

Revista de Direito das Comunicações – RDCom

Coords.: Ana Luíza Valadares Ribeiro
e Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli
Periodicidade: semestral

Revista de Direito do Consumidor – RDC

Coord.: Claudia Lima Marques
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito do Trabalho – RDT

Coord.: Domingos Sávio Zainaghi
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito Educacional – RDE

Coord.: Maria Garcia
Periodicidade: semestral

Revista de Direito Privado – RDPriv

Coords.: Nelson Nery Junior
e Rosa Maria de Andrade Nery
Periodicidade: trimestral

Revista de Processo – RePro

Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier
Periodicidade: mensal

Revista do Ibrac – RIBRAC

Coord.: Leonor Cordovil
Periodicidade: semestral

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP

Coord.: Elias Farah
Periodicidade: semestral

Revista Tributária das Américas – RTA

Coords.: Cristiano Carvalho e Reuven Avi-Yonah
Periodicidade: semestral

Revista Tributária e de Finanças Públicas – RTrib

Coord.: Edvaldo Pereira de Brito
Periodicidade: bimestral

EDITORAL 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR
Tel.: 0800-702-2433
www.rt.com.br

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO
RDI

ANO 34 • 71 • JULHO-DEZEMBRO • 2011

REPOSITÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA AUTORIZADO PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO.

Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário – Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português – Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto – Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram) – Mandato para incorporar como forma de mandato sem representação – Direitos reais no Código Civil de 2002: inovações – Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ – Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa – (Juris)prudência do registrador intérprete – Sistema registal francês – Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio – Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro – Restrições urbanísticas convencionais e conflito com a legislação municipal.

ISSN 1413-4543




EDITORAL 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

2011

71



REVISTA DE
DIREITO
IMOBILIÁRIO
RDI

ANO 34 • 71 • JULHO-DEZEMBRO • 2011

COORDENAÇÃO:
LUCIANO LOPES PASSARELLI
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

LICAÇÃO OFICIAL



EDITORAL 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

OUTROS PERIÓDICOS

Revista dos Tribunais – RT

Periodicidade: mensal

Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim

Coord.: Helena Regina Lobo da Costa
Periodicidade: bimestral

Revista Brasileira de Direito Desportivo – RBDD

Coords.: Luiz Felipe Guimarães Santoro
e Gustavo Normanton Delbin
Periodicidade: semestral

Revista de Arbitragem e Mediação – RArb

Coord.: Arnaldo Wald
Periodicidade: trimestral

Revista de Ciências Penais – RCP

Coord.: Luiz Regis Prado
Periodicidade: semestral

Revista de Direito Ambiental – RDA

Coords.: Eladio Lecey e Sílvia Cappelli
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB

Coord.: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Periodicidade: trimestral

Revista de Direito Brasileira – RDBras

Coord.: Vladimir Oliveira da Silveira
Periodicidade: semestral

Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI

Coord.: Maria Garcia
Periodicidade: trimestral

EDITORAL 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR
Tel.: 0800-702-2433
www.rt.com.br

The background of the cover is a light gray with a complex, abstract pattern of overlapping circles and fine, radiating lines, creating a sense of depth and movement.

REVISTA DE **DIREITO** IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 71 • jul.-dez. / 2011

COORDENAÇÃO EDITORIAL

LUCIANO LOPES PASSARELLI

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

editorial@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL

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

MEMBROS NATOS

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

CONSELHO FISCAL

Alex Canziani Silveira (PR); Inah Álvares da Silva Campos (MG); Pedro Jorge Guimarães Almeida (AL); Rosa Maria Veloso de Castro (MG); Rubens Pimentel Filho (ES).

CONSELHO DE ÉTICA

Ademar Fioranelli (SP); Nicolau Balbino Filho (MG); Oly Érico da Costa Fachin (RS).

REVISTA DE **DIREITO** IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 71 • jul.-dez. / 2011

Coordenação Editorial

LUCIANO LOPES PASSARELLI

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Publicação Oficial do

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

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

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 71 • jul.-dez. / 2011

Coordenação Editorial

LUCIANO LOPES PASSARELLI

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

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

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

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável

ANTONIO BELINELO

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

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso site
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2011]

Profissional

Fechamento desta edição: [14.12.2011]



IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



Av. Paulista, 1439, 9.º andar, Cj. 94 – Bela Vista
CEP: 01311-200 – São Paulo – SP
Tel. Fax 11 3289-3599 – 3289-3321 – 3289-3340
www.irib.org.br – editorial@irib.org.br

OUVIDORIA – ouvidoria@irib.org.br

FUNDADOR

JÚLIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Francisco José Rezende dos Santos (MG)

Vice-presidente: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR)

Secretário-geral: José Augusto Alves Pinto (PR)

1º Secretária: Kênia Mara Felipetto Malta Valadares (ES)

2º Secretário: Sérgio Busso (SP)

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

1º Tesoureiro: Ari Álvares Pires Neto (MG)

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

Diretor de Assuntos Internacionais: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ)

Diretor de Tecnologia e Informática: Flauzilino Araújo dos Santos (SP)

Diretor de Assuntos Agrários: Eduardo Agostinho Arruda Augusto (SP)

Diretor de Meio Ambiente: Marcelo Augusto Santana de Melo (SP)

Diretora Legislativa: Léa Emilia Braune Portugal (DF)

Diretor de Assistência aos Associados: Antônio Carlos Carvalhaes (SP)

Diretor Especial de Implantação de Registro Eletrônico: João Carlos Kloster (PR)

Diretor de Assuntos Estratégicos: Emanuel Costa Santos (SP)

CONSELHO DELIBERATIVO

Vice-presidentes: Sérgio Toledo de Albuquerque (AL); Stanley Queiroz Fortes (AM); Vivaldo Affonso do Rêgo (BA); Expedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Etelvina Abreu do Valle Ribeiro (ES); Clenon de Barros Loyola Filho (GO); José Wilson Pires Sampaio (MA); Roberto Dias de Andrade (MG); Miguel Seba Neto (MS); Haroldo Canavarros Serra (MT); Cleomar Carneiro de Moura (PA); Fernando Meira Trigueiro (PB); Miriam de Holanda Vasconcellos (PE); Maria Elizabeth Paiva e Silva Muller (PI); Ricardo Basto da Costa Coelho (PR); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN); Décio José de Lima Bueno (RO); João Pedro Lamana Paiva (RS); Gleci Palma Ribeiro Melo (SC); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP).

SUMÁRIO

FUNÇÃO ECONÔMICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS

1. Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário
LEONARDO BRANDELLI 13

DIREITO DE PROPRIEDADE

1. As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português
MADALENA TEIXEIRA 49
2. Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto
MÁRCIO RICARDO STAFFEN 77
3. Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram)
MARGARIDA COSTA ANDRADE 93
4. O mandato para incorporar como forma de mandato sem representação
NELSON LUIZ GUEDES FERREIRA PINTO 139
5. Direitos reais no Código Civil de 2002: inovações
RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS 155

PROCESSO CIVIL E REGISTRO IMOBILIÁRIO

1. Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ
JEFFERSON DOUGLAS SANTANA DE MELO 207

DIREITO REGISTRAL

1. Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa
AFONSO PATRÃO 241

2. A (juris)prudência do registrador intérprete	
MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES.....	305
3. O sistema registral francês	
MÔNICA JARDIM.....	323
4. Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio	
WILSON GÓMEZ RAMÍREZ.....	379
5. Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro	
EDUARDO AUGUSTO.....	387

TRABALHOS FORENSES

1. Restrições urbanísticas convencionais e conflito com a legislação municipal	
FÁBIO RIBEIRO DOS SANTOS	407

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGISTRO DE IMÓVEIS – Averbação – Ação civil pública ambiental – Demanda averbada, na matrícula do imóvel, como forma de informação sobre a real situação do empreendimento imobiliário	415

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – Cerceamento de defesa – Usucapião – Instrução probatória considerada desnecessária pelo magistrado	
• USUCAPIÃO – Imóvel particular – Parcelamento irregular.....	427
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI	

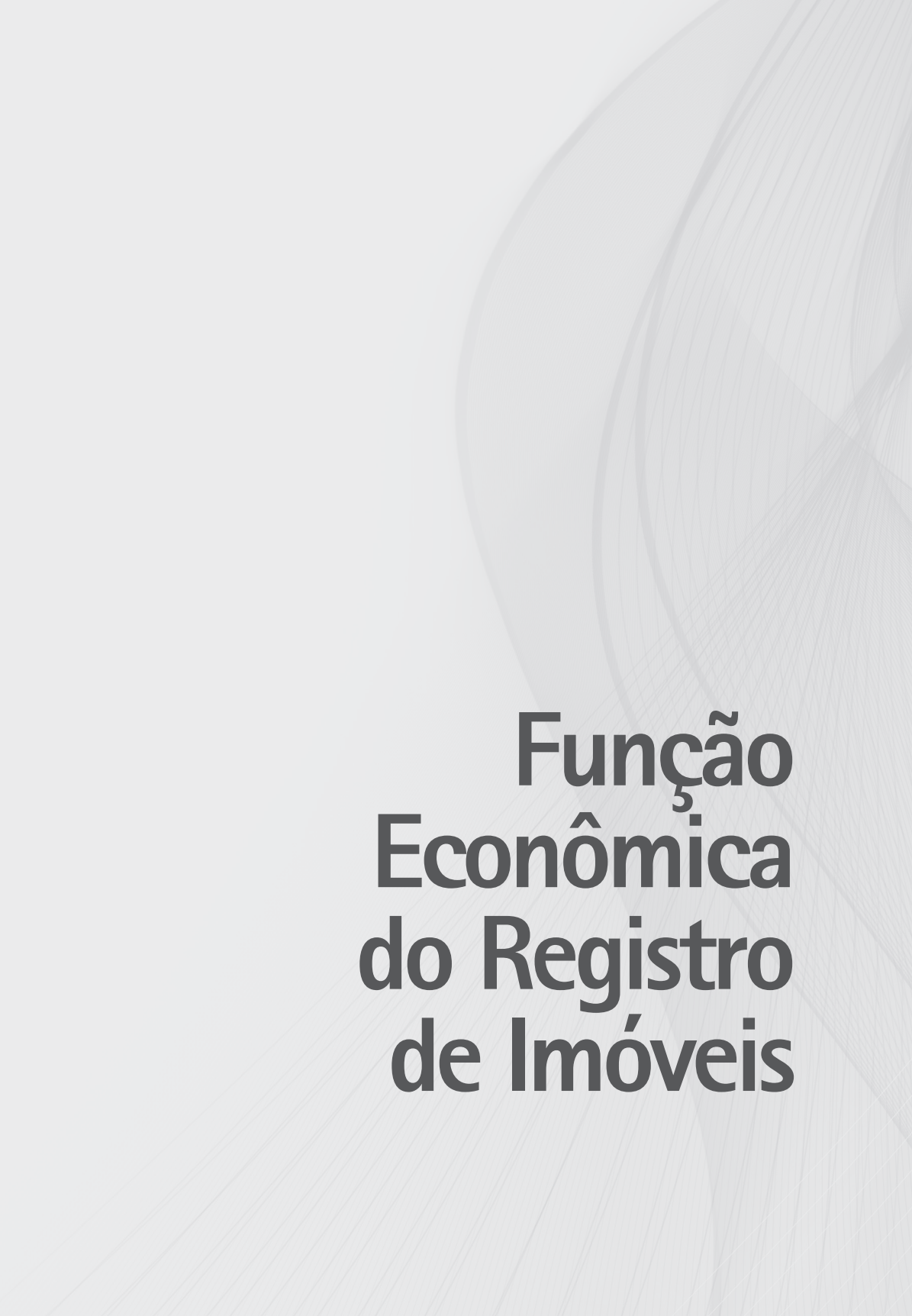
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

SOCIEDADE COMERCIAL – Bem imóvel – Transmissão dominial – Necessidade de escritura pública – Certidão da Junta Comercial que não é título hábil para transferência de bens imóveis, de uma sociedade, aos sócios que dela estão se retirando	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	433

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RIO GRANDE DO SUL

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Carta de arrematação – Não inclusão de certidão negativa ambiental referente ao alienante – Direito à propriedade do	

arrematante, ou adjudicante, que não pode ser obstaculizado por infração, ao meio ambiente, cometida pelo antigo proprietário Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	438
CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO	
REGISTRO IMOBILIÁRIO – Bem de família – União civil entre pessoas do mesmo sexo – Intenção registral, como solteiro, sem indicação da entidade familiar beneficiada e sem a anuência, no ato notarial, daquele com quem o requerente afirma manter união informal	443
REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial de registrar carta de adjudicação expedida em processo expropriatório amigável – Desapropriação que configura meio originário de aquisição da propriedade, sem embargo da consensualidade	451
PARCELAMENTO DO SOLO URBANO – Loteamento – Registro imobiliário – Controle formal de legalidade – Apresentação de certidão expedida por Secretaria Municipal de aprovação de loteamento, quando a lei municipal exige edição de decreto municipal	457
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO	
REGISTRO IMOBILIÁRIO – Escritura pública – Aditamento e ratificação, após ter ocorrido seu registro	460
ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO	469
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTURAL INÉDITA.....	475



Função Econômica do Registro de Imóveis



ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

1

LEONARDO BRANDELLI

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UFRGS. Professor Convidado de Direito Civil da Escola Paulista de Direito – EPD. Oficial de Registro de Imóveis no Estado de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Pretende-se no presente artigo analisar, com um viés econômico mas, sempre vinculado à sua importância jurídica, o contrato de financiamento imobiliário. Buscar-se-á caracterizar aludido contrato como uma instituição econômica, dentro da concepção da nova economia institucional, tornando possível perceber, assim, a importância da sua adequada tutela para o crescimento do mercado imobiliário. Com auxílio nos conceitos da teorias dos jogos, pretender-se-á, finalmente, perceber como tendem a atuar os agentes econômicos diante dos incentivos, ou desincentivos, fornecidos pelo ordenamento jurídico, diante de uma proteção forte, ou fraca, dos direitos do mutuante.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de financiamento imobiliário – *Law and economics* – Teoria dos jogos – Instituições econômicas.

RESUMEN: Se pretende en este artículo analizar con un visión económica, pero siempre con significado jurídico, el contrato de financiación inmobiliario. La ideal es caracterizar el contrato como una institución económica, en el diseño de la nueva economía institucional, por lo que es posible ver la importancia de su tutela para el desarrollo del mercado inmobiliario. Con la ayuda de la teoría de juegos, tendrá que entender por fin cómo los agentes tienden a actuar frente de los incentivos o desincentivos económicos previstos por la ley, frente una fuerte o débil protección de los derechos del acreedor.

PALABRAS CLAVE: Contrato de financiación inmobiliario – Derecho y economía – La teoría de juegos – Las instituciones económicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As instituições econômicas – 3. O contrato de financiamento imobiliário como instituição econômica – 4. Teoria dos jogos aplicada ao contrato de financiamento imobiliário: 4.1 Proteção fraca; 4.2 Proteção forte – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O contrato de financiamento imobiliário,¹ típico contrato de mútuo feneratício,² é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial, o qual é, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito, que tem na teoria dos jogos uma ferramenta de grande valor.

A interação entre mutuante e mutuário é escancarada. Desde as negociações prévias à celebração do contrato, até a execução contratual, há uma interdependência entre os agentes, em que as ações de um influenciam as do outro; há um *combate* de vontades em busca de seu entrelaçamento. Há, vale dizer, uma interação estratégica, um jogo, portanto.

Nesse quadro, a teoria dos jogos passa a ser um importante instrumento de análise do instituto jurídico do contrato de financiamento imobiliário, capaz de traçar um quadro explicativo das ações dos agentes, e, até mesmo, capaz de, eventualmente, prever as ações dos mesmos.

Tal panorama posto à disposição pela teoria dos jogos permite não apenas explicar os efeitos do instituto jurídico, mas também provocar certa alteração institucional, mais adequada aos fins que se pretenda alcançar.

Na medida em que o contrato de financiamento imobiliário é, sob certo ponto de vista econômico, uma instituição, a aplicação da teoria dos jogos pode ter também um viés no sentido de entender melhor os efeitos das normas estabelecidas sobre a interação entre os agentes, podendo sugerir alterações normativas eficientes.

Pretende-se no presente trabalho analisar isto: a interação estratégica entre mutuante e mutuário, no contrato de financiamento imobiliário, com vistas

1. Financiamento é a operação “em que um agente econômico recebe recursos com vistas a uma aplicação específica, como por exemplo a construção de uma unidade produtiva ou a aquisição de equipamentos” (SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do Século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 341)

Financiamento imobiliário, é, assim, o empréstimo de dinheiro para a finalidade específica de adquirir, construir, ou reformar, bem imóvel.

2. Mútuo feneratício é o contrato de empréstimo oneroso de coisa fungível, como dinheiro.

não apenas à autonomia privada que lhes é ofertada, mas também às normas jurídicas estabelecidas, com especial atenção ao nível de segurança jurídica por elas ofertado.

Não é objeto do presente trabalho a análise das regras das possibilidades de financiamento imobiliário (do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, Programa de Arrendamento Residencial – PAR, Consórcio Imobiliário etc.), mas sim, uma análise da tendência de comportamento dos agentes econômicos frente aos níveis de segurança jurídica ofertados pelo ordenamento jurídico em relação à proteção dos seus direitos, e à possibilidade de recuperação do capital mutuado bem como da remuneração entabulada.

Nesta análise, terá grande importância os incentivos, ou desincentivos, ofertados pela legislação, os quais têm grande influência sobre os agentes econômicos.

Desta forma, na primeira parte do trabalho, analisar-se-á, ainda que perfunctoriamente, a questão das instituições econômicas, e da sua importância e incidência sobre a ação dos agentes econômicos.

Num segundo momento, tratar-se-á de caracterizar o contrato, mais especificamente o de mútuo feneratício para aquisição, construção ou ampliação de imóvel, como uma instituição econômica, das mais importantes diga-se, para, num terceiro e último instante, aplicar a teoria dos jogos à interação dos agentes sob o manto da instituição caracterizada.

2. AS INSTITUIÇÕES ECONÔMICAS

A importância das instituições para a economia é patente.

O mercado, ao contrário do que pareceu à economia clássica, não é uma entidade que cresce e desenvolve-se naturalmente, mas é ele uma organização³ que precisa ser *cuidada*, tutelada, regulamentada, a fim de que possam ser minimizadas as falhas de mercado⁴ e possam, com isso, os agentes econômicos agir com segurança.

3. No dizer de Douglass C. North, as organizações são “grupos de indivíduos unidos por algum propósito comum para atingir certos objetivos” (*Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Part I, 1, I, locations 189-96).

4. No dizer de Fábio Nusdeo, são “cinco as principais, correspondendo à ausência de pressupostos que haviam lastreado a concepção liberal na sua formulação original”. Ei-las: falha de mobilidade, de transparência, de estrutura, de sinalização, e de incentivo (*Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 142).

O mercado necessita de regras que estabeleçam o que é possibilitado aos agentes econômicos fazer, estipulando direitos e deveres, fornecendo os incentivos adequados para as ações desejadas, e as punições adequadas para as ações indesejadas.⁵

O manejo adequado das instituições pode levar a uma redução das incertezas bem como dos custos de transação, os quais constituem sérios empecilhos ao desenvolvimento econômico.

A forma com que as instituições são postas aos agentes econômicos influenciam na tomada de decisão destes de forma importante. Elas afetam os incentivos e preferências dos agentes econômicos.

As instituições são as regras do jogo, que estabelecem o que podem, e o que não podem, os jogadores fazerem.⁶ São as normas que regulam a atividade dos agentes econômicos, conduzindo-os para determinado caminho.

Enquanto as instituições estabelecem, formal ou informalmente, o modo com que o jogo deve ser jogado (regras), os jogadores (organizações), por outro lado, buscam vencer o jogo de acordo com as regras estabelecidas, combinando aptidões, estratégias e coordenações, ora obedecendo as regras, ora desrespeitando-as.⁷

As principais instituições, que constituem a própria base da economia de mercado, são a propriedade e o contrato, a ponto de asseverar North que o desenvolvimento econômico das nações está bastante vinculado à forma como os direitos de propriedade são definidos e aplicados.⁸

Não é possível a existência de uma economia de mercado sem que haja um direito de propriedade privada estabelecido e assegurado, da mesma forma que

5. Veja-se nesse sentido a lição de Anuatti Netto: “Os mercados são convenções sociais regidas por leis gerais, basicamente aquelas que estabelecem os direitos de propriedade e troca entre indivíduos, e também por estatutos específicos instituídos com o objetivo de restringir ou ampliar o conjunto de transações possíveis para determinados bens ou serviços” (REGUEIRA, Krongnon Wailamer de Souza. *O setor imobiliário informal e os direitos de propriedade: O que os imóveis regularizados podem fazer pelas pessoas de baixa renda dos países em desenvolvimento*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, UFPR, 2007. p. 29).

6. Ver: NORTH, Douglass C. North. Op. cit., locations 150-57.

7. Daí a importância de as instituições preverem punições adequadas, a fim de desestimular comportamentos oportunistas. Veja-se a respeito Douglass C. North. Op. cit., Part I, 1, I.

8. Krongnon Wailamer de Souza Regueira. Op. cit., p. 20.

se faz necessário o exercício de autonomia privada para que as partes possam intercambiar os direitos de propriedade.

Importante observar que para que possam ser consideradas instituições econômicas, e prestarem-se, portanto, à redução das incertezas e dos custos de transação, as regras devem ser estáveis.⁹

Os jogadores precisam de regras claras, que se perpetuem no tempo por períodos adequados, e que sejam aplicadas, de modo a poderem tomar decisões de maneira eficiente.

A definição eficiente das instituições (de maneira clara e estável, incentivando alocações eficientes de recursos e desestimulando atitudes oportunistas) conduzirá os agentes a atitudes eficientes.¹⁰ O contrário também é verdadeiro.

Deste modo, a alteração institucional pode ser utilizada para conduzir os agentes na direção de algum caminho eficiente em particular.

A segurança deve ser o primeiro intento a ser buscado pelas instituições.

A alocação de recursos pelos agentes econômicos requer um determinado nível de segurança, de modo que instituições eficientes garantirão tal patamar mínimo. A sua falta levará os agentes a não alocarem seus recursos em determinados ativos, ou a exigirem uma recompensa bastante alta para o fazerem.

Nesse sentido, para que alguém, por exemplo, celebre um contrato de mútuo, de dinheiro com outrem, ou haverá segurança suficiente de que o dinheiro

9. Regras “não estáveis, que são alteradas discricionariamente ou que não são obedecidas, não preenchem o requisito de reduzir a incerteza e, dessa forma, não se qualificam como instituições” (SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Brasília. Mudanças institucionais. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 238-239).

10. Eficiência, em economia, é termo que comporta inúmeras acepções. Assim, pode referir-se, por exemplo, à maximização dos ganhos e minimização dos custos. Do ponto de vista contratual, significa “o uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos”. Geralmente são utilizados dois critérios para a análise econômica da eficiência: o da eficiência de Pareto, e a de Kaldor-Hicks. A eficiência de Pareto “é aquela situação em que não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente”. A eficiência de Kaldor-Hicks, por seu turno, leva em conta a soma dos efeitos líquidos de todos os agentes, não analisando a situação individualmente. Assim, segundo a eficiência de Kaldor-Hicks, “se uma situação gera um excedente total maior do que outra – isto é, o ganho dos vencedores excede o prejuízo dos perdedores –, ela é vista como mais eficiente que a outra” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120-124).

será retomado em caso de inadimplemento (seja através da garantia geral dada pelo próprio patrimônio do devedor, seja por alguma garantia extra, real ou fidejussória), ou haverá a estipulação de juros numa monta que compense o risco gerado pela insegurança. Caso contrário não haverá celebração de contrato.

A segurança absoluta não é exigida, por ser, ora impossível, ora tão custosa a ponto de impedir o negócio. Exige-se sim a garantia de uma segurança mínima,¹¹ que possa servir de incentivo aos agentes econômicos, fornecendo-lhes conforto suficiente para a alocação de recursos de maneira eficiente.

As instituições devem ser, assim, claras, bem definidas, e dotadas de um *enforcement* adequado, que permita aos agentes nelas confiar. Só assim haverá segurança para os agentes alocarem recursos de maneira eficiente, com patamares de risco aceitáveis.

Ademais da segurança, os custos de transação são outro elemento primordial a ser computado na realização de negócios pelos agentes econômicos.

Ao contrário do que supunha a economia clássica,¹² a ida dos agentes ao mercado, a realização de transações pelos agentes econômicos, raramente (se não nunca) podem ser isentas de custos, custos esses que constituem o principal óbice à realização da transação.

Os custos de transação são aqueles nos quais incide o agente para ir ao mercado. São os custos de negociar, buscar informação, redigir, *enforcement* etc.¹³

A existência dos custos de transação decorre especialmente da existência de três fatores: “restrição de racionalidade, oportunismo e ativos específicos que passarão a comandar a conduta dos agentes no sistema econômico”.¹⁴

11. O mercado requer um nível suportável de insegurança, que possa ser considerado integrante das áleas negocial.

12. O conceito de racionalidade plena, de agentes que têm todas as informações necessárias, e o de mercado perfeito, isento de falhas, levavam a uma situação em que custos de transação não eram considerados. Porém, a realidade dos agentes com racionalidade limitada, que precisam buscar informações, as quais são geralmente assimétricas, e o mercado com falhas que afetam aos agentes, tornam os custos de transação um elemento de importância vital para o mercado.

13. Lecionam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, que os custos de transação compreendem a realização de cinco atividades: a busca pela informação, a atividade de negociação, a realização e formalização dos contratos, o monitoramento dos parceiros contratuais, e a correta aplicação do contrato (Op. cit., p. 62).

Veja-se, a este respeito, também: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 92.

14. CARRARO, André. *Propriedade intelectual e a teoria dos jogos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. p. 31.

O papel das instituições, é buscar a diminuição dos custos de transação, principalmente através da disponibilização de informação que reduza a assimetria informativa a um ponto tolerável, da oferta de segurança, e da confecção de um *enforcement* eficiente que desestimele atitudes oportunistas.¹⁵

A busca de informação necessária para a realização da transação, diante da assimetria informativa existente entre as partes, se não for tutelada institucionalmente, poderá resultar em algo extremamente custoso e que poderá inviabilizar a transação, seja pelo custo, seja pela insegurança de não se saber se está de posse das informações necessárias.¹⁶

Por serem os agentes econômicos dotados de uma racionalidade limitada, precisam despendar tempo e custos buscando informações necessárias para a melhor alocação de recursos.

Assim como ocorre com a segurança, a não posse de tais informações ou levará à não concretização da transação, ou à exigência de um bônus demasiado alto.

Um *enforcement*¹⁷ adequado é algo que também deve ser servido pelas instituições, através de regras aplicadas efetivamente.¹⁸

De nada servem regras claras se não forem cumpridas; se permitirem o seu desrespeito sem punição adequada. Isto incentivaria os agentes econômicos a

15. “O princípio básico para entender a economia dos custos de transação é que as instituições econômicas são desenvolvidas com o objetivo de minimizar os custos de transação” (CARRARO, André. Op. cit., p. 31).

16. Neste ponto da oferta de informação e redução da assimetria informativa, em negócios imobiliários, tem o Registro de Imóveis um papel relevante a desempenhar. Veja-se a respeito: GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. A função econômica dos sistemas registraes. RDI 53/13-34. GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de credito hipotecário. RDI 61/155-193. ARRUÑADA, Benito. *La contratación de derechos de propiedad: Un análisis econômico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2004. p. 191.

17. É o “fazer valer” os direitos. São os mecanismos dados pelas instituições para o fim de tornar efetivos os direitos e fazer com que se imponham em caso de afronta. Veja-se: ARRUÑADA, Benito. Op. cit., p. 37 e ss.

18. Importante perceber aqui, que instituições que forneçam proteção aos direitos de propriedade e *enforcement* adequado, implicam também em custos de transação. Tais custos devem ser inferiores aos custos que incidiriam diante da ausência de tais instituições, bem como não podem ser tão elevados a ponto de inviabilizarem os negócios jurídicos. Este ponto de equilíbrio deve ser buscado também pelas instituições.

comportamentos oportunistas,¹⁹ que seriam mais eficientes do que o respeito às regras.²⁰

Se houver a pretensão, por exemplo, de estimular-se o mercado de crédito, instituições que permitam revisões ideológico-individuais de tais contratos por Magistrados, gerando incerteza aos agentes econômicos sobre o cumprimento dos contratos livremente entabulados, terão um efeito nefasto, de desestímulo.²¹

As instituições são, desta forma, as regras que orientam o mercado, e que podem ser eficientes, bem conduzindo os agentes econômicos para atividades eficientes – por meio de incentivos que estabeleçam recompensas à prática de atividades desejadas e penalizações para as atividades oportunistas, indesejadas –, ou mal conduzindo-os para atividades oportunistas – por não fornecer os incentivos adequados para a prática das atividades desejadas, bem como por não penalizar (ou até mesmo incentivar) as atividades oportunistas.

E disto depende, em boa parte, o desenvolvimento econômico.

3. O CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Como foi dito, duas são as instituições basilares na economia: a propriedade e o contrato.

Tais instituições estão na base da existência de uma economia de mercado e, desta forma, as suas variações têm uma grande influência sobre os agentes econômicos.

19. Comportamento egoísta, alheio às regras do jogo.

“Um sistema de leis confuso e lento abriria margem para o comportamento oportunista. Alguns agentes, aproveitando-se da ineficiência jurídica ou de uma fiscalização negligente, poderiam adotar o comportamento egoísta sem se importar com a legislação, pois saberiam que poderiam obter ganhos econômicos com tal *modus operandi*” (REGUEIRA, Krongnon Wailamer de Souza. Op. cit., p. 38).

20. A esse respeito, alerta Krongnon Wailamer de Souza Regueira que:

“A configuração das instituições é decisiva para determinar em que grau os custos de transação diferem entre economias. Espera-se que nos países subdesenvolvidos, cujas leis nem sempre estão bem definidas, sistemas judiciários lentos e ineficientes, que desrespeitam os contratos celebrados, os custos de transação sejam consideravelmente mais elevados” (REGUEIRA, Krongnon Wailamer de Souza. Op. cit., p. 28).

21. Veja-se: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 221 e ss.

Sem elas não há economia de mercado. A ausência de propriedade privada, apta a ser negociada, e de contrato, que possibilite a circulação da propriedade,²² causa a ausência mesmo de uma economia de mercado.

