa julgada" (fls.).

De outro lado, inocorreu a coisa julgada, conforme já se salientou acima, neste voto.

Por derradeiro, não vejo contrariedade, no Acórdão dos embargos infringentes, aos arts. 18, § 1.º, 20, § 4.º e 23 do CPC e 896 do CC, até mesmo porque deles não cogitou o referido julgado, estando, também aí, nesse passo, faltante o pressuposto do preqüestionamento (Súmulas 282 e 356 do C. STF). No que toca ao montante arbitrado para a verba honorária, descabida a discussão no âmbito angusto do apelo especial, visto depender da apreciação dos fatos e circunstâncias da causa (Súmula 389-STF).

8. Do quanto foi exposto, não conheço dos recursos especiais interpostos por Giovana Azambuja Centeno Bocchese, não conheço do primeiro recurso especial e conheço, em parte, do segundo recurso especial, pela alínea *c* do admissivo constitucional, mas a ele, nessa parte, nego provimento.

É como voto.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou, oralmente, o Dr. Marcelo Galvão, pelos Recorrentes.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo dos recursos em relação a Giovana Azambuja Centeno Bocchese, não conhecendo do primeiro recurso e conhecendo em parte do segundo pelo dissídio, mas lhe negando provimento, no que foi acompanhado, inicialmente, pelo Sr. Ministro César Asfor Rocha, e após o voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, não conhecendo também do recurso de Giovana Azambuja Centeno Bocchese, nem do primeiro recurso, e conhecendo do segundo parcialmente para lhe dar, nessa parte, provimento, pediu *vista* dos autos, nos termos regimentais, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Aguardam os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 09 de setembro de 1996.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*: 1. Com pequenas alterações de forma por mim introduzidas, assim foi com precisão relatado o feito pelo eminente Ministro Barros Monteiro:

"Carla Azambuja Centeno Bocchese e Giovana Azambuja Centeno Bocchese, a segunda representada por seu pai, Domingos Vicente Bocchese, ajuizaram ação ordinária de nulidade ou anulação de registros imobiliários e de promessa de compra e venda contra a sua mãe, Glena Azambuja Centeno, e Firmino Antônio Jacques Branco.

Alegaram que, na separação judicial de seus pais, Domingos e Glena, ficou estipulado na partilha de bens que a "Fazenda Socorro", desmembrada em duas áreas, após a homologação, seria doada pelos separandos às filhas [sic], com reserva de usufruto à ré.

Em cumprimento a essa cláusula convencionada e homologada, os pais, nos autos da conversão da separação em divórcio, partilharam os imóveis em partes iguais às três filhas, respeitado o usufruto, sendo expedido o respectivo formal de partilha.

Todavia, ao ser registrado o 1.º formal de partilha, dos registros (R-4-1266 e R-7-2443) não constou, como deveria, a cláusula supra referida, de conformidade com a qual a "Fazenda Socorro" seria doada pelos ex-cônjuges às filhas, pois só constou nos registros o nome da mãe.

A despeito da cláusula em questão e não obstante a partilha às filhas feita na conversão da separação em divórcio, também homologada judicialmente, a co-ré Glena, mera usufrutuária, prometeu vender os mesmos imóveis ao co-réu Firmino Antônio Jacques Branco, por escritura registrada sob ns. R-6-1266 e R-8-2443.

Em face da omissão de dita cláusula, requereram:

a) a anulação ou decretação de nulidade dos registros ns. R-4-1266 e R-7-2443, assim como dos registros correspondentes à promessa de compra e venda (R-6-1266 e R-8-2443);

b) sejam determinados os registros corretamente nas matrículas ns. 1266 e 2443 de ambos os formais de partilha, o primeiro extraído dos autos de separação consensual, o segundo da conversão da separação em divórcio;

c) alternativamente, caso desacolhidos os dois primeiros pedidos, que os réus fossem condenados solidariamente a indenizá-las pela perda dos imóveis.

Ambos os réus contestaram a ação, sendo que a co-ré apresentou ainda reconvenção, pleiteando a revogação da promessa de doação por ingratidão.

Posteriormente, a autora Giovana, assistida pela mãe, peticionou nos autos, ratificando declaração sua no sentido de que não tinha interesse em figurar no pólo ativo da demanda e de que o seu pai, ciente do fato, desrespeitara a sua vontade.

Postulou, assim, pela revogação do despacho através do qual seu pai havia sido nomeado curador especial, bem como que a sua mãe ou o representante do Ministério Público passasse a assisti-la.

Sentenciando o feito antecipadamente, o MM. Juiz de Direito, aos argumentos de que era inexigível a promessa de doação acordada na separação e de que era nulo de pleno direito o formal de partilha expedido nos autos da conversão da separação em divórcio, acolheu a preliminar de carência de ação argüida nas contestações.

Quanto à co-autora Giovana, cassou a representação processual deferida a seu pai, admitiu a assistência pela mãe e excluiu-a do pólo ativo da relação processual.

Por fim, concluindo que o pai das autoras, Domingos Vicente Bocchese, seria o mentor da demanda, tendo agido de má-fé, considerou-o integrado na lide, submetendo-o aos efeitos da sucumbência solidariamente com a autora Carla. Fixou a honorária em 13.000 OTNs.

Tanto as autoras (a segunda representada pelo curador especial, seu pai) como Domingos apelaram. Glena interpôs recurso adesivo.

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à unanimidade, negou provimento ao apelo interposto por Domingos, não conheceu dos recursos de Giovana e Glena e, por maioria, deu provimento parcial à apelação de Carla para assegurar-lhe a assistência judiciária.

Restou vencido o Dr. Arnaldo Rizzardo, que dava provimento ao recurso de Carla em maior extensão para conceder-lhe indenização no valor correspondente à parte que lhe competia nos bens prometidos a doar.

Os fundamentos do v. acórdão encontram-se resumidos em sua ementa:

'Promessa de doação. Partilha em separação consensual convencionando doação do imóvel às filhas com usufruto vitalício à mulher não devidamente registrada. Imprescindibilidade da escritura pública perfectibilizando a liberalidade prometida. Inexigibilidade do direito prometido na hipótese de não implementação da doação. Julgamento antecipado da lide. Ausência de cerceamento de defesa de outras nulidades invocadas contra a sentença.

Sentença reformada em parte' (fls.).

Carla e Domingos, objetivando esclarecimento do julgado quanto aos honorários advocatícios e sua forma de pagamento, opuseram embargos de declaração.

Rejeitados os declaratórios, Carla, Giovana e Domingos – este por si e na qualidade de curador de Giovana – interpuseram embargos infringentes e recurso especial.

Nos embargos infringentes, suscitaram a preliminar de nulidade do v. acórdão em virtude de a Egrégia Câmara, tanto no julgamento da apelação como nos declaratórios, ter sido composta de um desembargador e de dois juízes de direito. No mérito, pugnaram pela prevalência do voto minoritário."

No recurso especial, manifestado com base nas alíneas *a*, *b* e *c* do permissivo constitucional, alegaram as nulidades do acórdão e do processo e se insurgiram contra a exclusão de *Giovana* da lide, bem como contra a condenação de honorários.

Propugnaram, ainda, pela nulidade do registro do formal de partilha extraído da separação consensual sem a cláusula dele constante, segundo a qual o imóvel seria doado às filhas do casal.

O apelo especial foi sobrestado e os embargos infringentes de Giovana não foram conhecidos e os de *Carla* e *Domingos* acolhidos, em parte, apenas quanto à sucumbência, conforme dá conta o seguinte sumário:

"Promessa de doação. Preliminar de nulidade.

Legalidade de julgamento por Órgão do Tribunal em cuja composição atuaram juízes de direito de entrância final, convocados em substituição. Inteligência do art. 118 da Loman (com a redação da Lei Complementar 54/86) e dos arts. 96, I, *a* e 125 da CF. Unanimidade. Promessa de doação de nua-propriedade de imóvel constante de cláusula de acordo em processo de separação consensual. Em relação às filhas, promitentes-donatárias, a promessa era de doação pura e simples, inexigível, portanto. Voto vencido entendendo exigível a promessa de doação porque retributiva.

Redução dos honorários advocatícios porque anormalmente elevados em virtude de litigância

de má-fé. Litigância que o Grupo, à unanimidade, não reconhece.

Embargos parcialmente providos." (fls.).

Os declaratórios foram desacolhidos.

Ainda inconformados, *Carla*, *Giovana* (representada por curador, seu pai) e *Domingos* apresentaram com fulcro nas alíneas *a* e *c* do autorizativo constitucional um 2.º recurso especial, no qual, além de reiterarem várias das alegações formuladas no primeiro, argüíram a nulidade do v. acórdão que julgou os declaratórios, por afronta ao art. 535, II, do CPC, bem como o desrespeito à coisa julgada, consubstanciada no compromisso de doação e na doação já consumada na conversão da separação em divórcio.

Por fim, afirmaram que o entendimento manifestado pelo v. acórdão, no sentido de que a promessa de doação era inexigível e de que o descumprimento do acordo interessava tão-somente aos ex-cônjuges, se põe em confronto com a orientação traçada por outros Tribunais.

Contra-arrazoados, os apelos excepcionais foram admitidos na origem pelas letras *a* e *c*, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo conhecimento e provimento.

Ao proferir o seu judicioso voto, o eminente Ministro Barros Monteiro deu, de início, pela inexistência dos recursos especiais manifestados por Giovana Azambuja Centeno Bocchese porque "na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos".

Por outro lado, teve por inocorrente o pretendido cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, bem como desacolheu o pedido de irregularidade na composição da turma julgadora, pois deveria ser argüida como preliminar dos respectivos julgamentos, sob pena de dar-se guarida ao comportamento desleal da parte, que espera o seu resultado para somente depois, se desfavorável, invocar o fato.

Ao examinar a questão de fundo, ou seja, a inexigibilidade da promessa de doação feita quando da separação consensual do casal de que a autora *Carla* é filha, o Senhor Ministro Relator consignou:

"Na cláusula XII da petição de separação estipulou-se:

'A Fazenda denominada Socorro, descrita no item VII, letra *d*, após a homologação, será doada pelos separandos às filhas, com usufruto para a separanda, correndo as despesas todas por conta do cônjuge varão' (fls.).

Homologada a separação, extraiu-se o formal de partilha, mas o oficial do Registro de Imóveis de Vacaria não inscreveu a supra mencionada cláusula, pelo que os registros (R-4-1266 e R-7-2443) ostentaram como proprietária o nome da co-ré Glena, mãe de Carla.

Mais adiante, já na ação de conversão da separação em divórcio, lavrou-se um auto de partilha, em que os dois imóveis (na verdade um só) foram partilhados, em partes iguais, às três filhas. Expediu-se, então, na Comarca de Caxias do Sul um segundo formal de partilha, após ter o MM. Juiz de Direito julgado procedente o pedido de conversão da separação em divórcio.

Na presente demanda, a autora Carla sustenta que a doação se consumara com o acordo homologado na separação judicial ou, ao menos, com a partilha efetuada nos autos da conversão em divórcio. Daí – segundo ela – a nulidade dos registros R-4-1266 e R-7-2443, que não contemplaram a cláusula de compromisso da doação. A co-ré Glena, por conseguinte, mera usufrutuária e não proprietária dos imóveis, não poderia ter prometido a venda ao co-réu Firmino Antônio Jacques Branco.

Esse o objeto primordial da lide.

A sentença arredou a pretensão vestibular por ineficácia da promessa de doação feita pela co-ré Glena e em razão do desvalor jurídico do formal de partilha expedido na Comarca de Caxias do Sul."

E assim seria porque:

a) não sendo a promessa de doar um direito real, não encontra espaço na lei registral para fins de inscrição,

b) é da substância do ato traslativo de direitos reais sobre imóveis, entre os quais a doação, a escritura pública (art. 134, II, do CC);

c) a promessa de doação inexiste como obrigação de cumprir liberalidade que não se quer ou não se pode mais praticar, pois "é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*, sendo sempre possível o arrependimento ou a revogação do ato". Por isso, quando se trata de promessa de doação pura e simples, que seria a de que se cogita, o promitente doador a qualquer tempo pode arrepender-se da doação. Destarte, somente a doação retribuitória

é que seria exigível na medida em que representar retribuição.

Tais fundamentos foram acolhidos pelos votos majoritários proferidos em sede de apelação e de embargos infringentes.

O eminente Desembargador designado para lavrar o Acórdão, Ivo Gabriel da Cunha, assim se pronunciou acerca da tormentosa controvérsia:

"Vou ousar divergir do eminente Relator Tubinambá. Creio que em relação às filhas do casal a doação era pura e simples. A comutatividade da cláusula se punha na relação marido e mulher, cônjuges na separação. Evidentemente que as filhas não são partes no processo de separação, e o descumprimento ulterior daquilo que tivesse sido combinado entre os cônjuges na separação, a meu ver, é tema que interessa aos cônjuges e não aos filhos.

Participo da idéia de que, se a doação é retributiva, ela é exigível, mas, se ela é pura e simples, ela é inexigível. Acho que, em tese, não discordo do eminente Relator. No caso concreto é que a divergência se estabelece. Parece-me que aqui não era retributiva a promessa de doação entre o promitente-doador e os promitentes donatários. Por isso entendo inexigível essa doação. Ora, se é inexigível essa promessa de doação, a cláusula não repercutiria nem no plano da validade, ou da eficácia da promessa de compra e venda, e nem geraria obrigação de indenização pela não-consumação da doação prometida" (fls.).

Destarte, nas instâncias ordinárias não vingou a assertiva formulada pela autora *Carla* de que a doação se configurou com a mera inserção da indigitada cláusula no acordo de separação do casal.

2. O eminente Ministro Barros Monteiro, após judicioso voto, observou, por sua vez, em suma, que "conquanto altamente discutida a questão, tanto na doutrina como na jurisprudência, penso que realmente a doação às filhas não se consumara com o simples compromisso havido na separação consensual. Em primeiro lugar, porque era da substância do ato a escritura pública (art. 134, n. II, do CC). Aliás, vale lembrar que, sendo a doação um contrato, requer para aperfeiçoar-se não só a oferta dos doadores, mas também a aceitação dos donatários, como vem expresso no art. 1.165 do aludido Codex. Havia, pois, mais um motivo para a outorga da escritura pública no caso, representadas ou assistidas ali as menores donatárias por curador especial (cf. *RT* v. 599, p. 128). Em segundo lugar e sobretudo porque, tratando-se de uma promessa de doação pura e simples, sem encargo, ela é, por natureza retratável; enquanto não concretizada, formalizada, ao promitente-doador é lícito arrepender-se. Este característico da doação vem anotado por Agostinho Alvim, para quem "é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*. Assim sendo o arrependimento, ou revogação do ato é sempre possível, antes de consumada a doação pela aceitação do donatário" (*Da doação*, ed. 1963, p. 43). Essa também a linha de pensamento de Cunha Gonçalves expressa em lição repetidas vezes evocadas nestes autos, inclusive pela r. decisão de 1.º grau."

Mais adiante, Sua Excelência observa que "em sede doutrinária, compartilham ainda da mesma opinião Sílvio Rodrigues (*Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, v. 3, 22. ed., p. 200); João de Oliveira Filho (Promessa de doação – invalidade feita por instrumento particular em desquite amigável, *RT* 463-59/64); Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, v. III, Parte primeira, p. 338); Maria Helena Diniz (*Tratamento teórico e prático dos* contratos, p. 41) e Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, v. III, *Fontes das obrigações*, 9. ed., p. 177-178)".

Por fim, o Senhor Ministro Relator consignando que "não há falar-se na espécie em coisa julgada", afastou os demais pontos impugnados.

Assim, não conheceu dos recursos especiais interpostos por Giovana Azambuja Centeno Bocchese, não conheceu do primeiro recurso especial e conheceu, em parte, do segundo recurso especial, pela alínea *c* do admissivo constitucional, mas a ele, nessa parte, lhe negou provimento.

3. Inicialmente acompanhei o voto do Senhor Ministro Barros Monteiro, tendo o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar conhecido do segundo recurso pela divergência, para lhe dar provimento, nos termos do voto vencido na apelação, e, quanto ao mais, ficou de acordo com o eminente Ministro-Relator, tendo, quanto ao ponto principal em exame, proferido o seguinte expressivo voto:

"Quanto à questão central, da eficácia daquele acordo na separação do casal, tenho alguma dificuldade em acompanhar o eminente Ministro-Relator. Houve, na oportunidade da separação, um acordo de vontade entre os cônjuges, titulares do patrimônio, e em razão disso foram

tomadas algumas disposições. A cláusula referente à doação de um certo bem por um ou pelos dois dos separandos não pode, a meu juízo, se equiparar a uma mera promessa de liberalidade.

Não se tratada da hipótese de alguém que, no futuro eventualmente, possa vir a doar este bem a terceiro. Aqui se trata da promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. Daí porque, em princípio, ele é exigível. Aliás, foi acentuado nos autos, se não estou enganado, no voto do eminente Desembargador Rizzardo, que a doação era uma retribuição ao acordado na separação.

Quanto à forma do ato, penso que a decisão que se toma em relação à alienação de patrimônio imóvel perante o juiz, é um ato praticado com a formalidade e com a solenidade que se quer para os atos que envolvam transferência de domínio, pois tem a mesma solenidade e importância, do ponto de vista civil, que tem a realização da escritura perante o tabelião. Assim como as partes podem chegar perante o tabelião e decidirem a respeito da disposição dos seus bens, por que não admitir que elas tomem essas decisões perante o juiz, no momento da separação ou do inventário de bens?

Este Tribunal já admitiu, e a situação é assemelhada, que na renúncia ou na desistência de parcelas que toquem a herdeiros, seja admitida a eficácia do ato tomado no processo de inventário, independentemente de escritura.

Considero ser artificial dizer que os menores não podem participar desse processo porque não têm interesse. Evidentemente, eles não participaram do processo da separação, mas são os que têm interesse na execução do que foi acordado, pois são os beneficiários da doação.

Ouso discordar do eminente Relator, e dos que o acompanham, por ser muito comum, nas separações ou no inventário de bens, sejam tomadas certas decisões, muitas vezes no interesse dos menores, e depois um dos cônjuges, ou um dos herdeiros, se desinteressa no cumprimento do acordo, o que me parece não pode ser considerado simples arrependimento de ato de mera liberalidade; pelo contrário, é compromisso que deve insistir seja cumprido, especialmente quando há interesse de menor beneficiado pelo ato prometido, em respeito ao acordo estabelecido entre as partes, e à solenidade do ato judicial. Daí por que estaria em conhecer desse segundo recurso, pela divergência, e lhe dar provimento, nos termos do voto vencido na apelação; quanto ao mais, estou de acordo com o eminente Ministro-Relator".

4. Fiquei impressionado com essas colocações formuladas pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar em razão do que, valendo-me de prerrogativa regimental, pedi vista dos autos, quando fiquei convencido que Sua Excelência tem razão.

É que não se pode debruçar sobre um acerto estabelecido em uma separação judicial consensual sob a influência apenas dos mesmos princípios que orientam o intérprete quando cuida de apreciar um contrato qualquer.

Na celebração desse tipo de acordo, as partes deixam-se tocar por objetivos outros e mais nobres que aqueles que, via de regra, são perseguidos nos demais.

Nestes outros, a motivação diz com interesses materiais a serem preservados, pelo sabor de comércio que esses negócios encerram.

Numa simples divisão de bens, entre condôminos, por exemplo, o objetivo perseguido limita-se apenas e tão-somente às coisas que possam ser reduzidas a uma expressão monetária.

Já aqui tudo deve ser interpretado e compreendido dentro de um contexto muito mais amplo, que é a formalização do desfazimento do próprio casamento, que geralmente é processada, inclusive no que tange à divisão de bens, num clima em que é forte a carga de emoção e de sentimentos, pois são duas vidas que foram vividas juntas que se desgarram, com seus anseios, angústias, alegrias, tristezas, esperanças e decepções.

Por isso, que sobre o pacto ali firmado, seja com relação ao atinente aos filhos, seja também no que se reporta à destinação dos bens, o intérprete não pode nem deve fazer uma leitura fria e unicamente racional, como se tratasse de um mero ato negocial, pois tem que levar em conta que muitas concessões são feitas tendo por estímulo um bem maior a ser preservado que, no caso, seria, como foi, o de assegurar alguns bens para as filhas.

5. Postas as colocações, devo consignar que comungo com a tese segundo a qual uma promessa de doação pura e simples, sem encargo, é, por natureza, retratável, enquanto não for devida e definitivamente concretizada, ao promitente-doador é lícito arrepender-se, como anotado por Agostinho Alvim, para quem "é dogma funda-

mental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*. Assim sendo, o arrependimento, ou revogação do ato é sempre possível, antes de consumada a doação pela aceitação do donatário".

Todavia, a hipótese não cuida de doação pura e simples porque a mesma se deu por acordo de ambos os separandos que só concordaram com o que o mais ficou estipulado em razão da doação prometida, tudo feito em proveito de um bem maior que é o de resguardar o interesse material dos integrantes do núcleo familiar.

Daí porque adiro plenamente à colocação do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar quando considera "ser artificial dizer que os menores não podem participar desse processo porque não têm interesse. Evidentemente, eles não participaram do processo da separação, mas são os que têm interesse na execução do que foi acordado, pois são os beneficiários da doação", isso "por ser muito comum, nas separações ou no inventário de bens, sejam tomadas certas decisões, muitas vezes no interesse dos menores, e depois um dos cônjuges, ou um dos herdeiros, se desinteressa no cumprimento do acordo, o que me parece não pode ser considerado simples arrependimento de ato de mera liberalidade; pelo contrário, é compromisso que deve insistir seja cumprido, especialmente quando há interesse de menor beneficiado pelo ato prometido, em respeito ao acordo estabelecido entre as partes, e à solenidade do ato judicial".

Ainda que se queira argumentar que a promessa de doação se constituiu num ato-condição para que os cônjuges chegassem à separação pretendida, e que, por isso mesmo, seria um ato-condição com reflexo apenas entre os cônjuges, em razão do que somente eles poderiam postular o seu cumprimento, ainda assim, na hipótese, seria de ser provido o recurso de *Carla*.

É que, como já anunciado, a segunda autora foi representada pelo seu pai e o próprio r. aresto impugnado concluiu que ele "seria o mentor da demanda, tendo agido de má-fé", tanto que "considerou-o integrado na lide, submetendo-o aos efeitos da sucumbência solidariamente com a autora Carla".

Daí se observa, sob pena de se render adoração a um formalismo exacerbado, que estaria atendido o pressuposto de se ter a iniciativa, do cônjuge – ou, quando nada, a sua concordância – em postular o cumprimento da anunciada doação.

6. Com referência à outra questão posta, atinente à forma do ato, acosto-me ao voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar quando diz que "a decisão que se toma em relação à alienação de patrimônio imóvel perante o juiz, é um ato praticado com a formalidade e com a solenidade que se quer para os atos que envolvam transferência de domínio, pois tem a mesma solenidade e importância, do ponto de vista civil, que tem a realização da escritura perante o tabelião. Assim como as partes podem chegar perante o tabelião e decidirem a respeito da disposição dos seus bens, por que não admitir que elas tomem essas decisões perante o juiz, no momento da separação ou do inventário de bens?".

Diria mais: o pacto firmado perante o Juiz e por ele homologado tem até mais foros de juridicidade que aquele realizado simplesmente perante o tabelião.

7. Diante de tais pressupostos, com renovada vênia ao eminente Ministro Barros Monteiro, retifico o voto anteriormente proferido para conhecer do segundo recurso dando-lhe parcial provimento, nos termos da conclusão do voto vencido na apelação proferido pelo eminente Desembargador Arnaldo Rizzardo (fls.), para o fim de conceder à Carla a indenização no valor correspondente à parte que lhe competia no bem ou nos bens prometidos em doação, a ser paga pelos réus, bem como honorários de 15% sobre o montante a ser recebido e custas a cargo da parte adversa.

Como decorrência, afasto a condenação imposta a Domingos Vicente Bocchese.

Quanto ao que com essas conclusões não houver conflito, acompanho o voto do eminente Ministro Barros Monteiro.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, retificando sua posição anterior, acompanho o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, aderiu o Sr. Ministro Fontes de Alencar, a seguir, ao voto do Sr. Ministro Relator e pediu *vista* o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de abril de 1997.

VOTO-VOGAL – *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar:* 1. Sr. Presidente, também acompanho o Sr. Ministro-Relator quanto à irregularidade na formação da Câmara julgadora, acrescentando, aos fundamentos argüidos por S. Exa., ainda, o fato de que a nova Constituição Federal, segundo interpretação já reiterada do Egrégio Supremo Tribunal Federal, outorgou aos Estados a competência para dispor sobre o tema, de sorte que não caberia mais invocar a regra da Lei Orgânica da Magistratura. Foi nesse sentido, também, decisão desta Turma, relativamente ao Estado de São Paulo, onde se reconheceu a existência de lei local que permitia a substituição:

"A substituição nos Tribunais de Justiça e de Alçada de São Paulo está regulada na Lei Complementar Estadual 646/90, do seguinte teor:

"Art. 1.º São criados na Parte Permanente do Quadro da Justiça 60 (sessenta) cargos de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, classificados em entrância especial, referência V, para preenchimento ulterior, a critério do Tribunal de Justiça, mediante provimento por concurso de remoção.

Art. 2.º Por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, os Juízes de Direito Substituto em Segundo Grau substituirão membros dos Tribunais ou neles auxiliarão, quando o acúmulo de feitos evidenciar a necessidade de sua atuação.

Parágrafo único. A designação para substituir ou auxiliar nos Tribunais de Alçada será realizada mediante solicitação das respectivas Presidências.

Art. 3.º O Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, durante a substituição, terá a mesma competência atribuída ao substituído, exceto em relação às matérias administrativas."