O contrato é o instituto jurídico apto a dar vazão aos desígnios econômicos de circulação de ativos.

Tais desígnios serão tão mais alcançados de maneira eficiente quanto mais eficientes e claras forem as regras estabelecidas, e robustos os equipamentos de *enforcement* existentes.

Regras imprecisas e inseguras farão com que os agentes não aloquem recursos de maneira eficiente – v.g., regras inseguras sobre juros bancários farão com que as instituições financeiras diminuam a oferta de crédito, ou aumentem a compensação (leia-se, juros) para fazê-lo, de modo a compensar o risco existente –,²³ da mesma forma que a inexistência de instituições que assegurem o cumprimento dos pactos fomentará atitudes oportunistas – a possibilidade de revisão ideológica dos contratos por parte do Judiciário, por exemplo, estimulará o inadimplemento oportunista dos mutuários.

A regulamentação institucional é fundamental para condução dos agentes em direção a atitudes desejadas, sem o que, cada indivíduo buscará tão somente maximizar o seu bem-estar de maneira ilimitada, ainda que em detrimento dos demais indivíduos.

Daí um sistema legal confuso e lento propiciar um comportamento oportunista, no qual se transforma as falhas institucionais em ganhos econômicos,²⁴ gerando ineficiência.

Ademais, o contrato²⁵ é por natureza incompleto,²⁶ de modo que o preenchimento deste vácuo pelas instituições é fundamental para a busca de eficiência.

22. No dizer de Fernando Araújo, “os contratos, como simples negócios bilaterais, são as ‘moléculas’ componentes do próprio mercado” (*Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 37).

23. Veja-se, exemplificativamente, a respeito: SADDI, Jairo. Op. cit., p. 240 e ss.; CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Poder Judiciário e crédito: Aplicação da teoria dos jogos. Disponível em: [www.unifor.br/notitia/file/3370.pdf]. Acesso em: 08.01.2010.

24. Krongnon Wailamer de Souza Regueira. Op. cit., p. 38.

25. Ao menos os de execução continuada ou diferida.

26. A incompletude contratual consiste na impossibilidade de haver previsão no contrato de todas as possibilidades futuras que envolverão as partes na relação contratual, e assim regulamentá-las. Tal incompletude pode ser deliberada, porque o contrato completo teria um custo proibitivo, ou estrutural, porque há sempre uma margem de

É de perceber-se, ainda, que a massificação social, e a consequente impessoalidade por ela gerada, é característica importante das relações jurídicas atuais, e que tem profundas implicações no mundo contratual.

A impessoalidade reduz a confiança entre as pessoas, desconhecidas que são entre si, e aumenta a possibilidade de comportamentos oportunistas (entre estranhos), de modo que as instituições assumem, nesse quadro, um papel extremamente relevante na substituição da confiança na pessoa com quem se contrata pela confiança nas regras e no *enforcement* sobre a contratação (vale dizer, pela confiança nas instituições).

Nesse diapasão é que se deve visualizar o contrato de financiamento imobiliário.

As instituições financeiras, ademais de outras questões econômicas e financeiras extremamente importantes,²⁷ serão incentivadas, ou não, a levarem seus bens ao mercado de financiamento imobiliário, conforme for o conteúdo das regras estipuladas.

Regras pouco claras, que não defendam o direito do proprietário, ou que protejam excessivamente o direito do não proprietário, farão com que os bens ou não sejam levados ao mercado de mútuo feneratício para fins imobiliários, ou, se o forem, com que haja a exigência de uma remuneração excessivamente alta, a fim de compensar a insegurança jurídica reinante.²⁸

Igualmente, a falta de um *enforcement* adequado, apesar da existência de regras claras e satisfatórias, esvaziará o mercado de financiamento ou fará aumentar os preços.

O mercado de financiamento imobiliário é bastante regulamentado, de modo que as instituições têm aqui um papel tradicionalmente importante, incentivando ou desincentivando a oferta.²⁹

incerteza presente nas relações contratuais não instantâneas (ARAÚJO, Fernando. Op. cit., p. 147 e ss.).

Lecionam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau que “tous les contrats sont donc nécessairement incomplets, mais ils le sont à des degrés variables” (*Analyse économique du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 378).

27. Como, por exemplo, a obrigatoriedade de levar certo percentual dos depósitos em caderneta de poupança para o financiamento imobiliário.

28. Observa, neste ponto, Krongnon, que a “redução da incerteza não apenas torna possível o aumento do volume negociado, como também valoriza os ativos envolvidos na transação” (Op. cit., p. 50).

29. “It follows that law is unnecessary and undesirable where bargaining succeeds, and that law is necessary and desirable where bargaining fails” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 85).

Se acaso o legislador pretender aumentar a oferta de crédito imobiliário disponível, e fazer, assim, com que certo volume de capital, bem como inúmeros imóveis, cumpram sua vocação econômica, em atenção até mesmo ao direito constitucional de habitação, dever-se-á dar, na legislação, incentivos adequados para tanto.

Nesse sentido, a legislação financeira, se pretender fomentar o mercado de financiamento imobiliário e baratear o preço do dinheiro (vale dizer, do *spread* bancário), deve atuar na direção de proporcionar segurança através de regras claras e estáveis, e que protejam, além dos legítimos direitos dos mutuários, os direitos dos mutuantes, não permitindo ademais atuações ideológico-judiciais na revisão de negócios jurídicos livremente pactuados pelas partes.

Além disso, deve o legislador criar instituições que diminuam os custos de transação, seja facilitando a obtenção de informações necessárias à celebração do negócio,³⁰ diminuindo a assimetria informativa, seja facilitando a instrumentalização negocial,³¹ seja ofertando um *enforcement* eficiente para as partes em caso de descumprimento das obrigações avençadas, através de garantias eficientes, e através de uma atuação judicial eficiente.

Se não houver garantia de cumprimento das promessas, não haverá eficiência, porque haverá estímulo a comportamentos oportunistas.³²

Não basta assim que crie o legislador regras claras para o mercado financeiro, as quais protejam devidamente os direitos do mutuante, de modo a incentivá-lo a ir ao mercado. É preciso que as regras sejam cumpridas; é preciso que os agentes creiam que em caso de inadimplemento as punições serão aplicadas;

Sobre o papel da legislação na seara contratual, veja-se: ARAÚJO, Fernando. Op. cit., p. 105 e ss.

30. Através de uma instituição registral imobiliária eficiente, por exemplo. Veja-se: GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. A função econômica dos sistemas registraes... cit., p. 13-34.
31. A facilitação negocial, não necessariamente implica em total falta de solenidade, uma vez que em alguns casos, uma solenidade de intervenção estatal *a priori*, através da instituição notarial, por exemplo, pode garantir a livre manifestação de vontade das partes, e a juridicidade do negócio, facilitando o *enforcement* contratual. Quer-se aqui dizer com facilitar a instrumentalização do negócio, que o Estado deve permitir a manifestação de vontade das partes, intervindo nesta manifestação de vontade (proibindo cláusulas, determinando etc.) somente em casos de real necessidade, e atento aos efeitos econômicos de tais intervenções.
32. “A natureza do contrato é a promessa de cumprimento recíproco (...). Só há eficiência em uma economia quando é possível assegurar que tais promessas serão cumpridas” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Op. cit., p. 113).

é preciso que haja uma aplicação do direito posto em bases racionais, e não ideológico-individuais, mutáveis ao sabor das convicções de cada aplicador.

Nesse senso, uma legislação que não assegure garantia aos direitos do mutuante, fazendo com que corra ele o risco sério de, em caso de inadimplemento por parte do mutuário, não conseguir retomar o dinheiro financiado em um prazo razoável, ou não conseguir ver-se ressarcido dos valores que lhe são devidos, teria o condão de tornar muito elevados os custos de transação, e, por conseguinte, afastar os agentes financeiros do mercado de crédito imobiliário (e quiçá também os tomadores do financiamento, em razão do provável aumento do preço).

Também de pouco serviria uma legislação eficiente, que assegurasse claramente os direitos dos mutuantes, prevendo retomadas rápidas de capital, se não houvesse uma crença de que tais regras seriam realmente aplicadas pelo Poder Judiciário.

Um contrato de financiamento imobiliário eficiente está calcado em regras que protejam as obrigações entabuladas negocialmente, que forneçam garantias que cumpram seu papel, e que vedem decisões ideológicas, calcadas na *vontade* do julgador.

Uma decisão, por exemplo, que revisasse ideologicamente algum contrato de financiamento imobiliário, ou que não levasse a termo a consecução de alguma garantia hipotecária sob a boa intenção de manter o devedor debaixo de um teto em atenção ao direito constitucional de habitação (mal interpretado), passando ideologicamente para o mutuante uma obrigação que não é sua, e despiando ilicitamente o mutuante do produto de seu trabalho, teria o efeito de prejudicar todos os demais mutuários, uma vez que os agentes financeiros não mais submeter-se-iam a tal situação, insegura, ou afastando-se do mercado de financiamento imobiliário, ou exigindo um *spread* maior, que compensasse o aumento do risco assumido.³³

4. TEORIA DOS JOGOS APLICADA AO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

A teoria dos jogos é uma teoria filosófica que foi modelada pelos matemáticos para facilitar a explicação de estratégias a que as pessoas recorrem nas suas interrelações quando a ação de uma delas provocar reação de outra(s), largamente usada em economia, e que começa a ser utilizada também para as ciências sociais.

33. Ver: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Op. cit., p. 113.

Trata-se de um instrumento apto a analisar situações de interação estratégica³⁴ (chamadas de *jogos*) entre seres racionais, a fim de compreender, ou mesmo antecipar, as tomadas de decisão dos jogadores.

Nas situações em que a decisão de alguém depende da decisão de outrem, em que as decisões de dois ou mais agentes afetam-se mutuamente, estaremos diante do que se convencionou chamar de *jogo*.

A teoria dos jogos trata da interação estratégica entre seres racionais, ainda que dotados de uma racionalidade limitada, como sói ser o ser humano.

Quer a racionalidade dizer que os jogadores são entes que buscam a maximização dos seus benefícios, dentro das regras do jogo – ou mesmo fora delas, se isto for mais eficiente, diante de instituições que não coíbam atitudes oportunistas.

Porém, não são perfeitamente racionais os seres humanos, como pensou a economia clássica, mas sim dotados de uma racionalidade limitada, imperfeita, uma vez que não têm acesso a toda informação possível, e, ainda que tivessem, a análise das informações estaria sujeita às influências cognitivas prévias, emocionais, religiosas e psicológicas que afetam aos seres humanos.

Ademais, o *enforcement* sobre as regras do jogo exerce uma forte influência sobre os jogadores, que poderão adotar estratégias eficientes mas oportunistas ou, ao contrário, estratégias não eficientes por imposição das regras, as quais, em ambos os casos, poderão, eventualmente, não ser racionais.

Não é possível saber-se, enfim, com total precisão, quais ações serão adotadas pelo outro jogador, uma vez que dotado de uma racionalidade limitada. Porém, pode-se ter uma ideia bastante próxima da realidade, útil, e que se confirmará no mais das vezes.

Desta forma, permite a teoria dos jogos modelar³⁵ a realidade de um determinado jogo, isolando as características que mais importam, e abstraindo as demais, e obtendo-se, assim, um panorama bastante útil das decisões que devem ser tomadas pelos jogadores.

34. Segundo Ronaldo Fiani, uma situação de interação estratégica “é aquela em que os participantes, sejam indivíduos ou organizações, reconhecem a interdependência mútua de suas decisões” (*Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 2).

35. Um modelo econômico é uma “representação muito simplificada de uma realidade infinitamente mais complexa”, e que serve “como um guia eficiente para o entendimento de fenômenos da vida econômica, empresarial e social” (FIANI, Ronaldo. Op. cit., p. 43).

Pretende-se neste ponto, examinar a interação estratégica que se passa entre mutuante e mutuário de financiamentos imobiliários, a fim de analisar como decidirão tais jogadores de acordo com os incentivos (ou com a falta deles) dados institucionalmente.

Assim, quer-se analisar que decisões serão tomadas pelas partes no caso de uma proteção institucional forte dos interesses do mutuante, bem como no caso de uma proteção fraca de tais interesses, a fim de verificar, de acordo com a teoria dos jogos, qual deveria ser a orientação do legislador com vistas aos objetivos que pretenda alcançar.

4.1 *Proteção fraca*

Entende-se por proteção fraca dos direitos do mutuante a situação institucional em que se tenha insegurança *ex ante* ou *ex post* a respeito dos interesses do mutuante.

Trata-se, pois, da situação em que, ou haja confusão legal sobre as regras que regulam o jogo do financiamento imobiliário, ou haja dirigismo contratual contrário aos interesses do mutuante (como, v.g., fixação de limites de juros), ou não haja garantias eficientes, ou não haja *enforcement* adequado em caso de descumprimento das regras etc.

É a situação para a qual tende a legislação atual, conforme se verá, o que tolhe o desenvolvimento econômico pátrio.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, há uma série de situações que tornam fraca a proteção dos interesses do mutuante.

As instituições jurídicas não conferem segurança adequada aos mutuantes, no sentido de garantir-lhes o direito de propriedade e o cumprimento do pactuado, isto é, a recuperação do capital mutuado com a remuneração estabelecida, e eventuais gravames decorrentes de mora. Também não conferem segurança em relação ao tempo de execução em caso de inadimplemento, e nem mesmo quanto às garantias concedidas.

A concessão de um financiamento imobiliário sem garantia (além da garantia geral consistente no patrimônio do devedor) é algo impensado e inexistente na prática.

Implica em um risco enorme, com franca possibilidade de haver um comportamento oportunista por parte do mutuário, visto não haver uma garantia confiável, e nem um *enforcement* adequado para o caso de inadimplemento (eis que o direito pátrio contém um sem número de possibilidades para o devedor inadimplente, como a impenhorabilidade do bem de família, inúmeros recursos protelatórios, créditos superprivilegiados etc.), e em caso de não pagamen-

to, o mutuante teria uma probabilidade grande de ter um prejuízo considerável, e uma possibilidade remota de conseguir ressarcimento.

É o caso clássico de proteção fraca, no qual se esperaria que o mutante não concedesse o financiamento, uma vez que o risco não compensaria o ganho (juros remuneratórios), salvo se o valor dos juros fosse tão alto, e a análise patrimonial do mutuário fosse bastante positiva, e se houvesse uma confiança pessoal vultuosa (inesperada em um mundo de relações massificadas), a ponto de passar a compensar o risco.

Assim, todo financiamento exige, para o bem do mutuante (e também dos mutuários, uma vez que as garantias permitem a baixa dos juros), alguma garantia especial, as quais, entretanto, são em regra inseguras em nosso ordenamento jurídico.

Algumas pela sua própria natureza, outras por força de uma degradação legal ou jurisprudencial.

A garantia fidejussória da fiança, por sua natureza, não é segura, uma vez que não incide sobre algum bem específico, consistindo o patrimônio do fiador na garantia do pagamento, de maneira que reclama que se faça uma análise criteriosa acerca da situação patrimonial dos garantidores, por meio do levantamento de uma série de certidões que atestem a situação pessoal (de protestos, feitos ajuizados na justiça estadual e federal, comum e especial, negativas de tributos, etc.) bem como a situação dos bens (registro de imóveis, Detran etc.).

Aqui não há segurança, porquanto, no sistema jurídico brasileiro, jamais será possível conhecer a situação patrimonial verdadeira (poderá haver uma ação trabalhista, na qual uma penhora seja iminente, por exemplo, na Comarca de Manaus, onde não se pesquisou em razão de residir o garantidor em São Paulo), ademais de a situação patrimonial do garante poder ser alterada logo após a aceitação da garantia, já que não há a vinculação jurídica de nenhum bem.³⁶

O certo é que todo financiamento imobiliário leva, na *práxis*, como garantia, o próprio imóvel beneficiado pelo financiamento, seja através de hipoteca, seja através de propriedade fiduciária em garantia.³⁷

36. Neste caso, da dilapidação patrimonial, se não houver ação em curso, nem *concilium fraudis*, nem houve publicidade do contrato de fiança em um Registro de Títulos e Documentos, o terceiro adquirente estará de boa-fé.

37. Mostra José Maria Garrido que os direitos reais de garantia constituem um importante instrumento a serviço do desenvolvimento econômico, uma vez que tornam possível o financiamento das atividades empresariais. Graças às garantias reais o acesso aos financiamentos é mais fácil e barato, permitindo, assim, a expansão do crédito e desenvolvimento da economia (*Garantias reales, privilegios y par condicio. Un ensayo*

A garantia hipotecária, bastante utilizada até pouco tempo atrás, e ainda utilizada, embora paulatinamente substituída pela propriedade fiduciária em garantia, em regra não é segura em nosso sistema jurídico. A legislação e a jurisprudência a desfiguraram.

A hipoteca é amparada por uma dupla de pilares: A sua configuração institucional, e *enforcement*.

O primeiro pilar é constituído por regras claras e bem feitas a respeito do instituto, bem como pela garantia normativa de que será o direito real de hipoteca respeitado pelos tribunais, e que seu titular não irá perdê-lo se agiu de maneira diligente.

Tal pilar é bastante frágil no direito brasileiro.

Embora seja a hipoteca, materialmente falando, garantia forte, que vincula um bem imóvel a determinada obrigação, no sistema brasileiro, há algumas preferências³⁸ que se sobrepõem ao direito real de garantia, e que podem esvaziar a hipoteca,³⁹ razão pela qual, mesmo esta garantia, reclama uma pesquisa a respeito da situação patrimonial do garantidor.

Tais preferências, chamadas de *superprivilégios*, são criticadas por José Maria Garrido, ao asseverar que geram elas um impacto negativo no sentido de que nem mesmo uma garantia real será suficiente para garantir o credor, o que terá o condão de, no mínimo, provocar o aumento de juros nos créditos com garantia real, diminuindo a flexibilidade do mercado de crédito.⁴⁰

de análisis funcional. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999. p. 26 e 134).

38. Os créditos trabalhistas e fiscais sobrepõem-se ao crédito com garantia real, conforme art. 186 do CTN. Veja-se, nesse sentido, por exemplo, os acórdãos do STJ exarados no REsp 776.482/RS e REsp 755.552/MG.

Em caso de falência, todavia, os créditos com garantia real somente são preteridos pelos créditos trabalhistas, limitados estes a 150 salários mínimos, nos termos do art. 83 da Lei 11.101/2005.

É de se colher a crítica de José Maria Garrido aos privilégios que se sobrepõem às garantias reais, em razão de serem economicamente ineficientes (Op. cit., p. 75 e ss.).

39. José Maria Garrido mostra que esta não é a situação ideal; que as garantias negociais, dentre as quais as reais, devem prevalecer sobre as legais, para que cumpram sua função econômica. “Las causas de preferencia de origen negocial, y especialmente las garantías reales, son el medio de esquivar los derechos de preferència atribuidos por la ley a los acreedores privilegiados” (Op. cit., p. 67).

Continua, aludido autor, afirmando que os privilégios legais geram ineficiência econômica, aumentando o custo do crédito, e, por isso, não devem ser em número excessivamente alto (Op. cit., p. 90).

40. Op. cit., p. 92-93.

Desta forma, se o mutuante conceder financiamento imobiliário a certa pessoa, que não tenha patrimônio além do bem imóvel adquirido com o financiamento e dado em garantia hipotecária, e se tal pessoa contrair dívida trabalhista de valor igual ou superior ao montante do valor correspondente ao imóvel, por ser empresário, por exemplo, de nada valerá a garantia, e o mutuante amargará o prejuízo, em que pese tenha tomado todas as cautelas exigidas.

Ademais, diante da inexistência do princípio da fé pública registral⁴¹ no direito pátrio, ao contrário do que ocorre em países como Alemanha e Espanha,⁴² por exemplo, o mutuante que tomou todas as cautelas na análise do direito de propriedade imobiliária inscrito no Registro de Imóveis, e que confiou na publicidade registral, e que assim aceitou tal direito de propriedade como garantia hipotecária, poderá, ainda assim, ver seu direito atingido em razão de algum vício negocial, em negócio do qual não participou, mas que deu origem a algum registro da cadeia de titularidade.

O segundo pilar no qual está calcada a hipoteca, qual seja, o *enforcement* adequado, no Brasil, é também bastante frágil, e não dá segurança ao mutuante.

Em primeiro lugar porque há em alguns momentos uma tendência a uma pouca racionalidade na aplicação das normas jurídicas, notadamente em relação aos princípios jurídicos, os quais, ao invés de sofrerem uma interpretação científico-racional, amparada na ponderação, não raras vezes são submetidos a uma aplicação político-ideológica, que em nada contribui para a segurança jurídica.⁴³ Passa-se para as particulares incumbências que são estatais.

41. O princípio registral imobiliário da fé pública registral – que nada tem a ver com a qualidade da fé pública de que é dotada a atividade registral –, significa que o “terceiro que de boa fé adquire a título oneroso algum direito de pessoa que no Registro apareça com faculdades para transmiti-lo, será mantido em sua aquisição, uma vez que haja inscrito seu direito, ainda que depois se anule ou resolva o do outorgante em virtude de causas que não constem no mesmo Registro” (DE CASSO Y ROMERO, Ignacio; CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco (dirs.). *Diccionario de derecho privado*. Barcelona: Editorial Labor, 1950. t. I, p. 1926).

O princípio da fé pública registral confere proteção absoluta ao terceiro de boa-fé que logrou obter registro a seu favor, decorrente de negócio jurídico oneroso; a presunção não é *iuris tantum*, mas *iure et de iure* (MOUTEIRA GUERREIRO, J. A. *Noções de direito registral (predial e comercial)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 38).

42. Ver: DE CASSO Y ROMERO, Ignacio; CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco. Op. cit., p. 1926 e ss., e MOUTEIRA GUERREIRO, J. A. Op. cit., p. 36-38.

43. Veja-se: AgIn 70007413925, da 9.^a Câm. Civ. do TJRS, rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano.

Há uma propensão à “politização” das decisões judiciais, em um montante significativo, conforme demonstra a seguinte tabela:⁴⁴

Frequência com que decisões do juiz são mais baseadas
em suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei (%)

Muito frequentemente	4,1
Frequentemente	21,0
Ocasionalmente	52,2
Raramente	20,8
Nunca	2,0

Em segundo lugar, ainda quando o direito real de hipoteca é respeitado, por não ter sido preterido por algum outro crédito que lhe tenha preferência nem ter sido desmantelado por alguma interpretação ideológica, o *enforcement* é fraco, haja vista que o processo de execução hipotecária é por demais moroso,⁴⁵ fazendo com que o valor devido acrescido de multa, juros e correção, tenha uma possibilidade real de ultrapassar o valor do imóvel em razão tempo decorrido. Ademais, durante este tempo, o capital estará fora do mercado, solução que não é boa nem para o agente financeiro (pois importa em um considerável custo de oportunidade), nem para os consumidores que pretendem obter algum financiamento (e terão menos recursos à disposição no mercado).

Conforme leciona Armando Castelar Pinheiro, quando “a justiça é lenta, o valor esperado do ganho ou da perda das partes será tão mais baixo quanto maior for a taxa de juros. (...) a morosidade reduz o valor presente do ganho líquido (...) significando que o sistema judicial só em parte protege os direitos de propriedade”.⁴⁶

A propriedade fiduciária em garantia, gerada pelo contrato de alienação fiduciária, é garantia mais segura do que a hipoteca, e que veio, aliás, como forma de minimizar a degradação legal-jurisprudencial da hipoteca.

44. Trata-se de resposta ofertada pelos próprios integrantes do Poder Judiciário. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial/ETCO. *Direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 20.

45. Sobre a morosidade das decisões judiciais veja-se: PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 244-283.

46. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 59.

A propriedade fiduciária em garantia, direito real de garantia que é, ancora-se, tal qual a hipoteca, no duplo pilar da configuração institucional e do *enforcement*.

No que diz respeito ao primeiro pilar, as mesmas mazelas que conspiram contra a hipoteca, podem conspirar também contra a propriedade fiduciária, embora com algumas notas dissonantes e de maneira bastante mais suave.

A propriedade fiduciária consiste na transmissão da propriedade resolúvel, ao credor, com escopo de garantia. Pago o débito, extingue-se a propriedade resolúvel.

Diferentemente da hipoteca, que é direito real sobre coisa alheia, a propriedade fiduciária é direito real sobre coisa própria.

Todavia, também aqui podem certas preferências afetar a garantia do credor.

Os créditos trabalhistas e fiscais, pelos mesmos fundamentos apontados para a hipoteca, preferem sobre a propriedade fiduciária, se já existiam ao tempo da sua constituição, de modo a tornar ineficaz a transmissão com escopo de garantia.

A diferença, importante, em relação à hipoteca, está no fato de que nesta, por se tratar de direito sobre coisa alheia, os créditos trabalhistas e fiscais posteriores a afetam, ao passo, que na propriedade fiduciária, por se tratar de direito sobre coisa própria, somente lhe afetam os créditos anteriores à sua constituição.

Vê-se, neste ponto, que também na propriedade fiduciária há necessidade de uma pesquisa (através de uma gama enorme de certidões pessoais, e não apenas através da certidão real expedida pelo Registro Imobiliário) sobre a situação patrimonial e jurídica do mutuário, sem o que, poderá o mutuante ver-se despedido de sua garantia.

Há também uma fragilização desta forma de garantia em decorrência da não adoção da fé pública registral em solo brasileiro, porquanto, ainda que tome o mutuante as diligências devidas, poderá ver-se despedido da garantia, apesar de ser terceiro de boa-fé, em razão, por exemplo, da declaração de nulidade de algum negócio jurídico translativo que componha a cadeia dominial do bem dado em garantia.

No que toca ao segundo pilar, o do *enforcement*, novamente temos problemas vislumbrados no horizonte jurídico.

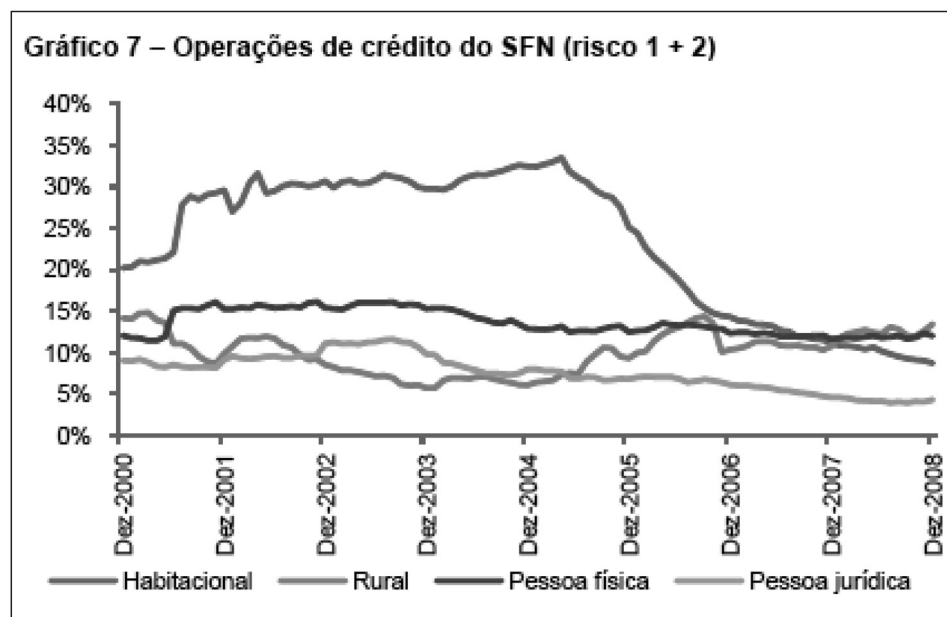
A garantia da propriedade fiduciária veio suprir um dos grandes problemas da hipoteca, qual seja, o da demora para a execução da garantia, a qual deveria submeter-se a processo judicial de execução.

Instituiu a legislação um procedimento extrajudicial bastante célere, que permite ao mutuante a retomada rápida do capital emprestado, reduzindo muito o risco.⁴⁷

Desta forma, ao contrário do que ocorre com a hipoteca, a legislação prevê para a propriedade fiduciária em garantia, um processo de execução extrajudicial, rápido e seguro.

Todavia permanece intacto o vício da possibilidade de uma interpretação judicial ideológica, que utiliza a interpretação de princípios, constitucionais ou infraconstitucionais, amparada apenas em alguma moral que se pretenda absoluta, sem passar pelo crivo democrático, o que, por vezes, faz com que as normas atinentes à alienação fiduciária sejam afastadas.⁴⁸

É preciso reconhecer que, apesar das mazelas que ainda permeiam a propriedade fiduciária em garantia, representou ela um importante avanço em comparação com a hipoteca, e, ao que tudo indica, foi um importante elemento a cooperar com a diminuição da inadimplência no crédito imobiliário, como demonstra o gráfico abaixo:

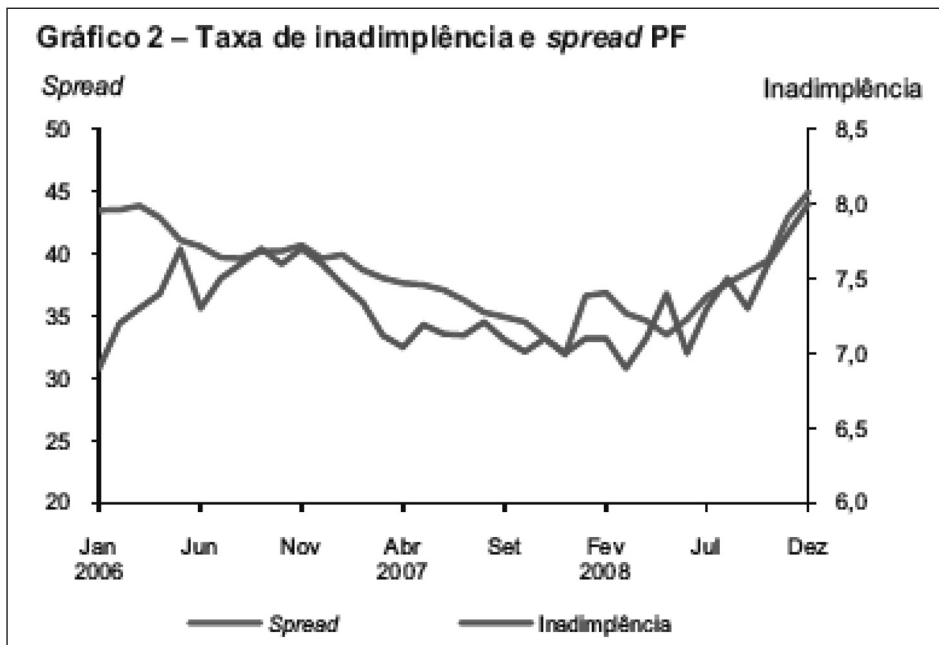


47. Ver art. 26 e ss. da Lei 9.514/1997.

48. Veja-se, exemplificativamente: AgIn 70033007584, 19.^a Câm. Civ., TJRS, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior.

Tal gráfico⁴⁹ mostra que o inadimplimento no crédito habitacional, e por via de consequência seu risco, decresceu mais do que os outros tipos de crédito, a partir do início do ano de 2005. Deve-se lembrar que, embora a alienação fiduciária sobre bens imóveis tenha sido instituída em 1997, pela Lei 9.514, foi somente em 02.08.2004, com a Lei 10.931, que tal instituto “pegou”, diante das alterações introduzidas pela dita lei (patrimônio de afetação, novos títulos para securitização dos créditos imobiliários, determinação para que o valor incontrolado continue sendo pago em caso de revisão judicial de contratos etc.).

A insegurança ofertada pelo ordenamento jurídico pátrio, e sentida pelos agentes financeiros, é bem demonstrada pelo gráfico que informa que o aumento da inadimplência é seguido por um aumento do *spread*. Veja-se-o:⁵⁰



Em um ambiente jurídico seguro, inadimplência significa aumentos dos lucros para o mutuante, uma vez que passarão a incidir sobre o saldo devedor multa e juros de mora, onerando mais o mutuário, em razão de seu descumprimento.

49. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/Depep/Spread/relatorio_economia_bancaria_credito2008.pdf]. Acesso em: 21.07.2010.

50. Idem.

Somente em um ambiente inseguro, em que os pactos não são cumpridos, em que não há *enforcement* adequado, em que as garantias não se prestam totalmente a garantir, é que inadimplemento significa não recuperação do capital emprestado, aumentando o risco, e exigindo maior compensação para os novos empréstimos.

Convém notar que o financiamento imobiliário é um jogo de rodadas sucessivas, no qual há uma tendência grande ao oportunismo quanto mais próximo da rodada final. Porém, diante da falta de meios de coerção seguros, como vimos, faz tender o jogo inteiro ao oportunismo, apesar das rodadas sucessivas (que, em tese, deveriam fazer brotar a cooperação, até a proximidade da rodada final).⁵¹

Diante desse quadro, mister se faz analisar as situações possíveis no contrato de financiamento imobiliário, e verificar o posicionamento dos jogadores em questão.

Uma *primeira* possibilidade é a de o mutuário ofertar uma garantia fidejussória de fiança (o que não ocorre na *práxis*, mas é teoricamente possível).

Neste caso, além de ser importante para o aceite da garantia que o garante tenha situação patrimonial boa, trata-se de um jogo que pauta-se grandemente na confiança mais do que propriamente nos termos da negociação, haja vista que a garantia é pessoal e nela é necessário que o mutuário e garantidor não dilapidem o seu patrimônio no curso do contrato.

Por esta razão pode ser bastante útil ter-se várias rodadas de negociação (jogadas sucessivas), a fim de estimular comportamento cooperativo.

Nesta situação, como em caso de inadimplemento haverá demora na retomada do valor mutuado, pois haverá necessidade de um processo de conhecimento, e há ademais alto risco de não recuperação do valor emprestado, o mutuante tenderá a celebrar o negócio, a preço de mercado, somente se a situação patrimonial do mutuário e do fiador for saudável, e se houver confiança de que não dilapidarão seu patrimônio durante a duração do contrato. Tal confiança deve atingir um patamar alto, pois sempre haverá o risco de a falta de *enforcement* incentivar atos oportunistas.

Caso não haja tal confiança, somente poderá ser celebrado o negócio se houver situação patrimonial bastante favorável por parte do devedor e do garante, e se o preço do financiamento for superior ao de mercado, a ponto de compensar o risco assumido.

51. Ver: FIANI, Ronaldo. Op. cit., p. 267 e ss.

Em *segundo* lugar, a situação em que o mutuário oferece uma garantia real imobiliária consistente em hipoteca.

É situação cada vez mais escassa, haja vista que a hipoteca, pelas deficiências acima apresentadas, vem sendo substituída no tráfico jurídico pela propriedade fiduciária em garantia.

Neste caso, se o mutuário não tiver uma situação patrimonial boa, tender-se-á à não realização do negócio, porquanto a chance de haver créditos privilegiados em relação ao real é grande, situação em que de nada valerá a garantia.⁵² Se tal ocorrer, o risco será tão grande (em razão de, nem mesmo, uma garantia real ser confiável) que nenhuma oferta de sobrevalor no preço será suficiente para a celebração do negócio.

Porém, se a situação patrimonial do mutuário for boa, haverá a tendência de celebração do negócio, independentemente de confiança, porquanto, apesar de fraco *enforcement*, há uma possibilidade confiável de que o mutuante seja indenizado por suas perdas em caso de inadimplemento contratual, apesar da provável demora.

Neste caso, haverá ainda assim uma tendência ao aumento do preço (juros) de mercado do financiamento (em relação ao patamar ótimo), porquanto apesar de haver uma minimização do risco por conta da garantia real imobiliária, ainda restará o fraco *enforcement* pátrio.

Por fim, em *terceiro* lugar, a possibilidade da prestação de propriedade fiduciária em garantia pelo mutuário.

Em tal hipótese, se o devedor tiver dívidas fiscais e/ou trabalhistas, e não tiver patrimônio suficiente para quitá-las e ainda sobejar, haverá uma tendência à não realização do negócio, porquanto a garantia real facilmente será posta de lado e considerada ineficaz ou anulável.

Nesta hipótese, nem mesmo um *spread* maior mudará o cenário.

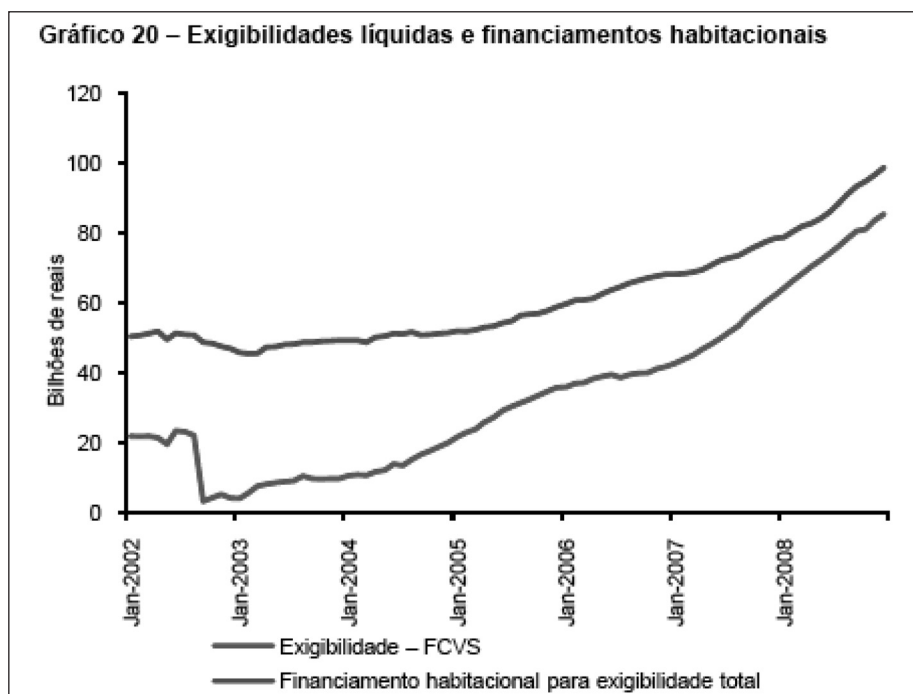
Em sendo boa a situação patrimonial do devedor, haverá uma tendência à realização do negócio. Entretanto, dado o risco sempre existente no direito brasileiro de uma interpretação normativa ideológica afastar a garantia real, haverá sempre uma tendência de elevação do *spread*, o qual tenderá a ser menor do que as demais hipóteses de garantia, menos seguras, mas maior do que poderia ser se houvesse um *enforcement* mais seguro.

52. Imagine-se, por exemplo, a situação de um mutuário que dê certo imóvel em garantia, mas o qual somente possua este imóvel, e seja devedor de grandes quantias em matérias trabalhista e fiscal.

Vê-se, assim, que diante do quadro traçado pela legislação atual em relação às garantias, há poucos incentivos para que os agentes financeiros concedam crédito imobiliário com mais afinco e reduzam o seu *spread*, diante das incertezas geradas pelo ordenamento brasileiro, pela não confiabilidade nas garantias, e também pelo fraco *enforcement* existente.

Há, diante disso, uma tendência à não oferta de uma parte considerável de recursos para o financiamento imobiliário e à não celebração de um sem par de negócios jurídicos de financiamento de imóveis.

Conforme se vê no gráfico abaixo, o crédito imobiliário no Brasil pouco supera o que é exigível pela legislação.⁵³



Tal insegurança leva também à uma tendência de elevação do *spread* bancário, seja pela pouca oferta, seja pelo risco do negócio. Isto faz com que o nível de insegurança venha a compor, substancialmente, o montante do *spread* aplicado aos financiamentos, conforme demonstra o seguinte quadro:⁵⁴

53. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/Depep/Spread/relatorio_economia_bancaria_credito2008.pdf]. Acesso em: 21.07.2010.

54. Idem.

Tabela 1 – Decomposição do *spread* bancário – Aperfeiçoamentos metodológicos

Componentes	Média 2001-2008		Média 2007-2008	
	Antiga	Nova	Antiga	Nova
1 - <i>Spread Total</i>	100,00	100,00	100,00	100,00
2 - Custo Administrativo	14,69	17,94	14,22	14,25
3 - Inadimplência	35,73	31,94	37,73	33,15
4 - Custo de Direcionamento (Compulsório + Subsídio Cruzado)	5,60	3,85	2,50	1,90
5 - Encargos Fiscais e FGC	7,80	4,29	8,20	3,76
Impostos	7,52	3,16	8,08	3,10
Custo do FGC	0,28	1,13	0,12	0,65
6 - Margem Bruta, Erros e Omissões (1-2-3-4-5)	36,18	41,98	37,34	46,94
7 - Impostos Diretos	10,67	14,82	11,00	17,62
8 - Margem líquida, Erros e Omissões (6-7)	25,50	27,16	26,35	29,32

Fonte: Depep

Uma vez que o agente financeiro:

“Não pode contar com o Judiciário para reaver rapidamente as garantias dadas – uma cobrança judicial de dívida leva em média de dois a três anos – ele tem de compensar este custo financeiro extra no *spread*. Além disso, a morosidade do Judiciário faz com que os bancos sejam obrigados a manter toda uma burocracia encarregada de seguir os longos processos judiciais de cobrança de dívidas, causando um custo administrativo adicional, que também é incorporado nos *spreads*”.⁵⁵

Isto em nada colabora com o desenvolvimento saudável do mercado de financiamento e, principalmente, com o direito constitucional à habitação, uma vez que as pessoas que precisam habitar não encontram crédito no volume esperado, ou o encontram a juros mais caros do que poderiam encontrar em situações mais propícias.

4.2 Proteção forte

A proteção forte aos interesses do mutuante implica em um respeito ao direito de propriedade deste, bem como respeito aos acordos celebrados.

Necessita de normas jurídicas claras e respeitadas, garantias eficientes, e *enforcement* adequado e célere.

Deve-se afastar a aplicação ideológica do direito, baseada em uma moral *absoluta*, escolhida pelos critérios pessoais do aplicador, amparando-se em

55. PINHEIRO, Armand Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 63.

critérios racionais de escolha, que aplique a moral eleita no jogo democrático.

Não se trata de afastar o grande direito conquistado de socorrer-se ao Poder Jurisdicional do Estado e ver analisado seu pleito. Trata-se sim de exigir que tal análise seja feita por meio de critérios científicos, sérios, e que respeitem os limites do âmbito de atuação de cada instituição, e, principalmente, que respeitem os valores eleitos democraticamente.

A garantia da propriedade fiduciária, se afastada essa ideologização jurídica, é garantia eficaz e apta a dar a segurança jurídica esperada pelo mercado imobiliário.

A existência da propriedade fiduciária, tal qual está na legislação pátria, somada à uma certeza da aplicação da legislação e da aplicação de proteção dos direitos do mutuante, sem ideologizações, leva à uma tendência de expansão dos negócios imobiliários e da diminuição dos juros, por força da diminuição do risco envolvido.

É preciso que as situações jurídicas capazes de afetar a terceiros de boa-fé sejam publicizadas de maneira adequada, e, desta forma, não possam afetar a este terceiro, que foi diligente e que buscou informações que não estavam disponíveis de maneira juridicamente eficiente.

Nesse sentido, salutar a adoção do princípio da fé pública registral, de modo a concentrar na matrícula do imóvel todas as situações jurídicas (judiciais ou extrajudiciais) que devam ser oponíveis a terceiros, sem o que, ser-lhe-ão inoponíveis.

Assim, ter-se-á uma situação de segurança jurídica, em que a publicidade eficiente tornará possível ao mutuante conhecer fácil e rapidamente a situação jurídica do bem, e, mais do que isso, ter a certeza de que nada que não esteja publicizado poderá lhe afetar, que nenhum coelho sairá de alguma cartola desconhecida.

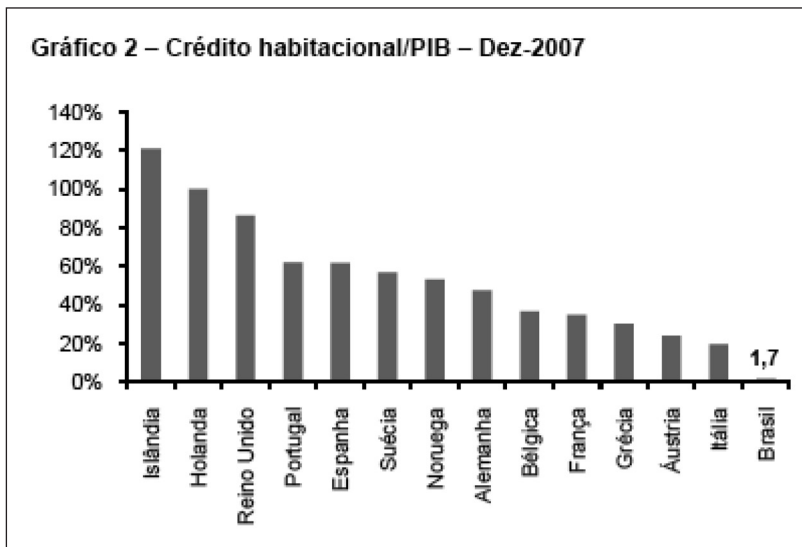
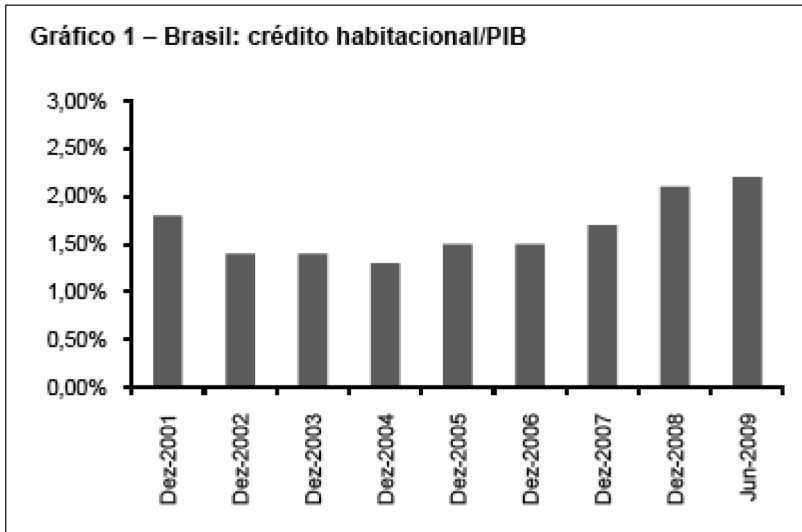
A adoção de tal princípio facilita o acesso à informação da situação jurídica do bem, diminuindo a assimetria informativa entre as partes envolvidas, reduzindo assim os custos de transação, e diminuindo, graças à sua eficácia, os riscos do negócio, e aumentando a certeza de recuperação do capital mutuado.

Tal solução tem o condão de reduzir o *spread* e incrementar o crédito e os negócios imobiliários, gerando propulsão em toda a economia do país.

Veja-se nos gráficos abaixo,⁵⁶ que o Brasil, país que tem uma proteção fraca dos interesses do mutuante, tem seu crédito imobiliário correspondendo a um

56. Disponível em: [www.bcb.gov.br/Pec/Depep/Spread/relatorio_economia_bancaria_credito2008.pdf]. Acesso em: 21.07.2010.

percentual pífio do PIB, diferentemente do que ocorre com outros países onde há uma proteção forte.



A fé pública registral confere, junto com os requisitos acima vistos, um nível ótimo de segurança jurídica, que traz tranquilidade aos agentes financeiros, e que, assim, leva à solução do aumento do número de oferta de crédito e diminuição de risco e, desta forma, ao aumento de negócios imobiliários, redução de juros, e crescimento econômico.

5. CONCLUSÃO

O contrato de financiamento imobiliário é situação estratégica que pode ser analisada sob a ótica da teoria dos jogos, verificando-se como reagem os agentes aos incentivos (ou desincentivos) institucionais.

Sob tal análise, percebe-se que a legislação brasileira fornece poucos incentivos para os mutuantes, gerando situações inseguras, e que fazem com que uma enorme gama de recursos não sejam levados ao mercado, bem como dificultando a celebração de negócios acerca dos recursos que já estão no mercado.

Garantias imprestáveis, ideologização das decisões e *enforcement* inadequado, acabaram por afastar boa parte dos agentes do mercado.

Mais do que isso, criam um ambiente propício ao aumento de juros remuneratórios, em que a redução do *spread* é algo inviável (salvo em alguma situação econômica específica) diante do risco envolvido na atividade.

O afastamento da aplicação ideológica do direito, com a adoção de critérios racionais de decisão, juntamente com a adoção do princípio registral imobiliário da fé pública, fazem-se necessários para o incremento do crédito imobiliário e redução de juros.

A segurança jurídica propiciada por tais medidas teria o condão de reduzir enormemente o risco envolvido no financiamento imobiliário, e, por conseguinte, fazer com que os agentes levassem mais recursos ao mercado de crédito, diminuindo juros (seja pelo incremento na oferta de crédito, seja pela redução do risco), e aumentando desta forma o volume de negócios imobiliários em relação ao PIB, gerando riquezas e crescimento econômico, tão fundamentais para a consecução do princípio maior da dignidade humana, o qual depende, em boa monta, da disponibilidade de recursos materiais.

6. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

- ARRUÑADA, Benito. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2004.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Safe, 2006.
- CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Poder Judiciário e crédito: aplicação da teoria dos jogos. Disponível em: [www.unifor.br/notitia/file/3370.pdf]. Acesso em: 08.01.2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARRARO, André. *Propriedade intelectual e a teoria dos jogos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- CHICO y ORTIZ, José María. *Estudios sobre derecho hipotecário*. 4. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000. t. II.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.
- DACAL, Manuel Figueiras. *El sistema de protección jurídica por el registro de la propiedad*. Madrid: Dijusa, 2001.
- DE CASSO Y ROMERO, Ignacio; CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco (dirs.). *Diccionario de derecho privado*. Barcelona: Editorial Labor, 1950. t. I.
- DEL CACHO, José L. Mezquita. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Bosch, 1989. vol. 2.
- DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica e o risco de sua pontual agravação com o novo Código Civil brasileiro. In: SILVA, Ulysses da (coord.). *O novo Código Civil e o registro de imóveis*. Porto Alegre: Safe, 2004.
- DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- EHRENBERG, Victor. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Trad. Antonio Pau. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2003.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERNÁNDEZ, José Luis Palma. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: Produtos e serviços*. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010.
- FRADERA, Vêra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade Paris II.

- _____. A vedação de *venire contra factum proprium* deve ser relacionada à quebra de confiança e à exigência de coerência contratual. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de (coord.). *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.
- GARRIDO, José Maria. *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999.
- GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. A função econômica dos sistemas registraís. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 53. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002.
- _____. Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 61. p. 155-93. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.
- HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Safe, 1995.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Leviatan*. 2. ed. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL – ETCO. *Direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.
- _____. *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires: Americalee, 1943.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Contracting*. New York: Foundation Press, 2004.
- _____. *Decision analysis, game theory, and information*. New York: Foundation Press, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Culpa in contraendo*, dever de segurança no tráfico e “contato social”. *Revista de Direito Privado*. vol. 34. p. 343-52. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2008.
- LONGO, Mario. *Saggi critici di diritto dell'economia. Problemi di parte generale*. Milano: Giuffrè, 1965.

- MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008.
- MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.
- MEDEL, Jesús López. *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.
- MENDES, Isabel Pereira. *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MORELLO, U.; MIRABELLI, C.; MENOZZI, F (a cura di). *Sicurezza delle contrattazioni: dalle opportunità alle regole nel mercato immobiliare*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MOUTEIRA GUERREIRO, J. A. *Noções de direito registral (predial e comercial)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- NAVAS, Francisco José Sospedra (dir.). *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. (E-book).
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- ONATE, Lopez de. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- ORTIZ, Jose Maria Chico y. *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- PASCAL, Georges. *Comprender Kant*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PESSOA, Leonel Cesarino. Segurança jurídica e os paradigma jurídicos. In: _____. (org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Ed. LTr, 2007.
- PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thompson, 2005.
- _____. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- _____; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do direito*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

- _____. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000. t. IV.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. RT, 1974. t. I.
- REBOLLO, Luis Martín (edición preparada por). *Constitución española*. Navarra: Thompson-Aranzadi, 2003.
- REGUEIRA, Krongnon Wailamer de Souza. *O setor imobiliário informal e os direitos de propriedade: o que os imóveis regularizados podem fazer pelas pessoas de baixa renda dos países em desenvolvimento*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, UFPR, 2007.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ed. LTr, 1996.
- STEIN, Torsten. *A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha. Acesso à Justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TRILLO-FIGUEROA, Federico et al. *Seguridad jurídica y codificación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, sem data.
- VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. 7. ed. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- VERA, José Bermejo. *El declive de la seguridad jurídica em el ordenamiento plural*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- VASCONCELOS, Arnaldo. Segurança do direito. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 67.
- ZUVILIVIA, Marina C. *El notário y la seguridad jurídica*. Rosario: Juris, 2008.
- WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão; direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: Safe, 1983.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário, de Arnaldo Wald – *RDB* 4/13;
- As parcerias público-privadas como geradoras de crédito imobiliário, de Fernanda Kellner de Oliveira Palermo – *RDI* 60/54;
- Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia, de Silvio Luís Ferreira da Rocha – *RDC* 36/176;
- Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento, de Arnaldo Wald – *RDI* 51/523; e
- O sistema financeiro da habitação (SFH), o seguro de crédito obrigatório e a jurisprudência, de Fernando Sá – *RDPriv* 29/93.

Veja também Jurisprudência

- Financiamento da casa própria: *RT* 690/176; e
- Reajuste prestação do SFH: *RT* 616/199.

Veja também Legislação

- Subvenção econômica: inc. I do art. 2.º da Lei 11.977/2009.

The background of the slide features a light gray abstract design. It consists of several overlapping circles and a series of thin, curved lines that sweep across the right side of the frame, creating a sense of motion and depth.

Direito de Propriedade



AS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE DE BENS IMÓVEIS NO DIREITO PORTUGUÊS

1

MADALENA TEIXEIRA

Conservadora do Registo Predial Vogal do Conselho Técnico do IRN, I.P.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: A concepção do direito de propriedade, que se extrai do acervo normativo implicado, aponta hoje para uma dimensão finalista dominada pelo interesse geral e traduzida em institutos e em preceitos que atravessam vários ramos do direito. É neste pano de fundo que se movem as limitações ao direito de propriedade, umas de interesse privado, outras de interesse público, que, com ou sem escopo indemnizatório, constroem a liberdade de actuação do proprietário sobre o objecto do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade – Função social – Restrições e limitações – Interesses públicos e interesses privados.

ABSTRACT: The concept of property, which emerges from its set of rules, points today towards a purposeful dimension subordinated to public interest and depicted by institutes and principles that cross multiple branches of law. It is against this background that we have to picture the limitations on property rights, some deriving from private interest, others from public interest. With or without a compensation aim, they all restrain the freedom of action of the owner on the subject of right.

KEYWORDS: Property – Social function – Restrictions and limitations – Public interest and private interest.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito de propriedade: 2.1 Conceito; 2.2 Conteúdo; 2.3 Abuso do direito – 3. O direito de propriedade do solo: 3.1 Função social da propriedade privada e vinculação situacional do solo; 3.2 O plano urbanístico e o direito de propriedade; 3.3 O *ius aedificandi* – 4. Intervenções ablativas ou quase ablativas da propriedade privada: 4.1 Expropriação por utilidade pública; 4.2 Requisição – 5. Outras *limitações* de interesse público: 5.1 Servidões administrativas; 5.2 Restrições de utilidade pública – 6. Algumas *limitações* de direito privado: 6.1 Relações de vizinhança; 6.2 Direito de propriedade *versus* direito ao ambiente e direito à saúde; 6.3 Concurso de direitos – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, contributo breve e modesto para a obra *Direito imobiliário brasileiro*,¹ temos como propósito colocar em perspectiva a delimitação negativa do conteúdo dos direitos reais, pondo a tónica no direito de propriedade,² na sua concepção à luz do Direito em vigor e na modelação que foi recebendo, quer por influência de outros ordenamentos jurídicos quer por via das especificidades políticas, económicas e sociais que o foram harmonizando através dos tempos e no direito positivado, e fazer um excursus, necessariamente perfunctório, pelos limites que, uma vez por interesse particular, outras vezes por finalidades públicas, lhe foram sendo fixados tanto no Código Civil como em legislação avulsa.

Claro que a maneira de ser da comunidade, a sua herança ideológica e civilizacional, e os seus *momentos* políticos e económicos dizem muito da conformação actual do direito de propriedade, mas, também neste domínio, o conhecimento do Direito não dispensa considerar algum lastro jurídico exterior, no qual o legislador pátrio procurou ensinamento e obteve inspiração.

É, na verdade, patente a evolução ao nível da concepção do direito de propriedade, que se afastou do postulado do poder absoluto e quase discricionário do *dominus* e se demarcou do *individualismo arbitrário* para assumir uma dimensão finalista dominada pelo interesse geral e traduzida em institutos e em preceitos que atravessam vários ramos do Direito.

E é justamente esta funcionalização do direito de propriedade expressa em limitações de natureza diversa que constitui a nota e o impulso da abordagem que nos propomos fazer a partir do Direito vigente, tomando por auxílio algum acervo doutrinal e buscando num ou noutro juízo prudencial desenvolvido no foro judiciário a aplicação prática e a projecção do Direito na solução do *caso concreto*.³

1. Esta obra, ao versar sobre o Direito Brasileiro e o Direito Português, tem desde logo a virtude de alargar o horizonte do intérprete. Como refere: ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – Introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 141-143, a experiência ensina-nos que há uma riqueza de ordens jurídicas, que se cruzam a vários níveis, se relacionam ou se ignoram, mas não se excluem, e que a comparação e compreensão dos Direitos é fundamental ao conhecimento do nosso próprio Direito.
2. Ao tema proposto interessa sobretudo o direito de propriedade em sentido técnico-jurídico, enquanto tipo de direito real e direito real máximo e paradigmático.
3. Naturalmente, não pretendemos aqui um entono didáctico, antes uma singela abordagem do tema e de alguns dos segmentos jurídicos que nele cabem, fazendo ressaltar, a propósito, vias e percursos seguidos pela doutrina e pela jurisprudência.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Conceito

A propriedade em geral encontra-se prevista e regulada nos arts. 1.302.º e ss. do Código Civil, aprovado pelo Dec.-lei 47.344, de 25.11.1966, mas dizer o que é o direito de propriedade constitui desde logo a primeira dificuldade,⁴ porquanto o legislador, ciente de que fosse qual fosse a fórmula verbal ensaiada o significante não lograria nunca remeter para o referente exacto para que aponta, optou por se focar na regulamentação do direito, omitindo, na lei vigente, um conceito ou uma definição.⁵

Com efeito, localizamos, nos arts. 1.302.º e 1.305.º do Código Civil (CC), o âmbito e o conteúdo do direito de propriedade, não a sua definição, contudo, não têm faltado tentativas de encontrar uma fórmula que permita organizar a percepção do direito de propriedade, procurando-se, para o efeito, o que nele há de fundamental e distintivo.

Para alguns autores, a essência do direito de propriedade radica na ideia de *pertença* da coisa ao titular do direito, e é esta maneira de ser, esta relação de subordinação do objecto ao sujeito, que distingue o direito. Para outros, o ponto está na indeterminação dos poderes do proprietário, vale dizer, na falta de tipificação legal destes poderes, senão dos seus limites ou restrições,

4. Visamos o direito de propriedade na sua dimensão dogmática, mas, obviamente, a questão da propriedade transcende o plano jurídico e tem suscitado, ao longo dos tempos, “teorias” e formulações de índole diversa, como as que enuncia: CUNHA, Paulo Ferreira da. Da propriedade: arqueologias e teorias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 2/319 e ss.

5. Acresce o problema da diferenciação do conceito de propriedade para que alerta: CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 307-310. Falando-se numa superação, pela evolução da realidade social, da concepção monista do instituto da propriedade privada e na necessidade de se aderir a uma concepção pluralista da propriedade, nos termos da qual o legislador pode modelar o conteúdo da propriedade das várias categorias de bens, de acordo com a função que os mesmos desempenham na sociedade.