Esse diploma foi submetido ao crivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que em mais de uma oportunidade o teve como constitucional, valendo a transcrição dos seguintes votos:

"Dá-se, ainda, no caso concreto, que a matéria está disciplinada, não no Regimento, mas, sim, em Lei Complementar estadual editada de acordo com a Constituição do Estado. Se a Constituição Federal em vigor vincula o sistema de substituição nos Tribunais, como fazia a Constituição anterior – art. 144, VII, ao dispor que Lei Orgânica da Magistratura regulará a forma e os casos em que poderão ser convocados, para a substituição, juízes não pertencentes ao Tribunal, força entender que, no regime da Constituição de 1988, nada impede em sua organização, a Justiça dos Estados, quanto à substituição nos Tribunais, estabelecer em lei local um 'Quadro de Juízes de Direito Substitutos de Segundo Grau', que poderão ser convocados tanto para os Tribunais de Justiça quanto para os de Alçada, da mesma Unidade da Federação". (Voto do em. Min. José Néri da Silveira no HC 68.905-SP)

"O Estado de São Paulo adotou um sistema de substituição em segunda instância que se ajuda, com plena fidelidade, ao modelo normativo consagrado pela Carta Federal. Esse sistema, instituído mediante lei local (Lei Complementar 646/90), obedece a mandamento consubstanciado na Carta Política estadual que, além de prever a criação de cargos de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, dispõe que a respectiva designação, sempre feita pelo Tribunal de Justiça, destinar-se-á, dentre outras funções específicas, a viabilizar a substituição de membros dos Tribunais paulistas". (Voto do em. Min. Celso de Mello no HC 69.601-SP)

Assim, alterado o sistema constitucional vigente ao tempo da edição da Lei Complementar 35/79 (Loman) e da Lei Complementar 54/85, ficou permitido aos Estados membros regularem através de lei (não de simples norma regimental – HC 68.210-RS, rel. em. Min. Sepúlveda Pertence) o regime de substituição nos Tribunais, desde que preservado o princípio do juiz natural.

No caso dos autos, o magistrado convocado que integrou a Egrégia Câmara julgadora exercia o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, conforme consta da certidão de fls., na forma do disposto na Lei Complementar/SP 646/90, o que está afeiçoado ao sistema, daí não decorrendo qualquer nulidade." (REsp 53.551-SP, 4.ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 05.09.1995)

2. Quanto à questão central, da eficácia daquele acordo na separação do casal, tenho alguma dificuldade em acompanhar o eminente Ministro-Relator.

Houve, na oportunidade da separação, um acordo de vontades entre os cônjuges, titulares do patrimônio, e em razão disso foram tomadas algumas disposições. A cláusula referente à doação de um certo bem por um ou pelos dois dos separandos não pode, a meu juízo, se equiparar a uma mera promessa de liberalidade. Não se trata da hipótese de alguém que, no futuro, eventualmente, possa vir a doar este bem a terceiro.

Aqui se trata da promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. Daí porque, em princípio, ele é exigível. Aliás, foi acentuado nos autos, se não estou enganado, no voto do eminente Desembargador Rizzardo, que a doação era uma retribuição ao acordado na separação.

Quanto à forma do ato, penso que a disposição de patrimônio imóvel, tomada perante o juiz, é um ato praticado com a formalidade e com a solenidade que se quer para os que envolvem a transferência de domínio, pois tem a mesma solenidade e importância, do ponto de vista civil, que tem a manifestação de vontade feita perante o tabelião, quando da lavratura da escritura. Assim como as partes podem chegar perante o tabelião e decidirem a respeito da disposição dos seus bens, por que não admitir que elas tomem essas decisões perante o juiz, no momento da separação ou do inventário de bens?

Este Tribunal já admitiu, e a situação é assemelhada, que na renúncia ou na desistência de bens ou direitos de herdeiros, seja admitida a eficácia do ato tomado no processo de inventário, independentemente de escritura.

Considero ser artificial dizer que os menores não podem participar desse processo porque não têm interesse. Evidentemente, eles não participaram do processo de separação, mas são os que têm interesse na execução do que foi acordado, pois são os beneficiários da doação.

Ouso discordar do eminente Relator, e dos que o acompanham, por ser muito comum, nas separações ou no inventário de bens, a tomada de certas decisões, muitas vezes no interesse dos menores, ou da parte mais fraca, e depois o obrigado se desinteressa pelo cumprimento do acordo. Este não pode ser considerado ato de mera liberalidade; pelo contrário, é compromisso exigível, especialmente quando há interesse de menor, que deve ser cumprido, em respeito ao acordo de vontades e à solenidade do ato judicial.

Daí porque estaria em conhecer desse segundo recurso, pela divergência, e lhe dar provimento, nos termos do voto vencido na apelação; quanto ao mais, estou de acordo com o eminente Ministro-Relato:

VOTO-VISTA – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*: 1. Em acordo de separação judicial, a recorrida, juntamente com seu ex-marido, prometeram doar às filhas uma fazenda de sua propriedade, reservando para aquela o usufruto vitalício. Ao registrar o formal de partilha no álbum imobiliário, não ficou constando tal obrigação, tendo a recorrida, então, prometido vender a sorte de terras a um terceiro.

Cientes de tal transação, duas das três filhas do casal, juntamente com o pai, moveram a demanda em tela visando à anulação dos registros feitos posteriormente à promessa de doação, para fazer valer o acordado quando da separação.

Tanto a sentença quanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deram pela impossibilidade jurídica do pedido, arrimando-se na invalidade da promessa de doação, tendo a filha Giovana sido excluída do processo porque não teria manifestado interesse em ajuizar esta ação, pondo-se, ao contrário, do lado da mãe.

Interpuseram os autores recurso especial, no qual alegam negativa de prestação jurisdicional por ter o Colegiado silenciado nos declaratórios, irregularidade no julgamento da segunda instância, cerceamento de defesa, violação à autoridade da coisa julgada e validade da promessa de doação.

O Relator, Ministro Barros Monteiro, rejeitou as preliminares e a ofensa à autoridade da coisa julgada, tendo concluído pela impossibilidade de se exigir o cumprimento da doação estipulada. O Ministro César Asfor Rocha, em um primeiro momento, acompanhou S. Exa. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, porém, discordou, dando pela exigibilidade da doação, no que foi acompanhado pelo Ministro César Asfor Rocha, em retificação de voto. Já o Ministro Fontes de Alencar se manteve na linha do Relator.

2. Da mesma forma que o em. Relator, entendo que não há como vingar as preliminares aduzidas.

No que concerne à negativa de prestação jurisdicional, ela não ocorreu, tendo em vista a expressa manifestação, no acórdão dos embargos declaratórios, das questões submetidas a julgamento pelo Tribunal gaúcho. Se houve enfrentamento das teses discutidas, descabe falar em falha da máquina judiciária, pelo que restou intacto o art. 535 do Código de Processo Civil.

3. A irregularidade na composição da Turma julgadora igualmente não se verificou.

Embora tenham os recorrente deixado de alegar a nulidade em momento próprio, é de ver-se que a questão já se encontra decidida no Supre-

mo Tribunal Federal, que, conforme bem lembrou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, inclusive autor de precedente da Turma (REsp 53.551-SP), reputou válida regra local regulando a substituição nos tribunais estaduais, por estar revogado o inc. III, § 1.º, do art. 118 da Loman.

4. Quanto ao suposto cerceamento de defesa, igualmente não se deu, haja vista tratar-se de matéria eminentemente de direito, a dispensar a produção de outras provas além das já colacionadas aos autos.

5. Não houve, outrossim, a alegada ofensa à autoridade da coisa julgada, bastando para sua rejeição a circunstância de que não existe a identidade das partes nas ações de separação ou de divórcio por conversão e nesta, em que está envolvida uma das filhas do casal.

Não fosse por isso, como bem salientou o Ministro-Relator, nada restou decidido com relação à promessa de doação, seja na separação judicial, seja no divórcio.

6. Chega-se, assim, à questão principal, concernente à validade ou não da promessa de doação, tormentosa não só na jurisprudência como também na doutrina. De um lado, defendendo a validade, encontram-se Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil – Direito das obrigações*, 2.ª parte, 20. ed., p. 118), Marco Aurélio Viana (*Curso de direito civil*, v. 5 – Direito das obrigações, v. 5, Del Rey, 1996, p. 261), Arnaldo Rizzardo (*Contratos*, v. 2, Aide, p. 511) e Natal Nader (*Ajuris* 16/126). Do outro, pugnando pela invalidade, Agostinho Alvim (*Da doação*, RT, p. 43), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, v. III, 10. ed., Forense, 1997, n. 232, p. 160), Sílvio Rodrigues (*Direito civil*, v. 3, 22. ed., Saraiva, p. 200) e Décio Erpen (*Ajuris* 43/239), dentre outros, igualmente.

A jurisprudência atual é igualmente discrepante, embora o Supremo Tribunal Federal, à época em que analisava a violação do direito federal no País, tenha se caminhado para inadmiti-la.

Inclino-me também para essa última corrente.

Não obstante participe do entendimento de que a realização do ato translativo do domínio feito em Juízo poderia, em princípio, suprir a formalidade do instrumento público, na linha de precedente desta Turma, tenho por inválida a promessa de doação, por ser de natureza pura e simples, uma vez inexistente qualquer encargo da parte das donatárias, considerando que, em se tratando de promessa de doação, a retratação seria possível, pelo que impossível exigir-lhe o cumprimento.

Por oportuno, colho do RE 105.862-PE (*RTJ* 115/440), da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, as razões de decidir do seu relator, Ministro Oscar Corrêa, *verbis*:

"Com efeito, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal recusou, nos três casos indicados, a promessa de doação.

No RE 71.742-SP, Relator o Exmo. Ministro Barros Monteiro (*RTJ* 58/153-154) expressamente adotou o magistério de Agostinho Alvim, segundo o qual "é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*, sendo sempre possível o arrependimento ou revogação do ato" (*Da doação*, p. 43)" (fls.).

No RE 75.293, Relator o Exmo. Ministro Thompson Flores (*RTJ* 68/499-500), ainda que aduzindo outros dados da causa, acolheu essa orientação.

E, por fim, ratificou-a o Exmo. Ministro Soares Muñoz, nesta Primeira Turma, no RE 94.278 (*RTJ* 103/327-330), nos termos em que lembrado seu pronunciamento na petição de recurso.

Esta, aliás, a linha predominante na doutrina.

No "Dizionario pratico del diritto privato", dirigido por Scialoja e Bonfante (v. II, CE-E, vb. *Contratti preliminari*, já, explicitamente, Dante Caporali, autor do verbete, excluiu o *pactum donationis*:

"Peró è da escludersi il pactum donationis perchè la donazzione, atto spontaneo, ripugna a qualunque forma di coazione diretta o indiretta: la promesa di donazzione, anche rivestita di atto pubblico, sarebbe per tale ragione nulla come promesa e non potrebbe nemmeno valere come donazzione, mancando l'attualitá dello spoglio".

Disso não discrepa a lição de Gabba (*Nuove questioni di diritto civile*, Fratelle Bocca, 1905, I, p. 171) – imperocchè ripugna al concetto di questo contratto, che il donante vi sia costretto. Ou Henri de Page (Traité Élementaire de Droit Civil Belge, Bruxelles – 1944, VIII, v. I) n. 369, p. 452, ao ensinar:

"Il est tout à fait certain que la promesse de donation est nulle. Cette règle n'est pas proprement consacrée par l'article: 932; mais cette disposition l'implique, car la nullité de la promesse de donation résulte des principes générax. La donation est en effet un contrat solennel, et la

solennité y est requise pour protéger la volonté de l'agente (le donateur). Cette volonté doit done rester intacte (comme en matière de mariage) jusqu'á l'accomplissement de l'acte lui-même. Il en résulte que toute promesse de donation (sous seing privé, ou même authentique) est nulle".

Na Giurisprudenza Sistematica Civile e Commerciale, dirigida por Walter Bigiavi (Utet, 1967, "Le Donazioni", de Lycia Gardini Contursi Lisi, se vê:

"Inammissibilità della promessa di donazione.

Alla speciale contrattualità della donazione consegue direttamente l'inammissibilitá della "promessa", consentita per ogni altro contratto; contrasta essa, invero, al fatto che l'incontro dei consensi – nel contrato donazione – é determinato dalla liberalità cioè dall'intento di beneficare, da un lato e, dall'altro lato, dalla volontà di accettare tale liberalità: manifestazioni, dunque, assolutamente spontanee delle volontà individuali, che non possono quindi venir assoggettate neppure al vincolo della promessa (cf. Css. civ. 9 giugno 1941, n. 1699, parte ined., in REp. Foro it., voce Sucessioni, n. 119, "la promessa di donazione e giuridicamente inammissibile". Il tema é particolarmente trattato da una rilevante pronuncia della Corte bresciana (App. Brescia, 18 luglio 1949, Magenis-Magenis, in Foro it., 1950, I, 609), che puntualizza esattamente l'indagine, facendo capo all'animus donandi; nota, perciò, che "in tanto non è giuridicamente ammissibile una promessa di donazione in quanto detto animus é elemento constitutivo della donazione in quanto detto animus é elemento constitutivo della donazione e un atto de spontanea liberalità non puo essere imposto, nela sua esecuzione, iussu iudicis" (la sentenza stessa richiama i lontanti precedenti intal senso; Cass. civ., 25 luglio 1935, in Foro it., 1935, I, 1306 e App. torino, 8 novembre 1946, Barbonaglia-Barbonaglia, in Foro pad. 1947, II, 16)".

Cunha Gonçalves (*Tratado de direito civil*, 1. ed. Brasil, v. VIII, t. I, anotado por J. G. Rodrigues Alckmin, 1956, Max Limonad, p. 80) preleciona:

"Não é possível, ou não tem valor algum, portanto, uma promessa de doar. A doação, ou existe, ou não existe. Sendo um favor, ela não pode ser exigida, sob pena de indenização de perdas e danos, teríamos, assim, uma doação forçada, e um benefício não se impõe. Faltaria a doação o seu caráter de espontaneidade, *nullo jure cogente*. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar decepção ao pretenso donatário; mas não comete acto ilícito. As promessas só são exigíveis nos contratos a título oneroso, que são negócios jurídicos, com prestações reciprocas".

Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, F. Bastos, 4. ed., rev. e anot. 1904, III, p. 387 *et seq.*) resume a matéria como transcrita no acórdão recorrido, considerando "ponto discutível o da possibilidade da doação ser objeto de um contrato preliminar, isto é, a promessa de doação" (p. 387), como visto na citação do acórdão recorrido, invocando, além disso, outros autores e examinando outras legislações, a respeito.

Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, III, 1970, p. 176) repele-a, encarado o problema "sob o aspecto ontológico", como também visto no acórdão recorrido.

Este, contudo, considerando "inteiramente nova" a questão, recorreu a Pontes de Miranda para admiti-la (*Tratado de direito privado*, 46/261-262 e 229).

Pontes de Miranda refere-se no tema, no v. 46, nas p. 201/202, 229 (de passagem) e 261/262, nestas mais detidamente, transcrito o trecho no acórdão recorrido.

Conclui que se o outorgante não cumpre o pacto *de donando* – não doa, não conclui o contrato de doação – tem o outorgado a ação de indenização por inadimplemento" (p. 261), porque considera promessa do contrato de doação contrato unilateral: "Se bem que o contrato prometido fosse contrato real, não há a ação para a entrega do bem, pois o que se prometeu foi o contrato, e não o bem" (p. 261).

Ora, é o próprio Pontes quem define a doação como "negócio jurídico bilateral gratuito", como toda a gente.

Não há como admitir a coexistência dos dois conceitos.

Aliás, essa a posição de Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, II, Marid : Rev. de Derecho Privado, 1959, p. 179-180, como se vê desta passagem:

"Otro es el caso cuando la donacion no es ejecutada inmediatamente, sino que es prometida una prestación a título de donación (§ 518) Semejante contrato, por crear una obligación de cumplir una prestación, es un contrato obligacio-

nal, unilateralmente vinculante. La donación está en esta hipótesis ya en el origen del crédito, como atribución de un derecho; esta atribución tiene lugar a cargo del patrimonio del promitente, en cuanto crea una obligación que ha de cumplirse con este patrimonio. La prestación del objeto prometido no es una "donación" renovada, sno el cumprimiento de una obligación; es, no obstante, una "atribución gratuita", porque, la relación de causa juridica sobre la que se basa su validez jurídica (en el sentido de las normas sobre el enriquecimento – injusto) es una "donación".

É o que terá levado o ilustre W. Barros Monteiro a admiti-la, sempre com base, como outros, no direito alemão, sobretudo (W. Barros Monteiro, "Curso", Direito das Obrigações, 2.ª parte – 9. ed. 1973 – p. 119/120):

"Contesta-se geralmente a viabilidade jurídica da promessa de doação, isto é, a possibilidade de existir contrato preliminar unilateral, visando à constituição de liberalidade futura. Consoante magistério de Messineo duas são as razões, uma de ordem histórica, outra de ordem dogmática, justificativas de semelhante impossibilidade, sempre se entendeu, em todos os tempos, que não podem ser objeto de doação, bens futuros; além disso, deve esta primar pela espontaneidade, operando-se *nullo jure cogente*, o que se não compadece com o caráter vinculatório inerente à obrigação de fazer, contida numa promessa de doação.

Inexiste, porém, razão para excluir tal promessa, cuja possibilidade jurídica é expressamente admitida pelo direito alemão (BGB, art. 2.301). Ela não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum a proíbe."

Na Itália, assinala Cosimo Sasso (*Il contratto preliminare nella doutrina e nella giurisprudenza*, Giufrè, 1971, p. 11-13).

"Il contratto preliminare di donazione era considerato inammissíbile sotto l'impero del codice abrogato, giacché esso veniva a togliere il carattere di liberalitá "spontanea" della donazione, cui faceva espresso riferimento l'art 1.050 c.c. Anche attualmente buona parte della dottrina sostiene che un contratto preliminare di donazione costituirebbe un attentato alla spontaneità e alla liberalità della donazione, mentre la volontà del donante verrebbe coatta prima che egli effettivamente doni".

E, depois de invocar os doutores que, nessa linha, se pronunciam, acompanhados da "escassa jurisprudência" a respeito, conclui que:

"Non sussistono dunque valide ragioni per ritenere che il contratto di donazione faccia eccezione alla regola generale della'applicabilità del contratto preliminare ad ogni tipo di contratto".

Não omite, porém, as dificuldades da tese, que sustenta, na realidade dos fatos.

Essas anotações têm o único intuito de reavivar os contornos da discussão, que, entre nós, entretanto, e na linha da jurisprudência da Corte, se resolve de acordo com a pretensão do recorrente: da inexistência da promessa de doação, como obrigação de cumprir liberalidade que se não quer ou não se pode mais praticar.

Nem se consumou ou concretizou o contrato, senão, quando muito, contrato preliminar (a admitir-se), não obrigatoriamente sujeito a configurar-se em definitivo.

Na linha da jurisprudência do Tribunal, como salientado no parecer da Procuradoria-Geral da República, que se harmoniza com a definição do instituto do direito pátrio, conheço do recurso e dou-lhe provimento, condenado o Réu nas custas e honorários de advogado, que fixo em um salário mínimo."

Assinala-se, por fim, como bem lembrou o Ministro Barros Monteiro, que recentemente aquela mesma Corte, agora sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso (RE 122.054-RS, *RTJ* 152/912), deu pela invalidade da execução de uma promessa de doação.

7. Em face do exposto, com a devida *venia* dos Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e César Asfor Rocha, acompanho o Senhor Ministro Relator.

VOTO-VOGAL – *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*: Senhor Presidente, acompanho o Sr. Ministro Barros Monteiro, porque ainda que alguém prometa a outrem, diretamente, fazer uma doação e não a concretiza, aquele beneficiário da promessa frustrada não tem ação.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial

interposto por Giovanna Azambuja Centeno Bocchese e do primeiro recurso especial e, por maioria, vencidos em parte os Srs. Ministros César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar, conheceu em parte do segundo recurso especial, mas lhe negou provimento.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de novembro de 1998.

EXECUÇÃO FISCAL. Cédula industrial. Penhora. Possibilidade.

Ementa: O bem vinculado à cédula industrial ou rural está sujeito à penhora para garantia na execução fiscal.

Recurso improvido.

REsp 182.088/RS – 1.ª T. – STJ – j. 20.10.1998 – Rel. Min. Garcia Vieira.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília, 20 de outubro de 1998 (data do julgamento). **Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente** – Ministro Garcia Vieira, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Garcia Vieira*: O Banco do Brasil S/A (fls.), com lastro da Constituição Federal, art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c*, interpõe Recurso Especial, aduzindo tratar-se de Agravo de Instrumento interposto pelo INSS contra decisão que, em execução fiscal, declarou insubsistente a penhora sobre caminhão, com base nos arts. 69 do Dec.-lei 167/67 e 648 do CPC.

Aponta violação ao Dec.-lei 167/67, art. 69.

Requer provimento a fim de que prevaleça a impenhorabilidade do bem em questão.

Despacho (fls.).

É o relatório.

VOTO – O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente: – Aponta a recorrente, como violado, o art. 69 do Dec.-lei 167/67, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra *a*.

A questão é controvertida, mas predomina o entendimento de que o bem vinculado, à cédula industrial ou rural está sujeito à penhora para garantia na execução fiscal. Nesse sentido, os Recursos Especiais 86.349-SP, *DJ* de 03.02.1997, relator Ministro Milton Luiz Pereira; 90.155-SP, *DJ* de 07.10.1996, relator Ministro Demócrito Reinaldo; 9.328-PE, *DJ* de 24.10.1994, relator Ministro Américo Luz; 13.703-SP, *DJ* de 04.10.1993, relator Ministro Pádua Ribeiro; 36.080-MG, *DJ* de 13.09.1994, relator Ministro Rui Rosado; 3.227-ES, *DJ* de 22.04.1991, relator Ministro Athos Carneiro; 39.800-SP, *DJ* de 26.09.1994, relator Gomes de Barros e 55.196-RJ, *DJ* de 09.10.1995, relator Ministro Cláudio Santos. Consta da ementa do Recurso Especial 86.349-SP:

"Os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos não podem opor ao Fisco a garantia real de que são titulares. No caso o bem vinculado à cédula de crédito industrial é impenhorável por dívidas outras do emitente, ma não escapa de penhora para garantia na execução fiscal" (fls.).

No Recurso Especial 108.871-PE, decidimos nesta Egrégia Turma que:

"O bem vinculado, à cédula de crédito industrial é impenhorável por dívidas outras do emitente, mas não escapa de penhora para garantia na execução fiscal".

Nego provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de outubro de 1998.

EXECUÇÃO FISCAL. Cédula industrial. Penhora. Possibilidade.

Ementa: O bem vinculado à cédula industrial ou rural está sujeito à penhora para garantia na execução fiscal.

Recurso provido.

REsp 164.035/SP – 1.ª T. – STJ – j. 21.05.1998 – Rel. Min. Garcia Vieira.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal do Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília, 21 de maio de 1998 (data do julgamento). Ministro Milton Luiz Pereira, Presidente – Ministro Garcia Vieira, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Garcia Vieira:* A Fazenda Do Estado de São Paulo (fls.), com lastro da Constituição Federal, art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c*, interpõe Recurso Especial, aduzindo tratar-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado contra decisão que, em execução fiscal, declarou insubsistente a penhora sobre imóvel anteriormente gravado por cédula hipotecária.

Aponta violação ao CTN, arts. 184 e 186, além da divergência.

Argumenta que os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos, não podem opor ao Fisco a garantia real de que são titulares.

Requer provimento a fim de que prevaleça válida a penhora realizada.

Despacho (fls.).

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Garcia Vieira* (Relator): Sr. Presidente: – Aponta a recorrente, como violados, os arts. 184 e 186 do CTN, versando sobre questão devidamente prequestionada e comprovou a divergência.

Conheço do recurso pelas letras *a* e *c*.

O Sr. Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Junqueirópolis-SP recusou-se a proceder ao registro da penhora de imóvel já sujeito à penhora constituída por cédula rural (fls.). O venerando acórdão recorrido negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra este despacho (fls.), por entender que o privilégio da Fazenda não atinge os bens gravados com hipoteca constituída por cédula rural.

A questão é controvertida, mas predomina o entendimento de que o bem vinculado à cédula industrial ou rural está sujeito à penhora para garantia na execução fiscal. Nesse sentido, os Recursos Especiais 86.349-SP, *DJ* de 03.02.1997, relator Ministro Milton Luiz Pereira; 90.155-SP, *DJ* de 07.10.1996, relator Ministro Demócrito Reinaldo; 9.328-PE, *DJ* de 24.10.1994, relator Ministro Américo Luz; 13.703-SP, *DJ* de 04.10.1993, relator Ministro Pádua Ribeiro; 36.080-MG, *DJ* de 13.09.1994, relator Ministro Rui Rosado; 3.227-ES, *DJ* de 22.04.1991, relator Ministro Athos Carneiro; 39.800-SP, *DJ* de 26.09.1994, relator Gomes de Barros e 55.196-RJ, *DJ* de 09.10.1995, relator Ministro Cláudio Santos. Consta da ementa do Recurso Especial 86.349-SP:

"Os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos não podem opor ao Fisco a garantia real de que são titulares. No caso, o bem vinculado à cédula de crédito industrial é impenhorável por dívidas outras do emitente, mas não escapa de penhora para garantia na execução fiscal" (fls.).

No Recurso Especial 108.871-PE, decidimos nesta Egrégia Turma que:

"O bem vinculado à cédula de crédito industrial é impenhorável por dívidas outras do emitente, mas não escapa de penhora para garantia na execução fiscal".

Dou provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 21 de maio de 1998.

CIVIL. Mútuo hipotecário. Sistema Financeiro da Habitação. Sub-rogação.

Ementa: A sub-rogação do mútuo, assim entendida a troca de um mutuário por outro, não pode se dar contra a vontade do mutuante. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 70.684/ES – 2.ª T. – STJ – j. 1.º.12.1997 – Rel. Min. Ari Pargendler.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencido o Sr. Ministro Hélio Mosimann que dele conhecia, mas negava-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel.

Brasília, 1.º de dezembro de 1997 (data do julgamento). Ministro Peçanha Martins, Presidente – Ministro Ari Pargendler, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler* (Relator): O casal de Aldegundes de Magalhães Rocha e o casal de Benone Batista de Miranda propuseram ação ordinária para verem reconhecidas a validade e a eficácia de contrato de promessa de compra e venda de imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal (fls.).

O MM. Juiz Federal Dr. Antônio Ivan Athié julgou o pedido procedente, em parte, "para o fim de declarar que a cláusula vigésima terceira, item I, *c*, da escritura padrão declaratória aqui referida, e aqui transcrita, não produz efeitos em relação ao primeiro casal autor, seja por ser defesa, nos termos do art. 115 do CC, seja por considerar ter a ré anuído tacitamente com a transferência dos direitos" (fls.).