LIMA, Pires de; ANTUNES VARELA. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. e actual com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3, p. 84-85. Por seu turno, fazendo eco da dificuldade em definir a propriedade pelo seu conteúdo, defendem que, nas leis modernas, só há um tipo de propriedade, embora podendo revestir as mais diversas modalidades: o direito pode apresentar-se com conteúdos diversos mas não deixa de ser o mesmo do ponto de vista jurídico.

e, salvaguardados estes limites, no amplo senhorio sobre uma coisa; na plena liberdade de actuação do proprietário sobre o objecto do direito.⁶

É pondo em equação estas duas teorias acerca da essência da propriedade, uma quantitativa, assente na ideia de soberania ou domínio pleno sobre o objecto, outra qualitativa, escorada na *raiz* ou *casco* da propriedade (*a ligação da coisa ao sujeito*), que se vão gizando, na doutrina nacional, algumas definições de propriedade, como a que propõe Oliveira Ascensão, dizendo-a como “o direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir”;⁷ a que é adoptada por Carvalho Fernandes, que define o direito de propriedade como “o direito real máximo, mediante o qual é assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certa coisa”;⁸ ou a que é sugerida por Menezes Cordeiro ao referir “a afectação jurídico-privada de uma coisa corpórea, em termos plenos e exclusivos, aos fins de pessoas individualmente consideradas”, ou “a permissão normativa, plena e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea”.⁹

2.2 Conteúdo

Mas é do conteúdo do direito de propriedade, definido no art. 1.305.º do CC que, fundamentalmente, se extraem as características do direito e o critério para a sua limitação, dado que expressamente se declara que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”.

Ao proprietário é conferida *a plenitude* dos poderes susceptíveis de ser exercidos sobre a coisa,¹⁰ e ao direito a característica da *elasticidade*, ou seja, a

6. Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Quid Juris, 2003. p. 316-317.

7. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p.448.

8. FERNANDES, Luís A. Carvalho. Op. cit., p. 318.

9. CORDEIRO, António Menezes. *Direitos reais*. reimp. da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993. p. 620.

10. Estes poderes estão legalmente acomodados na moldura única de poderes de “uso, fruição e disposição”, sem receber, por isso, uma concreta determinação, e só encontram o seu limite nas restrições previstas na lei. No dizer de: MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos reais*. Coimbra: Petroni, 1967. p. 135. Dentro dos limites estabelecidos

tendência para a universalidade destes poderes, de forma que, cessando a compressão de conteúdo a que a propriedade se ache sujeita, o direito expande-se e retoma a plenitude normal.

Porém, nas palavras de Antunes Varela,¹¹ muito significativo “é o facto de o Código, ao descrever o conteúdo que tem o direito de propriedade, haver incluído na definição, como elemento normal, e não a título de excepção engravada no poder absoluto do *dominus*, os limites resultantes da lei para o gozo do proprietário [chegando este aspecto] para revelar já um espírito muito diferente do que anima os clássicos postulados do individualismo, traduzindo uma outra concepção da propriedade, que é, como a experiência mostrará, susceptível de desentranhar-se em muitas soluções práticas”.¹²

Pois se antes, no Código de 1867, também conhecido por Código de Seabra, a influência do *Code Civil*, portador de uma concepção do direito de propriedade de cariz profundamente individualista e centrada no poder absoluto do proprietário,¹³ não logrou afastar alguma *funcionalização* do direito, certo é que, em face daquele texto legal, os limites ao exercício dos poderes do proprietário se compreendiam, ainda assim, no âmbito da realização pessoal e, como tal, se alheavam de outros interesses que não fossem de natureza egoísta.¹⁴

pela lei, o proprietário pode exercer todos os poderes que a lei não exclua, tendo, nestes termos, a soberania ou o domínio pleno sobre o objecto, em relação ao qual dispõe de uma espécie de poder omnímodo.

11. “Comunicação à Assembleia Nacional”, de 26.11.1966, no âmbito da discussão do projecto do Código Civil. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 161.
12. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Direitos reais (lições recolhidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*. Coimbra, 1971. p. 233-234. Por seu lado, diz, a propósito da definição do conteúdo do direito de propriedade colocada no art. 1.305.º do CC em vigor, que a mesma parece transferida de um código inspirado por princípios individualistas extremos, pois não repercute, directamente, nenhuma ideia ligada à função social da propriedade, nem lá se contém uma cláusula geral, embora vaga, donde pudesse derivar uma limitação, embora, no conjunto do sistema, seja possível socorrer-mo-nos de cláusulas limitativas. Tamém: CARVALHO, Orlando de. *Direito das coisas*, polic., Coimbra, 1977. escreveu que a norma do art. 1.305.º do Código de 1966 constitui um retorno ao modelo do Código Napoleónico, reconhecendo a dificuldade em *descobrir a tal “significativa” nuance* de que fala Antunes Varela na Comunicação de 26.11.1966.
13. Na redacção do art. 544.º do Código Civil francês, a propriedade continua a ser “le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.
14. De acordo com o art. 2.167.º do Código de 1867, “diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao me-

O constitucionalismo corporativo trouxe, porém, um outro entendimento das coisas: os fins e os interesses da Nação dominavam os dos indivíduos e grupos que a compunham, e a propriedade, o capital e o trabalho passavam a desempenhar uma função social. A hermenêutica passou a fazer-se, então, segundo estas coordenadas, forçando à interpretação actualista da lei civil com vista ao acolhimento da função social da propriedade constitucionalmente consagrada.¹⁵

E nem o facto de o texto constitucional de 1976¹⁶ omitir uma afirmação expressa da função social da propriedade privada¹⁷ significou um retorno à

lhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente”.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., p. 234. em coerência com a leitura que faz do art. 1.305.º do Código Civil de 1966, entende que o art. 2.167.º do Código de Seabra parece menos secamente absoluto, porquanto confere uma definição do conteúdo do direito de propriedade nimbada de certo espírito humanista e filosófico e, portanto, de uma certa funcionalização humanista.

15. O art. 35.º da Constituição de 1933, inspirado no art. 153.º da Constituição de Weimar, aparece como um preceito limitativo da actividade jurídica dos cidadãos, estabelecendo uma função social da propriedade, do trabalho e do capital, e nele cabe o sentido de função social da propriedade como afectação do direito a actividade socialmente valiosa “podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva”. Cfr. MIRANDA, Jorge. *Ciência política e direito constitucional, sumários policopiados*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1973. p. 308.
16. A Constituição de 1976 sucede à Constituição de 1933 e é apresentada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 195 e ss. como um momento de descontinuidade material ou de ruptura com o momento constitucional anterior, concretamente ao nível dos princípios políticos estruturantes.
17. Entre nós, o direito de propriedade privada é constitucionalmente assegurado como direito económico, estipulando-se expressamente, no art. 62.º/1 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”, e, conquanto não integre o catálogo dos “direitos, liberdades e garantias”, trata-se de um direito que logra da mesma protecção, concretamente, nos aspectos que nele revestem natureza análoga à daqueles (art. 17.º da CRP). Anota-se, no entanto, o facto de o direito de propriedade não figurar à cabeça dos “direitos económicos”, o que, segundo: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1, p. 800. Não implica tanto desvalorizar a importância deste direito como retirar-lhe a dimensão quase sacrossanta que lhe era conferida no “individualismo possessivo” e na concepção tradicio-

perspectiva individualista, porquanto não deixa de residir na Lei Fundamental um conjunto de preceitos, como são os arts. 61.º/1, 81.º/c) a e), 88.º, 93.º/1/d) e 100.º/a) e c), que têm recebido destaque doutrinal precisamente por serem portadores de uma concepção de finalidade social do direito de propriedade sobre os meios de produção, deles se extraindo um princípio geral de subordinação do exercício do direito de propriedade ao interesse geral que se tem dito extensível a outros sectores onde a propriedade privada é admitida.¹⁸

É, afinal, a sobredita função social da propriedade, repercutida na Lei Fundamental, que orienta e se efectiva em normas legais ordinárias através das quais *se procura conciliar o direito de propriedade com o interesse geral* ou se intenta *harmonizar o exercício simultâneo de diversos direitos de propriedade*,¹⁹ e é também o mesmo princípio de função social do direito de propriedade que se prolonga no instituto do abuso do direito a que alude o art. 334.º do CC.²⁰

nal conservadora dos direitos fundamentais assente na indissociabilidade da liberdade e propriedade.

18. Neste sentido: FERNANDES, Luís A. Carvalho. Op. cit., p. 199.

Para: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil...* cit., p. 194 e ss. a versão primitiva da CRP de 1976 encontrava-se sob inspiração de ideias avessas à exploração capitalista e ao reconhecimento da propriedade privada no enquadramento de um sistema jurídico deste tipo, e, por consequência, os direitos reais privados eram encarados, ao tempo, como um resíduo pendente de abolição. Mas, na leitura do Autor, esta situação é alterada com a revisão constitucional levada a cabo pela Lei Constitucional 1/1982, sendo que, relativamente à função dos direitos reais, apesar de não haver respostas expressas, é possível extrair de alguns preceitos uma visão funcional e a interferência de uma função social.

19. Idem, p. 208.

Reflectindo a função social da propriedade e o princípio da solidariedade social, no sentido de que o proprietário é chamado a ser solidário com o seu semelhante, cfr., entre outros, os acórdãos do Tribunal Constitucional (processo n. 486/97 e processo n. 420/2000), disponíveis em: [www.tribunalconstitucional.pt], e acórdão proferido no processo n. 723/2004, publicado no Diário da República, II Série, n. 41, de 28.02.2005.

20. Nas palavras de Antunes Varela à Assembleia Nacional, em 26.11.1966 (n. 11), o art. 344.º do CC constitui um manancial inesgotável de soluções, através das quais a jurisprudência pode cortar cerces muitos abusos, harmonizando os poderes do proprietário com as concepções actuais e futuras acerca da propriedade.

2.3 Abuso do direito

Além do fim pessoal inerente ao direito subjectivo,²¹ o direito de propriedade cumpre uma função social, e o art. 334.º do CC, ao dizer que é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo *fim social ou económico desse direito*, reflecte justamente esta obrigação de utilização *socialmente justa* do direito.

Da fórmula legal ressalta uma concepção objectivista do abuso do direito, porquanto haverá abuso quando o exercício do direito subjectivo (conduta activa ou omissa) não se guie segundo a boa-fé e os bons costumes, cobrindo-se aqui o espectro do abuso individual, ou quando a actuação do titular do direito não se acomode com os fins de ordem económico-social tidos em vista pela ordem jurídica com a atribuição do direito, independentemente da intenção do agente.²²

Decorre, por conseguinte, do normativo em apreço que, a despeito da consciência que possa ou não ter acerca do excesso cometido, o titular do direito incorre em abuso quando, exercendo os poderes que formalmente lhe foram conferidos pela lei, inequivocamente o faça de molde a comprometer a autenticidade das funções assinaladas ao direito em causa, a ofender a justiça ou a afrontar o sentimento jurídico dominante.²³

Um comportamento assim classificado²⁴ abre caminho a consequências jurídicas que, não estando indicadas no art. 334.º do CC, hão-de localizar-se na

21. Com efeito, não vingou, no nosso ordenamento jurídico, a linha de pensamento que colocava a propriedade não como direito, mas como função social, e o proprietário não como dono, mas como “funcionário” relativamente à administração dos seus bens, e que encontrou em Duguit um dos principais seguidores. Antes se tende a reconhecer que o direito de propriedade tem também um fim pessoal, designadamente, dirigido à satisfação e valorização pessoal e à segurança económica (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 266 e 270-271), e que a autonomia pessoal é o objecto primário da atribuição dos bens em termos reais (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*... cit., p.200-201).

22. Claro que a ilegitimidade do comportamento que signifique danos a outrem não deixará de ser valorada em sede de responsabilidade civil (art. 483.º do CC). Neste sentido: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil II*. 3. ed. rev. e actual. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2001. p. 591-592.

23. Seguimos de perto: HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 278 e ss.

24. Sobre a tipologia que foi sendo construída pela doutrina e que, apesar de fragmentária e incompleta, acaba por englobar os casos mais frequentes e emblemáticos de

lei, ora como sanções dirigidas a hipóteses de abuso do direito ora como soluções de âmbito geral que podem servir a casos de abuso do direito, cabendo ao intérprete julgador buscar a que melhor se ajuste ao caso concreto.²⁵

E, com efeito, não faltam na nossa jurisprudência casos cobertos pela figura do abuso do direito e a pretexto dos quais se sinaliza precisamente a função social da propriedade,²⁶ servindo de exemplo os seguintes:

– Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21.12.2004, processo n. 0423026, no qual se concluiu que:

“I – Pese embora a regulamentação na lei civil das relações de vizinhança, é possível atalhar os conflitos derivados de tal relação através do instituto do abuso de direito.

II – Tal se aplica às situações típicas do exercício inútil danoso ou de desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício de outrem.

III – Será o caso de muro excessivamente elevado, sem justificação plausível, e que priva o vizinho de luz e sol necessários.”

– Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27.05.2008, processo n. 2856/2008-7, no qual se concluiu que:

“I – O art. 1.356.º, do CC, indica alguns meios de vedação, mas apenas a título exemplificativo, já que, apesar de se referir aos muros, às valas e às sebes, prevê qualquer outro modo de tapar o prédio, podendo ser, designadamente, tabiques de madeira, vedações de arame, grades de ferro ou chapas metálicas.

condutas activas ou omissivas susceptíveis de consubstanciar exercício abusivo do direito subjectivo vd. VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit., p. 271 e ss.

25. Ao estipular a “ilegitimidade” do exercício abusivo do direito sem indicar as consequências jurídicas, o preceito legal em apreço deixa espaço para que, fora das hipóteses dispersamente previstas na lei, ou quando à situação concreta não se ajuste, ou não possa caber apenas, uma sanção correspondente à denegação do acto abusivo, à sua invalidade ou à responsabilidade civil que dele resulte, casuisticamente se alcance uma solução mais adequada. No sentido de que o art. 334.º do CC consente ao Tribunal fixar as providências necessárias para restabelecer a justa composição dos interesses em litígio, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, *Colectânea de Jurisprudência*. ano 93. t. III. p. 19.

26. Acerca da concretização judicial do instituto do abuso do direito, v. CORDEIRO, António Menezes. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, inédito destinado aos *Estudos em Honra do Professor Doutor António Castanheira Neves*. Disponível em: [www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&ridsc=45582&rida=45614].

II – A distância a ter em consideração, nos termos do art. 1.360.º, n. 1, do CC, é apenas a de metro e meio, não havendo que atender à distância de três metros referida no alvará de loteamento, que apenas visa regular restrições por motivos de ordem estética e urbanística.

III – A colocação pelos réus de uma chapa com 6 metros de altura, por cinco metros de largura, no seu terreno, mesmo em frente à varanda dos autores, sita no prédio vizinho, abrangendo-a por completo em toda a altura e largura, para alegadamente impedir a constituição de servidão de vistas, implica exercício do direito de propriedade em termos clamorosamente ofensivos do sentimento jurídico socialmente dominante, traduzindo excesso manifesto dos limites impostos pela boa-fé e pelo fim social ou económico desse direito, o que torna ilegítimo o seu exercício, por abusivo, nos termos do art. 334.º do CC, a justificar a condenação dos réus na remoção da referida chapa.”²⁷

3. O DIREITO DE PROPRIEDADE DO SOLO

3.1 *Função social da propriedade privada e vinculação situacional do solo*

Como se sabe, o desenvolvimento económico e social de um país implica tomar consciência da importância do espaço e reclama uma valorização adequada do território, obrigando à correcta percepção e uso dos seus recursos naturais, pelo que, na esteira de compreensão da função social da propriedade, se vê também defendida uma *vinculação social mais forte* da propriedade do solo, vindo a este propósito o conceito de vinculação situacional da propriedade, enquanto conformação negativa do direito em virtude da especial situação factual em que se encontra o *fundo* que constitui o seu objecto.²⁸

27. Cfr. ainda o Acórdão do STJ, de 16.03.1995, processo n. 085828, concluindo que: “Ao procederem a um nivelamento do seu terreno, alteando-o na parte como confina com o imóvel dos Autores em 1,50 metros, a em seguida construindo um muro com a altura total de 2,80 metros, sendo 1,50 metros amparo do aumento referido, de modo que a casa dos autores que, de início era separada do imóvel dos Réus por um muro de 1,50 metros passou a sê-lo por um muro que, no total mede 4,30 metros de altura, os réus abusaram do seu direito de propriedade porque, de modo excessivo e manifesto afectaram a luminosidade e o calor que a casa dos Autores antes recebia do sol, obtendo um benefício para si mas à custa da perda de comodidades e com sacrifício do bem estar dos Autores”.

Todos os acórdãos citados no texto se encontram disponíveis em: [www.dgsi.pt].

28. Assim: CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. vol. 1, p. 677 e ss.

A vinculação situacional do solo consubstancia, assim, um aspecto ou subspecie da obrigação social da propriedade e um limite ao direito que usualmente se concretiza em face da localização, da qualidade ou da inserção geográfica ou paisagística do solo, que constitui o critério de medidas legislativas que restringem as faculdades de utilização dos terrenos,²⁹ e que, por vezes, se reflecte no âmbito dos instrumentos de planeamento urbanístico e de ordenamento do território.³⁰

3.2 O plano urbanístico e o direito de propriedade

Com efeito, o plano urbanístico pode constituir um instrumento concretizador da aludida vinculação situacional da propriedade, com a utilização dominante do solo estipulada no plano urbanístico a obedecer ou dar corpo à qualidade natural do mesmo.

No entanto, não será acertado dizer que as opções do plano encerram sempre, ou sequer em regra, um intuito de preservação da situação factual do terreno, desde logo porque normalmente se trata de um instrumento (meio) de organização e de gestão do território e de destinação do solo (fins) que define, responde ou concretiza “programas” ou “opções” de arranjo do território, tendo em vista “uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem” (art. 66.º/2/b) da CRP, que só causalmente se ligam àquela situação factual concreta dos prédios: a utilização jurídica do solo deixou de ser desenvolvimento de um concreto *modo de ser do fundo* para passar a depender do plano.³¹

Por outro lado, a despeito da participação dos interessados no procedimento de ponderação das opções do plano, não raramente se retira das disposições de um plano imperativo, como é o plano de ordenamento do território, uma

29. São exemplo de medidas restritivas ou de limitações do direito de propriedade determinadas pela situação particular dos prédios algumas das que à frente se indicam a propósito das servidões administrativas e das restrições de utilidade pública.

30. Sobre o plano enquanto forma de actividade administrativa: SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral (Actividade Administrativa)*. Lisboa: Dom Quixote, 2007. t. III, p. 366 e ss.

31. Quanto à ponderação da *vinculação situacional do solo* no âmbito da utilização do território para fins turísticos: OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce. Empreendimentos turísticos, planeamento e registo predial: a concretização de um desígnio nacional. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 2, p. 337-389.

conformação vinculativa que fica aquém das expectativas e da vontade do proprietário, o que também suscita a questão de saber a que ponto o *ager publicus* compromete o instituto do direito de propriedade privada e obriga a percebê-lo fora dos quadros tradicionais do direito privado.

Realmente, o destino, as formas e a intensidade de utilização do solo são agora resultado de um *planning act*, que extravasa o interesse privado e se coloca numa dupla função *harmonizadora* e *racionalizadora* de interesses públicos e privados, cujo regime jurídico e eficácia vinculativa dão azo a uma ideia de *repartição do poder sobre o solo entre a comunidade política*, representativa do interesse público, e o *proprietário*.³²

3.3 *Ius aedificandi*

Assoma, neste âmbito, o particular problema do *ius aedificandi* que continua a dividir a doutrina nacional, pois enquanto uns veem nos direitos de lotear, de urbanizar e de construir faculdades compreendidas no direito de propriedade e no acto administrativo de licenciamento da operação de loteamento, da obra de urbanização ou da obra de construção civil a permissão para o exercício de tais faculdades, outros entendem que aqueles direitos não integram o leque de poderes que compõem o conteúdo do direito de propriedade, antes acrescem por efeito de um acto da administração que, deste modo, se apresenta como autorização constitutiva de direitos.³³

Às teses que pretendem que o *ius aedificandi* é atributo natural do direito de propriedade, e às que, negando tal modo de ver as coisas, propõem uma con-

32. W. GÖTZ, apud CORREIA, Fernando Alves. *O plano...* cit., p. 331.

33. Segundo: SOARES, Rogério. *Direito administrativo, lições*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1978. p. 111 e 116-121. a figura geral das autorizações é representada por uma larga cópia de actos administrativos que têm em comum o facto de se referir a actividades excepcionais retiradas à disponibilidade do sujeito, mas que se tornam possíveis depois de uma manifestação dum agente administrativo precedida da ponderação dos interesses em causa e da salvaguarda das finalidades públicas. Dentro desta figura cabem as autorizações permissivas, em que ao sujeito é autorizado o exercício de um direito que lhe pertence mas que se encontra legalmente limitado, e as autorizações-licenças, que são autorizações constitutivas de direitos e que significam atribuir ao sujeito privado o poder que lhe foi legalmente retirado. Quanto ao *ius aedificandi* e na opinião do Autor, a presença de interesses públicos mais complexos, como são, entre outros, a planificação e a construção de vias de acesso, apontam para a negação dum direito originário à construção e, portanto, para a deslocação desta faculdade para o domínio das autorizações constitutivas de direitos.

cepção jus-publicista, assente na ideia de que as faculdades de lotear, urbanizar e ou construir resultam de uma *concessão* da Administração, juntam-se, ainda, perspectivas trabalhadas à luz de um critério eminentemente jusconstitucional que, designadamente, fazem eco dos limites iminentes ao direito de propriedade decorrentes de normas e princípios constitucionais, e que apontam no sentido de o uso e fruição da propriedade privada “não ser livre, mas, antes, juspublicisticamente enquadrado e condicionado”.³⁴

Naturalmente, é nos tribunais que as teorias se vergam à realidade e à prática, e se impõe tomar posição em face do *caso concreto*, pelo que, nesta matéria, levando em conta alguns arestos mais recentes, talvez possamos dizer que a jurisprudência se tem afeiçoado à ideia de que o *ius aedificandi* não é parte integrante do direito de propriedade, antes se coloca como atribuição de um acto da Administração.³⁵

-
34. Neste sentido: OLIVEIRA, Mário Esteves de. O direito de propriedade e o jus aedificandi no direito português, parecer publicado na *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente* 3/196-197, que se encarrega de sublinhar que, subjectivamente, quanto à sua titularidade, o proprietário tem a garantia concreta e efectiva da Constituição, mas, quanto ao uso objectivo da propriedade, essa garantia é abstracta e virtual; não se nega que os usos ou as utilidades a tirar da propriedade são do seu titular, mas esses usos ou utilidades são apenas aqueles que não esteja proibido serem tirados.
35. Cfr., entre outros, o *Acórdão* 377/99, do Tribunal Constitucional, onde, na senda do *Acórdão* 341/86 do mesmo Tribunal, publicado no *Diário da República*, II Série, de 19.03.1987, parece reafirmar-se que a Constituição não tutela um *ius aedificandi* em termos análogos aos direitos, liberdades e garantias, “como elemento necessário e natural do direito fundiário”, ou seja, como elemento decorrente do direito de propriedade, o *Acórdão* 0912/02, do Supremo Tribunal Administrativo, de que se destacam as seguintes conclusões: “1. O *ius aedificandi* não se apresenta à luz do texto constitucional, em especial do art. 62.º, como fazendo parte integrante do direito fundamental de propriedade privada; 2. A faculdade de construir é de configurar como mera concessão jurídico-pública resultante, regra geral, dos planos urbanísticos, tratando-se, assim de um direito de natureza jurídico-pública, não se consubstanciando em faculdade, ínsita no conteúdo prévio e substancial do direito de propriedade privada; 3. A aptidão construtiva dos solos urbanos e não urbanos não está desligada do que em matéria de planeamento e ordenamento está prevista na CRP pelo que pode concluir-se que o uso e fruição, pelo respectivo titular do direito de propriedade não é livre e absoluto, antes se apresentando como juspublicisticamente enquadrado e condicionado; 4. O direito de construir não se integra no conteúdo do direito de iniciativa privada acolhido no n. 1 do art. 61.º da CRP, não existindo, sequer, uma conexão intuitiva entre os dois direitos, desde logo pelo facto de o direito de iniciativa privada não estar constitucionalmente referido ao direito de propriedade, não se apresentando, à luz do texto constitucional, como sendo concebido como uma decorrência dele; 5. A iniciativa económica privada garantida pelo n. 1, do art. 61.º não tem por

Mas a relação do *ius aedificandi* com o plano coloca-se em duas dimensões:

– Por um lado, o “acto” da Administração de que o direito depende, seja a sua atribuição, seja o seu exercício, pode bem ser o próprio plano dotado de eficácia plurisubjectiva, ponto é que apresente suficiente grau de concreção que praticamente impeça uma modelação no momento da sua execução;³⁶

– Por outro lado, aqueles que entendem o *ius aedificandi* como uma faculdade inerente ao direito de propriedade tendem a aceitar a interferência de direito público no âmbito da delimitação negativa imposta por interesses gerais e no quadro da sobredita função social da propriedade, e, por isso, não qualificam como expropriativa toda e qualquer medida de planificação que condicione aquele direito; e aqueles que veem o *ius aedificandi* como atribuição do plano admitem, ainda assim, que certas intervenções, de cariz especial e anormal, como é a proibição absoluta de construir em espaço inserido numa área com aptidão edificatória certa, concreta e objectiva, não deixam de apresentar valor expropriativo.³⁷

Ou seja, as prescrições do plano, como via de conformação da propriedade do solo tendo em vista o ordenamento do território e os interesses gerais de desenvolvimento harmónico, integrado e sustentado, introduzem, em regra, *ónus ou restrições socialmente adequadas* que entroncam na dita obrigação social do direito e, por conseguinte, não reclamam compensação.

No entanto, “não é mais o solo que constitui o valor fundamental e o elemento possuidor da *vis atractiva*, mas antes a capacidade de nele se criar riqueza”,³⁸ pelo que medidas de planificação que representem *sacrifícios especiais* ao nível da utilidade económica de um terreno, como podem ser as que determinem uma redução drástica da intensidade de intervenções para que aponte a situação factual dos terrenos, ou as que esvaziem de possibilidade de concretização efectiva a designada “liberdade de construção potencial”, estarão já para além da vinculação ou obrigação social do direito de propriedade, podendo assumir verdadeira natureza “expropriativa”.³⁹

objecto, nem garante, de per si, o direito de construir aquilo de que se necessita para efeitos da actividade económica que se pretenda desenvolver”.

36. Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *Manual...* cit., p. 711 e ss. GONÇALVES, Pedro e OLIVEIRA, Fernanda Paula. A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente* 3/28-29 e, em especial, n. 56.

37. Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *Manual...* cit., p. 638 e ss.

38. CORREIA, Fernando Alves. *O plano...* cit., p. 335, n. 89.

39. A designada “expropriação do plano” insere-se no conceito de expropriação de sacrifício (*Aufopferungseignung*), que deve a sua origem à doutrina e jurisprudência alemãs

4. INTERVENÇÕES ABLATIVAS OU QUASE ABLATIVAS DA PROPRIEDADE PRIVADA

O plano pode ser, assim, sede de sacrifícios capazes de o colocar no quadro dos procedimentos ablatórios de natureza real, mas outros instrumentos há, em outras áreas de intervenção da actividade administrativa, que, do ponto de vista do impacto económico na esfera jurídico-patrimonial do titular, apresentem densidade análoga à da expropriação por utilidade pública e que, por isso, demandam ressarcimento.

Localizamos, pois, no nosso ordenamento jurídico, algumas compressões do direito de propriedade actuadas por actos que não pertencem ao conceito de expropriação em sentido clássico, e que, portanto, não se traduzem em “privação coactiva do direito de propriedade”, mas, ainda assim, representam uma mutilação ou *privação de algumas faculdades ou irradiações da propriedade* merecedora de reparação compensatória.

Ocorrem-nos desde logo as figuras limitativas do direito de propriedade que participam da noção de “expropriação de sacrifício”, ou de “expropriação de valor”, a qual, mesmo que não se queira ver com uma função aglutinadora de todas as ingerências jurídico-públicas que têm por efeito a privação ou a simples limitação de direitos patrimoniais na titularidade de particulares e que apenas consentem a destriça com as limitações que se inscrevem na *vinculação social* da propriedade,⁴⁰ permite, ao menos, delimitar o conjunto das *intervenções autoritárias dos poderes públicos que (são) de molde a reduzir o direito de propriedade a um nudum ius*.⁴¹

mas foi encontrando respaldo noutros fóruns jurídicos, e, na proposição de: CORREIA, Fernando Alves. *O plano...* cit., p. 491. caracteriza-se por uma destruição ou por uma limitação essencial de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição, à qual falta, porém, o momento translativo do direito, bem como a relação tripolar: beneficiário da expropriação – expropriado – autoridade expropriante.

40. A expropriação, entendida como imposição de um sacrifício ao particular, é colocada por CORREIA, Fernando Alves. As garantias do particular na expropriação por utilidade pública. *Bol. da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* XXIII/265-266 – *O plano...* cit., p. 515-528. como uma noção de pura técnica jurídica, capaz de reunir todas as características necessárias à distinção entre os atentados ao património do particular que devem ser acompanhados de indemnização e aqueles que, por se inscreverem na obrigação social da propriedade, não reclamam qualquer ressarcimento.

41. A este propósito, realçamos as considerações de: AZEVEDO, Bernardo. *Servidão de direito público – Contributo para o seu estudo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 33-34, n. 18 e 19, que, na procura de um espaço intermédio destinado aos institutos que se colocam entre a *expropriação de sacrifício* e as limitações sociais ao direito de propriedade,

4.1 Expropriação por utilidade pública

Colocando a tónica no sacrifício imposto ao particular e tomando-o por critério, destaca-se desde logo do elenco das medidas ablativas da propriedade, a *expropriação* em sentido clássico,⁴²⁻⁴³ caracterizada como “relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados imóveis em um fim específico de utilidade pública,⁴⁴ extingue os direitos subjectivos constituídos sobre eles e determina a sua transferência definitiva para o património da pessoa a cujo cargo esteja a prossecução desse fim, cabendo a este

parece repudiar a lógica bipolarizadora que se desprende da distinção entre medidas de natureza expropriativa e medidas despidas de efeito expropriatório, normalmente abrangidas sob o manto único das restrições sociais à esfera patrimonial privada, e propugnar que se reserve o conceito amplo de expropriação para as situações em que ocorra um despojamento ou mutilação do conteúdo mínimo irredutível de faculdades inerentes ao direito de propriedade, e apenas se inclua entre as vinculações sociais ao direito de propriedade aquelas suas limitações que se achem despojadas de qualquer significado patrimonialmente relevante para o respectivo titular.

42. Como referem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 810. O direito de não ser privado da propriedade não goza de protecção constitucional em termos absolutos, mas não deixa de estar garantido como *um direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade e de ser indemnizado no caso de desapropriação*.