Lê-se na sentença:

"A escritura padrão declaratória, cuja cópia está a fls., foi lavrada em 14.08.1981, e tem a cláusula referida esta redação:

Cláusula Vigésima Terceira. Vencimento antecipado da dívida e execução do contrato. A dívida será considerada antecipadamente vencida, independente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial ensejando a execução do contrato para efeito de ser exigido de imediato na sua totalidade com todos os seus acessórios, inclusive correção monetária, por qualquer dos motivos previstos em lei, e, ainda:

I – Se o devedor:

a) (...)

b) (...)

c) ceder ou transferir a terceiros, no todo ou em parte, os seus direitos e obrigações, vender ou prometer à venda o imóvel hipotecado, sem prévio e expresso consentimento da CEF.

Tenho que a necessidade de anuência da ré, como posta na cláusula acima transcrita, é condição puramente potestativa, vedada pelo art. 115, do CC. Efetivamente, por mero capricho da ré, por mero arbítrio, pode não ser dada a anuência. Ou, o que na verdade ocorre nos casos de transferência de imóveis hipotecados ao Sistema Financeiro da Habitação, condicionar-se a anuência à modificação do contrato, tanto em suas disposições, quanto ao valor do negócio.

Mesmo que diferentemente se entenda, vejo outro motivo, para ao largo relegar, nestes autos, a aplicação da norma referida.

No dia 14.09.1981, exatamente um mês após ter sido lavrada a escritura padrão declaratória que alberga a cláusula aqui discutida, foi editada a Lei 6.941 (DOU 16.09.1981), que introduziu na Lei 6.015, de 31.12.1973, os arts. 292 e 293, assim redigidos:

"Art. 292. É vedado aos Tabeliães e aos Oficiais do Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a ele relativos, em que conste dos mesmos, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor, necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

Art. 293. Se a escritura deixar de ser lavrada no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da comunicação do alienante, esta perderá a validade.

Parágrafo único. A ciência dá comunicação não importará consentimento tácito do credor hipotecário".

A lei não tem palavras inúteis. Assim sendo, qual o efeito da comunicação referida na dispo-

sição supratranscrita, e dos prazos nela estabelecidos?

Tenho que é para manifestar-se a credora, anuindo ou não com a transferência do imóvel, sempre justificamente, ou ainda para convocação das partes, para exibição de documentos, e verificação da presença de requisitos para o adquirente suceder no financiamento, exercendo dessa forma, a fiscalização que lhe cabe, e salientou em sua resposta, com o que desempenhando estará a sua função oficial de banco social. Não se destinando a comunicação, evidentemente, por absurdo, ao contrário do que alegado pela ré em sua resposta, e que promova a execução, considerando vencida antecipadamente a dívida. Não vejo qualquer outra razão, para a necessidade da comunicação, que não a inicialmente exposta. Então sim, se justificar-se a razão de discordar-se da transferência, e sendo ela procedente, é que poderá, sem o arbítrio vedado pela lei, considerar a ré antecipadamente vencida a dívida, se persistência houver na efetivação da transferência. E tudo dentro do prazo de trinta dias.

E se silente ficar a credora, dentro desse prazo, estará anuindo tacitamente com a transferência do imóvel, não podendo mais considerar vencida antecipadamente a dívida" (fls.).

A sentença foi confirmada por acórdão da Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, Relator o eminente Juiz Federal convocado Dr. Ricardo Regueira, de seguinte ementa:

"Administrativo e civil. Venda de imóvel financiado pelo SFH. Comunicação do fato ao credor hipotecário, sendo a escritura registrada no RGI. Pretensão do credor em dar por vencida antecipadamente a dívida, de acordo com cláusula contratual. Legítima é a venda de imóvel financiado pelo SFH por seu proprietário, não acarretando o vencimento antecipado da dívida, se previamente comunicada ao credor, como o exige a Lei (art. 292, Lei 6015/73, com a redação dada pela Lei 6.941/85), não podendo ser a dívida dada por vencida por antecipação por tal motivo. Apelação a que se nega provimento, por unanimidade" (fls.).

Daí o presente recurso especial, interposto pela Caixa Econômica Federal, com base no art. 105, inc. III, letras *a* e *c*, da CF, por violação do art. 267, VI, do CPC, e por divergência jurisprudencial (fls.).

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler* (Relator): Os mútuos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação são contratos de natureza peculiar em que, paralelamente ao interesse das partes, está presente o interesse público, desde logo caracterizado pelo fato de que dita as cláusulas tanto ao mutuante quanto ao mutuário. Por exemplo, não é qualquer pessoa que pode se habilitar a esse tipo de financiamento. É preciso, entre outras condições, que não tenha imóvel próprio no mesmo Município e que faça prova de rendimentos capazes de suportar a prestação mensal; a primeira preserva a política habitacional que visa a favorecer os sem-teto, e a segunda busca tutelar os recursos emprestados, cuja gestão constitui responsabilidade do Poder Público. Esses objetivos ficariam obviamente comprometidos se as exigências fossem dispensadas daqueles que viessem a adquirir, mediante operações posteriores, os imóveis hipotecados. Quer dizer, à parte sua aparente impessoalidade, o Sistema Financeiro da Habitação sempre foi seletivo do ponto de vista econômico (sem o que não poderia subsistir) e do ponto de vista político (pelo menos em tese, os empréstimos são para os que deles precisam). A solvabilidade de quem quer financiar a casa própria é requisito indispensável ao *status* de mutuário. Assim, muito embora celebrado sob os auspícios do Poder Público, esse mútuo hipotecário não se diferencia dos demais quanto ao seu caráter pessoal. O Agente Financeiro contrata com uma pessoa, e não com outra. Como corolário, a cessão do negócio, nele como nos outros, depende da contraparte. A transferência incondicionada só pode se processar por exceção, quando prevista no ajuste.

Pela lógica contratual, o Sistema Financeiro da Habitação já tinha, na sua pureza originária, motivos bastantes para selecionar os seus mutuários. Mas, ao longo do tempo, se somou o de que a equação econômico-financeira dos contratos ficou inadequada à conjuntura social do país, em que os salários não podiam assimilar os reajustes das prestações dos mútuos, exigindo do governo a concessão de subsídios, de renegociações, de bônus, enfim, de benefícios que resultaram na seguinte distorção: a de que o saldo devedor dos empréstimos se tornou muito maior do que o

resgate previsto na forma contratual. *Quid*, se os mutuários quisessem vender os imóveis financiados? O comprador teria que assumir a responsabilidade pelo pagamento do saldo devedor do empréstimo ou apenas a obrigação de pagar as prestações de resgate do mútuo, reduzidas por sucessivas vantagens conferidas aos mutuários? Essa é uma questão que depende da negociação entre as partes do ajuste primitivo. A sub-rogação de mútuo, entendida como troca de um mutuário por outro, não pode se dar contra a vontade do mutuante.

Portanto, não se trata de cláusula potestativa, e, por outro lado, o consentimento tácito é incompatível com o teor da cláusula contratual e com o disposto no art. 293, par. ún., da Lei 6.015, de 1973, na redação que lhe deu a Lei 6.941, de 1981.

II

A situação se alterou a partir da MP 1.520, de 25.09.1996, que deu nova redação ao art. 2.º da Lei 8.004, de 14.03.1990, *in verbis*:

"Nos contratos que tenham cláusula de cobertura de eventual saldo devedor residual pelo FCVS, a transferência dar-se-á mediante simples substituição do devedor, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e obrigações do contrato original, desde que se trate de financiamento destinado à casa própria, observando-se os requisitos legais e regulamentares, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal, bem assim os seguintes requisitos:

I – o valor do encargo mensal para o novo mutuário será atualizado *pro rata die*, a contar da data do último reajustamento desse encargo até a data da formalização da transferência, com base no índice e atualização das contas de poupança mantidas no Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo – SBPE, e acrescido da quinta parte do valor atualizado do encargo, observando que:

a) o acréscimo da quinta parte do valor do encargo atualizado será integralmente direcionado à elevação da parcela correspondente à prestação de amortização e juros;

b) nos contratos enquadrados no Plano de Equivalência Salarial, instituído pelo Dec.-lei 2.164, de 19.09.1984, o enquadramento na categoria profissional do novo mutuário dar-se-á a partir da data da transferência;

c) na aplicação do primeiro reajuste do encargo mensal, após a transferência, nos contratos não enquadrados na alínea anterior, será compensada a atualização *pro rata die* de que trata o *caput* deste inciso;

II – no ato da formulação da transferência será recolhida, pelo novo mutuário, contribuição especial de dois por cento sobre o saldo devedor atualizado *pro rata die*, a contar da data do último reajustamento contratual até a data da formalização da transferência, considerando-se as alterações ocorridas no saldo devedor nesse período, sendo que cinqüenta por cento serão destinados ao FCVS e o restante à instituição financiadora.

§ 1.º Nas transferências dos contratos de financiamento da casa própria que não tenham cobertura de eventual saldo devedor residual pelo FCVS, e daqueles não enquadrados na Lei 8.692, de 1993, aplicam-se as condições previstas no *caput* e incs. I e II deste artigo, à exceção da cobrança da taxa de contribuição ao FCVS.

§ 2.º Nas transferências de que trata o *caput* deste artigo, as instituições financiadoras ficam dispensadas da observância das seguintes exigências:

a) limite máximo de financiamento, desde que não haja desembolso adicional de recursos;

b) limite máximo de preço de venda ou de avaliação do imóvel objeto da transferência;

c) localização do imóvel no domicílio do comprador".

Quer dizer, o direito pretendido na inicial não existia na data da propositura da ação e hoje só existe a possibilidade de regularizar as transferências realizadas sem o consentimento do credor do mútuo hipotecário nos termos da aludida Medida Provisória, conforme se infere do respectivo art. 15, a saber:

"As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei 8.692, de 28.07.1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25.10.1996, sem a interveniência da instituição financiadora, *poderão ser regularizados nos termos desta Medida Provisória*".

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento, para julgar improcedente a ação.

VOTO-VOGAL (VENCIDO) – *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*: A ação seguiu o curso ordinário, objetivando a declaração de validade de negócio jurídico.

Os autores transacionaram imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, tendo, antes de celebrada a escritura de compra e venda, comunicado o fato à ré, Caixa Econômica Federal, de modo a que pudessem os adquirentes continuar no pagamento das prestações mensais do mútuo hipotecário.

Ocorreu, no entanto, segundo consta dos autos, que, a despeito da comunicação e do registro da escritura e ainda de ter a ré recebido dez parcelas do financiamento, entendeu a Caixa, tempo depois, de declarar o vencimento antecipado da dívida com base na cláusula 23 do contrato padrão, promovendo a cobrança, que foi obstada em medida cautelar.

A decisão do Tribunal, confirmando a sentença, a nosso ver, está correta e segue a jurisprudência firmada a respeito. Tanto quando afastou as preliminares como quando examinou o mérito.

O contrato é de 08.08.1988 e a 21 daquele mesmo mês foi endereçado carta inequivocamente recebida pela Caixa Econômica, já que remetida pelo Registro de Títulos e Documentos.

Interesse processual dos litigantes existe, assim como a possibilidade jurídica do pedido.

Também é inegável a anuência tácita do credor (CEF), ao ter ciência do negócio e continuar recebendo as prestações pagas por terceiro, em relação ao contrato original. O que não se pode admitir é, depois disso, depois de concordar, simplesmente romper o contrato, ainda mais que a nova situação não acarretou ao credor qualquer prejuízo.

Diante dos fatos aqui descritos, a decisão recorrida seguiu a posição firme desta e da Primeira Turma.

Nesta Segunda Turma: "Tendo o mutuário transferido o imóvel para terceiro, *com pleno conhecimento do credor hipotecário* sub-rogando-se o adquirente nas obrigações e direitos decorrentes do contrato, e permanecendo a mesma garantia, a transação não importou em violação à lei nem divergiu da orientação jurisprudencial" (REsp 23.388-RS; REsp 31.135-AL, de que fui Relator).

Na primeira Turma: "Inequívoco o conhecimento, pela instituição financeira (credora hipotecária), da transferência do imóvel para terceiro, este sub-roga-se nas observações e direitos estabelecidos no contrato firmado pelo originário mutuário, continuando a mesma garantia hipotecária. Justaponha-se que, no caso, previamente sabendo de transferência, a entidade financeira, por meses seguidos, continuou recebendo as parcelas mensais e amortização do empréstimo, sem oposição, equivalendo implícita concordância com a modificação ocorrida" (REsp 66.886-SP; REsp 39.146-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

A hipótese sob julgamento não difere, em essência, dos precedentes das duas Turmas.

Por isso, não seria mesmo de se conhecer do recurso especial pela alínea *a*. Já pela letra *c*, dando por comprovado o dissídio, conheço, mas nego provimento.

É o voto, *data venia*.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Hélio Mosimann que dele conhecia, mas negava-lhe provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 1.º de dezembro de 1997.

PROCESSO CIVIL. Execução fiscal. Penhora. Cédula de crédito industrial. Incidência.

Ementa: É admitido, em execução fiscal, a incidência da penhora sobre bem vinculado a cédula de crédito industrial.

REsp 112.179/SP – 2.ª T. – STJ – j. 02.06.1998 – Rel. Min. Hélio Mosimann.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília, 2 de junho de 1998 (data do julgamento). Ministro Peçanha Martins, Presidente – Ministro Hélio Mosimann, Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*: Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A., fundado no art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c*, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento a agravo manifestado pelo ora recorrente, de decisão que admitiu a incidência de penhora, em execução fiscal, sobre bem vinculado a cédula de crédito industrial.

Alega o recorrente, em síntese, violação aos arts. 648, do CPC, 43 e 57, do Dec.-lei 413/69, e 69, do Dec.-lei 167/67.

Com as contra-razões de fls., vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*: Em caso análogo, da relatoria do eminente Ministro Peçanha Martins, REsp 107.682-AL, *DJ* de 28.04.1997, esta Egrégia Segunda Turma consolidou o entendimento consubstanciado na seguinte ementa:

"Processual civil. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Desconstituição da penhora. Bens vinculados a cédula de crédito rural. CTN, art. 184. Dec.-lei 167/1967. Precedentes.

1. O art. 184/CTN, como norma de lei complementar, prevalece sobre disposição do Dec.-lei 167/1967.

2. Mesmo em se tratando de impenhorabilidade absoluta, esta não poderia se sobrepor à Fazenda Pública face a princípio da hierarquia das leis.

3. Estes os entendimentos consagrados na jurisprudência do STJ com a qual se harmoniza o aresto recorrido, incidindo a Súmula 83/STJ.

4. Recurso especial não conhecido".

Da Egrégia Primeira Turma destaco, pela convergência de entendimento, o REsp 154.738-PE, da relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, com ementa posta nos seguintes termos:

"Execução fiscal. Penhora. Desconstituição.

A impenhorabilidade do art. 57 do Dec.-lei 413 só se refere a outras dívidas do emitente e não prevalece frente aos créditos tributários.

Recurso improvido." (*DJ* de 02.03.1998).

Do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Segunda Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins. Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Júnior.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 2 de junho de 1998.

USUFRUTO. Extinção. Art. 739, incs. III e VII, do CC. Apelação. Preparo. Deserção. Art. 511 do CPC.

Ementa: 1. Preparo feito em tempo hábil, ao entendimento da maioria da Turma Julgadora, em face do encerramento do expediente bancário às 16:00 horas.

2. A cessação da causa de que se origina o usufruto constitui modalidade de extinção desse direito real que se aplica tanto aos usufrutos legais como aos convencionais.

3. Incidência das Súmulas n. 05 e 07-STJ quanto à imposição de a usufrutuária residir obrigatoriamente no imóvel objeto do usufruto e tocante à culpa da mesma pela má conservação do prédio.

Recurso especial não conhecido, rejeitada a argüição de deserção.

REsp 133.189/CE – 4.ª T – STJ – j. 14.04.1998 – Rel. Min. Barros Monteiro.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, rejeitar a argüição preliminar de deserção, vencidos os Srs. Ministros-Relator e Sálvio de Figueiredo Teixeira e, no mérito, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Bueno de Souza e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 14 de abril de 1998 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Sr. Ministro Barros Monteiro*: Olga Leite Barbosa Pamplona e Maria Aila Leite Barbosa Matarazzo ajuizaram ação de extinção de usufruto contra Carmem Leite Barbosa Chaves.

Julgada improcedente a demanda em 1.º grau, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, deu provimento ao apelo das autoras em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

"– Extinção de usufruto.

– Quando o usufruto for constituído por uma determinada causa, cessando esta, desaparece o direito do usufrutuário (lição de Clóvis Beviláqua ao comentar o inc. III do art. 739 do CCB) Concedido o usufruto para residência vitalícia da usufrutuária, se esta desistiu de residir no imóvel, cessa a razão de ser do usufruto.

– Omissão da usufrutuária na conservação do imóvel (CCB, art. 739, VII).

– Recurso provido" (fls.).

Os embargos declaratórios foram acolhidos para suprir a omissão, ficando rejeitada a preliminar de deserção. Eis os fundamentos do v. acórdão:

"No primeiro grau houve explícita acatação das justificativas das apelantes pelo Juiz *a quo*, como se constata nos despachos de fls.

Nesta Corte, a matéria também foi devidamente analisada como percebe-se na conclusão do acórdão de fls. (*verbis*): 'por votação unânime de sua turma julgadora, *em conhecer* do recurso e dar-lhe provimento...".

Percebe-se que nas duas oportunidades devidas, a admissibilidade do recurso foi exercitada.

Apenas para que se aclare as dúvidas da embargante, submeta-se novamente a matéria à discussão.

De fato, conforme relatado, o pagamento das custas efetuou-se no momento próprio, uma vez que concomitantemente houve o depósito em cartório do valor devido a título de preparo. Tanto é assim que o Juiz da causa acertadamente relevou a pena de deserção nos termos do art. 519 do CPC, conforme manifestação às fls.

Realmente não poderiam as apelantes verem seu direito de recorrer tolhido pelo horário de funcionamento da instituição bancária. A pena de deserção não atinge os limites propostos pela apelada/embargante.

Assim, é que, para aclarar o acórdão atacado, julga-se plenamente válido e legítimo o preparo efetuado pelas apelantes inaplicando-se destarte a pena de deserção" (fls.).

Inconformada, a ré manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional, apontando negativa de vigência dos arts. 511 do CPC e 739 do CC. Argüiu, preliminarmente, a deserção do recurso de apelação, por ausência de preparo tempestivo. No mérito, sustentou, em síntese, que não restou demonstrada nenhuma das causas ensejadoras da extinção do usufruto. No tocante à cessação da causa de que se origina, asseverou que essa hipótese só se aplica aos usufrutos legais, excluída a sua incidência nos usufrutos convencionais – que constitui a modalidade dos autos. De outro lado, no que se refere à culpa da usufrutuária pela má conservação do imóvel, afirmou que o argumento não sobrevive em face das conclusões do laudo pericial lavrado na medida cautelar de produção antecipada de provas promovida pelas autoras (fls.), dando conta de que o imóvel se encontra em perfeito estado de conservação.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela alínea *a*, subindo os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR) – (VENCIDO) – *O Sr. Ministro Barros Monteiro* (Relator): As autoras – ora recorridas – interpuseram o recurso de apelação no dia 19.04.1995. Na mesma data

peticionaram ao MM. Juiz de Direito, solicitando o depósito da quantia correspondente ao preparo na Secretaria da Vara, uma vez que encerrado às 16.00 horas o expediente da agência bancária encarregada de recebê-la. No dia seguinte, 20.04.1995, renovaram elas o depósito, já agora na agência bancária, razão pela qual o Magistrado determinou a restituição do cheque anteriormente emitido para a mesma finalidade.

Resulta claro que as apelantes não cuidaram de observar o disposto no art. 511 do CPC, de conformidade com o qual "no ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção".

Consoante se tem acentuado nesta Egrégia Turma, a lei processual estabelece prazo para a interposição do recurso; não o fixa para o preparo. Este deve restar comprovado no ato de apresentação do recurso, motivo pelo qual a parte recorrente deve efetuar o recolhimento previamente à interposição. Deve premunir-se do comprovante.

Ainda há pouco a Egrégia Corte Especial desta Casa teve ocasião de assentar que, preparado o recurso após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ele ser tido como deserto. (REsp 105.669-RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Do voto do Sr. Ministro-Relator extraio excerto do escólio de J.E. Carreira Alvim, ali citado, que se aplica às inteiras ao caso presente:

"O recorrente dispõe de prazo para recorrer, podendo fazê-lo no último minuto do termo *ad quem*, mas deve, no momento em que o fizer, comprovar o preparo; se deliberar, porém, interpor o recurso no primeiro dia do prazo, deverá igualmente, nesse momento, dar prova do pagamento. Em outras palavras, decidindo o recorrente que vai recorrer, e o momento em que vai fazê-lo, é este também o instante para comprovar o preparo, não lhe restando qualquer lapso suplementar, ainda que, sendo esse prazo de quinze dias, venha a interpô-lo logo no primeiro dia".

Aqui, as ora recorridas não recolheram com antecedência as custas devidas. Interpuseram o apelo à derradeira hora e somente aí deram conta de que a agência bancária se encontrava com o expediente encerrado. Resultado disso é que o preparo efetivamente só se deu no dia seguinte à protocolização do recurso, a destempo.

Não importa tenham elas feito o depósito em cheque na Secretaria do Juízo. Primeiro, porque o preparo não se deu concomitantemente à interposição do apelo. Depois, porque o preparo efetivo apenas se operou no dia seguinte.

Vale ressaltar, ao final, que a Suprema Corte em recente decisão proferida no Ag 209.885-RJ, relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio, decidiu acerca do mesmo tema: "O fechamento das agências bancárias em seu horário habitual, ainda que antes do término do expediente forense, não configura justa causa para legitimar o pagamento do preparo após extinto o prazo recursal, uma vez que não há a imprevisibilidade exigida pelo art. 183, § 1.º, do CPC..." (*Informativo STF*, n. 104, ed. de 23 a 27 de março de 1998).

Nesses termos, tenho que, a Egrégia Câmara, ao rejeitar a preliminar de deserção, transgrediu realmente o art. 511 do CPC, explicitamente invocado no apelo excepcional. Não se caracteriza o dissídio interpretativo, desde que a recorrente não coligiu qualquer aresto paradigma para confronto com o decisório combatido.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea *a* do permissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de declarar deserto o recurso de apelação.

É o meu voto.

VOTO (MÉRITO) – *O Sr. Ministro Barros Monteiro* (Relator): Desassiste razão à recorrente tocante à questão de fundo.

A cessação da causa de que se origina o usufruto constitui modalidade de extinção desse direito real que se aplica tanto aos usufrutos legais como aos convencionais. Washington de Barros Monteiro preleciona exatamente nesse sentido: "Esse modo de extinção aplica-se tanto aos usufrutos convencionais como aos decorrentes do direito de família. Frisante o exemplo de Clóvis: institui-se usufruto para que o usufrutuário possa concluir seus estudos. Terminados estes, cessa a causa que havia determinado a instituição de direito real, extinguindo-se o mesmo" (*Curso de Direito Civil*, Direito das coisas, 31. ed., 3.º v., p. 323).

Assim também pensam Caio Mário da Silva Pereira e Marco Aurélio S. Viana, conforme se pode dessumir dos respectivos magistérios. Para o primeiro, "quando o usufruto é constituído em razão de uma causa determinada (pia, moral, científica, artística, pedagógica) extingue-se uma vez se comprove a sua cessação. Não há cogitar da pessoa física ou jurídica, nem do tempo de duração. Vincula-se o direito real à sua motivação externa, e termina com esta. Mas para que ocorra, é mister resulte inequívoca" (*Instituições de Direito Civil*, v. IV, ed. 1974, p. 250). Para o segundo, "se o móvel do usufruto foi uma causa qualquer, cessada esta, extingue-se. Como exemplo tome-se o usufruto instituído em favor de uma pessoa até que ela complete seus estudos. Terminados estes, o motivo, a razão do usufruto desaparece, provocando sua extinção" (*Curso de Direito Civil*, Direito das coisas, v. 3, ed. 1992, p. 252).

De outro lado, para verificar-se se a causa, o motivo determinante do usufruto, foi ou não a imposição de a usufrutuária residir obrigatoriamente no local do imóvel, preciso será nesta instância a interpretação de cláusula inserta no testamento, o que dá ensejo à incidência do verbete sumular 05 desta Corte.

Por fim, a manutenção do prédio em perfeito estado, consoante alega a recorrente, está a convocar o reexame do quadro probatório, o que também não compete a este Tribunal nos termos do que enuncia a Súmula 07-STJ.

Também neste tópico da irresignação, não coligiu a recorrente qualquer aresto-modelo que pudesse ser contrastado com o acórdão recorrido.

Ante o exposto, com relação ao mérito da causa, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR-DESEMPATE – *O Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha*: Sr. Presidente, peço vênia, para acompanhar os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza.

VOTO-PRELIMINAR – *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*: Sr. Presidente, tenho sempre votado no sentido de que a parte pode exercer o seu direito de recorrer dentro do horário forense, e não de acordo com o horário fixado pela Febraban para receber recolhimentos judiciais.

No caso dos autos, há ainda a particularidade de que o Juízo, bem ou mal, recebeu o numerário do preparo; se a lei local permitia ou não que isso acontecesse, o problema é local e a violação não poderia ser reexaminada no recurso especial.

No caso, mantenho a orientação anteriormente exposta e peço vênia a V. Exa., para não conhecer do recurso, mantendo a tempestividade do apelo.

VOTO-PRELIMINAR – *O Sr. Ministro Bueno de Souza*: Senhor Presidente, se a parte poderia, até determinada hora, protocolar a petição de interposição do recurso e se a lei exige a comprovação do recolhimento das custas no momento de apresentar a petição, se a petição foi apresentada tempestivamente, o recibo comprovante também seria, mas, como disse o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a Febraban mandou o banco fechar mais cedo e ela não pode interferir na administração da justiça.

Percebo que a lei teve o intuito de garantia da autenticidade e regularidade dos atos, mas também deixou-se trair pelo intuito de cercear a interposição de recurso, o que não me parece o caminho compatível até mesmo com a visão constitucional do tema que fala em plenitude e defesa. A apelação pode ser ato do vencido.

Embora considere o assunto muito afeito à controvérsia, prefiro, na dúvida e na perplexidade, interpretar o conjunto das normas aplicáveis (172, 511 etc.), no sentido compatível com o princípio da plenitude da defesa.

Peço vênia ao eminente Senhor Ministro-Presidente, a cujos votos sou fiel subscritor, para, neste caso, considerar não configurada a deserção.

VOTO-PRELIMINAR-VENCIDO – *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Sr. Presidente, peço vênia aos Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza para acompanhar o Sr. Ministro-Relator, na linha dos precedentes e com os mesmos fundamentos que tenho externado em casos anteriores, por entender que na espécie não se configurou o justo motivo a autorizar uma interpretação diversa do texto do art. 511 do CPC.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, rejeitou a argüição preliminar de deserção, vencidos os Srs. Ministros-Relator e Sálvio de Figueiredo Teixeira. No mérito, por unanimidade, a Turma não conheceu do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Bueno de Souza e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 14 de abril de 1998.

3.2

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conselho Superior da Magistratura

PENHORA. Hipoteca cedular. Cédula de crédito rural. Qualificação registral.

Ementa: Inadmissibilidade de ingresso sob a forma de certidão expedida nos autos da ação de execução, sem o cancelamento ou a averbação da cessação do ônus hipotecário, nos termos do art. 69 do Dec.-lei 167/69.

ApCiv 62.902-0/0 – Cons. Sup. da Magistratura – TJSP-CSM – j. 08.07.1999 – Rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 62.902-0/0, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante o Banco do Brasil S.A., e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de recurso interposto, tempestivamente, pelo Banco do Brasil S.A., contra a r. decisão de primeiro grau, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de São José do Rio Pardo, inadmitindo o ingresso de mandado de registro de penhora, sob a forma de certidão, expedida nos autos da ação de execução ajuizada pelo recorrente contra José Oswaldo Junqueira Agropecuária Ltda. e outros, perante o ofício judicial da mesma Comarca, sem o cancelamento ou a averbação da cessação do ônus hipotecário, nos termos do art. 69 do Dec.-lei 167/69.

Sustentou o recorrente o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão recorrida, porquanto a impenhorabilidade do art. 69 do Dec.-lei 167/69 não pode ser óbice a que se efetive o registro da penhora.

Ademais, aduziu que essa impenhorabilidade não é absoluta e não pode perpetuar eternamente, pois a cédula encontra-se vencida desde 09.08.1997, e nesse sentido tem entendido e decidido o Superior Tribunal de Justiça.

Contra-razões e parecer da Douta Procuradoria Geral da Justiça, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Pondere-se, inicialmente, que todos os títulos, judiciais e extrajudiciais, submetem-se à qualificação registrária, com fulcro na aplicação dos princípios e normas formais da legislação específica, vigentes à época do momento do res-

pectivo ingresso, principalmente para a verificação de sua conformidade com os postulados e princípios registrários.

Aliás, este Colendo Conselho Superior da Magistratura já deixou consignado que: "Nem só por sua origem judicial o título se furta à devida qualificação registrária. Nesse sentido tranqüila é a orientação deste Conselho" (ApCiv 27.353-0/9, da Comarca da Capital, Relator o Desembargador Antônio Carlos Alves Braga).

De outra parte, o só fato de ter sido submetido ao oficial registrador uma certidão extraída dos autos de procedimento judicial, devidamente prenotada, com ordem de registro de penhora, não impede a sua qualificação e o ingresso, se o caso, como título inscritível. Desconsiderada, porém, a incorreta nomeação conferida ao ato judicial recepcionado, tem-se que o título em questão contém os requisitos formais imprescindíveis e exigíveis da legislação registrária, de modo que pode ser analisado quanto a matéria de fundo (ApCiv 33.358-0/0, da Comarca de São Vicente, relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha).

No mérito, o recurso é inconsistente, impondo-se a manutenção da r. decisão de primeiro grau. E isso porque é inadmissível o ingresso do título, referentemente ao mandado de registro de penhora, extraído dos autos da ação de execução movida pelo recorrente em face de José Oswaldo Junqueira Agropecuária Ltda. e outros, perante o ofício judicial da Comarca de São José do Rio Pardo, sem o cancelamento ou a averbação da cessação do ônus hipotecário, nos termos do art. 69 do Dec.-lei 167/69.

Independentemente do vencimento ou não da cédula rural hipotecária (R. 07/13.077), o fato é que a sua instituição, realizada na forma do art. 69 do Dec.-lei 167/69, tem eficácia contra terceiros, o que torna inviável o registro válido de qualquer outro direito real sobre o bem gravado.

Anote-se, ainda, que a matéria já foi apreciada por este Colendo Conselho Superior da Magistratura, valendo consignar o seguinte:

"É regra expressa do art. 57 do Dec.-lei 413/69, que os bens objeto de penhor ou hipoteca constituídos pela cédula de crédito industrial não serão penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou terceiro. Cuida-se de lei especial, não revogada, portanto, pelo Código de Processo Civil, com o qual se harmoniza.

O art. 591 do CPC, ao consagrar a norma fundamental do processo executivo, qual seja, a de que "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, presentes ou futuros", fez a ressalva final, "salvo as restrições estabelecidas em lei". Tal regra é complementada por aquela prevista no art. 648 do mesmo diploma, que dispõe não estarem sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis. Dentre tais bens, por expressa disposição legal, estão aqueles já gravados por hipoteca ou penhor cedular e industrial (cf. Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, 2. ed., RT, p. 307).

Na expressão de Pontes de Miranda, "se alguma lei diz que o bem é impenhorável, evidentemente não pode ser expropriado na execução" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X, p. 169).

O legislador optou – bem ou mal – por dotar os órgãos financiadores da economia rural e industrial não somente de uma garantia, mas de uma garantia exclusiva, que impede nova oneração ou alienação do bem gravado a terceiro (cf. ApCiv 3.708-0 da Comarca de Adamantina, Rel. Des. Marcos Nogueira Garcez).

A questão (...) não é de mera preferência da hipoteca anterior, mas de exclusividade do gravame, sem concorrência de qualquer outro. Somente poderia obter o título de qualificação positiva no caso de expressa e inequívoca determinação judicial no sentido de ignorar a impenhorabilidade no caso concreto (cf. *RSTJ* 7(67)/299, REsp 9.328-0-PE, Rel. Min. Américo Luz)." (ApCiv 33.111-0/3, Relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha).

E mais, tal entendimento foi reafirmado recentemente por este Colendo Conselho Superior da Magistratura, nos autos do processo CG 27.125/98, ao apreciar solicitação do Excelentíssimo Juiz Corregedor do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, relacionada com as providências cabíveis para uniformização de procedimentos, de modo a evitar divergência quanto à possibilidade do registro de penhora quando já incidente sobre o mesmo imóvel hipoteca cedular, nos seguintes termos:

"É não possível, porém, a assunção das providências solicitadas. Em reiteradas ocasiões, como, por exemplo, no ensejo do julgamento da ApCiv 37.908-0/0, da Comarca de Duartina (cópias anexas), sempre com suporte em vários julgados prolatados pelo Pretório Excelso (*RDI* 7/85 e *RTJ* 119/819), pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 3.227, REsp 13.703-SP; REsp. 30.080-MG) e pelo Egrégio Superior Tribunal do Trabalho (RR 4.304; RR 6.130; RR 21.997/91-SP), restou reconhecida a impenhorabilidade relativa dos bens imóveis vinculados por meio de hipoteca às cédulas rural, comercial e industrial, de maneira que as constrições judiciais e a prática dos atos espoliatórios se mostra inviável. De conformidade com tal argumentação e levando em consideração o princípio da legalidade, resta, assim, reiteradamente, apontada a presença de óbice ao registro de penhora, mostrando-se, aqui, inaplicáveis quaisquer argumentos voltados para a execução concursal".

Assim, impossível o registro pretendido. Uma vez cancelada a hipoteca cedular, que recai sobre o objeto da matrícula 13.077, poderá o título judicial ser reapresentado, para nova qualificação do oficial registrador.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso, mantida a r. decisão ora atacada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Dirceu de Mello, Presidente do Tribunal de Justiça, e Amador da Cunha Bueno Netto, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 08 de julho de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça e Relator.

3.3

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

TABELIÃ VITALÍCIA. Afastamento da delegação constitucional. Art. 39 da Lei 8.935/94. Aposentadoria facultativa.

Ementa: Incompetência para ato. Inconstitucionalidade, em vista da Emenda 20, de 15.12.1998. Os servidores alcançados pela aposentadoria compulsória são apenas aqueles titulares de cargos efetivos. Lei 8.935/94, art. 94 = exclusão da aposentadoria compulsória do notário e do registrador.

MS 152.275-4.00 – TJMG – j. 02.05.1999 – Rel. Des. Almeida Melo.

DECISÃO – E.T.F. impetra mandado de segurança contra o ato administrativo do Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça e Diretor do Foro da Comarca da Capital que afastou a impetrante do exercício da delegação constitucional de Tabeliã vitalícia do 4.º Ofício do Registro de Protesto de Títulos da Comarca de Belo Horizonte.

Sustenta a incompetência do Corregedor-Geral de Justiça e Diretor do Foro da Comarca de Belo Horizonte, para o ato e a sua inconstitucionalidade, tendo em vista que a Emenda 20, de 15.12.1998, delimitou, com inexcedível precisão a categoria de servidores alcançados pela aposentadoria compulsória: apenas aqueles que são titulares de cargos efetivos.

Anexa à inicial publicação da Portaria 027/GACOR/99, de 19.02.1999, pela qual o eminente Desembargador Corregedor-Geral de Justiça e Diretor do Foro da Comarca de Belo Horizonte, afastou a impetrante da mencionada serventia, por ter completado, em 18.01.1999, 70 anos de idade, considerando que a Constituição Federal, em seu art. 40, inc. II, preconiza que o servidor será aposentado compulsoriamente, aos setenta anos de idade e considerando também o disposto nos arts. 37, *caput*, e 39, § 2.º, da Lei Federal 8.935, de 18.11.1994 (fls. TJ).

Requer a impetrante liminar, com base no *fumus boni juris* da superveniência da Emenda

Constitucional 20, que superado o precedente do STF, constante do Recurso Extraordinário 178.236-RJ, e no *periculum in mora* constituído pelas conseqüências perversas da ilegalidade e do risco do provimento da serventia, por concurso de remoção, causando-lhe dano irreparável. Alega que, antes da Emenda 20, havia dissenso entre os Ministros do Supremo, sobre a matéria, e que, após a Emenda, o Supremo ainda não se pronunciou.

Em excelente doutrina, o admirado magistrado paulista José Renato Nalini (A Nova Lei de Serviços Notariais e de Registro, *RT* 720/22-26) assinala que existe uma lei federal que uniformiza o direito organizativo e rompe com a amarra objetiva (referente à realidade local dos serviços a organizar) e com o lastro normativo estadual da jurisprudência administrativa. A diversa compreensão do objeto –registros e notas com porte nacional, numa variação entitativa patente – e a revogação do referencial normativo (legislação estadual e regulativas secundárias) implicaram a perda de certeza das soluções: novos são alguns dos problemas, velhos, outros, mas sempre novas, num certo sentido, são as respostas exigíveis, porque já não podem contar com um amparo seguro no acervo jurisprudencial e nas referências da regulação:

"Os momentos de crise, porém e felizmente, são também oportunos para uma revitalização, para uma espécie de renascimento do saber, contanto que se possa (e que se queira) superar as tentações simplificadoras. A hora presente está a recomendar-nos um retorno aos princípios, que revisitemos os conceitos tradicionais, numa prudente consideração relacional do velho e do novo – *nova et vetera* –, sugerindo-nos um método que permita novas respostas para os novos fatos eclodidos à luz de uma nova norma cujas idéias, contudo, repousam persistentemente nuns tantos fundamentos estáveis e provados no tempo, princípios hauridos da natureza das coisas, não à maneira abstrata e idealista, mas ao modo concreto e histórico, ao modo da tradição: bastar-nos-ia aqui invocar a realidade daquele "princípio mais principal" a que se tem feito referência (função pública – gestão privada).

Haver-se-ia de suplantar, primeiro, uma tentação conservadora, que contrasta a mudança e insiste na inteireza das soluções pretéritas, embora alteradas (bem ou mal, não importa) pela nova legislação e confrontada com a nova realidade objetiva, porque de afirmar a permanência substancial de uma idéia reitora não se segue a inalterabilidade das determinações legislativas, visto que o princípio diretivo não constitui, por si só, nenhuma juspositivação.

Caberia ainda superar, em contrapeso, a tentação, administrativista, atrelada a uma inspiração ideológica óbvia, que compreende a nova normativa – e assim busca realizá-la – com realce excessivo do caráter público do serviço registrário e notarial em detrimento de sua gestão privada.

Por fim, em pólo adverso, impõe-se ultrapassar uma tentação liberal, que se inclina a comprometer a natureza pública da função por exacerbar-lhe a prestação em caráter particular". (Op. cit., p. 25.)

O princípio fundamental é a nuclearidade do binômio tensivo função pública-exercício privado, que se anuncia como princípio chave para a compreensão, a interpretação (mediação) entre as regras e os fatos, para a aplicação (*rectius*: realização) do novo (e, em certo sentido velho) direito posto.

Nalini evoca Vallet de Goytisolo: "a inteligência necessita ser alimentada pela realidade" e conclui que:

(...) nenhum conhecimento jurídico verdadeiro – seja para compreender as acepções normativas, seja para mediar as regras e os fatos, seja, enfim, para realizar o direito – é possível sem a primazia do conteúdo objetivo sobre o intelecto e a vontade dos sujeitos cognoscentes. Só partindo do ser se chega à verdade e, a contar desta, se chega ao bem (ou, com Joseph Pieper: "o bem pressupõe a verdade, e a verdade, o ser.").

(...)

A elaboração de uma jurisprudência – judicial e doutrinária – fincada indispensavelmente nessa nova e velha realidade jurídica, uma realidade que se modifica sem perder a substância e a vitalidade histórica, reclama um método realista moderado, que estime as novidades à luz da continuidade jurisprudencial, que solva, também com os mais recentes enfoques normativos, os problemas novos e os seguidamente reiterados e cujas respostas, variadas no tempo, saiba dirigir, no fundamental, pelo critério já experimentado da permanência, da estabilidade, da tradição. Nos momentos que costumam preceder as épocas de criatividade, tal o disse Zuleta Puceiro, "la ciencia se vuelve sobre sí misma", ela, enfim, distingue o passado que teve força para ser presente e guarda virtudes para o futuro.

Com efeito, não há *juris-prudência* sem prudência, nem há prudência sem a experiência do passado, pois, com Aristóteles, "é da memória que provém a experiência para os homens" e, com Santo Tomás, "à prudência corresponde recordar muitas coisas" – *ad prudentiam requiritur plurium memoriam habere*" (op. cit., p. 25-26).

A equiparação dos notários e registradores, aos servidores públicos foi estabelecida, pela maioria do Pleno do STF., no julgamento, em 07.03.1996, do Recurso Extraordinário 178.236 – RJ (*RTJ* – 162/795), de que foi Relator o eminente Ministro Octavio Gallotti.

Pautou-se o eminente Relator em considerações do eminente Presidente Celso de Mello, no despacho monocrático que prolatou como Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.298 (medida cautelar), referendado pelo Pleno, em sessão de 30.11.1988 (*DJ* de 1.º.08.1995): (a) só podem exercer as atividades em questão por delegação do Poder Público (CF, art. 236, *caput*), (b) estão sujeitos, no desempenho de suas atribuições funcionais, à permanente fiscalização do Poder Judiciário (art. 236, § 1.º); (c) dependem, para ingressar na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 236, § 3.º); a fixação dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registros submete-se às normas gerais estabelecidas em lei editada pela União Federal, com o que *ostentam a condição de funcionários públicos em sentido lato*, estando sujeitos, em tema de aposentadoria compulsória, por implemento de idade, ao *mesmo* regime constitucional aplicável aos servidores públicos em geral (*RTJ* 162/791-792 e 126/550). Acrescentou o Ministro Gallotti: não é de clientela, de livre escolha, a relação entre o serventuário e o particular, mas de autoridade, revestida pelo Estado de fé pública, a norma do § 1.º do art. 173 da Constituição restringe o regime jurídico próprio das empresas privadas à atividade econômica; o propósito da Constituição foi o de tolher, sem reverter, a oficialização dos cartórios de notas e de registros (art. 236 da Constituição e art. 32 do ADCT), em contraste com a estatização determinada para as serventias do foro judicial (art. 31 do ADCT); reiteradamente a Primeira e a Segunda Turma do Egrégio STJ confirmaram as decisões dos Tribunais de Minas, de São Paulo, de Pernambuco, do Paraná e do Rio no sentido da sujeição dos titulares das serventias de notas e de registros à aposentadoria compulsória por implemento de idade (cf. MS 330 – MG, *RSTJ* 48/473); RMS 580-SP; RMS 712-SP; RMS 787-PR (*RT* 709/70); RMS 807-SP, *Lex* 34/38; RMS 992-MG; RMS 1.760 (*Lex* 59/59), entre outros.

Em sentido contrário estão os votos muito bem fundamentados dos doutíssimos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Este assinala que a exigência de concurso público aos notários e registradores não lhe impressiona, pois, a licitação, na concessão do serviço público, *mutatis mutandis*, é uma forma de concurso. Disse, ainda, que, se o pagamento por emolumentos não descaracteriza o servidor público, não é suficiente para caracterizá-los como tais, quando a Constituição os define de modo diverso (p. 794-795).

O brilhante Ministro Marco Aurélio menciona a rejeição da Emenda Suplicy, que se destinava a aplicar aos notários e registradores a aposentadoria compulsória e que somente o *misoneísmo*, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque da realidade constitucional leva à conclusão de que nada mudou (p. 786).

A inclusão dos serventuários da Justiça como servidores públicos, *lato sensu*, pode fazer sentido, nos abalizados fundamentos do erudito Ministro Celso de Mello, inclusive, especificamente, para efeito da aposentadoria compulsória, ante os termos da redação original do art. 40 da atual Constituição da República, que se destinava aos servidores em geral.

Na linha do STF foi que o Egrégio Tribunal de Minas considerou que, pelo fato da fé pública do oficial, tinha função pública, independentemente de a Lei 8.935/94 não ter previsto, como caso de extinção da delegação, a aposentadoria compulsória, não podia se sobrepor à expressa disposição do art. 40 da Constituição (MS 89.592-0.00, julgado em 06.08.1997, rel. o eminente Des. Antônio Hélio Silva).

No julgamento do MS 46.279-6.00, julgado em 21.06.1995, de que foi relator o eminente Des. Caetano Carelos, o Tribunal interpretou a matéria, baseado na sustentação do antigo Corregedor-Geral de Justiça, eminente Des. Monteiro de Barros, na expedição da Instrução Normativa 185/89, segundo a qual considerou os titulares de ofício do foro extrajudicial como servidores públicos, visto prestarem, no exercício

de um cargo público criado por lei e provido por concurso público de provas e títulos, serviços públicos de interesse coletivo por delegação do Poder Público (§ 3.º do art. 236 da CF) e por ele fiscalizado através do Poder Judiciário, constituindo classe *sui generis* de servidores públicos propriamente ditos, por duas razões básicas: a) por não serem remunerados diretamente pelo Estado, mas indiretamente através de emolumentos fixados em lei; b) por serem responsáveis pela instalação dos serviços em seus cartórios, bem como pela contratação e remuneração do seu pessoal, sendo que a circunstância de exercerem os serviços "em caráter privado" não lhes retira a característica de servidores públicos, em sentido amplo, nem os afasta da aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, como imposta aos demais servidores públicos civis do Estado.

Julgando o MS 43.111-4.00, em 23.11.1995, o Egrégio Tribunal de Justiça, pelo voto do eminente Relator, Des. Vaz de Mello, invocou o que decidiu o Egrégio STJ, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 5.286-9-RJ, no qual assentou que "os serviços notariais, embora sejam exercidos em caráter privado, dependem de delegação do Poder Público, possuem estrutura administrativa, são fiscalizados pelo Poder Judiciário, sendo remunerados mediante emolumentos fixados em lei. Exercem funções públicas, ainda que não se inscrevam dentre as típicas do Estado, somente podendo ingressar na atividade depois de aprovados em concurso público de provas e títulos. Portanto os notários ficam submetidos ao limite constitucional de setenta anos para a aposentadoria compulsória". Fez remissão também ao precedente da Apelação Cível 16.780-9, de que foi Relator o eminente Des. Monteiro de Barros, em que a Quarta Câmara Cível decidiu que "os serviços praticados pelas serventias notariais e registrárias são serviços públicos. O serventuário não é dono da serventia, mas ocupante de cargo público." Esse posicionamento por último referido foi mantido, quando o eminente Des. Monteiro de Barros funcionou como Relator do MS 109.850-8.00, em 11.03.1998, com o acréscimo de que a norma constitucional não teve o efeito imediato de desvestir os notários do caráter de servidor público e de que os futuros titulares dos cartórios é que são regidos pela nova sistemática, submetendo-se ao regime de delegação, como decidiu o Egrégio STJ, no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança 712-SP, de que foi relator o eminente Min. Ilmar Galvão (*RSTJ* 28/261-262).

Com a superveniência da Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, a norma restritiva de direito teve o seu reduto diminuído, com destinação aos servidores, *stricto sensu, titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações*. Tal superveniência constitucional consolidou o art. 39 da Lei 8.935/94 que, ao tratar da extinção da delegação e, particularmente, da aposentadoria do notário e do registrador, contemplou a aposentadoria facultativa e excluiu a aposentadoria compulsória.

O § 1.º, inc. II, do mencionado artigo, com a redação da Emenda 20, e berço constitucional da aposentadoria compulsória, menciona os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata o artigo, os quais, conforme o *caput*, são os servidores titulares de cargos efetivos.

Pode-se argumentar que antigos serventuários sejam abrangidos pelo mesmo regime previdenciário, por força de norma anterior. Sob o aspecto previdenciário, estariam equiparados aos titulares de cargos efetivos. Entretanto, a aposentadoria compulsória não se destinou mais a eles, uma vez que a norma restritiva referiu-se apenas aos que, encontrando-se naquele regime previdenciário, *sejam titulares de cargos efetivos*.

Norma restritiva do direito constitucional ao acesso e, portanto, à manutenção do cargo público (art. 37, I, da Constituição) desafia interpretação restrita.

Essa mudança foi detectada pelo Prof. Lásaro Cândido da Cunha, da PUC-MG, reconhecido especialista em Direito Previdenciário, no quadro comparativo que formulou das alterações decorrentes da Emenda 20 ao texto original da Constituição (*Reforma da Previdência*, Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 90).

A doutrina é pacífica no sentido de que cargos de provimento efetivo "(...) são os predispostos a receberem os ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos.

A aludida fixidez é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha

a ser provido. Seu titular só após três anos de exercício, período correspondente ao estágio probatório, é que nele se efetiva e adquire estabilidade, se avaliado favoravelmente" (*Curso de Direito Administrativo*, 11. ed., Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo : 1999, p. 217).

Pelo art. 187 da Constituição de 1946, invocado pela impetrante, são vitalícios os magistrados, os Ministros do Tribunal de Contas, os titulares de Ofício de Justiça e os professores catedráticos e perdem o cargo somente em virtude de sentença judiciária (art. 189, I), embora a aposentadoria compulsória seja comum de todos os funcionários, aos 70 anos de idade (art. 191, I).

Mencionando a devida distinção entre cargos de provimento efetivo e cargos vitalícios, diz Celso Antônio:

"Os cargos de provimento vitalício são, tal como os efetivos, predispostos à retenção dos ocupantes, mas sua vocação para retê-los é ainda maior. Os que neles hajam sido providos, uma vez vitaliciados, só podem ser desligados mediante processo judicial. Tal vitaliciamento dar-se-á após dois anos de exercício em cargo da magistratura (art. 95, I) a que se haja acedido por concurso ou imediatamente em seguida à posse nos casos constitucionalmente previstos de nomeação direta para magistrado de Tribunal ou para cargo de Ministro do Tribunal de Contas.

São cargos vitalícios unicamente os de magistrado (art. 95, I), nos de Ministro (ou Conselheiro, que é sua designação nas esferas distrital, estaduais e municipais) do Tribunal de Contas (art. 73, § 3.º) e de membro do Ministério Público, cujo vitaliciamento também se dá após dois anos de exercício (art. 128, § 5.º, I, *a*). (Op. cit., p. 218-219.)

A partir da sempre correta lição do notável publicista, os cargos de provimento vitalício que remanesceram, com a Constituição de 1988, são apenas aqueles que enumerou. Relativamente a eles, há normas específicas da Constituição (arts. 93, VI, e 129, § 4.º), quando os quer equiparar entre si ou estipular equiparações entre eles e os cargos efetivos.

Ainda que se possa admitir, como pretende a impetrante, que tenha direitos adquiridos à vitaliciedade, evidentemente não se compreende como direito a compulsão da aposentadoria aos setenta anos.

No cargo vitalício o titular é vocacionado a maior retenção do cargo. Não se lhe aplicaria norma destinada a cargo cujo ocupante tenha menor direito de retenção. Principalmente, quando a norma se destina ao desligamento do cargo.

Referindo-se aos notários e registradores, Bandeira de Mello os classifica como a terceira classe dos agentes públicos, após os agentes políticos e aos servidores estatais, porém como particulares em colaboração com a Administração: "(...) sem perderem a qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) –, exercem função pública, ainda que às vezes em caráter episódico.

(...)

Na tipologia em apreço reconhecem-se:

(...)

a) os concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de função e ofício público, quais os titulares de serventias não oficializadas, como é o caso dos notários, *ex vi* do art. 236 da Constituição, e bem assim outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas". (Op. cit., p. 180-181.)

Esta é a abalizada opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo : Atlas S/A, 1999, p. 357).

O art. 47 da Lei 8.935/94 universaliza a natureza da serventia extrajudicial, disciplinando que o notário e o oficial de registro, legalmente nomeados até 05.10.1988, detêm a delegação prevista no vetado art. 2.º, que é a delegação do art. 236 da Constituição da República. Ainda que detenham direitos subjetivos diferenciados, têm todos a mesma posição objetiva perante o Estado, que não os pode privar da norma que lhes é mais favorável apenas pelo fato de serem titulares de faculdades não comuns de todos.

O art. 2.º da Proposição de Lei que deu origem à Lei 8.935/94 tinha a seguinte redação:

"Art. 2.º Os serviços notariais e de registro são exercidos, em caráter privado, por delegação do Poder Judiciário do Estado-Membro e do Distrito Federal".

Em suas "Razões do Veto", encaminhadas ao Senhor Presidente do Senado Federal, mediante a Mensagem 1.034, S. Exa. o Presidente Itamar Franco afirmou:

"O art. 236 da CF explicita que os serviços notariais e de registros são atendidos em caráter privado, por delegação do poder público não fazendo remissão a qualquer dos poderes.