Assim, a Lei Fundamental autoriza a expropriação como instrumento de desapropriação forçada por acto de autoridade pública, mas não dispensa um sistema de garantias enformado pelos princípios da legalidade ou da prévia autorização legal, da utilidade pública, da necessidade, da proporcionalidade ou da proibição de excessos, da justa indemnização ou da retribuição do valor económico do bem e da igualdade.

43. A expropriação, como processo de aquisição de bens, encontra-se hoje regulada na Lei 168/1999, de 18 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei 13/2002, de 19 de fevereiro, com a Rectificação 18/2002, de 12 de abril, pela Lei 4-A/2003, de 19 de fevereiro, pela Lei 67-A/2007, de 31 de dezembro, e pela Lei 56/2008, de 04 de setembro.

Sobre o procedimento expropriativo à luz da Lei 168/1999, de 18 de setembro, cfr. FONSECA, José Vieira. Principais linhas inovadoras do Código das Expropriações de 1999. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. n. 11/12, 1999, e n. 13, 2000. LOPES, Dulce. O procedimento expropriativo: complicação ou complexidade? *Seminário Avaliação do Código das Expropriações*, Associação Nacional de Municípios/Instituto de Estradas de Portugal, 2003. p. 19 e ss.

44. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil...* cit., p. 224. sublinha o facto de, em Portugal, a utilidade pública ser entendida em sentido amplo de modo a aglutinar quer a expropriação de bens destinados a uma finalidade pública quer a expropriação por interesse social.

pagar ao titular dos direitos extintos uma indemnização compensatória”,⁴⁵ ou, noutra acepção, enquanto relação jurídica que não é de molde a extinguir o direito e antes se traduz em transmissão coactiva ou forçada do mesmo.⁴⁶

4.2 Requisição

Na mesma escala de sacrifício, aparece a figura jurídica da *requisição*, que, relativamente a imóveis, se traduz em conferir, temporariamente, à Administração os poderes de utilização necessários à realização do interesse público.⁴⁷

Trata-se de um instrumento de desapropriação forçada que figura ao lado da expropriação no art. 62.º/2 da CRP e que reclama o mesmo sistema de garantias reconhecido ao expropriado, mas que se distingue em razão do carácter extraordinário e temporalmente limitado dos poderes conferidos à Administração sobre os bens.

Só em caso de urgente necessidade, e quando o interesse público e nacional o justifique, podem ser requisitados bens imóveis e direitos a eles inerentes (art. 204.º/1/d) do CC), objecto de propriedade de entidades privadas, para a realização de actividades de manifesto interesse público, adequadas à natureza daquelas (art. 80.º/1 do Código das Expropriações), sendo que, salvo o disposto em lei especial, a requisição, interpolada ou sucessiva, de um mesmo imóvel não pode exceder o período de um ano (art. 80.º/2 do Código das Expropriações).

5. OUTRAS LIMITAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

5.1 Servidões administrativas

Depois, com eficácia constrictiva das faculdades do titular do direito de propriedade mais atenuada, temos as servidões de direito público, que tanto podem representar uma compressão tolerável dos poderes de gozo do proprietário como implicar um esvaziamento do seu conteúdo ou *uma neutralização das faculdades relevantes do poder do dominus sobre a coisa*, extrapolando a *hipoteca*

45. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e actual. pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Almedina, 1999. t. II, p. 1020.

46. LIMA, Pires de; ANTUNES VARELA. *Op. cit.*, p. 106.

47. Na definição dada por: CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 1016, a requisição é o “acto administrativo pelo qual o órgão competente impõe a um particular, verificando-se as circunstâncias previstas na lei e mediante indemnização, a obrigação de prestar serviços, de ceder coisas móveis ou semoventes ou consentir na utilização temporária de quaisquer bens que sejam necessários à realização do interesse público e que não convenha procurar no mercado”.

social do direito de propriedade privada e recebendo, assim, enquadramento no âmbito das intervenções ablatórias com dignidade indemnizatória.⁴⁸

São muitos os diplomas legais que preveem (*fonte*) e ou constituem (*título*) servidões administrativas, com as mais variadas finalidades e distintos conteúdos, servindo de exemplo os encargos que incidem sobre prédios situados em área delimitada como zona de protecção de bens culturais (Lei 107/2001, de 08.09.2001, e Dec.-lei 309/2009, de 23.10.2009), ou em zonas confinantes com organizações ou instalações militares ou de interesse para a defesa nacional, de carácter permanente ou temporário (Lei 2.078, de 11.07.1955), as servidões aeronáuticas (Dec.-lei 45.987, de 22.10.1964), as servidões radio-eléctricas (Dec.-lei 597/1973, de 07.11.1973), e as servidões *non aedificandi* para protecção à rede viária.⁴⁹

Na acepção clássica, a servidão administrativa tende a ser descrita como “o encargo imposto por disposição da lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa”,⁵⁰ porém, não faltam outras interpretações da figura que, mostrando o seu desapego ao modelo ou estrutura da servidão de direito privado, pretendem colocar a tónica, pelo lado dominante, não no *fun-do* ou na *coisa*, mas no interesse ou na utilidade pública.⁵¹⁻⁵²

5.2 Restrições de utilidade pública

Porém, se não se quiser aderir à lógica unificadora de todas restrições ou limitações ao direito de propriedade por motivos de interesse público num *tipo omincompreensivo e esgotante*, sobrará espaço dogmático para a figura das restrições de utilidade pública, retratadas como “limitações permanentes impostas ao exercício do direito de propriedade, ou poderes conferidos à Admi-

48. Cfr. AZEVEDO, Bernardo. Op. cit., p. 40-41.

49. Sobre uma servidão deste tipo e a questão da sua indemnizabilidade, cfr. o Acórdão 612/2009 do Tribunal Constitucional, Processo 275/08, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n. 16, de 25.01.2010.

50. CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 1052.

51. Afastando-se da distinção feita por Marcello Caetano entre servidão de interesse público e limitação de direito público (n. 50 supra e n. 53 infra) e defendendo, no domínio do direito urbanístico, um conceito publicista e amplo de servidão administrativa, que está para além do encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a um dono diferente e que abrange todas as restrições ou limitações ao direito de propriedade do solo por motivos de interesse público: CORREIA, Fernando Alves. *O plano...* cit., p. 525-526.

52. Sobre a distinção entre servidão de interesse público e limitação de direito público: AZEVEDO, Bernardo. Op. cit., p. 75 e ss.

nistração para serem utilizados eventualmente na realização dos seus fins”, ou seja, como limitações que visam a realização da *utilidade pública ideal não corporizada na função de uma coisa* e que, portanto, atingem o direito *independentemente da vizinhança e do benefício de uma coisa*.⁵³

Trata-se de limites ao exercício do direito de propriedade que, em função dos objectivos a concretizar (*princípio da proporcionalidade*), tanto podem atingir o poder de disposição, na sua dupla vertente (alienação e modificação do objecto material do direito), como a faculdade de uso, e se colocam como instrumentos fundamentais para a prossecução de determinados interesses públicos abstractos, como são a preservação do património natural, a conservação e protecção da natureza e da biodiversidade, e os valores ecológicos que se procura salvaguardar, designadamente, através de condicionamentos à utilização de áreas com características ecológicas específicas.⁵⁴

Também aqui se pode colocar a distinção entre restrições reconduzíveis à *função social* da propriedade e, portanto, sem dignidade indemnizatória, e restrições substancialmente reentrantes no conteúdo essencial do direito de propriedade, susceptíveis, por isso, de ser classificadas como imposições autoritárias de natureza ablatória e de implicar ressarcimento ou compensação.

Convoca-se, a este propósito, o caso da Quinta do Taipal, considerado como um *leading case* da jurisprudência ambientalista portuguesa, cujos arestos jurisdicionais, anotados em conjunto por J. J. Gomes Canotilho,⁵⁵ tramitam em torno da privação do uso do solo como medida indispensável à preservação de *habitats naturais e habitats de espécie*.

Nele se suscita precisamente uma ponderação ou balanceamento de direitos e interesses capaz de apurar se, a despeito de se tratar de uma compressão que não reduz o direito de propriedade a um *nudum ius*, é certo o seu enquadramento entre as medidas de simples vinculação ecológico-social, em regra destituídas de “ponderação indemnizatória”, ou se, ao invés, *a defesa do ambiente é uma tarefa solidária e não solitária e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns a favor de outros*.⁵⁶

53. CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 1062.

54. Destacam-se, a título de exemplo, a legislação pertinente à conservação da natureza e paisagem (Dec.-lei 142/2008, de 24 de julho, com a Rectificação n. 53-A/2008, de 22 de setembro), e as prescrições legais relativas à Reserva Agrícola Nacional (Dec.-lei 73/2009, de 31 de março), à Reserva Ecológica Nacional (Dec.-lei 166/2008, de 22 de agosto, com a Rectificação n. 63-B/2008, de 21 de outubro), e à Rede Natura (Dec.-lei 140/99, de 24 de abril, e suas alterações, e Dec.-lei 384-B/99, de 23 de setembro).

55. *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, n. 3.850 e 3.851, p. 13 e ss.

56. Transcrevemos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *RLJ* cit., p. 54.

Serve o *caso concreto* para demonstrar que a dicotomia entre vinculação social sem indemnização e expropriação geradora de indemnização pode deixar sem resposta um conjunto de intervenções autoritativas de energia constritora relevante, e dar ensejo à sinalização de um conceito de “delimitação do conteúdo com o dever de compensação” em condições de albergar medidas concretizadoras da vinculação social da propriedade, mas, ainda assim, de impacto económico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário.

6. ALGUMAS LIMITAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

Posto isto, vistas, em linhas gerais, algumas limitações de direito público e o impacto imediato que as mesmas representam no conteúdo do direito de propriedade,⁵⁷ é tempo de encarar o conteúdo do direito de propriedade por consideração das limitações postas ao seu exercício em face de interesses de ordem privada, avultando, neste âmbito, as *relações de vizinhança* e o *curso de direitos* sobre a mesma coisa.

6.1 *Relações de vizinhança*

A relação de vizinhança costuma ser definida por referência à relação espacial existente entre imóveis (só haverá vizinhança se houver contiguidade ou proximidade entre prédios alheios), e é justamente esta concreta situação factual dos prédios que determina e implica uma disciplina jurídica capaz de garantir a coexistência entre os direitos que versam sobre cada um dos prédios envolvidos e de solucionar os conflitos que se prefiguram na lei.⁵⁸

Com efeito, à coexistência e ao exercício harmónico dos direitos reais que versam sobre imóveis vizinhos faz falta uma regulamentação legal de densidade bastante para a resolução dos conflitos colocados pela contiguidade ou pro-

57. Em jeito de conclusão deste ponto e a respeito da correlação das figuras da limitação de direito público, da servidão pública e da expropriação com os caracteres típicos da propriedade privada deixamos a simplicidade da distinção feita por: FRAGOLA, G. *Teoria delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà (com speciale riferimento ai regolamenti comunali)*, 1910, Società Editrice Libreria. na interpretação colocada por AZEVEDO, Bernardo. Op. cit., p. 76, n. 38. dizendo que: a limitação de direito público tempera o carácter absoluto do direito de propriedade; a sua natureza de direito exclusivo é perturbada pela servidão de direito público; e a sua perpetuidade é posta em causa pela expropriação por utilidade pública.

58. Sobre o conceito e a natureza jurídica das relações de vizinhança, vd., por todos: GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Relações de vizinhança*. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990. Tese.

ximidade destes bens,⁵⁹ o que, no ordenamento jurídico português, em muito se alcança através do preceituado nos arts. 1.344.º e ss. do CC.⁶⁰

Descortinamos, pois, no sobredito acervo normativo, limitações de cariz diverso, naturalmente, ditadas pela diversidade de interferências do exercício do direito de propriedade sobre um prédio com um prédio vizinho, as quais, seguindo as modalidades propostas por Carvalho Fernandes,⁶¹ podem agrupar-se em:

a) *Limitações que impõem um dever de abstenção*, nas quais se incluem:

- 1 – as emissões (art. 1.346.º);
- 2 – as instalações prejudiciais (arts. 1.347.º);
- 3 – as construções e plantações (arts. 1.360.º e 1.366.º);
- 4 – o escoamento natural de águas (art. 1.351.º);

b) *Limitações que impõem a necessidade de suportar a actuação alheia*, abrangendo:

- 1 – a utilização de terreno alheio (arts. 1.349.º e 1.367.º);
- 2 – as obras defensivas de águas (art. 1.352.º);

c) *Limitações que impõem deveres especiais de diligência*, como as que se impõem relativamente a:

- 1 – escavações (art. 1.348.º);
- 2 – tapagem de prédios (arts. 1.356.º a 1.359.º e 1.370.º e ss.);
- 3 – ruína de construção (art. 1.350.º);

d) *Limitações que impõem um dever de colaboração*:

- 1 – demarcação (arts. 1.353.º e 1.354.º);
- 2 – reparação ou reconstrução de parede ou muro comum (arts. 1.370.º, 1.371.º e 1.375.º).

59. Cfr. MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 94-95.

60. Tem-se reconhecido que o direito das relações de vizinhança vertido no Código Civil tem um carácter extremamente casuístico, apresentando-se como uma soma de regimes isolados para os conflitos mais frequentes, mas, como refere CORDEIRO, António Menezes, tal casuismo é provocado em parte pela própria natureza das coisas, que exige composições claras dos possíveis conflitos de vizinhança sem subordinação a esquemas teóricos preestabelecidos (*Direitos reais...* cit., p. 423). Também: ASCENSÃO, José de Oliveira. denuncia o casuismo do articulado do Código Civil enquanto obstáculo à estruturação científica do Direito da Vizinhança (A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 46, n. 2).

61. *Lições...* cit., p. 209 e ss.

Não sendo possível fazer uma referência detalhada a todas as limitações enunciadas, consideraremos, pela incidência jurisprudencial, a tapagem de prédios, que, no Código Civil, aparece como o direito de a todo o tempo o proprietário poder murar, valar, rodear de sebes o seu prédio, ou tapá-lo de qualquer modo (art. 1.356.º do CC).

Trata-se de uma faculdade inerente ao direito de propriedade, porém, sujeita a limitações impostas por relações de vizinhança que variam consoante o tipo de tapagem usado e se analisam no normativo contido nos arts. 1.357.º a 1.359.º e 1.370.º e ss. CC.⁶²

Ilustra uma limitação deste tipo o caso concreto tratado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09.02.2006, Processo 3583/2005-6, no qual se firmam as seguintes conclusões:

“I – O conteúdo do direito de propriedade, que confere ao seu titular o gozo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem (art. 1.305.º do CC), sofre limitações decorrentes das relações de vizinhança.

II – Essas limitações reflectem-se, designadamente, no direito de tapagem ou vedação expressamente consagrado no art. 1.356.º do CC, o qual reconhece ao dono de um prédio a faculdade de a todo o tempo o murar, valar, rodear de sebes ou tapá-lo de qualquer modo, impedindo, assim, que seja devassado.

III – A inobservância das limitações impostas pelas relações de vizinhança no exercício desse direito, que variam consoante o tipo de tapagem usado (arts. 1.357.º a 1.359 e 1.370.º e ss. do CC), tem consequências, sendo uma delas a presunção de comunhão do meio de tapagem utilizado.

IV – Assim e no que se refere à vedação com sebes vivas, estas consideram-se, em caso de dúvida, pertencentes ao proprietário que mais precisa delas; se ambos estiverem no mesmo caso, presumem-se comuns, salvo se existir uso da terra pelo qual se determine de outro modo a sua propriedade. Servindo a árvore ou arbusto de marco divisório, não pode ser cortado ou arrancado senão de comum acordo.”

E pegamos outrossim nas emissões, que se encontram reguladas no art. 1.346.º do CC na medida em que podem representar uma fonte de perturbação ou um factor de prejuízo para o prédio vizinho,⁶³ e cuja proibição compreende o fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor, ruído, trepidações e outros factos

62. Não raramente, o direito de tapagem tem sido tratado, pelos nossos tribunais, através da figura do abuso de direito, como, aliás, se retira dos arestos citados no ponto 2.3.

63. Sobre a divergência doutrinária em torno do significado de “prédio vizinho” tomado pelo legislador, vd. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições...* cit., p. 210.

semelhantes que sejam de molde a causar um prejuízo substancial para o uso do imóvel atingido e ou traduzam uma utilização anormal do prédio emissor.⁶⁴

Por exemplo, na situação considerada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.02.2008, Processo 10578/2007-2, a proibição de emissões é posta nos seguintes termos:

– No âmbito do direito de propriedade previsto no nosso ordenamento jurídico, a propriedade do imóvel abrange o espaço aéreo correspondente à superfície (n. 1, do art. 1.344.º do CC), não podendo no entanto o proprietário proibir os actos de terceiro que, pela altura a que têm lugar, não haja interesse em impedir (n. 2, do mesmo preceito legal).

– Pode no entanto o proprietário do imóvel opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam (art. 1.346.º do CC).

– A normal utilização duma habitação pressupõe a desnecessidade de encerramento de portas e janelas para se evitarem fumos provenientes de chaminés de prédios vizinhos, podendo afirmar-se que tal procedimento sempre constituirá um prejuízo substancial para o uso do imóvel.

– A conjunção “ou” separa as duas situações passíveis de conduzir à oposição do proprietário afectado com o fumo – prejuízo substancial “ou” utilização anormal do prédio – não sendo por isso as mesmas cumulativas.

6.2 *Direito de propriedade versus direito ao ambiente e direito à saúde*

Não obstante o que vem de ser dito, as relações de vizinhança, designadamente o direito de tapagem e as emissões, têm servido de pano de fundo para a tutela de novos interesses, como direito à saúde (art. 64.º/1 da CRP), o direito

64. Não obstante o preceito legal em tabela utilizar a conjunção “ou”, a doutrina diverge sobre a questão de saber se os requisitos estipulados no art. 1.346.º são alternativos, isto é, se o titular do prédio vizinho pode opor-se à emissão desde que esta se traduza em utilização contrária ao destino económico do prédio emissor e, portanto, independentemente, de haver prejuízo (LIMA, Pires de; ANTUNES VARELA. Op. cit., p. 179), ou se, ao invés, é mister que a emissão resulte de um uso anormal do prédio e que haja também prejuízo substancial para o prédio que a recebe (CORDEIRO, António Menezes. *Direitos reais...* cit., p. 426). Uma terceira via interpretativa é dada por: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições...* cit., p. 211, propondo que a emissão decorrente de um uso normal do prédio só possa ser proibida quando importar prejuízo substancial, e que na utilização anormal tenha de haver prejuízo, embora este não careça de ser substancial.

ao ambiente e o direito de qualidade de vida (art. 66.º/1 da CRP),⁶⁵ detectando-se já, em algumas decisões judiciais, uma fundamentação ecológica e a intersecção de valores como o repouso, a saúde e o bem estar.

Sendo defensável que o direito ao ambiente e qualidade de vida assume, entre nós, foros de direito de natureza análoga a *direitos, liberdades e garantias*,⁶⁶ ao “vizinho ambiental” há-de ser reconhecida uma posição jurídica subjectiva bastante para reagir perante uma “lesão ambiental”, tanto no plano administrativo como por via dos meios jurídico-civis.

No âmbito das relações de vizinhança e, nomeadamente, no que concerne às emissões e às tapagens, o vizinho lesado não estará limitado a invocar o seu direito de propriedade, antes se pode admitir que invoque também o direito ao ambiente, à saúde ou à qualidade de vida, reivindicando-se uma “interpretação constitucionalmente adequada” dos pertinentes preceitos do Código Civil e, por conseguinte, a tutela de outros direitos.⁶⁷

Recebem-se, no âmbito da tutela cível, conexões entre as limitações ao conteúdo do direito de propriedade (direito económico) e o exercício de outros direitos (concretamente os que se encontram positivados na Constituição e beneficiam de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias, os quais, por apresentarem um *grau suficiente de determinabilidade*, acabam por estar abrangidos pela *cláusula de imediaticidade* ou pelo efeito de *aplicação directa* a que se refere o art. 18.º/1 da CRP),⁶⁸ conferindo-se, desta forma, uma nova dimensão a figuras jurídicas tradicionalmente fechadas na defesa da propriedade.

65. Segundo: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 845. embora a dimensão antropocêntrica de ambiente aponte para a *qualidade de vida*, este conceito não se confunde com o de ambiente, porquanto *a qualidade de vida é um resultado, uma consequência derivada da interacção de múltiplos factores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas e que se traduz primordialmente numa situação de bem-estar físico, mental, social e cultural, no plano individual, e em relações de solidariedade e fraternidade no plano colectivo*. Do ponto de vista da Constituição, ambiente e qualidade de vida articulam-se nos seguintes termos: *o ambiente é um valor em si na medida em que também o é para a manutenção da existência e alargamento da felicidade dos seres humanos*.

66. Cfr. Idem, p. 845-846. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 353 e ss.

67. Neste sentido: CALVÃO, Filipa Urbano. *Direito ao ambiente e tutela processual das relações de vizinhança: estudos de direito do ambiente*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.

68. Cfr. a este propósito o acórdão do STJ de 28.10.2008, Processo 08a3005, (de que se recolhe o entendimento de que o “direito de tapagem, não pode ser exercido de forma abusiva, violando o direito de propriedade dos donos do prédio confinante; o âmbito pleníssimo do direito de propriedade está sujeito a limitações de interesse público resultantes de uma função social, tal como as limitações de interesse privado elencadas exemplificativamente no Código Civil; o abuso de direito comporta as modalidades

6.3 Concurso de direitos

A encerrar este percurso pelas limitações ao direito de propriedade, colocamos as *contemporizações do pleno domínio*; as restrições a que a propriedade se obriga por via da constituição de outros direitos reais e que, também por nós, são lidas não como *ramos ou partes destacadas* do direito de propriedade, mas como resultado da força expansiva do direito de propriedade, que lhe permite contrair-se para dar lugar a direitos reais menores e reexpandir-se em face da extinção destes direitos.⁶⁹

Realmente, a coisa que é objecto do direito de propriedade consente vários níveis de utilização e, por isso, é permitido que, *sem desnaturar este direito*; *sem esgotar o próprio cerne do seu licere*, sobre ela se constituam os *direitos reais menores de gozo* previstos e regulados no Código Civil, a saber, o usufruto, o uso e habitação, a superfície e as servidões, recebendo, cada um deles, uma soma de utilidades diversa das demais, logo, um conteúdo qualitativo distinto. O direito de propriedade coloca-se, assim, como direito progenitor ou matriz, ancorando-se nele cada um dos direitos reais de gozo ou de utilização de complexidade decrescente.

Mas, a partir do direito de propriedade, podem também ser constituídos direitos reais de *licere* ou conteúdo semelhante, só que tais direitos não consis-

de *venire contra factum proprium* e situações de desequilíbrio, estas com as *species* do exercício danoso inútil, da actuação dolosa e da desproporção grave entre o exercício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem; tem como escopo principal impedir que a estrita aplicação da lei conduza a notória ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante; um muro de vedação pode ter como funções específicas garantir a privacidade, evitando o devassamento, o arremesso de objectos e a demarcação do prédio, mas terá de ser limitado pelos direitos dos vizinhos; o direito à insolação – no sentido de exposição ao sol – integra-se no direito à saúde, na vertente de direito de personalidade, na estrita medida em que a exposição solar, com ponderada moderação, tem efeitos terapêuticos físicos e psicológicos; ocorre colisão de direitos sempre que, na configuração casuística, ou no seu exercício, dois ou mais direitos subjectivos são incompatíveis entre si, devendo então prevalecer o que tutela um interesse superior, como é o caso dos direitos de personalidade; para apreciação da prevalência deve, contudo, analisar-se a situação em concreto tendo em conta a intensidade do exercício do direito e a sua antiguidade, já que tem de considerar-se a posição que foi alterada pela situação conflituante” e a anotação que a este acórdão foi feita por Pedro de Albuquerque (publicação feita em: [www.oa.pt]), abordando o caso concreto sob diferentes perspectivas e à luz de diversas figuras jurídicas, como o abuso de direito, o regime do art. 1.346.º do CC, e o conflito de direitos.

69. Seguimos de perto: CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 226 e ss.

tem já no gozo ou utilização da coisa, antes se traduzem em instrumento para a realização de outros direitos ou para garantir a aquisição de outros direitos.

Trata-se, no entanto, de direitos que se conciliam ou compatibilizam por via de uma escala de graduação definida na lei, sendo cada um deles gizado para suportar a concorrência dos demais, assim podendo dizer-se que nem à custa destes direitos sairá prejudicado o princípio de que *a cada soma ou a cada espesura de utilidades corresponde em cada momento só um e único jus in re*.

São eles os *direitos reais de garantia* (direitos que visam a satisfação de direitos de crédito e, desta forma, constituem direitos acessórios de direitos de créditos), localizáveis na lei civil a pretexto da regulamentação das garantias especiais das obrigações e que, relativamente a bens imóveis, incluem a consignação de rendimentos, a hipoteca, os privilégios creditórios e o direito de retenção.

E são também os *direitos reais de aquisição*, que conferem a seu titular a faculdade de constituir em consequência um direito real de gozo ou de garantia, podendo envolver-se aqui os direitos potestativos de aquisição, os direitos reais de preferência e as promessas reais de alienação ou de oneração.

7. CONCLUSÃO

A finalizar, uma conclusão se impõe: à luz do Direito vigente, a propriedade não significa já um ilimitado *ius utendi, fruendi et abutendi*, nem se reconduz já a uma função pessoal, ou, se quisermos, humanista, tendente à conservação da existência e ao melhoramento da condição do seu titular, antes conhece limitações assentes na consideração de interesses alheios, de índole pública ou privada, que, normalmente, radicam em manifestações da obrigação de o proprietário fazer um aproveitamento socialmente justo das utilidades da coisa.

Vale, assim, dizer que o direito de propriedade, não deixando de ser atribuído para a realização pessoal do seu titular, é, ao mesmo tempo, *instrumento de realização de uma complexa e poliédrica função social*, ressumando, da cópia de limitações que antecede, importantes concretizações de uma nova concepção do direito de propriedade.

8. BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. 46. n. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. *Direito civil: reais*. 5. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

_____. *O direito – Introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

- AZEVEDO, Bernardo. *Servidão de direito público – Contributo para o seu estudo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e actual. pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1999. t. II.
- CALVÃO, Filipa Urbano. *Direito ao ambiente e tutela processual das relações de vizinhança. Estudos de direito do ambiente*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. O caso da quinta do Taipal (Protecção do ambiente e direito de propriedade). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. n. 3.850-3.851. ano 128. Coimbra: Coimbra Ed., maio 1995.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1.
- CARVALHO, Orlando de. *Direito das coisas (Do direito das coisas em geral)*. Coimbra: Centelha, 1977.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direitos reais*. reimp. da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993.
- _____. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. Disponível em: [www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614].
- CORREIA, Fernando Alves. As garantias do particular na expropriação por utilidade pública. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Suplemento XXIII, Coimbra: Coimbra Ed., 1982.
- _____. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. vol. 1.
- _____. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Da propriedade: arqueologias e teorias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. ano II. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4. ed. rev e actual. Lisboa: Quid Juris, 2003.
- _____. *Teoria geral do direito civil II*. 3. ed. rev. e actual. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2001.
- FONSECA, José Vieira. Principais linhas inovadoras do Código das expropriações de 1999. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. n. 11-12, 1999, e n. 13, 2000. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, Pedro; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. n. 3. ano 2. p. 17-46. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

- GONZÁLEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. *Relações de vizinhança*. Tese, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado* (colaboração de Manuel Henrique Mesquita). 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol 3.
- LOPES, Dulce. O procedimento expropriativo: complicação ou complexidade?. *Seminário Avaliação do Código das Expropriações*. Associação Nacional de Municípios/Instituto de Estradas de Portugal, 2003.
- MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos reais*. Coimbra: Petroni, 1967.
- _____. *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra: Almedina, 1997.
- MIRANDA, Jorge. A Constituição e o direito do ambiente. *Direito do ambiente*. Lisboa: INA, 1994.
- _____. *Ciência política e direito constitucional*. polic. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1973.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula e LOPES, Dulce. Empreendimentos turísticos, planeamento e registo predial: a concretização de um desígnio nacional. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 2.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de. O direito de propriedade e o *jus aedificandi* no direito português. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. n. 3. Coimbra: Almedina. jun. 1995.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Direitos reais (lições recolhidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*. Coimbra, 1971.
- SOARES, Rogério. *Direito administrativo, lições*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1978.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral (Actividade Administrativa)* Lisboa: Dom Quixote, 2007. t. III.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- Indisponibilidades, de Madalena Teixeira – RDI 68/215; e
- O arresto e a penhora de quotas sociais, de Madalena Teixeira – RDI 68/207.

MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: ENTRE O DIREITO (REAL) POSTO E O PRESSUPOSTO

2

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Pesquisador do CNJ. Professor de Direito Civil no Curso de Graduação em Direito na Universidade do Vale do Itajaí. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O presente artigo científico propõe-se a estudar sinteticamente os fundamentos jurídicos e fáticos da multipropriedade imobiliária. Para tanto, principia-se pelas matrizes históricas que justificam a atual tratativa jurídica dos direitos reais no intuito de demonstrar que embora limitados por um rol taxativo estes não se configuram como direitos imutáveis. A dinâmica das relações intersubjetivas reclama um constante aprimoramento dos institutos jurídicos. O tratamento jurídico dos direitos reais não se faz de modo hermético, critérios sociais, ideológicos, econômicos e políticos determinam com maior ou menor intensidade os critérios de exercício de tais direitos. Utilizou-se, para o desenvolvimento da pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito – Direitos reais – Propriedade – Multipropriedade – Obrigações.

ABSTRACT: This research paper proposes to study summarizes the legal and factual grounds of timeshares. To this end, the matrix begins to justify the current historical dealings actual legal rights in order to demonstrate that although limited by an exhaustive list of these rights does not stand as immutable. The dynamics of interpersonal relations calls for a constant improvement of legal institutions. The legal treatment of property rights is not so airtight, broader social, ideological, economic and political determine with greater or lesser degree the criteria for exercising those rights. It was used for the development of research, the inductive method, operated by the operational concepts and techniques of literature.

KEYWORDS: Law – Rights in rem – Property – Timeshares – Obligations.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O que a história da propriedade tem a dizer? – 3. Multipropriedade imobiliária – 4. Multipropriedade: entre o direito posto e o pressuposto – 5. Considerações finais – 6. Referências das fontes citadas.

1. INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o desafio não se mostra unicamente em olhar o novo. É preciso avançar, olhar o novo com os olhos do novo, como diria José Saramago no sugestivo *Ensaio sobre a cegueira*.¹ A partir desta consideração algumas reflexões carecem serem feitas sobre a multipropriedade (*timeshares*) no direito de propriedade, ainda que colacionados os antecedentes históricos da matéria.

Neste cenário, o presente artigo procura trazer, sem pretensões conclusivo-terminativas algumas considerações sobre a realidade fático-jurídica da multipropriedade imobiliária e seus (possíveis) atributos de direito real, em câmbio ao caráter meramente obrigacional (pessoal). Utilizou-se, para o desenvolvimento da pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

A dinâmica das relações intersubjetivas reclama um constante aprimoramento dos institutos jurídicos. O tratamento jurídico dos direitos reais não se faz de modo hermético, critérios sociais, ideológicos, econômicos e políticos determinam com maior ou menor intensidade os critérios de exercício de tais direitos. É justamente com base em determinantes de ordem econômicas que se observa o nascedouro da multipropriedade.

Conforme se evidenciará essa mutabilidade, ainda que em longo prazo, não se materializa na modernidade liberal-capitalista. É inerente à dinâmica social e reflete a constante e progressiva tentativa humana de se adaptar ao ambiente em que reside, seja ele natural ou artificial. Não se poder negar o aceleração dessa dinâmica pela força motriz da globalização, todavia, em tempos remotos observam-se as mudanças do(s) regramento(s) jurídico(s) no que tange ao modo com que o titular vai exercer seu poder sobre as coisas.

Todavia, a existência inquestionável do instituto da multipropriedade imobiliária exige por múltiplos fatores uma regulamentação jurídica condizente e atenta às consequências da sua prática. Discutir unicamente seu caráter real ou pessoal apenas produz mais do mesmo, mascarando situações conflitantes. Não vence a problemática que envolve as diversas responsabilidades dos proprietários entre si, terceiros e o Estado.

1. SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

Ademais, defender piamente a taxatividade e imutabilidade dos direitos reais, inscritos no art. 1.225 do CC/2002,² na própria legislação encontra óbices. Neste sentido, como elemento de abertura discursiva vale adotar uma dogmática que, além de um esteio conceitual estável (segundo a ideia de segurança jurídica), efetive uma suficiente mobilidade de pensamento a fim de poder mantê-lo nas distintas e mutáveis situações.³ Compreender o instituto da multipropriedade, enquanto fenômeno jurídico-social implica na arguição da congruência da disciplina jurídica às exigências fáticas – a (possível) conciliação entre o posto e o pressuposto.⁴

2. O QUE A HISTÓRIA DA PROPRIEDADE TEM A DIZER?

Já dizia Osvaldo Ferreira de Melo que o direito é fenômeno cultural contingenciado pela facticidade e pelos juízos de valor. Por isso, nada do que acontece e do que não acontece no espaço jurídico é sem história.⁵

Parece inegável a constatação de que com a progressiva evolução das transações patrimoniais, todos, indistintamente, são proprietários de bens, apropriáveis ou não. Ainda que com as devidas ressalvas, partes do corpo, antes inegociáveis, passam na contemporaneidade a ser objetos de mercancia, tal como o cabelo. A tradicional distinção para fins didáticos entre bens e coisas

2. “Art. 1.225. São direitos reais:

- I – a propriedade;
- II – a superfície;
- III – as servidões;
- IV – o usufruto;
- V – o uso;
- VI – a habitação;
- VII – o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII – o penhor;
- IX – a hipoteca;
- X – a anticrese;
- XI – a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII – a concessão de direito real de uso.”

3. Neste sentido: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 101.

4. Acerca da ideia de realidade jurídica, justiça e práxis recomenda-se: DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

5. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed./Univali, 1998. p. 20.

já não se sustenta. Não só por que as relações intersubjetivas evoluíram, mas, em grande parte pela vinculação irrefletida e estanque aos institutos romanos.

Importa reconhecer que a proposta de multipropriedade imobiliária vincula-se diretamente aos preceitos históricos do tratamento jurídico da propriedade. Sem desprezar as memórias preexistentes ao período romano, é no bojo da família e das divindades de Roma que a propriedade passa a receber caráter sagrado, inalienável, perpétuo e exclusivo em defesa dos espíritos dos mortos que ali jaziam.⁶ Não seria exagerado afirmar que em tal época a propriedade se constituiu em garantia de um *status quo ante*.

Nos dizeres de Fustel de Coulanges⁷ a propriedade privada em Roma estava edificada na própria religião. Cada moradia guardava local específico à memória dos seus deuses familiares, os antecedentes protetores dos descendentes que habitavam a residência.

Zelar pela propriedade imobiliária equivaleria à tributação prestada aos antepassados. Deste cenário, sagrado *versus* profano, a propriedade recebeu seus atributos essenciais, que se reproduzem na contemporaneidade, muitas vezes à moda de dogmas. Somente na Idade Média,⁸ de certa medida, tais caracteres

6. “Torna-se evidente como a propriedade privada era uma instituição da qual a religião doméstica não podia prescindir. Essa religião prescrevia que se isolasse o domicílio e também a sepultura: a vida em comum tornava-se, portanto, impossível. A mesma religião ordenava que o altar fosse fixado ao chão e que o túmulo não fosse nem destruído, nem deslocado. Suprime a propriedade e o altar ficará errante, as famílias confundir-se-ão e os mortos ficarão abandonados e sem culto. Por intermédio do altar irremovível e da sepultura permanente, a família tomou posse do solo; a terra foi, por assim dizer, imbuída e penetrada pela religião do lar e dos ancestrais. Desse modo, esteve o homem dos antigos tempos dispensado de resolver problemas demasiado complicados. Sem discussão, sem trabalho, sem sombra de dúvida, chegou de uma única vez, em virtude de suas crenças, à concepção do direito de propriedade, direito que é a origem de toda a civilização, pois por sua causa o homem cultiva a terra e ele próprio se torna melhor”. COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 85-86.

7. “Há três coisas que, desde as idades mais antigas, se encontram fundadas e solidamente estabelecidas pelas sociedades gregas e itálicas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade, três coisas que tiveram, entre si, na origem, patente relação e que pareceram ter sido mesmo inseparáveis”. *Idem*, p. 79.

8. “Lo que da una característica especial ao régimen de la propiedad *in mueble* – con mucho la más importante en ese momento – no se desarrolla en toda ella, sino que abarca un período determinado, que se designa con el nombre de época feudal o feudalismo, que se inicia más o menos el año 843, cuando se firma el Tratado de Ver-

tiveram seus elementos flexibilizados. Aquilo que era absoluto e exclusivo (*duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest* – o poder do titular afasta da coisa quem quer que dela queira se utilizar) passa a comportar a partilha das faculdades da propriedade em domínio direito e domínio útil, propiciando outras formas de regulamentação sobre a propriedade, justificando, em especial, o feudalismo.⁹

Em verdade, a mudança paradigmática sobre a regulamentação da propriedade serviu de esteio para o poder feudal, decorrente do domínio sobre as coisas e a condição de vassalagem. Sem este poder, que transcende a exclusividade do mando sobre as coisas, o feudalismo e, por conseguinte o absolutismo não seria o mesmo.

Logo, o projeto revolucionário liberal-iluminista para romper com o *status quo* careceria alterar o modelo jurídico de organização da propriedade, sob pena de fracassar os anseios. Por outro lado, o sucesso da nova ordem não seria obtido sem a derrocada dos antigos, o que só aconteceria com a implosão de suas bases de poder: o exercício da propriedade.

Levando em consideração o cenário político, social e econômico fica de certa forma facilitada a identificação dos escopos liberais consagrados a partir da Revolução Francesa e positivados no Código Civil de 1804,¹⁰ a saber: o devido respeito à burguesia em face da realeza, fragmentando, portanto, o poder político-aristocrático do poder econômico. A contrapartida ressalte-se que a “restauração” do modelo romano de propriedade aconteceu com correções

dún, por el cual los nietos del Emperador Carlomagno dividen el Imperio: aparecen los señores feudales compartiendo la soberanía con los reyes, que no eran más que *primus inter pares*”. VIDAL, Marina Mariano de. *Curso de derecho reales*. Buenos Aires: Zavaglia, 2004. t. I, p. 198.

9. RODRIGUES, FRANCISCO Luciano Lima; MARQUES, Héríka Janayna B. M. M. Notas a respeito da multipropriedade imobiliária como nova modalidade do exercício do direito de propriedade. *Pensar*, vol. 15, n. 2, p. 401-423.
10. Lê-se no art. 544 a definição do direito de propriedade: “o direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta, desde que não se faça dela uso proibido pelas leis e regulamentos”. Neste cenário não se pode descartar a idêntica feição estampada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Por sinal, a propriedade na Declaração “beneficia-se de um tratamento enfaticamente protecionista e privatista – note-se que é o único direito qualificado como ‘inviolável e sagrado’”. TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002. p. 54. Recomenda-se ainda: HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

ideológicas, especialmente no que tange à exclusão da ideia autoritária existente no período romano.¹¹

Essa mesma ideologia, notadamente individualista, em pouco tempo passou a receber investidas de ordem social, a partir de Karl Marx e Friedrich Engels,¹² a fim de conferir aos direitos inerentes à propriedade uma destinação coletiva para que atendessem ao interesse social, consubstanciada em restrições de ordem pública. Com as devidas ponderações¹³ não se pode deixar de descartar neste cenário as determinações papais decorrentes das encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, as quais criaram um sopro de socialização na cultura católica, predominante à época no Ocidente. É justamente desta confluência e coabitação de paradigmas que se edifica o atual modelo de positivação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, um misto de ideais romanos, medievais, liberais e sociais.

Com isso, ainda que a proposta inicial deste artigo fale do novo, resta evidente pelo decurso do tempo e demais determinantes que os atributos contemporâneos do direito de propriedade não são frutos de um processo abiogênico, solto por aí, como se sem gravidade. O modo pelo qual aprendemos, praticamos e ensinamos acerca do direito sobre a propriedade é reflexo de experiências preexistentes e, principalmente, dinâmicas.

3. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Assim, mesmo que se discuta a natureza jurídica da multipropriedade imobiliária (*timeshares*) sobre a celeuma direitos reais *versus* direitos pessoais, é evidente que sua existência não pode ser negada e desconsiderada.¹⁴ Nascida nos idos de 1970, na Suíça, para, a partir de um critério temporal, fragmentar entre os titulares as faculdades de uso, gozo, disposição e administração sobre a coisa, a multipropriedade esteve direcionada à recreação e ao lazer em estân-

11. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MARQUES, Hérিকা Janayna B. M. M., op. cit., p. 407.

12. Notadamente: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

13. Objeções são feitas com brilhantismo sobre a política eclesiástica sobre o reconhecimento dos direitos sociais por Gregório Peces-Barba Martínez. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: _____. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

14. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

cias de campo e balneárias. Em termos práticos, a fragmentação das faculdades relativas à propriedade, assegura tais atributos, em um lapso temporal definido (eis a distinção do condomínio, pois no condomínio não se faz necessária a estipulação do período sobre o qual cada proprietário gozara de forma ampla e irrestrita da coisa), sem a exigibilidade de se adquirir a propriedade de forma plena e exclusiva, mas mantendo a condição de perpetuidade, possibilitando por óbvio, economia de gastos e maior satisfação da função social da propriedade.¹⁵

De forma genérica, segundo Gustavo Tepedino, multipropriedade é a relação jurídica de aproveitamento econômico de bem móvel ou imóvel, fracionada em unidades temporais fixas, “de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.¹⁶

A respeito da novidade do instituto da multipropriedade imobiliária, asseveram Francisco Rodrigues e Hérica Marques que:

“Várias são as teorias que se ocupam de apontar a natureza jurídica da multipropriedade, dentre as quais, é possível destacar as seguintes:

a) seria uma situação jurídica que se enquadraria na comunhão que marca a existência do condomínio;

15. Sobre os atributos da propriedade temporária merece reprodução a distinção apontada por Orlando Gomes. Segundo o civilista baiano a propriedade temporária divide-se em: “*Propriedade temporária (ad tempus)*, quando adquirida para durar certo tempo, mas não se apresenta potencialmente temporária, podendo seu titular perdê-la por força de certos acontecimentos. O fato extintivo produz efeitos para o futuro, ou seja, há a transmissão do domínio no estado em que se encontra: diminuído, modificado etc. Ex: revogação da doação por ingratidão do donatário. *Propriedade resolúvel*: quando sua duração se subordina a condição ou termo final *previsto no título*. Apenas esta constitui derrogação ao princípio da irrevogabilidade, pois a condição ou o termo, extingue a propriedade mesmo para o passado. Há transmissão da propriedade no estado em que a coisa se encontrava ao ser recebida pelo proprietário temporário. O traço característico da propriedade resolúvel é a previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. O titular do direito resolúvel é um proprietário sem certeza do destino final da propriedade, mas é um proprietário. Se a condição se verifica, perde a propriedade, mas se falha, a consolida em definitivo. A *propriedade cíclica*: a teoria da propriedade cíclica argumenta que se admitida a limitação temporal do domínio, deixa de existir uma das características mais importantes da multipropriedade que é a perpetuidade”. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 83 (destaque do original).

16. TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1.

b) poderia ser classificada como uma especial forma de propriedade, com o exercício individualizado pelo tempo, marcado por uma pluralidade de autonomia do direito de propriedade, distinguindo pelo objeto, que do ponto de vista temporal, resulta sempre diverso;

c) há aqueles que entendem a multipropriedade como um direito real atípico que nasce de um contrato a respeito de compra e venda com indicação da coisa objeto da avença, mostrando-se uma situação jurídica complexa, com um núcleo central marcado por uma característica real e série de obrigações que envolvem os vários multiproprietários e os sujeitos que gerem o imóvel;

d) tem-se ainda os que defendem os institutos como sendo uma hipótese típica de propriedade temporal, bem como os que a definem como propriedade intermitente, pela qual os proprietários, sempre titulares de direito real de propriedade, adquirido por ato entre vivos ou *causa mortis*, podem exercer seu direito em determinado período de tempo durante um ano.”¹⁷

A negativa pelo reconhecimento da multipropriedade imobiliária como direito real toma vulto na ausência de posituação como tal no rol do art. 1.225 do CC/2002 e seu sincretismo teórico entre direito real e direito pessoal, haja vista a necessidade de instrumento volitivo para constituí-la. Mesmo que recorrente a ideia de taxatividade¹⁸ do rol de direitos reais inscritos no art. 1.225 do CC/2002, não se pode perder de vista que, embora não previstos, a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária são considerados abertamente direitos reais. Ao que parece a existência de um *numerus clausus* não pode representar a impossibilidade de consagração de novos direitos, haja vista a dinâmica social e o aperfeiçoamento jurídico às novas realidades, tal como ocorreu, por exemplo, com a criação do direito de superfície e a vedação de constituição de novas enfiteuses.

Ciente desta problemática, Carlos Roberto Gonçalves alude que o art. 1.225 do CC/2002 é a bússola à taxatividade do *numerus clausus* dos direitos reais,

17. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MARQUES, Hérika Janayna B. M. M., op. cit., p. 412-413.

18. “(...) o sistema de *numerus clausus*, por si só, não é suficiente para resolver a tormentosa problemática dos tipos reais vigentes, que, dada a evolução social, representam manifesto inconveniente socioeconômico, como, v.g., a enfiteuse. Por tais razões, é de se questionar, hoje, a exclusão da autonomia da vontade no campo de criação de direitos reais, se este aleijamento baseia-se tão somente em razões de ordem histórica que já foram ultrapassadas desde o fim da Revolução Francesa, com a superação do modelo econômico, característico do Antigo Regime, cuja raiz nobiliárquica encontrava raízes na organização feudal da propriedade”. GONDINHO, André. *Direitos reais e autonomia da vontade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58.

entretanto, “quando se afirma que não há direito real senão quando a lei o declara, tal não significa que só são direitos reais os apontados no dispositivo em apreço, mas também outros disciplinados de modo esparsos no mesmo diploma e os instituídos em leis especiais”.¹⁹

Nesta toada, conforme já antecipado em passagens alhures pode-se incluir no rol de direitos reais o pacto de retrovenda (arts. 1.140 a 1.143 do CC/1916), a propriedade fiduciária e o direito de retenção (atual art. 1.219 do CC/2002), conforme argumentava Arnaldo Medeiros da Fonseca.²⁰

O conjunto de consequências jurídicas decorrentes da instituição de multipropriedades reclama medidas legais específicas à matéria. Sua crescente exploração, em especial, para fins de turismo e recreação não pode ficar resumida a questões eminentemente doutrinárias. Em face das particularidades que traz em seu bojo, a tendência ao sincretismo jurídico com múltiplos institutos não se apresenta suficiente. Há que se construir um tratamento específico à responsabilidade civil, administrativa e tributária dos multiproprietários. De igual forma para os reflexos produzidos com a abertura da sucessão e demais causas relativas à personalidade de um dos proprietários.

Além disso, o poder de gozo, de disposição e de administração sobre a multipropriedade não se satisfaz suficientemente à luz dos direitos pessoais, notadamente via contrato. Some-se a problemática da responsabilidade tributária dos multiproprietários e a noção de capacidade processual, por exemplo, que norteia as ações possessórias. Ou ainda, a possibilidade de gravar em hipoteca a coisa. Não basta suscitar a aplicação subsidiária dos princípios norteadores dos condomínios.

De arrancada a criação de multicondomínio,²¹ enquanto arranjo jurídico à multipropriedade, com relações pessoais entre condôminos e administrador, impõe a lavratura do registro da propriedade exclusivamente ao administrador ou em condomínio *pro indiviso*. No primeiro caso, o administrador, na verdade proprietário, receberia um ônus desproporcional aos seus atributos. No segundo caso, a existência de condomínio *pro indiviso* permitiria o uso coletivo e simultâneo da coisa em seu aspecto territorial e temporal, bem como, a extinção do estado de indivisão a qualquer tempo.

19. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

20. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 255-256.

21. Denominação adotada por VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 5, p. 403.

Recopilando, toda a construção dogmática de direitos reais que culmina na ideia de rol taxativo não pode ser compreendida sob a óptica da imutabilidade, o que significaria negar a própria História. A facticidade tem o condão de adequar o tratamento jurídico aos clamores sociais. Sem delongas, considerando a importância da regulamentação da matéria, é chegada a hora de dispositivos legais norteadores específicos à multipropriedade.

4. MULTIPROPRIEDADE: ENTRE O DIREITO POSTO E O PRESSUPOSTO

Muito embora ao longo do presente artigo algumas ideias específicas deste item já estejam antecipadas é preciso entender a necessária comunicação dos institutos jurídicos com a dinâmica e facticidade social. Toda a ideia de ordenamento jurídico, ainda que presa à validade formal, não faz sentido sem o devido respaldo na vida social. O direito como processo pasteurizado, hermético e independente de circunstâncias externas, fruto do pensamento moderno, não resistiu.²²

Nos dizeres de Eros Roberto Grau, o direito enquanto nível do todo social é ingrediente ativo do modo de produção social. Destarte, “já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como *direito moderno*, vale dizer, produzido pelo Estado”.²³ Com isso, entende-se que há no interior da sociedade civil regramentos jurídicos, os quais encontram transcendência quando postos (positivados) pelo Estado.

Nestes termos, o fenômeno jurídico abrange o posto e o pressuposto. Logo, o direito é uma instância, um nível da realidade social. Instância na qual se manifesta de forma frutífera, na medida em que se opera, na estrutura social global, uma contínua, constante e permanente interpenetração de instâncias (realidades).²⁴

Daí por que, o processo legislativo além dos vínculos formais e materiais a que está submetido encontra também um balizamento no direito pressuposto que condiciona a vigência e validade do direito posto, o qual modifica, após

22. “A Ciência Jurídica na Modernidade revelou uma tendência de isolar o fenômeno jurídico empreendendo um trabalho de cunho lógico-normativo, desvinculando-o de seus fundamentos ético-filosóficos, bem como da realidade ampla e profunda do mundo da vida”. DIAS, Maria da Graça dos Santos, op. cit., p. 115.

23. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 147.

24. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 319.

sua positivação, o direito pressuposto. Com isso, vislumbra-se uma dialética de complementaridade infinita.

Nesta toada, em face dos múltiplos casos de multipropriedade na realidade imobiliária nacional, encontram-se novos argumentos para a reclamação que se faz em torno de um regramento jurídico específico. Há uma progressividade de novos empreendimentos, em especial de turismo e recreação, que se utilizam desta modalidade negocial, sem as devidas e equivalentes garantias que são necessárias.

Ademais, pela lavra de Caio Mário da Silva Pereira, os direitos reais se constituem na “província do direito privado mais sensível às influências da evolução social. Em todos os tempos, à medida que a pesquisa histórica os ilumina, avulta a peculiaridade do assenhoreamento dos bens terrenos, como índice dos fenômenos sociopolíticos”.²⁵

Volta-se a reforçar a máxima de que a produção, a interpretação e a aplicação do direito não se sintetiza em simples dedução do seu texto, como se fosse uma operação aritmética. Ao contrário, é itinerário de frequente adaptação da norma à facticidade. O estado da arte que envolve as disposições de multipropriedade requer uma revisão nos direitos postos a partir das pressuposições e práticas sociais existentes.

Todavia, sem se negar a importância de uma postura ativa do Poder Judiciário não se pode delegar (inconstitucionalmente) todas as funções de alçada legislativa às varas do Judiciário. Não se situa tal encargo no plano de competência exclusivo do Judiciário. É necessário um cuidado legislativo condizente com a importância da matéria e sua repercussão.

A transposição da multipropriedade imobiliária do plano pressuposto de direito para o direito posto não representa somente uma alteração de categoria. Possibilita indiscutivelmente uma melhor otimização do dever fundamental de conferir à propriedade uma função socioambiental,²⁶ maiores garantias à Fazenda Pública, segurança jurídica ampliada entre os titulares e, entre estes

25. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. IV, p. 6. Ainda que se discuta a distinção direito privado vs. direito público e a suposta prevalência dos direitos reais em relação aos demais direitos, vale o registro da passagem.

26. “É óbvio que um imóvel atende melhor à sua função social estando permanentemente ocupado, compartilhado no tempo, do que fechado durante a maior parte do ano, como ocorre com a maioria das propriedades turísticas tradicionais”. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MARQUES, Héríka Janayna B. M. M., op. cit., p. 420.

e a coletividade. Não se pode, isto sim, insistir nas tentativas conciliatórias de práticas impraticáveis.

Vale ressaltar que nesta toada, o Código Civil de 2002 institui que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (art. 1.228, § 1.º).

Desta forma, o próprio legislador, sob orientação do preceito/mandamento constitucional da função social da propriedade, estabeleceu linhas gerais à regulamentação do instituto da multipropriedade, com vedações de ordem genérica aos atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam movidos pela intenção de prejudicar terceiros (art. 1.228, § 2.º, do CC/2002). Além destes argumentos de ordem legal, merece referência a constante motivação de redução de desigualdades, haja vista, o crescimento da riqueza mundial sete vezes entre 1948 e 1996 obtidos graças à triplicação do número de pobres no mundo nesse período.

Nesta dimensão, importante é obter uma norma que consiga responder adequadamente às necessidades fáticas, garantindo, desta forma, um direito justo e compromissado com a segurança jurídica. Para tanto, não se deve descartar a imperiosa contribuição de consciência jurídica ciente deste vazio normativo e correta mensuração dos valores a serem tutelados.

Criado esse primeiro momento de conscientização, opinião e representação da norma desejada, que não se exaure em si mesmo, na sequência há de se adentrar na fase das proposições pela: (a) manutenção da norma vigente, sem alterações; (b) manutenção da norma vigente, se devidamente corrigida; (c) exclusão da norma do ordenamento jurídico; ou (d) pela criação de norma para regular novo direito.²⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando as teses anteriormente sustentadas resta evidente a constante evolução que permeia a tratativa dos direitos reais e, em especial, a propriedade. Logo, caracteres como perpetuidade e exclusividade dos direitos sobre a propriedade não foram ao longo dos séculos consagrados como absolutos. Na

27. Neste sentido: ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974. p. 348; MELO, Osvaldo Ferreira de, op. cit., p. 21-33.

atualidade, observa-se uma redução destes dogmas, por exemplo, nos institutos de direitos reais de fideicomisso, usufruto e propriedade resolúvel. Ainda, que desses alguns não constem no afamado rol taxativo do art. 1.225 do CC/2002.

Questões religiosas, ideológicas, filosóficas, sociais e econômicas em maior ou em menor intensidade sempre interferiram na regulamentação jurídica da propriedade. Por tais razões, a propriedade não possui um sentido unívoco.²⁸ Desta forma, a ideia de dialética de complementaridade entre direito posto e pressuposto passa a ser reforçada no sentido de sustentar a possibilidade de elevação da multipropriedade à condição de direito real.

Ainda que se discuta a natureza de tal hipótese de propriedade – direito real ou pessoal – não restam dúvidas da debilidade protetiva destinada aos titulares da multipropriedade imobiliária, terceiros e Estado. Não pode, outrossim, o ordenamento jurídico continuar inerte e em preterição à multipropriedade, sob riscos de danos caros à sociedade civil e ao Estado Democrático de Direito.

Se, na prática, a multipropriedade se constitui em uma revolução nos caracteres da propriedade, não faz sentido escapar da revolução jurídica que regulamente essa nova modalidade de direito real. Não faz sentido condescender com a chegada tardia da correta tutela jurídica sobre a multipropriedade imobiliária.

Esse é o desafio...

6. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2011.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONDINHO, André. *Direitos reais e autonomia da vontade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

28. MATTIETTO, Leonardo. Função social e diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n. 6. ano VI. p. 155-169. Campos dos Goytacazes, jan.-jun. 2005.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- MATTIETTO, Leonardo. Função social e diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n. 6. ano VI. p. 155-169. Campos dos Goytacazes, jan.-jun. 2005.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed./Univali, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: _____. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. IV.
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MARQUES, Hérika Janayna B. M. M. Notas a respeito da multipropriedade imobiliária como nova modalidade do exercício do direito de propriedade. *Pensar*. vol. 15. n. 2. p. 401-423. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, jul.-dez. 2010.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 5.
- VIDAL, Marina Mariano de. *Curso de derecho reales*. Buenos Aires: Zavaglia, 2004. t. I.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1991.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Multipropriedade imobiliária, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 70/19;
- Multipropriedade. *Time sharing*. Enquadramento entre os direitos reais. Inviabilidade de constituição do empreendimento como condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, com instituição de condomínio tradicional, regido pelo Código Civil, sobre as diversas unidades autônomas. Possibilidade. Alteração de convenção condominial que traz disposições de natureza obrigacional. Recusa acertada de averbação. Condomínio tradicional sobre as unidades autônomas, com inserção nas matrículas correspondentes de elementos de ordem obrigacional, tendentes a tornar reais direitos pessoais. Inadmissibilidade, de Gilberto Passos de Freitas – *RDI* 65/330;
- O contrato de *time-sharing* e o direito do consumidor, um necessário diálogo das fontes, de Ardyllis Alves Soares – *RDC* 77/151; e
- Responsabilidade civil dos hotéis e do sistema de multipropriedade imobiliária (*time-sharing*), de Andreia Oliveira Marcelino – *RT* 810/739.

Veja também Jurisprudência

- Inexistência, em princípio, de incompatibilidade entre as disposições da Lei 4.591/1964 e a multipropriedade de unidades condominiais, conforme art. 6.º do citado diploma legal: *RT* 822/295.

OBSERVAÇÕES AO REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE (E DÚVIDAS QUE DAÍ RESULTARAM)

3

MARGARIDA COSTA ANDRADE

Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assistente das cadeiras de Direito das Coisas e de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro da Direcção do Centro de Estudos Notariais e Registais.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Neste trabalho levantam-se algumas dúvidas sobre o regime jurídico do direito de superfície para construção de obra (por exemplo, relação com a propriedade horizontal, regime jurídico do cânone superficiário, alteração do destino da obra) e regressa-se a questões sobre ele debatidas na dogmática (como a natureza jurídica do direito do superficiário sobre o implante, a aquisição por usucapião ou a extinção do direito e suas consequências). Apesar de o direito do urbanismo cada vez mais actuar no âmbito do direito das coisas, particularmente os de matriz mais marcadamente urbana, não ultrapassaremos, o âmbito do direito civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de superfície – Direito de propriedade – *Superficies solo cedit* – Direitos reais menores – Propriedade horizontal – Posse.

ABSTRACT: This paper addresses some questions *a propos* the building lease, on a civil law perspective: for e.g., how it relates to horizontal property, the problems raised by rent payment (speacially when the lessee chooses his right's extinction) and the unauthorised modification of the constructions' initial usage. We also return to matters long discussed by civil law, such as the qualification of the lessee's right over the construction, adverse possession or the effects of the lease's ending. although conscient that construction leases are nowadays strongly regulated by public law, we only observe the building lease on a private law perspective.

KEYWORDS: Building lease – Property right – *Superficies solo cedit* – Horizontal property.

SUMÁRIO: 1. Introdução e breves notas históricas – 2. Noção ou noções? – 3. Os dois momentos do direito de superfície: o direito a construir/plantar; direito sobre a construção/plantação – 4. O cânone superficiário – 5. Extinção do direito de superfície e seus efeitos – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO E BREVES NOTAS HISTÓRICAS

1. O princípio¹ *superficies solo cedit* tem origem do Direito Romano² e manifesta a virtualidade reconhecida ao direito de propriedade imobiliária de abranger ou absorver tudo o que se implante no solo ou no subsolo correspondente à superfície delimitadora do direito de propriedade. É aquilo que também designamos por *regra da acessão* e que se manifesta, de uma perspectiva passiva, no *princípio da totalidade*,³ consagrado no n. 1 do art. 1.344⁴ – “a propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico”. De facto, desta norma se retira a (temperada) ideia de que não existem limites materiais à propriedade sobre coisas imóveis que não os relativos às suas extremas horizontais (*quid dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos*), mas principalmente a capacidade que a propriedade tem de atrair magneticamente tudo o que na sua órbita acabe por surgir. Aliás, é também o princípio da totalidade que, simultaneamente, fundamenta e é tutelado pelo regime da acessão imobiliária, na medida em que o legislador evita a constituição de vários direitos actuando num mesmo imóvel, determinando a absorção pelo solo da construção ou plantação (art. 1.340, 3). E o mesmo pode dizer-se para aqueles casos em que o legislador aceita que a superioridade do valor da construção ou da plantação face ao valor do prédio justifique que o autor destas adquira a propriedade sobre o prédio (art. 1.340, 1): aqui temos também o princípio da totalidade a actuar, embora em movimento invertido – *solum cedit superficiei*, princípio germânico de sentido oposto, mas que é corolário da mesma ideia de ligação material entre o solo e a obra implantada.⁵

1. O texto que ora se publica vai integrar o livro de homenagem ao Sr. Prof. Dr. Peter Hünnerfeld, Doutor *Honoris Causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, insígne penalista, cultor da língua, cultura e história de Portugal e grande amigo.
2. “*Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*” (Gaio, II, 73) – Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 588.
3. A totalidade é apresentada por Mota Pinto enquanto característica do objecto dos direitos reais, ressaltando, embora, que nem sempre acontece que o direito real incida sobre toda a coisa, como acontece com a servidão. No que se refere especificamente à propriedade, ensina o autor: “significa que as partes integrantes ou constitutivas da coisa não podem, enquanto se mantiverem como tal, ser objecto de direitos particulares, seguindo antes o destino jurídico da coisa que detém, por isso, um destino unitário” – Álvaro Moreira/Carlos Fraga (1971), p. 84.
4. Doravante, os preceitos legais sem indicação do diploma de proveniência, pertencem ao Código Civil.
5. Cfr. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 588.