De sua vez, o § 1.º da mesma disposição constitucional explicita que a lei disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos seus notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário, o que deixa implícito que a este Poder não cabe a delegação, impondo-se o veto ao dispositivo".

Com reconhecida autoridade, Walter Ceneviva (A Lei dos Notários e Registradores, *RT* 712/95-101) criticou a restrição (Poder Judiciário e não Poder Público), pelo fato de, além de discrepar da norma constitucional, ser inconveniente: (...) deixaria dúvida quando atos notariais e de registros interessassem à União, suas autarquias, à previdência social ou à Justiça Federal, gerando questões de competência entre esses níveis de governo em face de delegados do Poder Judiciário estadual ou distrital".

Portanto, a imprecisão condenada por Ceneviva foi a abrangência indevida, isto é, a expansão de atribuições da Justiça do Estado sobre organismos federais.

Mas, o conceituado doutrinador repara que o juízo competente para a perda da delegação, previsto pelo art. 35 da Lei 8.935/94, é o corregedor do respectivo cartório (Op. cit., p. 99).

O veto não tem a dimensão de alterar o conteúdo constitucional e, diferentemente da interpretação, com o emprego do implícito, do Exmo. Sr. Presidente da República, meu entendimento é o de que o Poder que fiscaliza é aquele que concede a delegação, pois se trata de desconcentração ou descentralização de serviço. Sobre a descentralização administrativa, valendo-se, *in verbis*, de Henri Barthélemy (*Droit Administratif*. Paris: Marcel Giard, 1930, p. 112), doutrinou o consagrado Mestre Darcy Azambuja:

"Um Estado descentralizado é aquele em que o 'governo nacional, limitando-se a dirigir os serviços gerais, deixa a direção dos serviços locais, regionais ou especiais a autoridades sobre as quais *se reserva um poder de fiscalização.*

(...)

A descentralização é por serviços, quando são os serviços públicos dotados de certa autonomia, apenas fiscalizados pelo Poder Central.'" (*Teoria geral do Estado*. 18. ed. Porto Alegre : Globo, 1979, p. 365.)

Azambuja tinha o propósito de explicar as modalidades da descentralização administrativa, da descentralização política e da descentralização geográfica ou regional, na análise do Estado federal. Seus conceitos de descentralização administrativa, ou de desconcentração, que, com didática insuperável, ensina o Prof. Paulo Neves de Carvalho, são exatos para explicarem o que se opera na delegação do serviço público, como a delegação notarial e de registros, por ser de mesma natureza.

A reserva do poder de fiscalização é ínsita à delegação administrativa.

Por isso, mais adequada foram as legislações do Estado do Rio Grande do Sul (Lei 11.183, de 29.06.1998) e do Rio de Janeiro (Lei 2.891, de 09.01.1998, art. 9.º), que atribuíram ao Presidente do Tribunal de Justiça conceder a delegação dos serviços notariais e de registro aos que forem aprovados em concurso público previsto pela Constituição. Em Minas, persiste, pela lei estadual, a competência do Governador para a delegação (art. 22 da Lei Estadual 12.919, de 29.06.1998).

O eminente Desembargador Monteiro de Barros, no exercício do cargo de Corregedor-Geral de Justiça e no uso da atribuição conferida pelo inc. VI do art. 40 da Lei Estadual 7.655, de 21.12.1979, que adapta da Organização e Divisão Judiciárias do Estado, que lhe fazia competir dar instruções para abolir praxe viciosa e mandar adotar providências necessárias à boa execução do serviço, inclusive solicitando à Corte Superior resolução de caráter geral e de cumprimento obrigatório para a fiel execução e o bom andamento do serviço forense, pela Instrução 185/89, de 25.09.1989, determinou ao Juiz Diretor do Foro afastar do cargo, designando substituto legal ao titular de serventia, inclusive extrajudicial (considerando o art. 3.º), fazendo a adaptação que lhe pareceu cabível à Constituição de 1988.

Rigorosa fiscalização foi mandada fazer sobre a aposentadoria compulsória, aos setenta anos, dos tabeliães e registradores, pelo Desembargador Lauro Pacheco Filho, com o Ofício Circular 49/97, de 25.09.1997, que adotou modelo de ato administrativo a ser lavrado pelo Juízo, contemplando as providências e os requisitos legais para operacionalizar o afastamento daqueles serven-

tuários, no qual se inclui o afastamento do tabelião ou oficial do registro e da declaração da vacância do cargo, além da designação do substituto, consoante o disposto no art. 39, § 2.º, da Lei Federal 8.935, de 18.11.1994, c/c os arts. 268, inc. III, *a*, e 270, *caput*, da Resolução 61, de 08.12.1975 e no art. 1.º da Resolução 226, de 16.12.1991 (da Corte Superior do Egrégio Tribunal de Justiça).

O Provimento 36/99, de 29.01.1999, do eminente Desembargador José Guido de Andrade, no exercício do cargo de Corregedor-Geral de Justiça, no uso das atribuições do art. 26 da LC 38, de 13.02.1995, estabelecidas na Resolução 314, de 16.06.1996, em especial o disposto no art. 12, incs. IV e XXIII, considerando a necessidade de atualizar e ordenar os atos administrativos na Corregedoria-Geral de Justiça, inclusive sob as luzes da Constituição Federal e da legislação vigente, revogou diversos atos administrativos, incluindo o citado Ofício Circular 49/97.

O Ofício-Circular 42/98, de 13.05.1998, ainda do Desembargador José Guido de Andrade, restaurou o conteúdo do Ofício Circular 49/97 e recomendou aos Juízes rigorosa fiscalização da idade de 70 (setenta) anos para a permanência na titularidade ou na condição de substituto dos serviços notariais e de registro, consoante o preceito alinhado no art. 40, II, da Constituição da República, encaminhando modelo de ato administrativo que deverá ser lavrado pelo Juízo e, posteriormente, enviado, por cópia, à Corregedoria de Justiça, contemplando as providências e os requisitos legais para operacionalizar o afastamento dos serventuários já referidos.

Em suas informações para o MS 18.634/77, o eminente Presidente Lúcio Urbano, do Egrégio Tribunal de Justiça, mencionou que, pelo Decreto Estadual 18.634, de 01.08.1977, que parece a S. Exa. ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, o Secretário de Estado do Interior e Justiça recebeu delegação do Governador para a aposentadoria do pessoal pertencente aos órgãos auxiliares da Justiça da Primeira Instância (cujos servidores do Foro Extrajudicial, *ex vi* da Resolução 61/75, Livro V, arts. 213 e 218, à época, a eles pertenciam, sendo que o Sr. Secretário da Justiça e Direitos Humanos é ainda hoje a autoridade competente para a lavratura daqueles atos.

A partir de conceitos semelhantes, o antigo Procurador Geral do Estado, Dr. Arésio de Almeida Dâmaso e Silva endossou os argumentos no sentido de que, sendo os cargos de notariados, ou tabelionatos, e de registradores, pela lei local, tidos como de "auxiliares do foro extrajudicial" (Res. 61/75, art. 218, I e II), segue-se que a sua nomeação é da competência do Governador do Estado, seja em razão da habilitação em concurso público, quando a nomeação se dará em caráter efetivo (Lei 3.344/65, art. 260, citado); seja em caráter interino, como diz a Lei citada, art. 274, ou para "atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", como expressa a Lei maior (CF, art. 37, IX), mas sempre em caráter precário.

Essas respeitáveis fundamentações da douta Procuradoria Geral do Estado, que passam também pela natureza de controle externo à fiscalização atribuída ao Poder Judiciário, numa inteligente construção, sem o mínimo respaldo constitucional ou legal (porque o controle é externo é apenas um desejo e uma esperança, tendo por sujeito passivo o Judiciário e o que existe, tímido, na Carta Magna, é o do Legislativo sobre o Executivo (CF, art. 49, V, VIII e seguintes), são inconsistentes em função da superveniência da autonomia administrativa do Poder Judiciário, implantada pela Constituição de 1988, em seu art. 99 e sempre ameaçada pelos adversários do povo, que não requer mais a anacrônica interferência do Poder Executivo nos atos de sua economia interna, incluindo o foro extrajudicial.

A Resolução 226/91, de 16.12.1991, da Egrégia Corte Superior, disciplinou que, em casos de vacância do cargo ou impedimento do titular, as funções de Tabelião e de Oficial de Registro serão exercidas pelos respectivos substitutos, assim regularmente investidos (Res. 61/75, arts. 268-III-a, e 269) e, não havendo substituto, o Diretor do Foro fará a designação, nos termos do art. 270, par. ún., *b*, e obedecida a recomendação contida no art. 268-III, *b*, ambos da Res. 61/75, submetendo-a à aprovação do Desembargador 2.º Vice-Presidente, nos termos da Res. 141/89. A Resolução foi feita com o propósito de atender ao art. 236 da Constituição, incluindo a fiscalização dos atos dos serviços notariais e de registro pelo Poder Judiciário e até fosse editada a lei prevista no mencionado artigo constitucional, considerando também que a delegação para o exercício de tais serviços públicos é do Poder Executivo e que, enquanto não fosse editada a lei a que se refere o § 1.º do mencionado art. 236, vigorariam as leis locais de Organização Judiciária.

A citada Resolução ficou prejudicada, em parte, pela superveniência da Lei 8.935/94 como ficou revogado o Ofício-Circular 42/98, do Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, de 13.05.1998, pela nova redação que a Emenda Constitucional Federal 20, de 15.12.1999, deu ao inc. II do art. 40 da Constituição da República. A revogação pode ser expressa ou pela incompatibilidade dos textos (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.°, § 1.° da Lei de Introdução ao Código Civil), valendo o mais novo e a revogação mais forte é a acarretada por mudança da Constituição, que tem primazia sobre as outras normas.

Do ponto de vista material, a Portaria vulnera, *data venia*, o texto atual da Constituição Federal, em seu art. 40, II, que reserva a aposentadoria compulsória apenas à classe dos ocupantes de cargos efetivos, sendo impossível, pela interpretação, pela ilação ou pela equiparação equipararem-se a eles os ocupantes de cargos vitalícios ou de atividade privada de serventia extrajudicial, salva expressa previsão constitucional.

Não é possível a transfusão do critério interpretativo da Constituição de 1946, para se considerarem indiferentes cargos efetivos e vitalícios, para efeito da aposentadoria compulsória. Naquela Constituição (art. 191, I), como nos outros textos constitucionais brasileiros, os ocupantes de cargos públicos foram tratados, em gênero, para efeito da aposentadoria compulsória e, pela única vez, a aposentadoria compulsória fixou-se nos ocupantes de *cargos efetivos* e, por extensão prevista pela Carta Magna, a cargos vitalícios. Não há extensão aos ocupantes de serventia extrajudicial e nem são considerados pela Constituição, os antigos serventuários, como titulares de cargos vitalícios para efeito de aposentadoria compulsória. Como demonstrei, embora a *mens legislatoris* e a interpretação histórica tenham, atualmente, valor reduzido, nos tribunais, não foi por acaso que não se propagou para os notários e registradores a aposentadoria compulsória, tendo sido rejeitada a emenda que a previa. Em matéria de restrição de direito, não é possível construção extensiva, ainda que com o bom propósito de melhorar a Constituição.

O confronto com a Constituição é o maior dos ilícitos e gera relevância para se suspender, *in limine*, o ato impugnado.

Saliento que o implemento da idade da impetrante que lhe ocasionou o afastamento deu-se quando já se encontrava em plena vigência a Emenda 20, em 18.01.1999 (f. 21-TJ).

Posteriormente à modificação constitucional, não me consta ter se pronunciado sobre o assunto e decidido sobre a superveniência, o excelso Tribunal.

No Egrégio STJ, a única decisão por mim conhecida é a que se contém no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 8.041 – RJ, julgado em 18.02.1999 e publicada no *DJ* de 15.03.1999, relator o eminente Ministro Gilson Dipp, da qual, entretanto, não consta qualquer alusão à superveniência da Emenda 20.

A relevância dos fundamentos, para a liminar, pode ser vista com base em exemplos de dois grandes arautos da atual jurisprudência brasileira.

Ao decidir a Petição 973-9 São Paulo, o brilhante Ministro Marco Aurélio, admitiu a plausibilidade para a liminar, em caso que discutia a inconstitucionalidade da aposentadoria compulsória do oficial do Cartório do 1.° Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Piracicaba, explicitando os riscos que decorrem do afastamento, dentre os quais estão o fato de dar-se como vago o Cartório (*DJ* de 13.12.1994).

Já o sempre respeitado Ministro Sepúlveda Pertence decidiu, na mesma linha, concedendo liminar, ao decidir a Petição 981-9, Rio de Janeiro, para assegurar a Carmen Lins Coelho a volta ao exercício de sua serventia, por reconhecer a plausibilidade jurídica do recurso extraordinário e o *periculum in mora* (*DJ* de 21.02.1995).

Naqueles casos, a inconstitucionalidade discutida era em face do art. 236 da Constituição de 1988, tendo a Suprema Corte concluído, por maioria, que, diante daquele artigo, a aposentadoria compulsória de notários e registradores não era inconstitucional.

Neste processo, discute-se a inconstitucionalidade da aposentadoria compulsória em face da superveniente Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, que modificou o inc. II do art. 40 da Constituição da República, tese ainda não examinada pelo excelso Tribunal, ao que sei.

A ausência de pronunciamento do STF e do STJ sobre o assunto não permite a este Egrégio Tribunal que deixe de enfrentar o problema, quando posto, na sustentação do seu direito, pela parte interessada. Pela ordem natural do processo, não se pode desejar que o excelso Tribunal ou o Tribunal Superior antecipem suas respectivas juris-

dições, posto que não existe, em causa, competência originária deles e, pelo curso normal, os Tribunais dos Estados se pronunciam anteriormente.

É necessário que o órgão Especial do Tribunal, que exerce as funções jurisdicionais do Tribunal Pleno (CF, art. 93, XI) seja chamado a se pronunciar, a fim de dar a desejada orientação aos provimentos do eminente Desembargador Corregedor-Geral de Justiça que, com sua peculiar lucidez, compreensivelmente, não se pode afastar, administrativamente, dos parâmetros firmados tradicionalmente pelas seguidas orientações da Justiça deste Estado.

O Tribunal de Minas tem tradição equiparável à do excelso Tribunal e, na autonomia judiciária do Estado federado, exerce atribuições correspondentes.

Por isso, invocando o suprimento do Regimento Interno do excelso Tribunal à lacuna do Regimento do Tribunal de Justiça e que é indispensável aplicar-se, *em casos relevantes, para a formação do indispensável parâmetro às decisões administrativas da Justiça*, submeto a decisão que estou tomando ao *referendum* da Egrégia Corte Superior, como está expressamente previsto no art. 21, V, que trata da competência do Relator, que se combina com o art. 203, § 2.º, que trata do processo do mandado de segurança.

A manutenção do ato, com ofensa à Constituição, privará a impetrante de seus direitos, inclusive o exercício da serventia, do *status* que adquiriu regularmente, ocasionando-lhe danos de improvável ou difícil reparação, o que significa o prejuízo, ainda que parcial da ordem, caso venha a ser concedida, configurando o segundo requisito para liminar, previsto pelo inc. II do art. 7.º da Lei do Mandado de Segurança.

Suspendo, *ad referendum* da Egrégia Corte Superior, nos termos dos arts. 44, III, *c*, e 474 do Regimento Interno, combinado com o art. 21, V, e 203, § 2.º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pelo prazo de (90) noventa dias, prescrito pelo art. 1.º, b), da Lei Federal 4.348, de 26.06.1964, a eficácia da Portaria impugnada para que a impetrante seja, *in limine*, devolvida à plenitude da titularidade da serventia ocupada até 25 de fevereiro deste ano.

Comunique-se imediatamente à autoridade apontada como coatora.

Redistribuam-se os autos.

P.I.

Belo Horizonte, 02 de maio de 1999.

Desembargador Almeida Melo.

3.4

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

PENHORA. Bem gravado por cédula de crédito industrial.

Ementa: O art. 57 do Dec.-lei 413/69 prevê, sem estabelecer qualquer ressalva, que são impenhoráveis os bens vinculados à Cédula de Crédito Industrial. Tratando-se de imposição legal não condicionada, não há como se lhe opor a preferência do crédito trabalhista. Recurso de Revista conhecido e provido.

RR 509.681/98.2 – 2.ª T. – TST – j. 1.º.06.1999 – Rel. Min. Valdir Righetto.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, TST-RR-509681/98.2, em que é Recorrente Banco do Brasil S.A. e Recorrido Manoel Tenório da Silva.

O Egrégio Sexto Regional, pelo julgado de fls., rejeitou a preliminar de deserção do apelo argüida pela Procuradoria Regional e deu provimento parcial ao Agravo de Petição interposto pelo Banco, para excluir da decisão relativa aos Embargos de Terceiro a condenação em honorários advocatícios e custas processuais. O pleito

do Agravante quanto à insubsistência da penhora incidente sobre bem vinculado à cédula de crédito industrial foi indeferido pelo Tribunal.

Embargos Declaratórios opostos pelas partes foram rejeitados pelas decisões de fls.

Irresignados, recorrem de Revista o Reclamante (fls.) e o Terceiro Embargante (fls.).

Denegado seguimento aos recursos (fls.), as partes agravaram de Instrumento, tendo sido admitido tão-somente o apelo do Banco (AIRR-346747/97.8).

Contra-razões pelo Reclamante-Exeqüente às fls.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do disposto no art. 113 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO – 1. Conhecimento.

Trata-se de Embargos de Terceiro opostos pelo Banco do Brasil, visando desconstituir penhora efetuada sobre bem gravado por hipoteca/penhor, em garantia de financiamento concedido através de Cédula de Crédito Industrial, sob alegação de serem os bens vinculados à Cédula de Crédito Industrial declarados impenhoráveis por Lei.

Rejeitados os Embargos em primeiro grau, a decisão foi mantida pelo Regional no Agravo de Petição, ao seguinte entendimento, *in verbis*:

"O crédito trabalhista, constituído de parcelas salariais, guarda o seu caráter alimentar, preferindo a qualquer outro, por mais privilegiado que seja" (fls.).

O Terceiro Embargante, após prequestionar, via Embargos Declaratórios, a matéria constitucional alegada nas razões recursais, recorreu de Revista, sustentando violação do art. 5.º, incs. II e XXXVI, da CF.

Aduz o Recorrente que a decisão regional, além de negar vigência ao art. 57 do Dec.-lei 413/69, que dispõe sobre a impenhorabilidade dos bens vinculados à Cédula de Crédito Industrial, afrontou a Constituição Federal, violando direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Assinala que, em razão da anterioridade da garantia cedular formalizada a seu favor, houve ofensa a direito adquirido, e aduz que o desrespeito à garantia hipotecária regularmente constituída segundo a situação vigente ao tempo de sua contratação representa afronta ao ato jurídico perfeito. Com efeito, prevê o art. 57 do Dec.-lei 413/69, sem estabelecer qualquer ressalva, que não serão penhorados por outras dívidas do Emitente os bens vinculados à cédula de crédito industrial. E, segundo dispõe o art. 648 do CPC, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis.

Tratando-se de imposição legal não condicionada, não há como se lhe opor a preferência do crédito trabalhista.

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte, consubstanciada nos seguintes precedentes: RR-21997/91, Ac. 4.ª T-471/91, Redator Designado Ministro Almir Pazzianotto, *DJ* 29.11.1991; RR-6130/86, Ac. 1.ª T-1123/87, Redator Designado Ministro Manoel Mendes de Freitas, *DJ* 30.10.1987; RR-5059/85, Ac. 2.ª T-5397/85, Relator Ministro Barata Silva, *DJ* 21.02.1986; RR-5917/84, Ac. 2.ª T-3470/85, Relator Ministro Nelson Tapajós, *DJ* 04.10.1985; RR-4304/82, Ac. 2.ª T-2763/83, Relator Ministro Nelson Tapajós, *DJ* 09.12.1983; RR-3506/81, Ac. 3.ª T-1988/82, Relator Ministro Expedito Amorim, *DJ* 06.08.1982; RR-3514/81, Ac. 3.ª T-3211/82, Relator Ministro Guimarães Falcão, *DJ* 19.11.1982.

Cumpre ainda ressaltar que não prospera a tese ventilada pelo Regional (fls.), de que o art. 60 do citado Dec.-lei 413/69 abre exceções à impenhorabilidade do bem vinculado à Cédula Industrial.

Dispõe o mencionado dispositivo que o Emitente da cédula manterá em dia o pagamento dos tributos e encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas de sua responsabilidade, inclusive com exibição dos comprovantes que lhe forem exigidos.

Conquanto se concorde que a norma tenha por objeto resguardar o credor hipotecário da cobrança dos créditos ali mencionados, entre os quais se incluem os trabalhistas, não há como se inferir do dispositivo que, não se acautelando o credor, cai por terra a impenhorabilidade estabelecida no art. 57.

Peço *venia*, outrossim, para citar os seguintes precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal, *verbis*: RE-144984-5, Santa Catarina, Relator Ministro Marco Aurélio e RE-163000-1, Pernambuco, Relator Ministro Marco Aurélio.

Pelo exposto, entendo configurada a violação do art. 5.°, inc. XXXVI, da CF, nos termos indicados pelo Recorrente.

CONHEÇO – 2. Mérito

Conhecido o Recurso por violação, dou-lhe provimento para tornar insubsistente a penhora.

Isto posto:

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista e dar-lhe provimento para tornar insubsistente a penhora.

Brasília, 1.° de junho de 1999. Vantuil Abdala, Presidente – Valdir Righetto, Relator.

4. JURISPRUDÊNCIA REGISTRAL IMOBILIÁRIA

4.1

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS. Pretensão de averbação da existência de procuração e de cédulas de identidade falsas.

Ementa: Inocorrência de modificação no direito real inscrito. Impossibilidade de ingresso no registro geral. Recurso improvido. Decisão mantida.

Proc. CGJ 2.412/98 – Comarca da Capital (174/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Trata-se de recurso interposto por R.G.S. e M.S.P.S., em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Oscar José Bittencourt Couto, que indeferiu pretensão de averbação na matrícula 32.745 do 18.º registro de imóveis da Comarca da Capital, da existência de cédulas de identidade e de procuração falsas em nome dos requerentes.

Sustentam os recorrentes que o seu pedido tem amparo legal nas disposições dos arts. 167, II, "5" e 246, ambos da Lei Federal 6.015/73, que o comunicado de alerta publicado na imprensa oficial por determinação da Corregedoria Geral da Justiça, é dirigido somente aos notários e registradores, e que seu atendimento depende do regular funcionamento de sistema informatizado adotado pelo oficial registrador.

Afirmam que tal mecanismo não se revela suficiente para a garantia dos titulares do domínio de que não possa haver futura transferência irregular da propriedade baseada no uso dessa documentação falsa, e que o único meio possível de prevenir possíveis danos, inclusive dando publicidade a terceiros, é a pretendida averbação na matrícula.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

OPINO – Pretendem os recorrentes, com fundamento nos arts. 167, II, "5" e 246, ambos da Lei Federal 6.015/73, a averbação, na matrícula 32.745 do 18.º registro de imóveis da Comarca da Capital, da existência de cédulas de identidade e de procuração falsas.

Tais fatos, no entanto, não modificam, de forma alguma, o direito real inscrito, o que revela a correção da decisão de primeiro grau que, ratificando a postura do oficial registrador, sustentou a impossibilidade da efetivação da pretendida averbação.

Afrânio de Carvalho, na obra *Registro de Imóveis*, 4. ed., Forense, p. 354, cuidando da matrícula no registro geral, adverte:

"Na relação dos livros sobressai, por sua importância, o 'registro geral', que, como recipiente dos direitos reais, aos quais transmite os efeitos de publicidade e de constitutividade, aparece como verdadeiro sensório do registro, de onde emanam os reflexos que movimentam o tráfico jurídico imobiliário. Se qualquer livro há de ter um conteúdo adequado para o fim que lhe é imputado, com mais forte razão isso deve acontecer naquele a que tocou a função precípua de centro de convergência de atos jurídicos de aquisição, transmissão, oneração ou extinção de direitos reais. A especificidade deste, ditada pela coerência da classificação, se impõe também para a segurança dos direitos, suscetível de prejudicar-se se a estes se misturassem, numa miscelânea, atos de natureza diversa".

Na mesma página, prossegue o mesmo autor:

"Por conseguinte, o livro de 'registro geral' há de conter a inscrição de atos jurídicos concernentes a direitos reais, sem que essa especificidade seja turvada pela intromissão de atos de outra natureza. Se se admitisse que ele possa conter atos jurídicos e atos de outra natu-

reza, instalar-se-ia nela uma heterogeneidade incompatível com o esquema classificatório a que se subordina".

Inviável a pretendida averbação, verifica-se que com a publicação, pela imprensa oficial, de comunicado relativo à existência de procuração e documentos falsos, para conhecimento dos notários e registradores do Estado de São Paulo, já foram adotadas as medidas apropriadas para a garantia dos recorrentes de que tais documentos não serão utilizados para ingresso de atos futuros no fólio real, não se justificando o ingresso no registro geral de dados que não guardam relação alguma com os direitos reais inscritos.

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo recorrente, ratificando a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 1.ª Vara dos Registros Públicos da Comarca da Capital.

Sub-censura.

São Paulo, 17 de maio de 1999. Luís Paulo Aliende Ribeiro, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar desta Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso, ratificando a r. decisão de primeiro grau.

Publique-se.

São Paulo, 8 de junho de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Pretensão de averbação de caução de imóveis ofertada em aditamento de acordo ambiental homologado pelo Ministério Público.

Ementa: Inexistência de título hábil para ingresso no registro imobiliário. Inteligência do art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/79. Embargos de declaração. Recurso não conhecido. Reapreciação em sede de revisão hierárquica. Decisão mantida.

Proc. CGJ 2.227/98 – Comarca de Guarujá (175/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Trata-se de embargos de declaração interpostos por I.E.I.C. Ltda., I.I.C. Ltda. e I.E.P Ltda., contra decisão que, fundada, no parecer de fls., manteve a recusa da averbação, postulada em face do disposto no art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/73, de caução dos direitos relativos a imóveis, garantia oferecida em aditamento a termo de acordo ambiental firmado entre os requerentes e o Ministério Público, envolvendo os lotes indicados no referido documento, por se tratar da constituição de direito real de garantia sobre os imóveis, cujo ingresso deveria se dar por registro da correspondente hipoteca.