Não deixa, porém, de haver exceções várias ao princípio da totalidade no ordenamento jurídico português. E aí está o direito de superfície para o comprovar, na medida em que a sua constituição permite que a propriedade sobre um determinado imóvel esteja onerada com uma outra propriedade incidindo apenas sobre a plantação ou a obra que nele se encontre implantada (ou porque o superficiário a construiu/plantou ou porque o superficiário adquiriu obra/plantação já feita).⁶

2. Nos tempos modernos, deve-se ao trabalho de Coviello (1872), a percepção de que era necessário tratar juridicamente a propriedade imobiliária de uma perspectiva volumétrica, rompendo com a exagerada submissão a “uma espécie de lei da gravidade jurídica que literalmente a tem ‘pegada ao solo’”, de modo a aproveitar “a potencialidade do espaço aéreo urbano como objecto separável e fraccionável de direitos subjectivos”.⁷

A força dessa “lei da gravidade”, juntamente com a influência do Código de Napoleão, com a sua aversão aos direitos reais menores, permite afirmar que foi sem surpresa que o Código Civil de 1867 não integrou entre os direitos reais o direito de superfície. Todavia, permitia-se no art. 2308 que, durante 30 anos, o proprietário de um prédio se sujeitasse à presença de árvores pertença, em propriedade, de um outro sujeito, o que serviu para que alguma doutrina aqui encontrasse a consagração de um direito de superfície, mesmo antes da expressa introdução do direito no nosso ordenamento jurídico pela Lei 2.030, de 22.06.1948.⁸ Ora, no art. 22, 1 deste diploma particularmente vocacionado

6. É também excepção ao princípio da totalidade a propriedade horizontal. Logo o art. 1.341.º o deixa perceber ao admitir que fracções de um mesmo edifício pertençam a proprietários diversos — de facto, sem o título constitutivo da propriedade horizontal não poderia o construtor vender ou onerar fracções de um mesmo prédio, pois que ainda existiria uma única coisa, insusceptível, por isso, de distintos direitos, nomeadamente de propriedade, sobre distintas partes. Outra excepção ao princípio da totalidade se encontra em matéria de propriedade sobre águas, quando seja distinta da propriedade sobre o imóvel (arts. 1.389, ss.).

7. Mezquita del Cacho (2000), p. 485, trad. nossa. De qualquer modo, já se conhecia legislação moderna consagrando o direito de superfície — é o caso do direito belga, que aceitava a constituição de um direito de superfície sobre prédio alheio por lei de 1824, apesar de ter adoptado o Código de Napoleão.

8. Assim, Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 587, Oliveira Ascensão (1993), p. 524, Carvalho Fernandes (1999), p. 408. Num artigo publicado em 1952, Pacheco Carreiro defendia que o direito positivo português já conhecia o direito de superfície, mesmo antes da publicação da Lei 2.030/1948, isto porque vários preceitos do Código Civil permitiram, em associação, mostrar todos os alicerces do direito — v. (1952), p. 256, ss.

para a organização do território urbano autorizava-se apenas o Estado, as autarquias locais e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa a adoptar a posição de fundeiro. Podemos por isso dizer que, de certa forma, se mimetizou entre nós a evolução que o Direito Romano também conheceu, já que o *ius superficiei* surgiu no âmbito do direito público. Na verdade, o primitivo Direito Romano entendia como lei natural que a propriedade do solo absorvesse tudo o que nela se implantasse, mas foi necessário alargar horizontes quando Roma se viu confrontada com o exponencial crescimento da *urbe*, trazendo dificuldades motivadas pelo facto de o solo ser propriedade de uma mão cheia de particulares e de corporações. Assim, foram sendo concedidos *iura aedificandi*, primeiro a entidades públicas (*populus romanus*, *civitates*, *municipia*), depois a sujeitos privados. Porque estes direitos foram sendo protegidos por *actii in rem*, passaram a integrar a categoria dos *iura in rem*. A influência do direito germânico, ainda, veio trazer uma nova perspectiva ao direito que se reconhecia ao autor do implante, na medida em que, por uma lado, se aceitava como título de aquisição o trabalho – e daí a regra *solum cedit superficiei* – e, por outro, se reconhecia como objectos distintos e susceptíveis de propriedades distintas a superfície de um terreno e aquilo que nela se construía.⁹ No direito medieval, o desenvolvimento destas noções veio permitir a distinção entre vários domínios e, portanto, várias propriedades funcionando em simultâneo.¹⁰

O facto de a Lei 2.030/1948 ter circunscrito o âmbito subjectivo do direito de superfície condicionou grandemente o sucesso deste, mas não terá sido esta a única razão que levou Oliveira Ascensão a afirmar que “esta figura, em que tantas esperanças se depositaram, (ficou) praticamente letra morta”.¹¹ Esperava-se, num movimento comum aos ordenamentos jurídicos europeus,

9. A regra germânica é manifestação do princípio da prevalência do trabalho, que dá primazia à riqueza criada com ele sobre a estática do imóvel não edificado. Na verdade, porque se não encontrava a sociedade germânica tão organizada como a romana, era virtualmente impossível adoptar uma regra de absorção pelo terreno do que nele fosse construído, que exigia a estabilização do território e a demarcação da propriedade – Pacheco Carreiro (1952), p. 246.

10. No direito medieval, elaborou-se a teoria do domínio dividido – *dominium directo*, *dominium utile* e *quasi dominium* –, atribuindo-se ao superficiário, ao lado de outros como o enfiteuta, um *quasi dominium*. Para (bem) maiores desenvolvimentos v., entre outros, Braga da Cruz (1949), Pacheco Carreiro (1952), 241 e ss., Ribeiro Mendes (1972), p. 18 e ss., Santos Justo (1997), p. 210-212, Attilio Guarneri (2001), p. 207-209, Andrea Paladini (1971), p. 941 e ss., Francesco Sitzia (1990), p. 1459 e ss., Italo Biocchi/Maria Cristina Lampis (1990), p. 1464 e ss.

11. Op. cit. (1993), p. 524.

que o direito de superfície se adaptasse à promoção de empreendimentos públicos habitacionais, com baixas rendas, que compensariam a eventual perda da propriedade superficiária no final do contrato. Além disso, também se acreditava que o direito permitiria conceder à classe trabalhadora um terreno para edificar, e também plantar, à semelhança do que se vinha fazendo em Inglaterra e na Alemanha. “Entende-se que o direito de superfície socialmente tem interesse pois, entre outros objectivos, ‘serve’ para favorecer a construção de edifícios (...) sobre terrenos pertencentes a uma pessoa que por um lado não tenciona aliená-los e, por outro, não quer ou não pode construir neles. (...) Fundamentalmente, o direito de superfície é um instituto jurídico próprio das cidades ou outros centros urbanos de importância e visa facilitar a construção de imóveis destinados, em regra, à habitação ou ao exercício de actividades industriais ou comerciais. Tal como a propriedade horizontal, é um meio de lutar contra o problema habitacional, tornando possível o fomento da construção de moradias familiares em terrenos do património do Estado ou das autarquias territoriais. Mediante o pagamento dum cânon, renda ou *solarium* o superficiário pode construir e manter durante longos períodos uma casa em solo alheio, evitando o gasto de quantias inoportáveis para o seu orçamento na compra de terreno”.¹² Contudo, o direito de superfície acabou por gorar as expectativas que nele se depositaram. Por um lado, os potenciais superficiários ficavam desencorajados com o facto de o valor do bem se ir depreciando à medida que o termo do prazo se aproximava – enquanto isto poderia ser vantajoso para o fundeiro, que não via o seu património indefinidamente ataviado, justificava a hesitação do superficiário. Já o direito de superfície perpétuo era pouco atraente para os proprietários dos solos, além de chocar com alguma doutrina. Por outra parte, as vantagens oferecidas pelas instituições de crédito foram permitindo adquirir o terreno ou a obra: os construtores conseguiam maiores expectativas de lucros e os particulares uma maior satisfação pessoal.¹³

De qualquer forma, os legisladores europeus, mesmo decepcionados, foram mantendo, explorando ou até introduzindo o direito de superfície nos

12. Ribeiro Mendes (1972), p. 16-17.

13. Estas causas de insucesso são identificadas por vários autores, como Mezquita del Cacho (2000), p. 469, ss. ou Roca Sastre (1961), p. 14 e ss. Mas, se o primeiro adopta uma postura mais esperançosa, o segundo considera que o direito não se revela um instituto muito eficaz, particularmente enquanto instrumento de colonização comparável com a enfiteuse. Note-se ainda que, no direito espanhol, a maioria da doutrina encara como elemento essencial da superfície a sujeição a um prazo Cfr. Mezquita del Cacho (2000), p. 457 e os autores por ele indicados; em sentido divergente, Cámara Aguila (1998), p. 1655 e s. ou Iglesia Monje (1996), p. 42 e ss.

seus direitos positivos, talvez porque o jogo entre as vantagens e desvantagens do direito nunca se viu resolvido em benefício destas. Entre nós, mais especificamente, ele é trazido, com o Código Civil de 1966, para o elenco dos direitos reais de gozo, permitindo aos particulares vestir as vestes de fundeiros e de superficiários, e tanto na modalidade perpétua, como na temporária. Ora, a primeira apaga o inconveniente da depreciação da propriedade superficial, ao mesmo tempo que permite o gozo da obra/plantação durante um longo período de tempo e a possibilidade de deixar aos herdeiros um património construído ou o valor a sua realização,¹⁴ deste modo se estimulando a qualidade do investimento. Se isto, todavia, pode desencorajar o proprietário fundeiro, de outro lado há o aproveitamento de um terreno por quem dele está a retirar vantagens, actuando como o fundeiro não quis ou não pôde agir. Por outra parte, olhando para a modalidade temporária, há que considerar outras vantagens, como a possibilidade de aproveitamento do solo por períodos mais ou menos longos, adaptáveis à natureza do investimento ou da actividade pretendida, compensando-se o proprietário do solo com o pagamento do cânone e o superficiário com a protecção oferecida pelo regime jurídico dos direitos reais. Finalmente, estamos muito longe dos tempos em que o acesso ao crédito bancário era de tal modo facilitado que poucos sujeitos haveria inelegíveis para assumirem a condição de mutuário, razão pela qual se pode justificar o retorno à figura da superfície.¹⁵

Quanto ao direito público, foi sempre reconhecido o potencial do direito de superfície enquanto instrumento da gestão da ocupação e do ordenamento dos solos e da realização de políticas de urbanização. Nos termos do art. 1.527 “o direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito a legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código”. Assim, está em vigor ainda a Lei 2.030/1948, disciplinando o direito de superfície que tenha por fundeiro uma entidade colectiva pública e por objecto imóveis pertencentes ao domínio privado desta. Este tipo de direito de superfície conhece um sub-tipo cujo regime jurídico pertence à Lei dos Solos (Dec.-lei 794, de 05.11.1976) e que serve as

14. Mezquita del Cacho (2000), p. 470.

15. Com a crise financeira e as recentes alterações ao arrendamento, nomeadamente em sede de revisão das rendas, da renovação automática e da oponibilidade do direito a novos proprietários, este tipo contratual tornar-se-á mais sedutor, para quem pretende dar, como para quem pretende tomar de arrendamento. Porém, a experiência espanhola tem vivenciado uma tendência para favorecer o direito de superfície, particularmente em sede de imóveis onde se pretende desenvolver actividade comercial (MEZQUITA DEL CACHO, 2000, p. 471).

operações de renovação urbana, bem como os objectivos elencados no art. 2.º desta lei (nomeadamente, criação dos aglomerados urbanos, expansão ou desenvolvimento de aglomerados urbanos com mais de 25.000 habitantes, criação e ampliação de parques industriais ou de espaços verdes urbanos de protecção e recreio, e recuperação de áreas degradadas, quer resultantes do depósito de desperdícios, quer da exploração de inertes). Também o Dec.-lei 280/2007, de 07 de agosto, que “corporiza a reforma do regime do património imobiliário público”, tendo por objectivo a “eficiência e racionalização dos recursos públicos e de adequação à actual organização do Estado”,¹⁶ dedica toda uma parte ao direito de superfície, enquanto modo de “aproveitamento de imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos, designadamente por não serem necessários à prossecução de fins de interesse público e não ser conveniente a sua alienação” (art. 67, 1, do Dec.-lei 280/2007), com a adicional vantagem da reversão da obra superficiária para a propriedade do Estado uma vez extinto o direito. Assim sendo, o direito de superfície tem sido constituído para aproveitamento de terrenos públicos para obras tão diversas como estacionamento públicos, plantação de jardins ou construção de espaços polidesportivos (com baixos custos para o superficiário, o investimento rapidamente é amortizado com o direito de exploração ou com o aproveitamento do material para futuras instalações). O direito de superfície até já foi usado para recuperar áreas de protecção ambiental ocupadas por construção ilegal – de modo a evitar conflitos naturalmente resultantes da vontade de destruir essa construção (por vezes funcionando como primeira habitação do agregado familiar), uma autoridade pública catalã optou, ao invés de actuações mais assertivas, por adquirir aos particulares envolvidos o solo, reservando para o vendedor um direito de superfície com 40 anos de duração, e, muito embora ao superficiário se reconhecesse a faculdade de manter a construção, não lhe foi atribuída a de reconstrução.¹⁷

2. NOÇÃO OU NOÇÕES?

3. No art. 1524, de epígrafe “noção”,¹⁸ inaugura-se o regime jurídico do direito de superfície definindo-o como o direito que “consiste na faculdade

16. Expressões retiradas do preâmbulo do diploma.

17. Mezquita del Cacho (2000), p. 471-473.

18. Ao mesmo exercício de definição se dedicou o legislador português em outros direitos reais menores de gozo: cfr., por exemplo, arts. 1.439 (usufruto), 1.484 (uso e habitação), 1.543 (servidões prediais). Coisa que não faz para o direito de propriedade, limitando-se a, no art. 1.305.º, indicar os poderes que vulgarmente são reconhecidos ao proprietário: gozar de modo pleno e exclusivo das coisas que lhe pertencem, dentro

de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”.¹⁹⁻²⁰ E logo aqui é possível iden-

dos limites da lei e com a observância das restrições por ela impostas. Na verdade, o direito de propriedade tem por característica a indeterminação – “os direitos reais limitados têm um conteúdo preciso, determinado taxativamente pela lei ou fixado pelos particulares quando, excepcionalmente, lhes seja permitido. Diversamente, no direito de propriedade a lei não tipifica os poderes do proprietário – não os indica de modo directo e positivo. Apenas lhes estabelece certas restrições ou limites”. Assim, Henrique Mesquita (1967), p. 134-135. Também não existe noção legal para a compropriedade, o que se compreende, porque há apenas uma comunhão na titularidade do direito de propriedade (vários sujeitos são titulares de quotas-parte ideais do direito – Henrique Mesquita (1967), p. 231 e ss.; em sentido divergente, Mota Pinto como se lê em Álvaro Moreira/Carlos Fraga (1971), p. 254 e ss.). No que se refere à propriedade horizontal, o legislador optou por iniciar o seu tratamento com um princípio geral, em vez de recorrer a uma noção. A redacção deste art. 1.414 parece dar a entender que a propriedade horizontal é só mais uma nova forma de exercer o direito de propriedade, ou uma derivação do direito de propriedade, que deve ser conjugada com a compropriedade, nos termos do art. 1.420. Mas, a propriedade horizontal é um direito real novo, diferente da justaposição entre o direito de propriedade e a compropriedade. Sobre esta questão, v. Mónica Jardim (2009), p. 109 e ss. e a bibliografia aí indicada.

19. Por ter admitido um direito de superfície abrangendo também as plantações em quaisquer terrenos e sem olhar para a natureza pública ou privada dos respectivos titulares, pode dizer-se que o Código Civil se desviou do direito de superfície enquanto ferramenta para lidar com as problemáticas urbanísticas e com a crise da habitação das cidades – Ribeiro Mendes (1972), p. 17. Mas, nem todos os ordenamentos jurídicos admitem que o direito de superfície tenha por objecto plantações. É o caso do direito italiano, apesar de ser comum a constituição de um direito sobre plantação distinto do direito de propriedade (em especial para plantação de vinha e de oliveiras), esta vertente do direito de superfície não se consagrou no *Codice* de 1942, por se ter considerado desnecessário criar um novo direito real *ad hoc* para permitir a fruição do terreno por exploração agrícola, sendo bastante o recurso aos direitos reais (usufruto, uso, enfiteuse, servidão) ou obrigacionais (como o arrendamento) já existentes – Bessone/Di Paolo (1993), p. 2, Lino Salis (1971), p. 954 (este autor, porque entende que o direito de superfície é o direito de construir uma obra sobre terreno alheio – vide *infra* –, admite um direito a plantar, com a propriedade da plantação a ser entregue a quem a faça, desde que se não viole a proibição positiva de transferência da propriedade das plantas em separado do solo). Já o direito brasileiro conhece o direito de plantar como modalidade do direito de superfície, mas não sem críticas. Por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira (2002), considera que este é um direito gerador de conflitos e “substancialmente inseguro juridicamente”, porque é difícil qualificar um direito sobre algo que é, por natureza, transitório (p. 244-245).
20. No direito alemão, os §§ 1.012-1.017, dedicados ao direito de superfície (*Erbbaurecht*), foram revogados, em 1919, pelo *ErbbauVO* (*Erbbaurechtsverordnung*) de 15.01.1919, de modo a adequar o ordenamento jurídico às necessidades provocadas pela reconstrução a seguir à I GM. Nomeadamente, oferecendo aos municípios e a outras entidades

tificar duas distintas modalidades da superfície: a primeira consiste no direito

públicas um recurso para (re)urbanizar parte das suas propriedades e esperando ainda que os terrenos beneficiassem de um aumento de valor que não iria parar à mão de especuladores (NUSSBAUM apud CÁMARA AGUILAR, 1998, p. 1635). Actualmente, desde 2007, vigora a *Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG)*, que não trouxe alterações de conteúdo ao *ErbbauVO*, mas apenas de denominação legal. O direito de superfície incidirá sobre o solo ou subsolo (§ 1, Ab. 1) e, aparentemente (por não haver nenhuma norma expressamente em contrário), não está necessariamente sujeito a um termo. Porém, Wolff considerou que a superfície teria de ser um direito temporário, pois só um direito limitado no tempo poderia servir para evitar a especulação imobiliária (CÁMARA AGUILAR, 1998, p. 1635). O *Code Civil* não conhece o direito de superfície, na medida em que o não elenca entre os direitos reais, antes consagrando, no art. 552 o princípio segundo o qual “*la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*”. O que, à partida, não surpreende, tendo em conta a herança da Revolução de 1789. Porém, desde a publicação do *Code*, a jurisprudência da *Cour de Cassation* restringiu este princípio a uma presunção *iuris tantum*, caindo, portanto, face à prova da existência de um direito de sinal oposto, nomeadamente um *droit de superficie*, entendido como concedendo ao seu titular a propriedade sobre uma plantaço/obra diferente da propriedade sobre o solo, podendo ser transmitida livremente e ser objecto de uma hipoteca. Mesmo a doutrina acabou por reconhecer a existência deste direito, de natureza real, considerando o superficiário como proprietário da construção e, porque este é um direito de propriedade, tem natureza perpétua. Entretanto, críticas várias foram dirigidas a esta construção, dando lugar ao direito de superfície temporário e a dúvidas quanto à existência de um direito de propriedade *sui generis* ou especial na titularidade do superficiário. Cfr. Thierry Lamarche (2006), p. 8-9, Jean-Pierre Bertrel (1994), p. 768. No *Codice Civile* de 1942, o *diritto di superficie* está disciplinado nos arts. 952, ss., no art. 1.127 (direito de sobrelevação) e nos arts. 2.810, 2.812 e 2.816 (hipoteca sobre o direito de superfície), para além da legislação extravagante. O mesmo não sucedia, por influência francesa, no código de 1865, embora a jurisprudência tivesse torneado o problema de modo semelhante ao que fez a *Cour de Cassation* (cfr. ATTILIO GUARNERI, 2001, p. 211-212, LINO SALIS, 1971, p. 945, BIROCCHI/LAMPIS, 1971, p. 1470-1471). Não existe qualquer definição de direito de superfície no direito positivo espanhol, embora a legislação se lhe refira seja profícua, heterogênea e, daí, complexa, tendo dado lugar a profundas cisões doutrinárias e jurisprudenciais sobre aspectos vários do regime jurídico da superfície. No art. 358 do Código Civil consagra-se o princípio *superficies solo cedit* e há uma referência expressa ao direito real no art. 1611; depois, há uma pletoia de leis avulsas que se lhe aplicam, e que provocaram o surgimento de duas correntes doutrinárias, uma dualista (a maioritária) e outra unitária, quanto à existência (ou não) de duas modalidades de superfície. A primeira identificando a modalidade urbanística (constituída no âmbito dos *Planos de Ordenación Urbanística*) e a modalidade urbana (direito de superfície análogo à enfiteuse) e ainda aceitando (agora aqui sem a concordância da maioria dos autores deste lado da barricada) que os particulares possam acordar na constituição de um direito de superfície com características diferentes das previstas na lei, derogando o princípio da acessão e protegidos pelo princípio do *numerus apertus*. A tese unitária considera que existe apenas um regime aplicável ao direito de superfície urbano, tendo origem na *Ley do Suelo* e do *Reglamento Hipotecario*. Cfr. Mezquita del

de construir ou manter obra em terreno alheio; a segunda, no direito de plantar ou manter plantação em terreno alheio.²¹

Neste trabalho, quedar-nos-emos, porém, no âmbito do *direito privado*, procurando analisar alguns aspectos do regime jurídico do direito de superfície tal como ele se encontra disciplinado no Código Civil. Olharemos particularmente para o direito de superfície permitindo ao seu titular a *construção ou a manutenção de obra em terreno alheio*, deixando para segundo plano o direito de plantar ou manter plantação, mais por razões pragmáticas – na medida em que fica simplificado o discurso –, do que por razões substanciais, já que as diferenças de regime não são especialmente impressivas.

4. A primeira observação que pretendemos fazer à noção do direito de superfície presente no Código Civil é a de que ela compreende as faculdades de construir *ou* manter obra sobre esse mesmo imóvel. Não é, note-se, irrelevante o facto de o legislador ter recorrido à expressão alternativa “ou” quando descreve as faculdades que compreende o direito de superfície. Na verdade, é evidente que, no nosso contexto, aquele que é autorizado a construir (direito de superfície *ad aedificandum*, sobre ou sob solo alheio ou sobre ou sob edifício alheio) é também autorizado a manter a obra, o que significa, não só que o seu direito se estende para o resultado da construção, mas também que inclui a faculdade de reconstruí-lo quando ele seja, por qualquer razão, destruído. Ou seja, quando o proprietário do solo concede, no contexto do direito de superfície, o direito de construir, está simultânea e automaticamente a conceder o direito de manter a obra. Aquela alternativa serve, então, para os casos em que o direito se constitui sobre obra já existente (art. 1.528) – aqui não há direito a construir, mas apenas direito a manter a obra.

Todas estas hipóteses são, então, manifestações do direito de superfície, cujos contornos são amplos o suficiente para se não necessitar de recorrer a outras figuras. Veja-se que aquele direito adquirido sobre obra já existente

Cacho (2000), p. 443, ss. e Maria Cámara Aguilar (1998), p. 1627-1628, ss., Alonso Pérez (2003), p. 3095, ss. Sobre a existência de um direito de superfície no direito inglês, *vide* Ribeiro Mendes (1972), p. 25, ss. No direito brasileiro, o direito de superfície foi introduzido pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979), embora tenha conhecido a verdadeira consagração (na expressão de Caio Silva Pereira, 2002, p. 243) com o Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.07.2001 – arts. 21 e ss.). Actualmente, desde 2002, encontra-se inscrito entre os direitos reais no Código Civil (arts. 1.369 e ss.), embora surjam problemas de compatibilidade entre este Código e aquele Estatuto (Silvio Venosa, 2005, p. 453, ss.).

21. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 587.

foi já qualificado por alguma doutrina italiana como direito de propriedade superficiária ou separada (*proprietà separata*), distinguindo-se do direito de superfície *stricto sensu*, que consistiria no *direito a fazer* obra sobre ou sob o solo alheio.²² Daqui resultaria que o titular do primeiro direito, se outra coisa não constasse do título constitutivo, não teria o direito de reconstruir a obra, em caso de destruição – não teria, pois, um direito de superfície *stricto sensu*, porque este é o direito de construir e manter a obra em terreno alheio. Pelo que lhe é inerente o direito de reconstrução.²³ Ora, esta polémica não faz sentido entre nós, pois que o legislador foi claro ao definir o direito de superfície como direito de fazer *ou* manter – assim, é direito de superfície o direito que cabe a quem compra obra já existente, independentemente de haver reconhecimento expresso do direito de reconstruir. Sentido no qual depõe, aliás, o art. 1.536, 1, *a* e *b*, que determina a extinção da superfície se não se reconstruir, e não com a destruição da obra.

5. Outra questão suscitada pela redacção do art. 1.524 é a da sua capacidade para absorver todas as modalidades de direito de superfície que o legislador prevê, uma vez que nem sempre ele se constitui “sobre” “solo” alheio.

Abre-se, no n. 2 do art. 1.525, a possibilidade de o superficiário aproveitar, não a superfície do prédio, mas o subsolo, na medida em que pode ser-lhe concedido o direito de construir ou manter obra *sob terreno alheio*.

A extensão do objecto do direito de superfície ao subsolo *altrui* foi admitida pelo Dec.-lei 257, de 18.07.1991 o, em cujo preâmbulo claramente se explicam

22. Assim, por exemplo, Lino Salis (1971), p. 946, ss.; contra, por exemplo, Bessone (1993), p. 1-2. No direito espanhol, no seguimento (como reconhece Cámara Aguilar (1998), p. 1623, de Roca Sastre (1961), p. 7-8, o direito de superfície tem sido definido como “*derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenido mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar*” – sublinhado nosso. Ou seja, ao contrário da sugestão da doutrina italiana, o direito de superfície seria, para a maioria da doutrina espanhola, o direito de manter a propriedade separada a que se chegaria pelo anexo, acessória ou instrumental direito a construir, razão pela qual se permite que o direito de superfície recaia sobre obra já existente – cfr. Cámara Aguilar (1998), p. 1624). Também na doutrina francesa se adoptou uma postura semelhante, ou seja, considerando o direito de construir como acessório da propriedade superficiária, embora com a acertada crítica de que assim se chega a um direito espoliado de uma dinâmica que lhe é inata.

23. O que quer dizer que haveria uma propriedade separada e um direito de superfície quando houvesse alienação de obra já existente com expresso reconhecimento do direito de reconstruir.

os motivos que levaram o legislador a alterar radicalmente a opção originária, já que no anterior n. 2 se autorizava o superficiário a aproveitar o subsolo, apenas enquanto a obra subterrânea fosse inerente à obra superficiária.²⁴ A principal razão foi, então, a de afastar qualquer dúvida²⁵ quanto à possibilidade de recorrer ao direito de superfície para construir parques de estacionamento subterrâneos, ou obras semelhantes, pois que o legislador pretendia promovê-las, na convicção de que removeriam da superfície urbana estacionamento automóvel indesejado, assim se melhorando o trânsito de transportes públicos e reanimando os centros históricos das cidades. Deste modo, em vez de obrigar quem quisesse aproveitar o mercado do estacionamento urbano a um avultado investimento, pois que tinha de adquirir o local cujo subsolo pretendia explorar, o legislador autorizou a constituição do direito de superfície subterrâneo.

Apesar de com aquele diploma de 1991 se ter pretendido conceder ao proprietário um instrumento mais para aproveitar todo o valor económico do imóvel, não pode ignorar-se que, juridicamente, só uma parte do subsolo é susceptível de ser possuída por alguém com exclusão dos demais, pelo que só essa parte poderá considerar-se integrada no domínio privado do dono da superfície²⁶ – o próprio art. 1.344 limita a propriedade privada ao que não seja desintegrado do domínio por lei por negócio jurídico.²⁷

24. O legislador brasileiro, no art. 1.369, parágrafo único do Código Civil, adoptou idêntica posição à que vigorava entre nós antes de 1991. Mas, não o fez no anterior Estatuto da Cidade (art. 21, § 1.º). Talvez porque assim se possibilita o recurso ao direito de superfície na organização do território urbano, nomeadamente pelo recurso aos parques de estacionamento, preocupação não tão pertinente ao Código Civil.

25. Como no próprio preâmbulo se reconhece, alguma doutrina considerava já que o direito de superfície era extensível ao subsolo. Assim, por exemplo, Oliveira Ascensão (1993), p. 527.

26. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 173.