Sustentam as embargantes que, sendo a intenção das partes o mero registro público de garantia, por simples averbação, e constatada a impossibilidade jurídica de lavratura de escritura de hipoteca, não tendo sido acatado o documento apresentado a registro como constitutivo de hipoteca, seja reconhecido que o seu objeto se limita à constituição de caução sobre os direitos relativos aos imóveis, viabilizando a averbação pretendida.

É o relatório.

OPINO – A hipótese é de não conhecimento dos presentes embargos de declaração.

Com efeito, já ficou assentado que as regras do Código de Processo Civil são inaplicáveis ao procedimento administrativo comum, mesmo em sede recursal, verificando-se apenas a previsão contida no art. 246 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, instituído pelo Dec.-lei Complementar 03, de 27.08.1969.

De qualquer forma, viável a reapreciação do feito, em homenagem ao princípio da autotutela, inerente à Administração Pública.

A r. decisão recorrida adotou as razões expostas no parecer de fls. 52/55, no sentido de não ser possível a pretendida averbação de caução de lotes oferecida em termo de acordo ambiental firmado entre as embargantes e o Ministério Público do Estado de São Paulo, no qual prevista a readequação, com aumento das áreas verdes, do Loteamento Iporanga.

Verifica-se que as embargantes ofereceram em garantia do cumprimento do acordo ambiental os lotes 6/3, 6/4, 6/5, 6/6 e 6/7 da rua 1, 5/9 da rua

2, 17/12 da rua 1 e 17/3, 17/4, 17/5 da rua 4, discriminados na matrícula 34.869 do registro de imóveis da Comarca de Guarujá, ou seja, a garantia ofertada abrange a constituição de garantia real sobre os referidos bens imóveis, o que deve ser objeto de ato registro, desde que devidamente instrumentalizada, não sendo possível o acolhimento do entendimento proposto nos embargos declaratórios de que se tratasse da constituição de caução sobre os direitos relativos a tais imóveis, possibilitando mera averbação.

A questão se encontra bem exposta no parecer da lavra do magistrado Dr. Hélio Lobo Júnior referente ao Processo CG 67.181/83, publicado nas "Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo – 1983/1984", p. 125, expressamente mencionado no parecer adotado pela r. decisão recorrida.

No mesmo sentido o entendimento expresso pelo registrador Elvino Silva Filho, no artigo "A caução no registro de imóveis", apresentado no VI Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Araxá, MG, 1979:

"De tudo que ficou exposto, *conclue-se*

a) a caução, em sua acepção genérica, é garantia.

Garantia que se faz, em regra, para o cumprimento de uma obrigação.

Tal garantia pode se revestir de diversas modalidades. Pode ser *garantia real* ou *fidejussória* (art. 827 do CPC);

b) a caução real poderá ser constituída através de um direito real de garantia: *penhor* ou *hipoteca*;

c) o nosso direito admite *o penhor ou a caução de direitos (bens incorpóreos)*;

d) *a caução de direitos relativos a imóveis*, prevista no item 8, n. II do art. 167 da Nova Lei dos Registros Públicos, refere-se aos direitos reais limitados e aos direitos reais de garantia, já constituídos (*jura in re aliena*).

O ato registral para a publicidade dessa caução á a *averbação*

e) *a caução de imóvel*, em que o proprietário dá imóvel de seu domínio para garantir o cumprimento de uma obrigação, constitui-se através do direito real de *hipoteca*.

Para a constituição desse direito real de hipoteca deverão ser observados todos os requisitos formais e substanciais indispensáveis à sua eficácia, sobrelevando-se a *perfeita descrição do imóvel* para o atendimento do *princípio da especialização*, e, posterior *inscrição* (registro) no Registro de Imóveis.

f) a caução de imóvel prestada em procedimento cautelar poderá ser constituída através de *hipoteca judicial* observados todos os requisitos indispensáveis à sua *inscrição* no Registro de Imóveis, para a sua perfeita eficácia e validade em relação".

Inviável, por tais razões, o acolhimento da pretensão das embargantes, tendo em vista que o oferecimento de caução sobre lotes não se confunde com a caução sobre direitos relativos a imóveis cuja averbação encontra previsão legal no artigo item 8, n. II do art. 167, da Lei Federal 6.015/73.

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de não conhecer dos embargos declaratórios interpostos pelas embargantes.

Proponho, ainda, em homenagem ao princípio da autotutela administrativa, seja negado provimento ao recurso.

Sub-censura.

São Paulo, 18 de maio, de 1999. Luís Paulo Aliende Ribeiro, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar desta Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, não conheço dos embargos de declaração. Outrossim, em homenagem ao princípio de autotutela administrativa, indefiro o pedido formulado.

Publique-se.

São Paulo, 8 de junho de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

DESMEMBRAMENTO. Regularização administrativa proposta pela Prefeitura Municipal.

Ementa: Hipótese em que ausente a aprovação da Cetesb. Existência, ainda, de relatório de inspeção do órgão encarregado da proteção

ambiental, apontando a precariedade das condições do desmembramento, no que se refere a coleta de esgotos, abastecimento de água e energia elétrica. Inadmissibilidade. Inteligência dos itens 152, letra f *e 169, do capítulo XX, das Normas de Serviço. Recurso improvido. Decisão mantida.*

Proc. CGJ 1.064/99. Comarca de Santa Branca (204/99-E)

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Ao relatório de fls. acrescenta-se que o recurso interposto a fls., interposto pela Prefeitura Municipal de S.B., em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Donek Hilsenrath Garcia, não foi conhecido pela Colenda 5.ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos temos do v. acórdão relatado pelo Desembargador Marcus Andrade, prolatado nos autos da Apelação Cível 46.965-4/4-00, da Comarca de Santa Branca, sob fundamento de que a matéria é de cunho meramente administrativo.

É o relatório.

OPINO – Inconsistente o recurso, impondo-se a manutenção da r. decisão de primeiro grau.

Pretende-se a regularização administrativa do desmembramento denominado Jardim Albuquerque, nos termos do Dec. 508, de 23.12.1992, do Município de S.B., em face da situação de fato já existente, relativamente ao objeto das matrículas 3.770 e 3.771, do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de letras e títulos da Comarca de Santa Branca.

Ocorre que o r. pronunciamento ora reexaminado, em sede recursal, deve prevalecer, na medida em que não foram cumpridas, pela recorrente, as determinações contidas nos itens 152, letra *f*, e 169, do capítulo XX, das Normas de Serviço, no que se refere a necessidade de apresentação da licença de instalação da Cetesb – Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Defesa do Meio Ambiente, salvo quando se tratar de loteamento aprovado ou com existência de fato comprovada anterior a 08.09.1976, ou de desmembramento aprovado ou com existência de fato comprovada anterior a 19.12.1979.

Na verdade, é forçoso reconhecer, ainda desta feita, que inexiste comprovação da circunstância específica que autorizaria a dispensa de apresentação da licença acima mencionada. Em outras palavras, não há demonstração de que o desmembramento submetido à regularização tenha existência de fato comprovada anterior a 19.12.1979, permitindo a inaplicabilidade dos dispositivos da Lei Federal 6.766/79.

Desta forma, absolutamente imprescindível seja o desmembramento em questão submetido à análise técnica da Cetesb, que tem por finalidade principal a proteção ambiental. Em outras palavras, sem a anuência do referido órgão, impossível o acolhimento do pedido.

Registre-se, a propósito, que a matéria não é nova e já foi apreciada por esta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, valendo consignar o seguinte:

"A hipótese é de regularização do loteamento 'Parque dos Bandeirantes', através da averbação da vias públicas respectivas, inicialmente formulado pela Prefar Ltda., adquirente da gleba, ao qual se apensou pedido da Municipalidade de Mauá, deferido pelo MM. Juiz Corregedor Permanente da Serventia Predial (fls.).

O óbice ao deferimento do pedido, segundo o DD. Curador recorrente, diz respeito não à questão registrária – superável na hipótese – mas à falta de anuência da Cetesb e SDHU (hoje Graprohab – Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais, consoante o Dec. Estadual 33.499 de 10.07.1991).

Tem em parte razão o D. recorrente. Tal anuência efetivamente não se obteve nos autos.

E, a rigor, nem se poderia obtê-la.

Trata-se de loteamento de fato implantado há mais de trinta aos, pelo que impossível a adaptação às exigências hoje formuladas pelos referidos órgãos.

Nem se desconhece, por outro lado, que mesmo na vigência do Dec.-lei 58/37, o registro prévio era obrigatório para os loteamentos (somente os desmembramentos eram dispensados do registro especial).

Ocorre que dois interesses se opõem: um, de regularização da situação fática, adaptando-a aos assentos registrários; outro, de natureza sanitária e ambiental, cuja licença não se obteve.

Penso, porém, neste caso especial, e em absoluto caráter exceptivo, que o procedimento comporte solução diferenciada.

Assim porque a negativa da regularização em nada alterará a situação sanitária e ambiental. Negada esta, a situação fática em nada se alterará pois certamente não se poderá cumprir as exigências formuladas. A tanto se acrescente que além dessa irregularidade, outra persistirá, de natureza registrará e que impede os compromissos de regularizar a situação dominial. Em outras palavras serão os adquirentes – cuja lei busca proteger – duplamente penalizados. Uma pela impossibilidade de atendimento das exigências sanitárias. Outra, pela não constituição de seu direito real. Mas, não é só.

As regularizações de loteamento são meio para se minimizar prejuízos aos adquirentes.

Ora, se a situação registrária está superada (como atesta o Oficial em suas informações, fls.), não se vê óbice ao tratamento exceptivo.

O que não se deve admitir – em sede de regularização – é insegurança dominial. Se a existência da área e suas delimitações permitem o controle da especialidade (em relevo da disponibilidade qualitativa e quantitativa) é possível dar à hipótese tratamento mitigado no que respeita às circunstâncias de caráter não registrário. Esta, se insuperável, deve sempre obstar a regularização, pena de criar maior ambigüidade (imagina-se a existência de direito real que na realidade não encontra respaldo nos assentos da serventia), e que certamente gerará inúmeras demandas judiciais a propósito. E contra isso não se insurgiu o D. recorrente.

A interpretação exceptiva do Magistrado na espécie merece acolhida, a bem do interesse dos adquirentes.

No mais, o DD. Procurador de Justiça então oficiante (embora ressaltando o zelo do DD. Curador recorrente) desse entendimento não discrepou (fls.).

A manutenção do julgamento é medida – embora exceptiva – que no caso se impõe". (*Decisões administrativas*, RT, 1991, p. 281-283; parecer do MM. Juiz de Direito Dr. Vito José Guglielmi, aprovado pelo então Corregedor Geral da Justiça Desembargador Onei Raphael Pinheiro Oricchio).

Porém, tal precedente não pode ser aproveitado para o caso concreto, porque os elementos constantes dos autos demonstram que o desmembramento não é mesmo de ser regularizado, sem aprovação da Cetesb, independentemente da existência ou não de situação fática. Na verdade, conforme inspeção realizada pelo referido órgão em 23.10.1995 (fls.), ficou evidenciado que o loteamento, embora parcialmente implantado, apresenta arruamento sem qualquer benfeitoria e sem a adoção de sistema de coleta de esgotos, abastecimento de água e rede de energia elétrica. Mais ainda, o arruamento já conta com a presença de erosão, acrescentando-se que o abastecimento de água e o fornecimento de energia elétrica é precário. Por fim, e o mais relevante, é que o esgoto das residências corre em valas a céu aberto às margens das ruas, como descrito na mencionada inspeção.

Há, é certo, uma situação fática, embora precária, que reclamaria regularização, sob o ponto de vista registrário, para proteção dos eventuais adquirentes de frações do parcelamento. Todavia, a realidade indica que a providência reclamada, uma vez desatendidas as normas técnicas da Cetesb, trará nítido prejuízo para a comunidade, no que se refere à questão ambiental. Mas não é só. O auto de inspeção acima mencionado demonstra que o índice de ocupação do desmembramento ainda é muito pequeno, de tal sorte que a falta de regularização, tal como pretendida, não atingirá parcela significativa da população interessada. Daí porque é de absoluto rigor o improvimento do recurso.

Portanto, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada consideração de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela recorrente, ratificando-se a r. decisão proferida pelo MM Juiz Corregedor Permanente do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de letras e títulos da Comarca de Santa Branca.

Sub-censura.

São Paulo, 10 de junho de 1999. Francisco Antônio Bianco Neto, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar, e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

São Paulo, 1.º de junho de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Recurso Administrativo. Ingresso de mandado judicial de averbação de bloqueio de matrícula. Impossibilidade.

Ementa: Inexistência de relação entre o executado e o titular do domínio. Ofensa ao princípio da continuidade registrária. Alegação, ainda, de ocorrência de fraude de execução, ante a não transferência de propriedade imobiliária. Inadmissibilidade. Hipótese concreta não contemplada no art. 593, e seus incisos, do CPC. Necessidade, demais, de decisão judicial no Juízo da execução, no sentido de considerar ineficaz eventual alienação feita pelo executado. Pretensão de registro indeferida. Recurso improvido. Decisão mantida.

Proc. CGJ 1.682/99. Comarca de Praia Grande (206/99-E)

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Ao relatório de fls., acrescenta-se que a Apelação Cível 54.328.0/7-00, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante A.M.T. e apelado o oficial do registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da mesma Comarca, não foi conhecida, conforme o v. acórdão de fls., relatado por Vossa Excelência, dado que a matéria é de competência recursal desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.

É o relatório.

OPINO – Pondere-se, inicialmente, que todos os títulos, judiciais e extrajudiciais, submetem-se à qualificação registrária, com fulcro na aplicação dos princípios e normas formais da legislação específica, vigentes à época do momento do respectivo ingresso, principalmente para a verificação de sua conformidade com os postulados e princípios registrários.

Aliás, a este respeito o Colendo Conselho Superior da Magistratura já deixou consignado que:

"Nem só por sua origem judicial o título se furta à devida qualificação registrária. Nesse sentido tranqüila é a orientação deste Conselho" (ApCiv 27.353-0/9, da Comarca da Capital, Relator o Desembargador Antonio Carlos Alves Braga).

No mérito, o recurso é inconsistente, impondo-se a manutenção da r. decisão de primeiro grau. E isso porque é inadmissível o ingresso do título, referentemente ao mandado de averbação de bloqueio de matrícula, extraído dos autos da execução ajuizada pelo apelante contra Henrique Blanco, que tramita perante a 2.ª Vara Cível do Foro Regional IV, da Comarca da Capital, porquanto importa em grave ofensa ao princípio da continuidade registrária.

Com efeito, inexistente qualquer relação entre o executado e o titular de domínio do imóvel objeto da matrícula 9.626 do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Praia Grande. E mais, eventual aquisição feita pelo executado deverá ser antes registrada, para os efeitos do art. 530, inc. I, do CC.

Assim, tem-se que o fundamento da negativa é correto e deve prevalecer, pois o ingresso do título implicaria em grave ofensa ao princípio da continuidade registrária, entendido como um encadeamento perfeito e harmonioso no tempo da cadeia de titularidades de um determinado imóvel (arts. 195 e 237 da Lei Federal 6.015/73).

Por outro lado, não há como acolher-se a alegação da ocorrência de fraude de execução, ante a não transferência da propriedade imobiliária adquirida pelo executado, mesmo porque tal conduta não foi contemplada no art. 593, e seus incisos, do CPC.

De qualquer forma, para admitir-se a eventual ocorrência de fraude de execução, assim definida na lei, indispensável a prévia declaração judicial feita no Juízo da própria execução, para, ao depois, admitir-se o ingresso do referido mandado de bloqueio, que deverá ser submetido a nova apreciação e qualificação do oficial registrador.

Registre-se, ainda, que a matéria também já foi apreciada pelo Colendo Conselho Superior da Magistratura, valendo consignar o seguinte:

"No caso concreto, não houve, ou o menos disso, não há prova nos autos, qualquer decisão reconhecendo de modo expresso a ocorrência de fraude de execução e, por conseqüência, a ineficácia da alienação ou oneração de bens em relação ao exeqüente. Inexiste, por conseqüência,

qualquer comando jurisdicional objeto de desqualificação pelo registrador que se ateve, de modo correto, ao exame formal do título e de sua adequação aos princípios registrários.

Não se exige, em consonância, com doutrina e jurisprudência majoritárias, o ajuizamento de ação específica para declaração de ineficácia da alienação que pode, assim, ser reconhecida no próprio processo de execução (*RT* 697/82, *RJTJESP* 88/283, 139/75).

Isso, porém, não quer dizer que possam ser penhorados indiscriminadamente bens de terceiros, cuja responsabilidade patrimonial está subordinada à prévia decisão, ainda que incidente, reconhecendo a fraude de execução. A ausência de decisão judicial expressa sobre a ineficácia da alienação inviabiliza o almejado registro.

É bom frisar que, no caso concreto, não há sequer elementos que permitam inferir a ocorrência efetiva de fraude de execução, na medida em que não se sabe se à época da alienação já corria contra os executados a demanda e muito menos se tal demanda é capaz de reduzi-los à insolvência (art. 591 do CPC). Admitir o ingresso do mandado de penhora diretamente no registro, sem prévia decisão judicial reconhecendo a ineficácia da alienação, significaria conferir ao registrador a atribuição de delinear os limites do instituto da fraude de execução, em manifesta e indevida invasão de matéria típica da seara jurisdicional.

Na esteira de recente precedente deste Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível 21.506-0/3, de Atibaia, Rel. Des. Alves Braga), em orientação que merece ser mantida, cumpre frisar que, após reconhecimento por decisão judicial de fraude de execução, possível será o registro da penhora, sem vulneração ao princípio da continuidade.

Isso porque a alienação ou oneração de bens em fraude de execução, realizados pelo obrigado, se ostentam ineficazes (Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, 3. ed., RT, p. 327; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, 2. ed., RT, 1987, p. 136; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed., Forense, p. 387).

Não haverá, ainda, necessidade de cancelamento do registro de eventual alienação fraudulenta. O negócio é válido, mas eficaz. Não se pode equiparar a invalidade do ato jurídico com a sua ineficácia, institutos que se situam em planos diversos, gerando efeitos inconfundíveis (Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico*, Saraiva, p. 72).

É tema absolutamente tranqüilo, como decidido em inúmeras oportunidades na esfera jurisdicional, à qual deve se afeiçoar o direito registrário, que a alienação ou oneração de bens em fraude de execução é ineficaz em relação ao exeqüente, embora válida quanto aos demais, razão porque não há necessidade de cancelamento do registro imobiliário (*RT* 601/117, 639/119, *JTA* 92/175; *RSTJ* 20/282).

O negócio jurídico que frauda a execução gera plenos direitos entre adquirente e alienante. Apenas não pode ser oposto ao exeqüente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulentas, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade de terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito (Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, 7. ed., Leud, 1987, p. 155). Não há, por isso, quebra ao princípio da continuidade, na medida em que não ingressam direitos contraditórios no cadastro imobiliário.

Em suma, embora mantido o entendimento de que o registro de mandado de penhora de bem alienado em fraude de execução seja possível, sem vulneração ao princípio da continuidade, exige-se expressa e prévia decisão judicial reconhecendo a ineficácia do negócio.

No caso em momento, a inexistência de decisão judicial dando a alienação feita pelo devedor a terceiros como ineficaz inviabiliza o registro do mandado". (Apelação Cível 33.474-0-9, da Comarca de Limeira, Relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha).

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo recorrente, mantida a r. decisão proferida pelo Dr. Rubens Hideo Arai, MM. Juiz Corregedor Permanente do oficial do registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Praia Grande.

Sub-censura.

São Paulo, 10 de junho de 1999. Francisco Antonio Bianco Neto, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar, e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

São Paulo, 21 de junho de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Averbação. Pretensão de unificação de matrículas.

Ementa: Descrição dos imóveis diversa da constante do registro imobiliário. Ofensa ao princípio da especialidade. Pretensão de registro indeferida. Recurso improvido.

Proc. CGJ 1.280/98. Comarca de Cubatão (209/99-E)

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Ao relatório de fls. acrescenta-se que o Colendo Conselho Superior da Magistratura, no julgamento da Apelação Cível 50.385.0/7-00, da Comarca de Cubatão, em que Vossa Excelência foi relator, não conheceu do recurso interposto, determinando a remessa dos autos a esta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.

Trata-se de recurso interposto por Associação B.I.J.C.S.U.D. contra a r. decisão de primeiro grau, que manteve a recusa na prática do ato de averbação de unificação das matrículas 5.460 e 5.461 do registro de imóveis da Comarca de Cubatão sem a prévia retificação dos registros anteriores.

Sustentou ter apresentado, para averbação, certidão expedida pela Municipalidade, contendo autorização para a unificação dos imóveis e a descrição do imóvel resultante da pretendida fusão, ato para o qual não se exige procedimento complexo, tendo em vista a prévia abertura de matrículas nas quais já atendidos, em obediência à Lei de Registros Públicos, os requisitos cadastrais necessários, mencionando precedentes nesse sentido.

É o relatório.

OPINO – Pretende a apelante a reforma da decisão de primeiro grau para que seja determinada a averbação, nas matrículas 5.460 e 5.461 do registro de imóveis da Comarca de Cubatão, da unificação dos referidos imóveis.

Apresentou, para esse fim, certidão municipal da qual consta o deferimento administrativo, no Processo 11.472/87 da Prefeitura Municipal de Cubatão, da unificação dos lotes, com precisa descrição das medidas de cada um, assim como do imóvel resultante da fusão dos registros.

Ocorre, no entanto, que a descrição dos imóveis constante do documento que instrui o pedido de unificação não guarda relação com a descrição constante de cada uma das matrículas cuja fusão se pretende, em manifesta ofensa ao princípio da especialidade.

Verifica-se que na descrição dos imóveis constante das matrículas 5.460 e 5.461 do referido registro imobiliário, há referência a edificações que não constam da mencionada certidão municipal, e que as medidas perimetrais e divisas existentes no registro imobiliário não guardam a necessária identidade com a descrição apresentada no documento submetido à qualificação do registrador.

Neste contexto o acolhimento da pretensão da recorrente importaria em retificação dos registros sem o devido processo legal e em grave violação do princípio da especialidade (art. 225, § 2.°, da Lei 6.015/73), correta a postura do oficial registrador em recusar a prática do ato, cautela fundada nos expressos termos do item 67, do Capítulo XX, do t. II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

A obediência aos princípios da especialidade e da continuidade, informadores dos registros públicos, pressupõe um encadeamento perfeito e harmonioso no tempo da cadeia de titularidades de um determinado imóvel, entendido como um objeto precisamente individuado, revelando-se necessário, na espécie, procedimento bilateral para a correção dos registros de origem, indispensável para a própria segurança do registro imobiliário e dos efeitos dele irradiados.

Narciso Orlandi Neto, na obra *Retificação do registro de imóveis*, Oliveira Mendes, p. 69, esclarece a questão ao afirmar que: "As regras reunidas no princípio da especialidade impedem que sejam registrados títulos cujo objeto não seja exatamente aquele que consta do registro anterior. É preciso que a caracterização do objeto do negócio repita os elementos de descrição constantes do registro".

Adverte, ainda, na mesma obra, o eminente Desembargador: "Muitas vezes, a unificação de imóveis e a fusão de matrículas e/ou transcrições (arts. 234 e 235 da Lei 6.015/73) exigem a criação de nova descrição das divisas. É claro que sempre haverá nova descrição, mas ela pode perfeitamente repetir o que consta dos registros fundidos, simplesmente prolongando-se linhas e somando-se medidas e áreas. Em alguns casos todavia, por erros já existentes no registro, a descrição não se limita a repetir as que já existem. Nesta hipótese, embora a pretensão não seja propriamente de retificação, o oficial deve exigir a intervenção judicial". (p. 93).

Correta, por tais razões, a r. decisão de primeiro grau, cuja manutenção se impõe.

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso, ratificando a r. decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente do oficial de registro de imóveis da Comarca de Cubatão.

Sub-censura.

São Paulo, 16 de junho de 1999. Luís Paulo Aliende Ribeiro, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar desta Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso ratificando a r. decisão de primeiro grau.

Publique-se.

São Paulo, 22 de junho de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Escritura de reti-ratificação de venda e compra já registrada há dois anos. Pretendida alteração da titularidade do domínio do imóvel e menção relativa a não comunicação de tal bem ao cônjuge da adquirente.

Ementa: Risco potencial de lesão a terceiros. Necessidade, ademais, de produção de provas para se saber se o imóvel foi adquirido com numerário obtido com a venda de outro, que era próprio da postulante. Inviabilidade de retificação extrajudicial do registro oriunda da retificação do título. Recurso não provido.

Proc. CGJ 1.793/98. Comarca de Batatais (157/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

RELATÓRIO – Trata-se de recurso administrativo (fls.) interposto por M.A.D.B. contra decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Batatais que manteve recusa de averbação de escritura pública de reti-ratificação da venda e compra modificativa da pessoa do comprador, do marido para a mulher, com menção à incomunicabilidade do imóvel, adquirido, segundo se alega, com valor obtido da venda de outro, próprio da adquirente.

A decisão atacada sustenta ser incabível a retificação extrajudicial almejada porque perfeita e acabada a compra e venda, registrada, aliás, na matrícula imobiliária há mais de dois anos.

A recorrente, por seu turno, debate-se pela averbação da escritura de reti-ratificação, providência no seu entender necessária para adequar o registro à realidade posto ter adquirido o imóvel com recursos seus, após ter vendido outro que lhe pertencia antes de contrair matrimônio com o regime de bens da comunhão parcial.

O Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls.).

É o relatório. Opino.

Figuraram na escritura pública de venda e compra do imóvel, lavrada em 31.05.1994 e registrada na matrícula imobiliária em 14.10.1994, como vendedores Ovídio Arantes Ferreira e sua mulher Messias da Silva Passos Ferreira e, na qualidade de comprador, apenas Sérgio Bortolato, casado no regime de comunhão parcial de bens com a ora recorrente.

A alegação de que o valor gasto na compra do imóvel foi obtido com a venda de outro imóvel, próprio da ora recorrente, não constou da mencionada escritura pública; aliás, ela, insta salientar, segundo a escritura pública, não participou como compradora do negocio jurídico, mas, apenas, como esposa do comprador.

Assim, segundo a compra e venda retratada na escritura pública, já registrada, o terreno foi adquirido, na constância do casamento, pelo esposo da recorrente, comunicando-se tal bem a ela em virtude do regime matrimonial de bens, a comunhão parcial.

Em 15.12.1995, os vendedores, o comprador e a ora recorrente, por escritura pública, ratifica-

ram e retificaram a mencionada compra e venda para consignar ser esta a compradora, não seu marido, e não comunicar-se o imóvel a este porque comprado com dinheiro exclusivo da mulher obtido com a venda de outro imóvel que tinha adquirido antes de se casar.

A reti-ratificação da compra e venda, portanto, se admitida, alterará a titularidade do domínio do imóvel, que passará para a mulher, excluindo-o da comunhão oriunda do regime matrimonial, conseqüências que poderão ter sérios e graves reflexos na esfera jurídica de terceiros, eventuais credores do varão, e em sua futura sucessão hereditária.

Se a retificação traz risco potencial de prejuízo a terceiro não pode ela ser feita extrajudicialmente.

"Sempre que o registro deva ser retificado, indaga-se dos riscos que a modificação pode provocar a direitos de terceiros. Em quase todos os casos, permite a lei que a retificação seja feita simplesmente por iniciativa de quem é titular do direito de que se trata, ou demonstre, de outra forma, seu interesse. Só por cautela exige-se a intervenção judicial e, também, por cautela, são chamadas as pessoas que, em tese, poderiam ser prejudicadas... O que possibilita a retificação não contenciosa e acaba por caracterizá-la é a certeza de que não acarretará prejuízo a terceiro", ensina Narciso Orlandi Neto (*Retificação de registro de imóveis*, Oliveira Mendes, 1997, p. 81), lembrando, ainda, que "o processo próprio a que se refere o art. 212 é sempre contencioso, porque o erro a corrigir consiste em constar do registro um direito inexistente, ou cujo titular não o é realmente; há um direito não constante do registro, ou parcialmente prejudicado, e um direito indevidamente inscrito" (p. 97).

In casu, conquanto não se anteveja litigiosidade entre a recorrente e seu marido sobre a almejada retificação do título negocial, sua repercussão no registro, como já acentuado, poderá atingir a esfera jurídica de terceiros, o que inviabiliza a correção reflexa e extrajudicial do registro. Nesse caso, deverá a retificação decorrer de processo judicial, ainda que de jurisdição voluntária (cf. Narciso Orlandi Neto, op. cit., p. 82).

Por outro lado, saber se o dinheiro gasto na compra do terreno proveio da venda de outro imóvel, bem próprio da ora recorrente, segundo se afirma, exige apreciação de fatos, atividade estranha às funções do registrador.

O ilustre Juiz Francisco Eduardo Loureiro, a propósito, em parecer lançado nos autos do Proc. CG 1.443/96, assim já se pronunciou: "Diante, todavia, da omissão de qualquer menção da alegada sub-rogação no título aquisitivo, ou de decisão judicial expressa reconhecendo tal circunstância, não há como, na esfera administrativa, reconhecer o Oficial Delegado o imóvel como próprio. Isso porque está fora do exame qualificador do registrador a análise de fatos estranhos ao que o título apresenta em sua face. Admitir que o Oficial Delegado, ao seu alvitre e sopesando provas diversas e externas ao título, reconhecesse o imóvel como comum, ou próprio, significaria dar-lhe verdadeira função jurisdicional, em patente maltrato a regra constitucional".

Acresce-se, finalmente, nesse aspecto, que a recorrente prova alguma fez, nestes autos, da alegada venda do imóvel que lhe era próprio: não juntou cópia da escritura pública de venda e compra e da cópia da certidão não atualizada da matrícula imobiliária não consta o registro desse negócio translativo da propriedade do imóvel.

Por tais motivos, manifesto-me pelo não provimento do recurso.

É o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada consideração de Vossa Excelência, *sub censura*.

São Paulo, 29 de abril de 1999. Antonio Carlos Morais Pucci, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Nos termos do parecer do MM. Juiz Auxiliar, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, nego provimento ao recurso.

São Paulo, 14 de maio de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Pretensão de averbação de caução de imóveis ofertada em aditamento de acordo ambiental homologado pelo Ministério Público.

Ementa: Inexistência de título hábil para ingresso no registro imobiliário. Inteligência do art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/79. Recurso improvido. Decisão mantida.

Proc. CGJ 2.227/98. Comarca de Guarujá (36/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral de Justiça

RELATÓRIO – Trata-se de recurso interposto por I.E.I.C. Ltda., I.I.C. Ltda., I.E.P. Ltda. contra a r. decisão proferida pela MM. Juíza de Direito, Dra. Mara Regina Trippo, Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Guarujá, que indeferiu pedido de averbação, fundado no art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/73, de caução dos direitos relativos a imóveis, garantia oferecida em aditamento a termo de acordo ambiental firmado entre os requerentes e o Ministério Público, envolvendo os lotes indicados no referido documento, por se tratar da constituição de direito real de garantia sobre os imóveis, cujo ingresso deveria se dar por registro da correspondente hipoteca.

Sustentaram as recorrentes o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão recorrida, afirmando a impossibilidade de formalização de hipoteca, por não ser possível ao Ministério Público figurar na escritura na condição de credor, assim como por inexistir dívida especificada, com prazo para pagamento e previsão de juros, que permita o cumprimento das disposições do art. 761 do CC. Argumentam, ainda, com a possibilidade de averbação da caução, nos termos do disposto no art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/73, ou na regra geral dos arts. 172 e 246 da Lei dos Registros Públicos, sustentando que a disposição do art. 810 do CPC possibilita, mas não impõe a hipoteca como forma de instrumentalizar a constituição de garantia sobre bens imóveis.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

OPINO – Pretendem as recorrentes a reforma da decisão de primeiro grau, que indeferiu seu pedido de averbação da caução, nos termos do disposto no art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/73, dos lotes 6/3, 6/4, 6/5, 6/6 e 6/7 da rua 1, 5/9 da rua 2, 17/12 da rua 1 e 17/3, 17/4, 17/5 da rua 4, discriminados na matrícula 34.869 do registro de imóveis da Comarca de Guarujá, oferecida em garantia do cumprimento de acordo ambiental firmado com o Ministério Público, no qual pactuada a readequação, com aumento das áreas verdes, do Loteamento Iporanga.

A constituição de direito real sobre bem imóvel há de ingressar no fólio real por ato de registro, e não de mera averbação, e tem, portanto, por premissa necessária, a existência de título hábil, sendo firme o entendimento desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça no sentido de que a caução de imóvel, deve estar instrumentalizada por hipoteca ou anticrese.

Esta interpretação do art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/73 se encontra expressa em vários precedentes da Corregedoria Geral, Processos CG 67.181/83, 241/84, 189/92 e 204/92 e foi sintetizada no sentido de que: "Não é possível a efetivação de averbação tendente a dar publicidade a uma caução sobre um imóvel, pois o dispositivo referido acima (art. 167, inc. II, n. 08, da Lei 6.015/73) prevê apenas a hipótese de averbação quando incide caução sobre direitos relativos a um imóvel e não quando esta incide sobre o bem de raiz em si mesmo...".

Conclusivo, ainda, no sentido de que a hipoteca atine aos imóveis e a caução aos direitos a ele relativos, o parecer da lavra do magistrado Dr. Hélio Lobo Júnior referente ao Processo CG 67.181/83, publicado nas *Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo – 1983/1984*, p. 125.

Verifico, também, que as dificuldades apontadas pelas recorrentes para a formalização da hipoteca, pertinentes à necessidade de identificação do credor, do exato valor da dívida e do seu vencimento, revelam a falta de correspondência, da garantia oferecida para assegurar o cumprimento do acordo ambiental em questão com os requisitos legais estabelecidos para a constituição de direito real.

Não se pode esquecer, por fim, em face da notícia de que o acordo ambiental firmado pelas recorrentes tem por objeto a readequação de empreendimento imobiliário, que a alteração, a requerimento do loteador, do projeto original de loteamento registrado e parcialmente implantado, encontra-se sujeita ao atendimento de várias exigências, como expresso no parecer relativo ao Processo CG 945/95, publicado nas *Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça – 1995*.

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelas recorrentes, ratificando a r. decisão proferida pela MM. Juíza. Corregedora Permanente do oficial de registro de imóveis da Comarca de Guarujá.

Sub-censura.

São Paulo, 9 de fevereiro de 1.999. Luís Paulo Aliende Ribeiro, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

São Paulo, 25 de fevereiro de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

RECURSO ADMINISTRATIVO. Registro de imóveis. Condomínio especial.

Ementa: Pretendida retificação de registro para a alteração das frações ideais atribuídas às unidades autônomas. Necessidade da concordância da unanimidade dos condôminos. Interpretação do art. 628 do CC. Precedentes. Recurso improvido.

Proc. CG 2.572/98. Comarca da Capital (35/99-E.

Exmo. Sr. Corregedor Geral da Justiça:

RELATÓRIO – Cuida-se de recurso administrativo interposto pelo Condomínio E.L. contra r. decisão prolatada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 4.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, que indeferiu pedido tendente, a partir da alteração da fração ideal cabível ao conjunto de n. 1 no condomínio especial instituído, à retificação da Matrícula 12.868 daquele ofício predial.

A decisão atacada (fls.) se funda na ausência de expressa concordância da unanimidade dos condôminos, cabendo o recurso à via jurisdicional para que o requerente possa atingir seus fins.

O recorrente (fls.) argumenta que a maioria esmagadora dos condôminos se manifestou e os demais silenciaram, dando sua concordância tácita quanto a retificação proposta, cabendo, por isso, a reforma do *decisum*.

O representante do Ministério Público (fls.) opinou seja negado provimento ao recurso.

Relatados,

OPINO – Em assembléia geral extraordinária, realizada no dia 14.03.1996, os condôminos do Condomínio E.L. localizado na Rua B.P., n., Município e Comarca da Capital, deliberaram alterar as frações ideais de todas unidades autônomas, elevando a participação proporcional do conjunto localizado no 1.º andar do edifício e diminuindo a dos demais (fls.).

Aponta-se, portanto, um descompasso, no condomínio instituído, entre o domínio conferido a cada um dos condôminos pela especificação registrada e a posse exercida, na atualidade, sobre determinadas áreas do edifício, restando proposto um ajustamento dos assentamentos tabulares à realidade fática.

Sob a roupagem exterior de uma simples retificação, está sendo postulada, contudo, a alteração da própria instituição do condomínio, o que depende, em razão do disposto no art. 628 do CC brasileiro, do consentimento expresso de todos os co-proprietários, com a anuência dos compromissários compradores ou cessionários de direitos à compra das unidades autônomas, como o reconhecido, repetida e reiteradamente, por esta Corregedoria Geral (Processos CG 131/84, 26/86 e 197/93) e o constante, hoje, da normatização administrativa vigente (item 74 do Capítulo XX das Normas de Serviço).

As inovações repercutirão, diretamente, sobre os direitos subjetivos de todos os condôminos e, nesse sentido, não basta a unanimidade dos presentes na assembléia geral extraordinária convocada e realizada, mas é imprescindível a aquiescência de todos os co-proprietários apontados pelos assentamentos registrais, sem qualquer exceção, para o empreendimento da modificação da instituição de condomínio e tal requisito não se encontra preenchido.

Apesar das tentativas feitas, não foi possível a localização de todos os condôminos e não foi, em conseqüência, colhida a concordância unânime, de maneira que, caso fosse deferido o pleito, restaria possibilitada a criação de uma nulidade absoluta.

Assim, a decisão atacada merece ser mantida por seus sólidos fundamentos.

É este o parecer que submeto ao elevado critério de Vossa Excelência.

Sub-censura.

São Paulo, 10 de fevereiro de 1999. Marcelo Fortes Barbosa Filho, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Nos temos do parecer do MM. Juiz Auxiliar, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, nego provimento ao recurso.

São Paulo, 12 de fevereiro de 1998. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Pedido de arquivamento de planta e de memorial descritivo de antigo loteamento.

Ementa: Pedido destinado a autoridade administrativa incompetente. Caracterização, ademais, no registro imobiliário, imprecisa do terreno em que se assenta o loteamento. Necessidade de retificação de área. Pedido desacolhido. Recurso improvido.

Proc. CG 925/99. Comarca de Santos (156/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

RELATÓRIO – Trata-se de recurso (fls.) interposto contra decisão (fls.) do MM. Juiz Corregedor Permanente do 3.º Registro de Imóveis da Comarca de Santos que se declarou incompetente para apreciar pedido de arquivamento de planta e de memorial descritivo do loteamento J.S., Gleba I, entendendo, porém, que, em razão da imprecisão das áreas e do título de possuidor apresentado pelo recorrente, o pedido não mereceria acolhimento.

Pugna o recorrente pelo deferimento do pedido alegando referir-se ele a simples arquivamento de planta e memorial descritivo de antigo loteamento, já implantado em área certa, providência que permitirá a extração de certidões relativas às quadras, aos lotes e a suas metragens, as quais serão sucessivamente apresentadas aos serviços de registro de imóvel de São Vicente e da Praia Grande.

Manifestou-se o Ministério Público pelo não provimento do recurso (fls.).

É o relatório.

OPINO – Se o loteamento foi implantado em terreno que, atualmente, segundo informa o recorrente, em razão da criação de novos serviços registrários, não se acha mais na circunscrição territorial do 3.º Registro de Imóveis de Santos, falece ao respectivo Juiz Corregedor Permanente do mencionado serviço de registro imobiliário competência administrativa para apreciá-lo.

A incompetência da autoridade administrativa, a rigor, não ensejaria o desacolhimento do pedido, mas, sim, a remessa dos autos à autoridade competente para apreciá-lo.

Revelam os autos, entretanto, ser imprescindível a retificação do registro imobiliário para individualizar com exatidão e segurança o terreno em que se assenta o loteamento, circunstância que, na espécie, ante o princípio da revisão hierárquica que vigora na esfera administrativa, recomenda desde já não seja o requerimento inicial albergado.

Leitura da certidão da inscrição 2.874 e de suas averbações existentes no Serviço de Registro de Imóveis de São Vicente já revela deficiência na caracterização do terreno.

Descreve-o a inscrição 2.874 como uma área de terras situada em Praia Grande, no Sítio T., medindo 41,20 metros de frente para terrenos de marinha, fronteiros ao mar grosso, por 981,20 metros da praia até a cerca da Estrada de Ferro e 2.550 metros da cerca da Estrada de Ferro até o Rio Boturoca, de ambos os lados, tendo nos fundos a largura da frente, ou seja 41,20 metros.

A averbação n. 1 refere-se à cessão de direitos de compromissário adquirente a P.M. de uma parte do terreno com 41,20 metros de frente para a Estrada de Ferro Sorocabana por 2.550 da frente aos fundos de ambos os lados, até o rio Boturuca, por 41,20 metros nos fundos, com área de 105.060,00 metros quadrados. Os direitos e obrigações do cessionário P.M. relativos a esse terreno foram cedidos a W.P.R. (averbação n. 4) que, por sua vez, prometeu cedê-los a B.I.B. e R.C.P. (averbação n. 5).

Há na certidão referência à aquisição de parte do imóvel primitivo, transcrito sob n. 42.672 do 3.º Registro de Imóveis de Santos, pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo.

A planta do loteamento que se pretende arquivar refere-se a um terreno com área total de 80.901,48 metros quadrados e retrata ruas que não ingressaram ainda no registro imobiliário.

Os elementos tabulares não caracterizam com a precisão exigida a base geodésica do loteamento, razão pela qual o simples arquivamento de sua planta e de seu memorial descritivo no serviço registrário não basta à expedição de certidões relativas aos lotes.

Necessário se faz que a parte interessada, em procedimento de retificação do registro, individualize com exatidão o terreno em que foi implantado o loteamento.

Ante o exposto, manifesto-me pelo não provimento do recurso.

É o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada consideração de Vossa Excelência, sub censura.

São Paulo, 30 de abril de 1999. Antonio Carlos Morais Pucci, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Nos termos do parecer do MM. Juiz Auxiliar, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, nego provimento ao recurso.

São Paulo, 13 de maio de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Matrículas descerradas com fundamento em escritura eventualmente proveniente de fraude, tanto que não arquivada no respectivo livro de notas.

Ementa: Concurso, porém, com outro título, aparentemente válido – Prevalência do registro feito em primeiro lugar, ante a inocorrência de nulidade de pleno direito, na forma do art. 214 da Lei Federal 6.015/73. Remessa dos interessados às via ordinárias, sem prejuízo da apuração de eventual ilícito penal. Afastado, outrossim, o bloqueio dessas matrículas, pelas mesmas razões. Recurso parcialmente provido para este efeito. Decisão mantida.

Proc. CGJ 290/99. Comarca de Campinas (34/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Trata-se de recurso interposto, tempestivamente, por W.J.R., contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Gilberto Luiz C. Franceschini que determinou a remessa da matéria discutida ao Ministério Público, para apuração de eventual crime de falsidade documental ou ideológica, mais o impedimento ao registro de quaisquer títulos referentemente ao objeto das matrículas 122.007, 122.008, 122.009, 122.010, 122.011, 122.012, 122.013 e 122.014, do 3.º oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e 3.º tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Campinas.

Sustentou o recorrente o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão recorrida, porquanto, remetendo-o às vias diretas, incorreu em grave equívoco, na medida em que não houve lavratura do citado título no 21.º tabelião de notas da Comarca da Capital. Assim, poderia ter sido determinado o cancelamento das matrículas, declarando a nulidade dos títulos fraudulentos.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

OPINO – Consistente, em parte, o recurso, impondo-se a reforma parcial da r. decisão de primeiro grau.

É dos autos que a Sociedade Civil Fazenda Taubaté Ltda. alienou, em favor de Manoel Vitor dos Santos, os lotes 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30, da quadra 13, n. 06, da quadra 07 e 31, da quadra 30, do loteamento denominado Parque da Figueira, com origem na transcrição 12.822, dando ensejo ao descerramento das matrículas 122.007, 122.008, 122.009, 122.010, 122.011, 122.012, 122.013 e 122.014, do 3.º oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e 3.º tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Campinas, conforme escritura pública de venda e compra lavrada pelo 21.º tabelião de notas da Comarca da Capital. Alguns destes mesmos lotes foram posteriormente alienados, favorecendo Antonio Henrique de Souza e Antônio Jacomassi.

De outra parte, tem-se que os mesmos lotes 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30, da quadra 13, do

loteamento denominado Parque da Figueira, foram alienados, em momento anterior, em favor do recorrente W.J.R., nos termos da escritura pública de venda e compra lavrada pelo tabelião de notas da Comarca de Umuarama, Estado do Paraná.

Ocorre que há sérios indícios de que a primeira escritura, lavrada no 21.º tabelião de notas da Comarca da Capital, seja proveniente de fraude, tanto é que está certificado nos autos a respeito da inexistência de tal ato no respectivo livro daquele tabelionato. Todavia, inexiste nulidade de pleno direito de modo a autorizar a invalidação dos registros feitos nas matrículas 122.007, 122.008, 122.009, 122.010, 122.011, 122.012, 122.013 e 122.014, do 3.º oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e 3.º tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Campinas, independentemente de ação direta, nos termos do permissivo do art. 214 da Lei Federal 6.015/73.

O título submetido ao oficial registrador em primeiro lugar apresentava-se válido no seu aspecto formal, possibilitando o registro almejado. Daí porque não há falar em vício de registro, o que demonstra o acerto da r. decisão recorrida. Desta forma, é induvidoso que a questão somente poderá ser solucionada pelas vias próprias, por meio de procedimento jurisdicional de cunho contencioso, sem prejuízo da apuração de ilícito penal, em tudo diverso da atividade eminentemente administrativa exercida pela respectiva Corregedoria Permanente.

Na verdade, somente autorizaria o cancelamento do registro, mediante providência correcional administrativa, independentemente de ação direta, a hipótese de ocorrência de erro de natureza estritamente registrária, consoante pacífico entendimento desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, valendo transcrever trecho significativo do parecer emitido pelo *MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria Dr. Francisco Eduardo Loureiro,* nos autos do *processo CGJ 1.320/96, da Comarca de Cotia,* nos seguintes termos:

"O bloqueio administrativo de atos de registro e averbação devem sempre ter amparo no art. 214 da Lei 6.015/73. Dispõe o aludido artigo que: "(...) as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-se independentemente de ação direta".

É entendimento sedimentado desta Corregedoria-Geral da Justiça que o cancelamento direto do registro somente pode ser postulado com base em atos ofensivos aos princípios norteadores da Lei de Registros Públicos (*Decisões administrativas da CGJESP*, RT, biênio 1981/1982, ementa 33; biênio 1983/1984, ementa 18; biênio 1984/1985, ementa 74).

Em outras palavras, não se admite o cancelamento do registro em razão de nulidade intrínseca do título causal (*Decisões administrativas da CGJESP*, ano de 1986, p. 183-185).

A decisão paradigma sobre o tema foi proferida no Proc. 203/81 (*Decisões administrativas da CGJESP*, biênio 81/82, p. 74-86), da qual constou que a nulidade do art. 214: "(...) tem por fundamento a inobservância das formalidades legais e substanciais do próprio registro, entre as quais se destaca o da exigibilidade de título formalmente hábil, extrinsecamente apto e legalmente perfeito para embasá-lo".

Mais adiante, o mesmo parecerista concluiu que: "Importa ressaltar, porém, ter sempre e necessariamente, tanto o cancelamento como o bloqueio de matrizes, causa em vícios do próprio mecanismo ou ato de registro".

Em outro precedente também ficou consignado o seguinte:

"Com efeito, a nulidade que diga respeito a infringência a postulado registrário, como sucedido no caso vertente, é aquela conceituada como de pleno direito, como tal mencionada no dispositivo *supra*, cancelável por providência correcional-administrativa, independentemente de ação direta.

Nesta esteira a decisão paradigma deste Órgão Censório está estampada em *Decisões*, RT, 1981/1982, n. 33, lá definindo-se que o art. 214 da Lei Registrária "tem sua incidência para as nulidades que digam respeito, direta e exclusivamente, ao ato de registro, ou seja, aquelas ofensivas das normas e princípios norteadores da Lei de Registros Públicos".

Inclusive valeu-se no citado aresto administrativo da lição de Serpa Lopes, segundo a qual as nulidades de pleno direito "são inerentes ao próprio registro imobiliário, ao ato considerado em seu próprio conteúdo, desligado, completamente, de qualquer nexo com o título causa" (*Tratado dos Registros Públicos*, 4. ed., Freitas Bastos, p. 357-358) (parecer do MM. Juiz de Direito Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, publicado nas *Decisões administrativas*, RT, 1995, p. 260-262).

A outra questão ora reexaminada diz respeito ao bloqueio das matrículas acima referidas, tal como determinado em primeiro grau para a preservação de eventuais prejuízos a terceiros de boa-fé, e merece reparo. Contudo, considerando que a solução não comportava a providência administrativa de cancelamento de registro, conclui-se, pelas mesmas razões, que o bloqueio alcançado não era mesmo de rigor.

Registre-se, para remate, que o bloqueio administrativo, da mesma forma que o cancelamento do registro, somente poderia ter sido determinado na eventualidade de ocorrência de nulidade de pleno direito, por ofensa aos princípios norteadores da Lei de Registros Públicos, o que não é, à evidência, o caso dos autos. Assim, deve ser afastada a derradeira deliberação de primeiro grau, com a ressalva de que na oportunidade de propositura de eventual medida judicial tendente ao cancelamento do registro fundado em título viciado, poder-se-á adotar a providência do art. 167, inc. I, n. 21, da Lei Federal 6.015/73, com a mesma finalidade. Aliás, o entendimento desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça é exatamente no sentido de autorizar a adoção da providência em questão, em hipóteses absolutamente excepcionais, valendo transcrever os seguintes precedentes:

"O 'bloqueio' da transcrição de origem, de modo condicionado, tal como ordenado no Juízo de origem, traduz, por outro lado, medida vulnerante da sistemática registrária. O 'trancamento' de matrículas ou transcrições, com a vedação da prática de quaisquer atos subseqüentes, é providência que tem sido admitida em casos excepcionais, como faculdade inerente aos poderes administrativos-correcionais dos Juízos Corregedores das Serventias Imobiliárias, quando vícios extrínsecos do registro (e não do título) recomendem, a bem do interesse público, a cessação do seguimento de atos que acendrem a insegurança registral e social" (cf. r. parecer proferido no Proc. CG 71.611/84, in - 1984/1985, RT, p. 171-173).

Como regra, vedação de tal natureza "é contrária à finalidade do registro" e "contraria até ao direito de propriedade, à medida que nega um de seus elementos caracterizadores" (sentença do Magistrado Dr. Narciso Orlandi Neto, *RDI* 14/147)" (parecer do MM. Juiz de Direito Dr. Aroldo Mendes Viotti, publicado nas *Decisões administrativas*, RT, 1988, p. 99-101).

E mais: "Nem se diga, por outro lado, que o bloqueio determinado é írrito e ineficaz por falta de previsão legal. Cuida-se de criação pretoriana para amenizar os efeitos drásticos do cancelamento, mas hipóteses de nulidade de pleno direito, ou para proteger direitos, dentro do poder real de cautela do Juiz. Aliás, por reiteradas vezes tem admitido o E. Conselho Superior da Magistratura a aplicação do bloqueio administrativo de matrículas imobiliárias (cf. ApCiv 4.094-0, São Vicente, relator o Des. Nogueira Garcez; ApCiv 5.479-0, São Roque, relator o Des. Aniceto Lopes Aliende; ApCiv 6.418-0, São Vicente, relator o Des. Sylvio do Amaral)" (parecer do MM. Juiz de Direito Dr. Kioitsi Chicuta, publicado nas *Decisões administrativas*, RT, 1988, p. 154-155).

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de dar provimento parcial ao recurso interposto pelo recorrente, reformando-se, em parte, a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente do 3.º oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e 3.º tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Campinas, para autorizar o desbloqueio das matrículas 122.007, 122.008, 122.009, 122.010, 122.011, 122.012, 122.013 e 122.014, da mesma unidade do serviço imobiliário. O mandado será expedido na origem.

Sub-censura.

São Paulo, 9 de fevereiro de 1999. Francisco Antônio Bianco Neto, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO - Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar e por seus fundamentos, que adoto, dou provimento parcial ao recurso interposto pelo recorrente, para autorizar o desbloqueio das matrículas 122.007, 122.008, 122.009, 122.010, 122.011, 122.012, 122.013 e 122.014, do 3.º oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e 3.º tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Campinas. Fica mantida, no mais, a r. decisão recorrida, adotados os mesmos fundamentos.

O mandado será expedido na origem.

São Paulo, 17 de fevereiro de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

REGISTRO DE IMÓVEIS. Pretensão de registro de desmembramento, sem o cumprimento do art. 18 da Lei Federal 6.766/79.