27. Segundo o art. 84.º da Constituição da República portuguesa, pertencem ao domínio público, e reservando-nos ao que é directamente pertinente ao nosso tema, “c) os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com excepção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção”; “f) outros bens como tal classificados por lei”. Por outra parte, adianta o n. 2 do mesmo preceito, “a lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites”. Assim, há que contar com a legislação específica do domínio público. Por exemplo, com o Dec.-lei 90/1990, de 16 de março, que disciplina o regime jurídico de revelação e aproveitamento de bens naturais existentes na crosta terrestre, genericamente designados por recursos geológicos (nos termos do art. 1.º, integram-se no

Parece-nos que, desde 1991 e desde que respeitados os limites que acabaram e referir-se, o proprietário de um determinado terreno pode onerá-lo com dois direitos de superfície: um sobre o espaço aéreo e outro sobre o subsolo (por exemplo, A constitui a favor de B o direito de construir um edifício e a C o direito de, no subsolo, explorar um parque de estacionamento, que sirva ou não o prédio erigido por B).²⁸ O que significa que podemos ter até três propriedades sobre um mesmo prédio: a propriedade onerada, a propriedade sobre a obra superficiária e a propriedade sobre a obra subterrânea.²⁹

6. Depois, também se admite que o direito de superfície tenha por conteúdo a faculdade de construir sobre edifício alheio (art. 1.526), hipótese que, diferentemente da anterior, consta do Código Civil desde a sua redacção originária.

Frequentemente, designa-se esta modalidade do direito de superfície como *direito de sobrelevação*. Mas, a prática pode também referir-se-lhe como “reserva de espaço aéreo”, para expressar o direito que o construtor de um prédio

domínio público do Estado os recursos geológicos que no diploma são designados por depósitos minerais, recursos hidrominerais e recursos geotérmicos, ao passo que podem ser objecto de propriedade privada ou outros direitos reais, os recursos geológicos que designados por massas minerais e por águas de nascente). Ou com o Dec.-lei 54, de 15.11.2005, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos definindo como domínio público hídrico o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas, categorias que depois concretiza.

28. No direito italiano, a *legge* 24.03.1989, n. 122, também designada como *legge Tognoli*, admite-se a possibilidade de as autarquias constituírem direitos de superfície sob prédios que lhes pertençam para construção de parques de estacionamento (e em derrogação do previsto nos instrumentos urbanísticos e nos regulamentos municipais vigentes). Estes não podem, porém, ser cedidos separadamente das unidades imobiliárias a favor das quais foram construídos e *vice versa* (“*sono legati da vincolo pertinenziale*”). Qualquer acto em contrário é considerado nulo.
29. Attilio Guarneri (2001), p. 216, adianta o seguinte exemplo: A vende terreno a B, mas reserva para si o direito exclusivo, perpétuo e transmissível a terceiros (*inter vivos e mortis causa*) de escavar e extrair materiais existentes no subsolo. Porém, não cremos tratar-se aqui de um direitos de superfície incidindo sobre o subsolo de prédio alheio – aliás, nem sequer se trata aqui de um direito real. Olhando para o direito que é reservado para A sobre o *prédio* de B, ele não pode subsumir-se a nenhuma das noções de direitos reais de gozo constantes da lei, pois que direito de superfície pressupõe a faculdade de *construir* ou de *manter construção* – coisa que aqui não acontece. Por aplicação do princípio do *numerus clausus*, este direito de A não é um direito real, mas um direito de matriz obrigacional (conversão ditada pelo art. 1.306). Já olhando para os *materiais retirados do solo*, também não pode afirmar-se a existência de um direito real, na medida em que este pressupõe a actuação sobre coisa certa, determinada e existente – o que aqui não sucede, a não ser após a separação e determinação dos materiais retirados (arts. 202 e 408, n. 2).

guarda para si de modo a poder levantar mais andares (nomeadamente por ainda não ter obtido a necessária licença camarária).³⁰ Aqui os poderes que são concedidos ao superficiário não podem distanciar-se do regime da propriedade horizontal, instituto jurídico adequado para lidar com a sobreposição em planos horizontais da propriedade, em excepção ao princípio da totalidade. Assim sendo, pode o superficiário ser autorizado a construir sobre edifício alheio, sendo de atender, como obriga o art. 1.526, aos limites impostos pela constituição da propriedade horizontal – nomeadamente, a construção terá de constituir uma unidade independente (art. 1.414), distinta e isolada do restante do edifício, com saída própria para uma parte comum ou para a via pública (art. 1.415). Uma vez realizada a obra, o superficiário assume as vestes de condômino: ou seja, passa a superficiário do solo do edifício (art. 1.421) e a proprietário (superficiário) da obra – nova fracção – que levantou (art. 1.420). Parece, pois, que se constituirá uma propriedade horizontal mesmo que o edifício anteriormente existente a tal regime não estivesse sujeito.

Tal como vemos as coisas, é possível constituir-se um direito de superfície sobre edifício alheio, quer este pertença a um único sujeito em propriedade plena, que este esteja já sujeito a propriedade horizontal. Mas, neste último caso, há que saber quem desempenhará o papel de dono do solo. Numa situação em que A é dono do solo e do edifício, não serão nenhuma das dúvidas – quem pode conceder o direito de sobrelevação é A e só A, que passará a ser condômino com o superficiário por da constituição do direito de superfície resultar uma situação de propriedade horizontal. Havendo um B, que é apenas um superficiário, nada impedirá que conceda a C o direito de construir sobre o edifício – pesa apenas que B tenha igualmente o direito de construir sobre a obra de que é proprietário superficiário, pois que ninguém pode conceder a outrem direito que não tenha ou que seja mais amplo que o seu (princípio *nemo plus iuris*).³¹ Se, por exemplo, o proprietário autorizou B à construção de dez andares, mas ele só construiu três, pode admitir-se que B conceda a C o direito de construir e de manter a construção sobre a obra superficiária (primeira), assim se constituindo duas propriedades superficiárias, uma sobre a outra, embora sujeitas ao regime da propriedade horizontal. Naturalmente, se B logo construiu os 10 andares, não tem o direito de construir mais, pelo que não pode atribuir a outrem o direito que não tem.³² Estes casos de constituição

30. Assim, Oliveira Ascensão (1993), p. 526.

31. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 593.

32. Pretendendo-se elevar uma construção sobre a do superficiário, será, então, necessária também a intervenção do fundeiro – Mouteira Guerreiro (2010), p. 218.

da propriedade horizontal surgem *automaticamente*, por directa determinação da lei, mais especificamente, do art. 1.526 (teremos, então, aqui uma constituição legal da propriedade horizontal).³³ Finalmente, se o edifício estiver já constituído sob o regime da propriedade horizontal, há uma compropriedade entre todos os condóminos sobre o plano que vai sustentar o acréscimo (art. 1.421, 1), pelo que, tratando-se de oneração de parte comum com um direito real menor, ter-se-á de exigir a unanimidade dos condóminos (arts. 1.408 e 1.420). Na verdade, nenhum deles pode onerar parte da coisa comum sem obter o consentimento de todos, mesmo que o beneficiário de sobrelevação seja o condómino proprietário do último piso.³⁴

7. Finalmente, e provando que o nosso legislador não pensou apenas no direito de superfície edificatório, a constituição do direito de superfície pode resultar, não da concessão do direito de construir/manter obra, mas da aqui-

33. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 404, depois de terem percorrido os indicados no art. 1.417.º, acrescentam em novo parágrafo: “uma outra via que pode levar à constituição da propriedade horizontal é a indicada na art. 1526, quando alguém adquire o direito (superficiário) de construir sobre edifício alheio: alteado o edifício, passa a existir uma situação de propriedade horizontal entre o construtor e o dono das fracções autónomas já existentes no prédio” (it. nosso). Menezes Leitão (2011), p. 296-297, também considera “como constitutiva da propriedade horizontal a construção sobre edifício alheio com base num direito de superfície com esse conteúdo (art. 1.526). Neste caso a propriedade horizontal é constituída em resultado de um facto complexo de formação sucessiva: o negócio constitutivo de um direito de superfície relativo à construção sobre edifício alheio e a realização da construção sobre o edifício ao abrigo desse direito”. Em sentido aparentemente discordante, Mouteira Guerreiro (2010), p. 220.

34. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 593, admitem que “também ao condómino, proprietário do piso superior, pode ser lícito conceder a terceiro a faculdade de construir sobre esse piso”. No art. 1127 do *Codice Civile*, o legislador reconhece o direito de sobrelevação apenas ao proprietário do último piso, que pode exercê-lo sem necessidade de autorização dos restantes condóminos, a não ser que o título constitutivo da propriedade horizontal o proíba ou que a sobre-obra coloque em risco a estabilidade do edifício (limite de carácter absoluto). Se ela alterar o estilo arquitectónico ou diminuir o arejamento ou as entradas de luz dos restantes condóminos, a obra só é ilícita se houver oposição destes. Exercendo o direito de sobrelevação, os restantes condóminos terão direito a uma compensação (a doutrina discute sobre qual o fundamento de tal indemnização: compensação pelo facto de o espaço aéreo sobreposto ao edifício pertencer indiviso a todos os condóminos enquanto comproprietários do solo; ou compensação pela diminuição do valor das respectivas quotas sobre a parte comum do edifício pelo agravamento ou maior uso suportado pelas partes comuns). Finalmente, esta nova obra está sujeita aos limites impostos pelo direito urbanístico. Vide Attilio Guarneri (2001), p. 216.

sição de obra já existente separadamente da propriedade do solo (art. 1.528 “o direito de superfície pode (...) resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo”).³⁵

Cremos que terá o legislador pensado na alienação de uma obra que, pela constituição da superfície, passasse completa para as mãos do superficiário. Todavia, podemos aventar uma outra hipótese. Se se tratar de um edifício de vários andares, que até podem corresponder aos requisitos da propriedade horizontal, mas a este regime não sujeito, pode o construtor alienar as várias fracções em regime de direito de superfície? Em vez de termos condóminos, teríamos superficiários, com os objectos das suas propriedades superficiárias assentes uns sobre os outros, numa alternativa à propriedade horizontal. Aparentemente, a lei não o impede, pois que os requisitos da propriedade horizontal só são exigidos no direito de sobrelevação. E, poder-se-ia dizer que os proprietários superficiários disciplinariam as relações entre eles quanto às vias de acesso às obras de cada um através de um regulamento construído sobre as regras da propriedade horizontal ou pela constituição de servidões. Se um sujeito pode alienar a obra e manter-se como proprietário do solo; se o proprietário de um edifício pode constituir sucessivos direitos de superfície sobre ele; se o fundeiro pode autorizar o superficiário a constituir sobre o implante um novo direito de superfície, ou se, sem o consentimento dele, o superficiário pode transmitir total ou parcialmente o seu direito de sobrelevação; se tudo isto pode ser feito, porque não poderão os andares de um edifício ser alienados em regime de superfície, a adquirentes distintos?³⁶

35. A admissibilidade deste modo de constituição do direito de superfície é objecto de discussão na doutrina espanhola – cfr. Cámara Aguilar (1998), p. 1645-1646.

36. Em Espanha já se observaram situações semelhantes à que aqui pesamos, mas, apesar de tudo, com uma grande diferença: os superficiários são também os construtores e os comproprietários do solo e pretendem poupar custos formais e fiscais, reservando o capital existente para os custos de execução ou construção; o direito de superfície sendo temporário, no final constitui-se uma propriedade horizontal. O argumento que fundamentalmente se dirige contra esta solução é o de que o direito de superfície onera coisa alheia, coisa que aqui não acontece, sendo forçada a ideia de que os comproprietários constroem como titulares de um direito de superfície contido no direito de propriedade como potencial fragmento temporariamente cindível. Na prática, deu-se a volta à questão fabricando um sujeito para ser dono do solo. Vide, desenvolvidamente, Mezquita del Cacho (2000), p. 477 e ss. A jurisprudência italiana já sancionou o direito de superfície enquanto alternativa à propriedade horizontal naquela exacta situação – a jurisprudência considerou que se constituíam aqui direitos de superfície dos apartamentos superiores sobre os inferiores, sem necessidade,

8. Uma questão que pode ainda colocar-se é a de saber se pode atribuir-se a um sujeito, enquanto superficiário, o direito de rebaixar ou de subedificar sob obra de outrem – o direito de construir “num subsolo já construído em direito de superfície, portanto ampliando em patamares inferiores a obra que inicialmente havia sido feita no subsolo”. Esta hipótese é colocada por Mou-teira Guerreiro que sugere a aplicação analógica do art. 1.526, tendo em conta a identidade de razão entre as duas situações.³⁷ Temos algumas dúvidas, tendo em conta que vigoram, entre nós, os princípios da tipicidade (ainda que aberta) e da taxatividade, limitando a liberdade de conformação do conteúdo dos direitos reais e a interpretação por analogia.

3. OS DOIS MOMENTOS DO DIREITO DE SUPERFÍCIE: O DIREITO A CONSTRUIR/ PLANTAR; DIREITO SOBRE A CONSTRUÇÃO/PLANTAÇÃO

9. Já por diversas vezes se foi referindo que o direito de superfície conhece dois momentos distintos: quando constituído enquanto ainda não há qualquer obra, seja na superfície, seja no subsolo, o direito que se concede ao superficiário é o de construir;³⁸ depois de realizada a obra, então o direito do superficiário já não tem por objecto (apenas) a superfície ou o subsolo, mas (principalmente) a obra.

Alguns passos do regime jurídico do direito de superfície são estranhos a esta dualidade, na medida em que as estatuições valem para qualquer um dos momentos em que se encontre o direito. É o caso do art. 1.534, que permite a transmissibilidade do direito de superfície e do direito de propriedade do solo por acto entre vivos ou por morte, e do art. 1.529, pelo qual se determina a constituição das servidões necessárias tanto à construção, como ao aproveitamento de construção, bem como a primeira parte do art. 1.535, pelo qual se concede ao proprietário do solo um direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície. Outros preceitos só fazem sentido se referidos a um dos momentos em que se encontre o direito.

então, de recorrer à propriedade horizontal (ATTILIO GUARNERI, 2001, p. 218, BESSONE/DI PAOLO, 1993, p. 3).

37. (2010) p. 221.

38. Muito estimulante é a discussão em torno da questão da fonte do *ius aedificandi*: é do proprietário para o conceder ou, antes, é um poder que é concedido pelo ordenamento jurídico-público? Sobre esta questão *vide*, para além da profícua jurisprudência administrativa e constitucional, por exemplo, Fernando Alves Correia (1993), (1997), Fernanda Paula Oliveira (2001).

Assim o art. 1.532, de epígrafe “fruição do solo *antes do início da obra*”, e nos termos do qual “*enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores*, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação” (ou seja, esta norma só tem aplicação no primeiro momento, porque posteriormente os poderes do fundeio sobre a coisa passam a estar limitados pela obra/plantação).

10. A mutação na esfera jurídica do superficiário depois de exercer o direito de construir é evidente, e obriga a ponderar que direito é este. Fomos já por várias vezes qualificando o direito do superficiário sobre o implante como direito de propriedade. Mas, tal conclusão não é bastante e não é destituída de polémica. Não é bastante, porque a propriedade do superficiário é uma propriedade que tem de aparecer sempre apelidada de superficiária, epíteto que serve para deixar bem claro que esta é uma propriedade diferente da propriedade plena. Depois, não pode dizer-se que a doutrina portuguesa aceite em uníssono aquela classificação do direito do superficiário, muito por causa da complexidade que é inerente à superfície e ao seu processo evolutivo, quando começa como direito a construir.

Mas, antes de mais, há que lidar com o que sucede antes da construção. Para Carvalho Fernandes, neste primeiro momento, o superficiário é titular de um direito real de aquisição, pois que pode, quando bem entender, exercer os seus poderes sobre a coisa de outrem e adquire *ipso facto* o direito de superfície no seu segundo momento (que será sempre um direito real de gozo, mesmo que não uma propriedade).³⁹ Para o STJ, trata-se aqui de um *direito potestativo*.⁴⁰ Já Oliveira Ascensão refere-se a um *dever* que recai sobre o superficiário de implantar a obra, que qualifica como uma relação real,⁴¹ ao passo que, na opinião de Mota Pinto, o direito de construir é um direito real autónomo *in re aliena*.⁴²

Observando a posição de uma e de outra parte, vemos que, uma vez constituído o direito de superfície, o *dominus soli*, como qualquer outro proprietário onerado, tem a obrigação de suportar todas as iniciativas e actividades que permitam ao superficiário exercer o seu direito – consequência da eficácia absoluta dos direitos reais. Mas, até que o superficiário exerça o seu direito,

39. (1999) p. 411-412.

40. Ac. STJ de 10.07.2008. Disponível em: [www.dgsi.pt].

41. (1993) p. 530-531.

42. Álvaro Moreira/Carlos Fraga (1971), p. 290, ss.

o proprietário do solo pode gozar plenamente do seu título dominial – o que quer dizer que, enquanto não se inicia a obra, o proprietário do solo pode fruir da coisa, escolhendo a destinação que considere mais oportuna (agrícola, comercial etc.). Por seu turno, o superficiário tem o poder de iniciar a sua actividade edificatória quando quiser, estando, contudo, circunscrito ao acordo que celebrou com o fundeiro, por exemplo, quanto ao tipo de obra que vai realizar. Por isso, há certamente aqui um direito real menor de gozo, porque há o exercício directo e imediato de poderes de uso e fruição sobre coisa alheia.⁴³ Por nós, estas faculdades de gozo sobrepõem-se ao facto de a construção implicar a aquisição de um direito real de gozo sobre a obra realizada. Ou seja, até podemos concordar em que aqui haja um direito real de aquisição, mas ele é mais uma das hastes que compõe o feixe de direitos e de deveres que pertencem ao sujeito a quem é atribuído o direito de construir sobre prédio alheio – feixe esse que permite afirmar que o superficiário é titular de um direito real de gozo sobre coisa alheia. E tal como tem a faculdade de adquirir o direito de superfície no segundo momento, poder-se-ia dizer que tem o dever de construir – isto é, esse dever existindo, comporia a posição jurídica do superficiário, não a definiria. De qualquer modo, cremos que não pode dizer-se que ele tenha um dever de construir, tanto quanto tem um ónus de o fazer – se não construir ou reconstruir, perde o direito.⁴⁴

11. Construída a obra, surge um direito de propriedade na esfera jurídica do superficiário. Mas, como dizíamos, não é esta a posição adoptada por toda a doutrina portuguesa. Na opinião de Carvalho Fernandes, o superficiário passa agora a titular de um direito real de gozo autónomo, muito próximo do direito

43. Os direitos reais de gozo são os que “conferem ao titular, sobre a coisa, um direito de uso ou fruição (pertencem a esta categoria o usufruto, uso e habitação, a enfiteuse, o direito de superfície e as servidões prediais” – Henrique Mesquita (1967), p. 54.

44. Também se classificou já como constituindo um direito de superfície *ad aedificandum* o contrato de *cessão de volumetria para construção*: contrato celebrado entre proprietários de terrenos de conformação urbanística homogénea, porque dotados de *standards* plano-volumétricos idênticos, nos termos do qual se transfere uma volumetria pertencente a uma área a fim de que a mesma possa ser usada sobre um outro terreno. Esta classificação é a preferida por Attilio Guarneri (2001), p. 219-220, mas, como o próprio autor reconhece, nem toda a doutrina italiana nela concorda, havendo quem, com razão, do nosso ponto de vista, aqui veja uma relação jurídica de efeitos obrigacionais (aliás, a justificação adiantada por aquele autor não pode convencer, na medida em que considera que a classificação obrigacional impede o registo do direito, assim se permitindo que a mesma volumetria seja transmitida a mais do que um sujeito, razão pela qual se tem de classificar o contrato como real quanto aos efeitos).

de propriedade, mas que não chega a sê-lo.⁴⁵ Já Menezes Cordeiro e Menezes Leitão⁴⁶ veem no direito de superfície um direito real autônomo, que não pode considerar-se uma propriedade, por não ser pleno nem exclusivo. Por seu turno, Pires de Lima, Antunes Varela⁴⁷ e Mota Pinto⁴⁸ classificam o direito de superfície após a construção como um direito de propriedade *sobre a obra* – falam em propriedade superficiária –; mas, não deixam de afirmar que é um direito real de gozo menor *sobre o solo* em que o implante está feito.⁴⁹ Logo porque há várias referências literais à propriedade do solo enquanto direito separado do direito de superfície.⁵⁰ Depois, partes do regime jurídico do direito não fariam sentido, como a constituição do direito pela alienação separada da obra ou da plantação (art. 1.528), o pagamento do cânone superficiário (arts. 1.530, ss.), a transmissibilidade dos direitos em separado (art. 1534) ou a sorte dos direitos reais constituídos pelo superficiário (art. 1.541).⁵¹

Finalmente, Oliveira Ascensão não se refere a uma propriedade superficiária, mas a uma *propriedade especial*, isto é, uma propriedade em circunstâncias particulares, que não goza da característica da perpetuidade, porque *pode* estar sujeita a um termo final.⁵²

Por nós, parece-nos que o direito de superfície é um direito real uno e que entra na categoria dos direitos reais menores de gozo, apesar da propriedade sobre o implante. Como observam Pires de Lima e Antunes Varela,⁵³ o direito do superficiário é um direito de domínio, que vai para além da (mera) concessão de um direito real sobre coisa *altrui*. Para tanto apoiam-se no disposto no

45. (1999) p. 415.

46. (2011) p. 367.

47. (1987) ao longo de todo o comentário ao regime jurídico do direito de superfície, mas principalmente do art. 1.524.

48. Álvaro Moreira/Carlos Fraga (1971), p. 290 e ss.

49. O fundeiro não perde o seu direito de propriedade temporariamente, de modo a que o superficiário adquira a propriedade sobre o solo correspondente ao implante, assim se legitimando o implante. Assim como, nessa parte do solo, não se constitui uma compropriedade.

50. Por exemplo, o art. 1.524 refere-se a “terreno alheio”, o art. 1.526 a “edifício alheio”, o art. 1.528 a aquisição “separadamente da propriedade do solo” ou o art. 1.531 a “proprietário do solo”.

51. Sobre as várias posições teóricas quanto à natureza jurídica do direito do superficiário sobre o solo vide Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 588 e ss.

52. (1993) p. 532, 456 e ss.

53. (1987) p. 587-588.

art. 1.528, pois que aí o legislador encara como sendo de superfície o direito de quem *adquiriu* a obra em separado da propriedade sobre o solo, dando-se um desmembramento do objecto inicial do alienante (até ao momento proprietário pleno).⁵⁴ Assim como invocam o disposto no art. 24, 1, *a*, da Lei 2.030/1948: “ao superficiário (é assegurada) a propriedade sobre o edifício, enquanto o direito de superfície lhe pertencer”. A este propósito, chamemos também à colação o disposto logo no art. 21.º do mesmo diploma legal, em que se definia o direito de superfície como “o direito real que consiste na faculdade de implantar e manter *edifício próprio* em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária”.

Há, portanto, que distinguir o direito que o superficiário tem sobre a obra – e aqui temos uma propriedade –, do direito que exerce sobre a propriedade do fundeiro – sempre um direito real menor de gozo. A propriedade sobre a obra repousa no solo, não está presa ao espaço aéreo por fios invisíveis, destacando-se de toda e qualquer influência do direito de propriedade sobre o solo – o irrealismo físico e jurídico dessa situação demonstra bem os limites da teoria que vê no superficiário apenas um proprietário.⁵⁵ O direito de superfície é um direito complexo, que não pode reduzir-se à propriedade superficiária, mas que também não pode ignorá-la. É um direito real *a se stande*, ainda que dotado de uma dinâmica, que permite a aquisição de uma propriedade. Mas, note-se que a propriedade que se reconhece ao superficiário é, realmente, uma propriedade especial, enquanto tem limitações que se justificam pelo facto de ter por sustento coisa de outrem. O superficiário pode, sublinhe-se, alienar e onerar (com um direito real ou com um direito de crédito) a coisa que construiu – quem mais pode fazê-lo se não o proprietário? E não se revela aqui uma exclusividade de domínio típica da propriedade? No que se refere à obra, o superficiário pode usar, fruir e dispor; mesmo que tenham de reconhecer-se-lhe limites de actuação que se justifiquem pela propriedade do fundeiro sobre o solo. Recorde-se que a ausência de plenitude de poderes, aliás, como reconhece a doutrina e a própria lei, nem sequer é uma nota característica essencial do direito de propriedade; como o não é a perpetuidade, já que a propriedade pode também ser resolúvel e temporária (art. 1.307). O superficiário é proprietário de uma obra sobre ou sob solo alheio, mas não deixa de ser sempre um sujeito autorizado a construir ou a manter obra própria em terreno alheio.⁵⁶

54. (1987) p. 596.

55. Jean-Pierre Bertrel (1994), p. 769.

56. Também considerando o direito do superficiário como um direito de propriedade, Acs. STJ de 04.10.1995 (só sumário), 06.11.2007, Ac. TRP de 09.12.2008 acessíveis

12. Discute-se na doutrina italiana⁵⁷ qual o modo de aquisição da propriedade superficiária quando a obra tenha sido construída pelo superficiário. Não teremos espaço neste trabalho para ensaiar uma resposta – mas acreditamos no interesse, não apenas teórico da questão, particularmente porque ela é generalizável para a aquisição da propriedade plena.

Tradicionalmente, por influência de Pugliese,⁵⁸ considerava-se a aquisição de obra *já existente* como aquisição derivada (a não ser que se tratasse de um caso de usucapião). Mas, quando concretização do *ius aedificandi*, a propriedade superficiária adquiria-se originariamente, assistindo-se à actuação de um dos modo de aquisição inominados a que se refere art. 922 do CC italiano, à semelhança, aliás, do que sucede entre nós com o art. 1.316.

A doutrina mais recente (Piazza) considera que não existe um direito à construção completamente desvinculado da situação jurídica preexistente titulada pelo proprietário do solo. Ou seja, o direito de construir tem na sua base o negócio de concessão do *ius in aedificandum*. Por exemplo, se quem constitui o direito de superfície é proprietário temporário ou recebeu a propriedade sob condição resolutiva, verificando-se o termo ou a condição, cessa o direito de superfície, coisa que não poderia acontecer se houvesse uma aquisição originária. Esta posição considera, então, o direito do superficiário adquirido a título derivado-constitutivo.

Mas, entre os autores que escreveram em tempos próximos há quem regresse à perspectiva de Pugliese, nomeadamente perguntando se a aquisição originária equivale a obter a liberdade da coisa adquirida – ou seja, se a aquisição originária equivale a começar do zero. É que, se não for assim, nada impede que se dê uma aquisição originária condicionada, contudo, aos limites que anteriormente oneravam o direito adquirido. O que significaria que se adquiriria a propriedade superficiária originariamente embora condicionada pelos limites – nomeadamente temporais – sujeitando o direito do fundeiro. Até porque estamos aqui sempre perante um direito real menor. Mas, note-se que este

em: [www.dgsi.pt]. Na doutrina italiana, a maioria dos autores também se pronuncia no sentido de considerar o superficiário como proprietário, sem que deixe o direito de superfície de ser um direito real menor. Assim, por exemplo, Bessone/Di Paolo (1993), p. 4, Paolo Vitucci (2000), p. 387, Attilio Guarneri (2001), p. 213, Francesco Gazzoni (2006), p. 254-255. Silvio Venosa (2005), p. 455, no Brasil, refere-se a uma propriedade fiduciária.

57. Apud Bessone/Di Paolo (1993), p. 2, Giulio Bombardella (1990), p. 1477.

58. Giulio Bombardella (1990), p. 1477.

problema acaba por dizer respeito a todas as aquisições originárias, mesmo da propriedade não superficiária – por exemplo, se *A* cede a *B* uma propriedade sujeita a condição resolutiva (art. 1.307, 1), e se *C* constrói obra apta à acessão do terreno cedido a *B*, que propriedade adquire *C* – uma propriedade plena e não condicionada, ou uma propriedade plena, mas condicionada?⁵⁹

13. Cremos que uma das questões em que a distinção entre os dois momentos mais releva é a da aquisição do direito de superfície por usucapião.

Estranhar-se-ia, à partida, a polémica, tendo em conta que este modo de é admitido expressamente pelo art. 1.528, e sem que se faça qualquer distinção em função de se tratar de um direito a construir ou de um direito sobre obra. Ainda assim, hesita-se na possibilidade de a usucapião funcionar em relação à superfície enquanto ainda no primeiro momento.

Tendo o legislador português adoptado a teoria subjectivista, para que se afirme a existência de uma relação possessória, é necessário que um sujeito pratique actos materiais sobre a coisa (*corpus*) e com a intenção de se comportar como titular do direito real correspondente ao poder de facto (*animus*).⁶⁰ O *corpus* facilmente se observa quando já exista obra, e a posse em termos de superfície distinguir-se-á da posse em termos de propriedade através do *animus possidendi*.⁶¹ Os mesmos meios nos autorizam a dizer que é superficiário-posuidor aquele que já iniciou obra em terreno alheio, ainda que não a tenha concluído. A identificação de uma relação possessória com o terreno em termos de direito a construir é que é mais problemática – tanto que há mesmo quem a recuse.⁶² Difícil será a manifestação do *corpus possidendi* quando ainda não há actos materiais sobre o terreno, mas não podem esquecer-se dois factores: em primeiro lugar, que o *corpus* não se resume à efectiva prática de actos materiais sobre a coisa, mas compreende também a possibilidade de os praticar, porque

59. No sentido de que a aquisição originária não equivale a obter a liberdade da coisa adquirida, Giulio Bombardella (1990), p. 1477, ss.

60. Para mais desenvolvimentos, vide o nosso (2011), e a bibliografia para a qual aí se remete.

61. E não esqueçamos que em caso de dúvida, se presume a posse naquele que exerce o poder de facto – art. 1252, n. 2.

62. A maioria da doutrina italiana parece negar que o direito possa ser adquirido por usucapião enquanto direito a construir, apenas admitindo a aquisição do direito sobre obra previamente construída, e se se conseguir distinguir a posse em termos de superfície da posse abrangendo também o solo. Quando ainda não há obra, quando muito, diz-se, aceitar-se-á a usucapião da propriedade sobre o solo. Vide Lino Salis (1971), p. 950, Giulio Bombardella (1990), p. 1480, Attilio Guarneri (2001), p. 214.

a coisa está já sob o domínio correspondente a um determinado direito real; em segundo lugar, há ainda o *animus* que, por ser uma intencionalidade específica, ajuda a distinguir a posse em termos de superfície da posse em termos de propriedade.⁶³

A posse do direito de superfície também impede o funcionamento da regra da acessão. De facto, se um sujeito pratica actos materiais sobre solo alheio, a obra que ele construa é continuação do solo, pelo que pertence ao proprietário do imóvel. Porém, a posse poderá impedir o funcionamento da acessão, quando prolongada por um determinado tempo, por dar lugar à aquisição do direito de superfície por usucapião.⁶⁴

4. O CÂNONE SUPERFICIÁRIO

14. Nos termos do art. 1.530, é possível