Ementa: Inadmissibilidade. Hipótese em que há desmembramento sucessivo, na medida em que objeto de uma matrícula, foi seccionado por área transmitida à Municipalidade, por destinação, dando origem ao descerramento de outras duas matrículas distintas. Ademais, patente a intenção de tangenciamento à lei do parcelamento do solo urbano, ante as proporções do desmembramento. Irrelevância da existência de autorização Municipal, bem como, da configuração ou não de eventual empreendimento imobiliário. Recurso improvido. Decisão mantida.

Proc. CGJ 780/99. Comarca de Atibaia (135/99-E).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

RELATÓRIO – Trata-se de recurso interposto, tempestivamente, por H.S.D. e outros, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Romeu Estevão Ramos, que julgou improcedente o pedido de dispensa do registro especial previsto no art. 18 da Lei Federal 6.766/79, para o desmembramento do objeto das matrículas 71.427 e 71.428, do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Atibaia.

Sustentaram os recorrentes o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão recorrida, porquanto o pedido de desdobro refere-se à necessidade de divisão entre os herdeiros, dos imóveis a eles transmitidos em virtude dos falecimentos de Haydee Pedroso Silva e Ângelo Silva. Assim, o presente pedido não visa, em nenhum momento, a tentativa de burla à lei de parcelamento do solo.

Ademais, aduziram que o imóvel original sofreu ação de retificação judicial, sendo constatado que tal era formado por duas glebas distintas. Aliás, a propositura foi necessária a fim de adequar a situação do imóvel à realidade existente, uma vez que devido à abertura de via pública, com transmissão de respectiva área à Municipalidade, o referido passou a ser formado por duas glebas distintas.

Além disto, o parcelamento não contraria o disposto na Portaria 02/97 da Corregedoria Permanente, que limita para dez (10) lotes o número máximo permitido para a dispensa do registro especial. Por fim, não se trata de empreendimento imobiliário, e sim de desdobro do imóvel, para fins de divisão entre os herdeiros.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

OPINO – Inconsistente o recurso, impondo-se a ratificação da r. decisão de primeiro grau. E isso porque é inviável o ingresso do desmembramento dos imóveis objeto das matrículas 71.427 e 71.428, do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Atibaia, sem o cumprimento do art. 18 da Lei Federal 6.766/79.

A hipótese, ora reexaminada sem sede recursal, é de parcelamento de imóvel, realizado sob a forma de desmembramento, nos exatos termos do art. 2.º, § 2.º, da Lei 6.766/79, com o aproveitamento do sistema viário já existente, não implicando na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação daqueles eventualmente presentes.

A negativa manifestada pelo oficial registrador é correta e deve prevalecer, porque encontra fundamento no item 150.4., do capítulo XX, do t. II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, editado com a finalidade de obstar expedientes ou artifícios que visem a afastar a aplicação da referida Lei Federal 6.766/79.

Pois bem, inadmissível a dispensa pretendida pelos recorrentes, quanto ao registro especial previsto no art. 18 da Lei Federal 6.766/79, ante os elementos de convicção produzidos nos autos. Ainda que não configurado eventual empreendimento imobiliário, constatou-se que há intenção velada de tangenciamento à lei que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, em face das proporções razoáveis do fracionamento, tendente a catorze (14) lotes na totalidade do desmembramento pretendido, mesmo com o aproveitamento do sistema viário já existente, em parte decorrente de uma situação favorável criada pelos próprios interessados.

Na verdade, ficou evidenciada a ocorrência de desmembramento sucessivo, na medida em

que o objeto da matrícula 68.662, do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Atibaia, foi seccionado por área transmitida à Municipalidade local, por destinação, dando ensejo ao descerramento das matrículas 71.427 e 71.428, do mesmo registro imobiliário. Registre-se, que a Av. 1/68.662 dá conta da existência de ação de retificação de registro imobiliário, onde se constatou que o objeto da referida matrícula, tendo em vista o seccionamento, por rua municipal, é formado por duas (02) glebas distintas, sendo a primeira com 7.971,00 m² e a segunda com 1.457,00 m² (matrículas 71.427 e 71.428, respectivamente).

Assim, impossível o pedido, prestigiando-se, por via de conseqüência, a r. decisão de primeiro grau. Cumprido o óbice, poder-se-á renovar a pretensão, que será submetida ao exame de qualificação do oficial registrador.

Pondere-se, finalmente, que o aparente rigorismo de tratamento do parcelamento do solo urbano é plenamente justificável e atende aos preceitos e finalidades maiores da Lei Federal 6.766/79. A anuência manifestada pela Municipalidade local, quanto aos projetos apresentados pelos recorrentes, para formalizar divisão entre herdeiros, com a descaracterização de eventual empreendimento imobiliário, também é irrelevante para o deslinde da questão, pois referida concordância apenas levou em consideração o momento e as condições presentes, naquilo que é do seu peculiar interesse. Verificando que a Lei Federal 6.766/79 tem finalidade precipuamente urbanística, além da proteção que se dá aos eventuais e futuros adquirentes, conclui-se que a manifestação do Poder Público não observou a hipótese concreta e o eventual impacto decorrente da implantação do desmembramento ora questionado.

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelos recorrentes, ratificando-se a r. decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do oficial de registro de imóveis, títulos e documentos, civil de pessoa jurídica e tabelião de protesto de letras e títulos da Comarca de Atibaia.

Sub-censura.

São Paulo, 14 de abril de 1999. Francisco Antônio Bianco Neto, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar, e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso, mantida a r. decisão recorrida.

Publique-se.

São Paulo, 20 de abril de 1999. Sérgio Augusto Nigro Conceição, Corregedor Geral da Justiça.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Adesão – contrato-padrão – loteamento e desmembramento, 165

Aposentadoria compulsória de notários e registradores – EC 20, 109, 190, 292

Arbitragem, 125

Arrematação – débitos condominiais – obrigações reais, 233

Arrematação – extinção da hipoteca, 239

Arrematação – compromisso anteriormente registrado – cancelamento, 226

Ausência – conceito, 135

Ausência – direito internacional privado, 140

Ausência – nomeação de curador, 141

Ausência – sucessão provisória, 141

Ausência – sucessão provisória – registro, 149

Ausência – usufruto vidual e direito real de habitação, 147

Autenticação de documentos eletrônicos, 94

Autenticação de firmas digitais – cibernotário, 90

Averbação de caução – hipoteca, necessidade – acordos com o Ministério Público, 304, 312

Averbação de logradouro – burla à lei 6.766/79, 47

Averbação notícia – procuração e cédula de identidade falsas, 303

B

Bens de domínio público – registro do loteamento, 43

Boa-fé – adquirente – fraude à execução, 129

Cancelamento administrativo de registro, 50, nota 25

C

Cancelamento administrativo de registro – dúvida registral, 226

Cancelamento administrativo de registro – loteamento – compromisso de compra e venda – mora, 252

Cancelamento de compromisso de venda e compra – registro de arrematação, 226

Cancelamento de registro e matrícula - Penhora – fraude à execução – ineficácia da alienação,

Capitanias hereditárias, 38

Casamento – ausência, 155

Caução – acordo ambiental – necessidade de hipoteca, 304, 312

Cédula de crédito industrial – hipoteca – penhora – execução fiscal, 230

Cédula de crédito industrial – penhora – insubsistência – execução trabalhista, 300

Cédula de crédito industrial – penhora trabalhista – conflito de competência – qualificação registral, 213

Cédula de crédito rural – hipoteca cedular – penhora, 290

Chácaras de recreio – parcelamento do solo urbano irregular – especialidade – unitariedade, 224

Cibernotário, 90

Citação – registro – boa-fé do adquirente, 129

Cláusula de inalienabilidade implica incomunicabilidade, 255

Cláusula restritiva de inalienabilidade – compromisso de compra e venda – sub-rogação, 249

Código Civil Peruano – reforma, 9

Competência – juízo administrativo X trabalhista, 213

Compromisso de compra e venda – cancelamento administrativo de registro – loteamento – intimação – mora, 252

Compromisso de compra e venda – cláusula de inalienabilidade anterior – nulidade, 249

Comunicados da CGJSP – eficácia – procuração e cédula de identidade falsas, 303

Condomínio – alteração da especificação – quórum, 314

Condomínio – débitos – arrematação – obrigação real, 233

Consumidor – contrato-padrão de loteamentos, 159

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – arbitragem, 180

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – benfeitorias – indenização, 174

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – cláusula de arrependimento, 169

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – cláusula de perda das quantias pagas, 169

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – cláusula mandato, 178

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – cláusulas obscuras, 178

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – foro, 179

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – indexação múltipla concorrente, 177

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – repasse de custos de obras de infra-estrutura, 175

Consumidor - Loteamento – contrato-padrão – taxa de juros – cláusula penal, 169

Consumidor – registro de parcelamentos, 64

Continuidade – bloqueio de matrícula, 308

Contrato-padrão – dúvida registrária, 173

Contrato-padrão – loteamentos – consumidor, 159

Contratos eletrônicos, 96

Criptografia assimétrica – firmas digitais e documentos eletrônicos, 71

D

Delegação – cassação – competência, 197

Delegação – notário e registrador – extinção, 122

Delegação – serviços notariais e registrais – competência, 197

Desafetação – áreas públicas – loteamentos - alteração, 184

Desafetação – áreas verdes e institucionais – inconstitucionalidade, 186

Desdobro – desmembramento sucessivo, 163

Desmembramento – contratos de adesão, 165

Desmembramento – meio ambiente – regularização municipal, 305

Desmembramento de imóvel rural – módulo, 161

Desmembramento sucessivo – desdobro, 163

Desmembramento sucessivo – dispensa do registro especial, 46

Desmembramento sucessivo – parcelamento irregular, 319

Direitos reais – *numerus clausus*, 34

Doação – promessa, 259

Doação antenupcial – pacto, 249

Doação em separação – necessidade de escritura pública – nulidade do registro – promessa de doação, 259

Doação inoficiosa – anulação, 247

Documentos eletrônicos e firmas digitais, 70

Dúvida – caráter administrativo, 226

Dúvida e impugnação ao registro de loteamento – distinções, 56

Dúvida registral – responsabilidade civil do registrador, 108

E

Embargos de terceiro – penhora – boa-fé – registro, 246

Enfiteuse – parcelamento do solo pelo foreiro, 52

Escritura – retificação – erro, 50. Vide nota 28

Escritura fraudulenta – ato anulável nas vias próprias – prevalência do registro – bloqueio de matrículas, 316

Escritura pública – doação em separação judicial, 259

Escritura pública – parcelamento do solo urbano, 164

Escritura pública – retificação para substituição do adquirente – inviabilidade, 312

Especialidade – unificação de matrículas, 310

Especialidade subjetiva, objetiva, de lugar, 49

Execução – fraude – penhora – matrícula cancelamento – ineficácia da alienação, 235

Execução extrajudicial – constitucionalidade, 125

Execução fiscal – cédula de crédito industrial – penhora, 280, 281, 285

F

Falsidade documental – averbação cautelar, 303

Fé pública, 121

Fideicomisso – sucessão provisória, 142

Firmas digitais e documentos eletrônicos, 70

Fraude a execução – boa-fé do adquirente, 129

Fraude à execução – ineficácia da alienação – bloqueio de matrícula, 308

Fusão de matrículas – especialidade, 310

G

Gleba – conceito, 45. Vide nota 18, 62

H

Habitação – direito real – ausência, 147

Herança – curador de ausente, 141

Herança – renúncia – doação – ITBI, 257

Herança jacente – ausência – sucessão provisória, 143

Hipoteca – caução em garantia de acordos com Ministério Público, 304, 312

Hipoteca – extinção por arrematação posterior, 239

Hipoteca – SFH – financiamento da construção – eficácia em face de terceiro adquirente – quitação do preço da venda, 240

Hipoteca – SFH – sub-rogação, 282

Hipoteca cedular – cédula industrial – execução fiscal, 280, 281, 285

Hipoteca cedular – cédula rural – impenhorabilidade, 290

Hipoteca cedular – execução trabalhista – insubsistência da penhora – cédula de crédito, 300

Hipoteca cedular – impenhorabilidade – execução trabalhista, 213

Hipoteca cedular – penhora – execução fiscal, 230

I

Imóvel rural – parcelamento – alteração de destinação, 161

Impenhorabilidade - cédula de crédito – hipoteca cedular - mandado judicial – qualificação registral, 213

Imposto *causa mortis* – morte presumida , 137

Impugnação e dúvida em registro de loteamento – distinções, 56

Inalienabilidade – cláusula restritiva – compromisso de compra e venda – sub-rogação, 249

Inalienabilidade implica incomunicabilidade, 255

Incomunicabilidade – cláusula de inalienabilidade, 255

Incorporação imobiliária – hipoteca – SFH – eficácia em relação a terceiro adquirente, 240

J

Juiz corregedor permanente – competência da autoridade administrativa – apreciação de pedido, 315

L

Lote – definição, 47

Loteamento – alteração, 183

Loteamento – alteração – concordância dos adquirentes, 186

Loteamento – atividade pública, 166

Loteamento – cancelamento – anuência dos adquirentes, 187

Loteamento – compromisso de compra e venda – cancelamento administrativo de registro, 252

Loteamento – contrato-padrão – arbitragem, 180

Loteamento – contrato-padrão – benfeitorias – indenização, 174

Loteamento – contrato-padrão – cláusula de arrependimento, 169

Loteamento – contrato-padrão – cláusula de perda das quantias pagas, 169

Loteamento – contrato-padrão – cláusula mandato, 178

Loteamento – contrato-padrão – cláusulas obscuras, 178

Loteamento – contrato-padrão – foro, 179

Loteamento – contrato-padrão – indexação múltipla concorrente, 177

Loteamento – contrato-padrão – repasse de custos de obras de infra-estrutura, 175

Loteamento – contrato-padrão – taxa de juros – cláusula penal, 169

Loteamento – restrições urbanísticas, 188

Loteamento irregular – bloqueio de matrícula, 224

Loteamento irregular – planta e memorial – retificação de registro, 315

Loteamento rural, 161

Loteamentos – contrato-padrão, 159

M

Matrícula – bloqueio, 50, nota 26

Matrícula – bloqueio – escritura fraudulenta – prevalência dos registros, 316

Matrícula – bloqueio – fraude à execução – ineficácia da alienação, 308

Matrícula – bloqueio – Parcelamento do solo urbano – fraude – alienação de fração ideal, 224

Matrícula – cancelamento – fraude à execução – ineficácia da alienação – penhora, 235

Matrícula – unificação – especialidade, 310

Meio ambiente – regularização de desmembramento pelo município – aprovação estadual, 305

Meio ambiente- Propriedade – restrições de uso – limitações urbanísticas, 220

Morte presumida – sucessão provisória, 136

N

Notariado do tipo latino – distinções, 117

Notário e registrador – funcionário público?, 117

Notários e registradores – aposentadoria compulsória, 109, 190

Notários e registradores – atividades, 103

Notários e registradores – natureza das atividades, 116

Notários e registradores – natureza jurídica da atividade, 104

Notificação eletrônica, 94

Nulidade de título – nulidade do registro, 50

Numerus clausus de fatos inscritíveis, 34

O

Obrigação real – condomínio – débitos – arrematação, 233

P

Pacto antenupcial – doação *propter nuptias*, 249

Parcelamento do solo rural – contrato-tipo – qualificação registral, 161

Parcelamento do solo urbano – aprovação: licença ou autorização?, 39, nota 5

Parcelamento do solo urbano – atividade pública, 166

Parcelamento do solo urbano – compromissário comprador loteador, 47

Parcelamento do solo urbano – controle administrativo urbanístico, 39

Parcelamento do solo urbano – desdobro – desmembramento sucessivo, 163

Parcelamento do solo urbano – dispensa do registro especial, 59

Parcelamento do solo urbano – enfiteuse, 52

Parcelamento do solo urbano – escritura pública, 164

Parcelamento do solo urbano – fraude – alienação de fração ideal – bloqueio de matrícula, 224

Parcelamento do solo urbano – impugnação – natureza jurídica, 55

Parcelamento do solo urbano – repasse dos custos de infra-estrutura, 64

Parcelamento irregular de solo rural para fins urbanos, 224

Parcelamento irregular do solo urbano – desmembramento sucessivo, 319

Penhora – alienação – fraude a execução, 133

Penhora – cédula de crédito industrial – execução fiscal, 280, 281, 285

Penhora – cédula de crédito industrial – execução trabalhista – insubsistência da constrição, 300

Penhora – cédula de crédito industrial - qualificação registral – mandado judicial – execução trabalhista, 213

Penhora – cédula de crédito rural – hipoteca cedular, 290

Penhora – eficácia do registro – embargos de terceiro – boa-fé, 246

Penhora – fraude à execução- ineficácia da alienação – cancelamento de registro e matrícula, 235

Penhora – hipoteca cedular – execução fiscal, 230

Penhora – natureza do registro, 43, nota 13

Posse e o parcelamento do solo urbano, 53

Princípio de inscrição, 42, nota 12

Promessa de doação – irregistrabilidade, 259

Propriedade – restrições de uso – limitações urbanísticas – meio ambiente, 220

Protesto contra alienação de bens – admissibilidade?, 108

Protesto judicial contra alienação de bens – averbação denegada, 228

Q

Qualificação registral – cláusulas de contrato padrão, 167

Qualificação registral – cláusulas de contrato-padrão – parcelamentos, 160

Qualificação registral – execução trabalhista – penhora – conflito de competência, 213

Qualificação registral – título judicial, 290

Qualificação registral – título judicial, 308

R

Reconhecimento de firma digital, 90

Registro – eficácia relativa, 43

Regularização de parcelamento – aprovação urbanística do Estado, 305

Renúncia à herança – doação – ITBI, 257

Responsabilidade civil do notário e registrador, 106

Restrições de uso – Propriedade – limitações urbanísticas – meio ambiente, 220

Restrições urbanísticas em loteamentos, 188

Restrições urbanísticas legais, 222

Restrições urbanísticas legais – uso do solo, 220

Retificação de escritura – substituição do titular de Domínio – inviabilidade, 311

Retificação de registro imobiliário – área maior, 237

S

Separação judicial – promessa de doação – reserva de usufruto – retratabilidade, 259

Serviços notariais e de registro – criação e extinção – competência, 197

Sesmarias, 38

Sistema Financeiro da Habitação – hipoteca – sub-rogação, 282

Sistema financeiro da habitação – incorporação imobiliária. Hipoteca – cancelamento – eficácia – terceiros adquirentes - compromisso de compra e venda, 240

Sucessão provisória – morte presumida – ausência, 135, 142

Sucessão provisória – registro, 149

T

Taxatividade dos atos de registro, 34

U

União estável – ausência, 155

União estável – usufruto vidual – ausência, 147

Unificação de matrículas – especialidade, 310

Urbanismo – controle registral, 41

Usucapião e o registro de parcelamentos do solo, 52

Usufruto – extinção, 286

Usufruto vidual – ausência, 147

Normas de publicação para os autores

1. Os trabalhos para publicação nos periódicos editados pela Editora Revista dos Tribunais *deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local.* Uma vez publicados pela editora, também poderão sê-lo em outros lugares desde que citada a publicação original.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas, acompanhados de prova impressa dos mesmos. Recomendamos a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato .RTF *(Rich Text Format)* que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.

3. Os trabalhos deverão ter entre 20 e 50 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *email*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo : RT, 1999.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* do mesmo (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações; 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva ...

7. **Deverão ser destacadas as palavras-chaves (palavras ou expressões que expressem as idéias** centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho. Vide exemplo:

PALAVRAS-CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; deliqüência econômica etc.)

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos em nossas revistas, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da revista. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

(dobre aqui)

Agora, invista em si mesmo: assine já as revistas especializadas RT e garanta o retorno em sucesso profissional

Para adquirir a assinatura de qualquer das nossas revistas, procure o livreiro de sua região ou preencha, destaque e envie agora mesmo este cupom (não é necessário selar).
Editora Revista dos Tribunais ▮ Rua do Bosque, 820 ▮ CEP 01136-000 ▮ São Paulo ▮ SP

Nome: _____

Endereço: _____ Bairro: _____

Cidade: _____ UF: _____ CEP: _____

CGC (MF)/CPF: _____ Insc. Estadual/RG: _____

Telefone: (___) _____ Fax: (___) _____

Data do pedido: _____

Preços e condições de pagamentos válidos para assinatura do ano de 1999

Assinaturas que deseja adquirir	Prazo de pagamento preferencial	
Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas	❑ à vista (R$ 140,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 48,00)
Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política	❑ à vista (R$ 140,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 48,00)
Revista Brasileira de Ciências Criminais	❑ à vista (R$ 140,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 48,00)
Revista de Direito Ambiental	❑ à vista (R$ 140,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 48,00)
Revista de Direito do Consumidor	❑ à vista (R$ 140,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 48,00)
Revista de Processo	❑ à vista (R$ 140,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 48,00)
Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais	❑ à vista (R$ 105,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 39,00)
Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo	❑ à vista (R$ 80,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 27,00)
Revista de Direito Imobiliário	❑ à vista (R$ 80,00)	❑ a prazo (1 + 2 de R$ 27,00)

TOTAL R$ _____

Assinale a forma de pagamento preferencial (para pagamentos à vista)

❑ Anexo cheque no valor de R$ _____ nominal à **Editora Revista dos Tribunais Ltda.**
_____ assinatura

❑ Débito no cartão de crédito no valor de R$ _____
Nome do cartão: ❑ Credicard/Diners ❑ Visa ❑ Amex/Sollo
n.º _____ validade: _____/_____
_____ assinatura

❑ Depósito bancário, sendo obrigatório o envio do comprovante pelo correio ou fax (011) 3107-5802. Favorecido: **Editora Revista dos Tribunais** Banco Itaú ▮ Agência 0177 ▮ Conta n.º 01705-0
_____ assinatura

Assinale a forma de pagamento preferencial (para pagamentos a prazo)

❑ Anexos 3 (três) cheques no valor de R$ _____ nominais à **Editora Revista dos Tribunais Ltda.**
_____ assinatura

❑ Débito no cartão de crédito no valor de R$ _____ (em três parcelas sem juros) • Nome do cartão: ❑ Credicard/Diners ❑ Visa
n.º _____ validade: _____/_____
_____ assinatura

cole aqui

05999-999 – São Paulo – SP

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
O SELO SERÁ PAGO POR

CARTA-RESPOSTA
NÃO É NECESSÁRIO SELAR

ICR 40-2385/83
UP - AG. CENTRAL
DR/SÃO PAULO

revistas especializadas

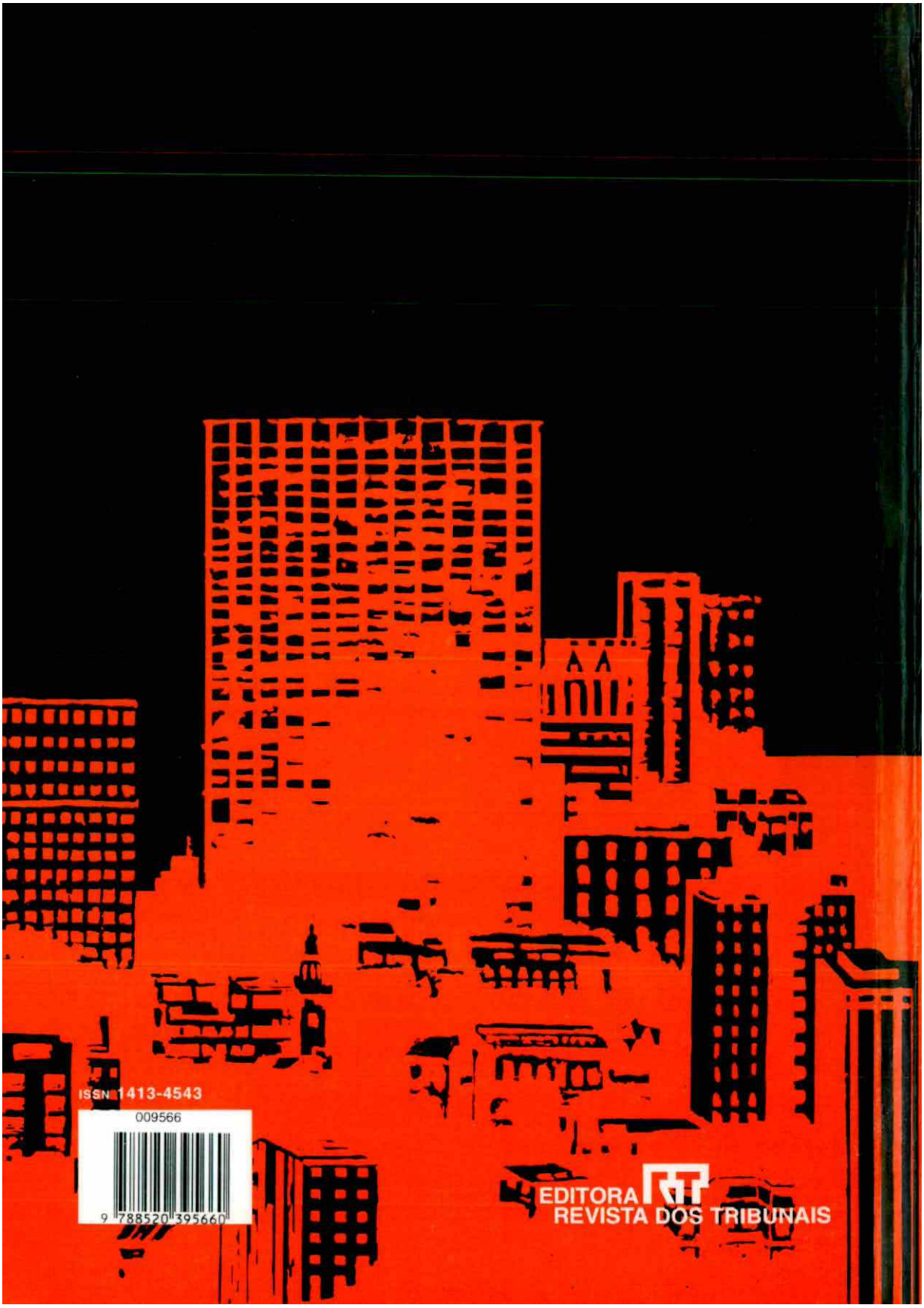
Revista de Direito Imobiliário

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

http://www.rt.com.br

Atendimento ao Consumidor

0800 11 2433



ISSN 1413-4543

009566

9 788520 395660

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS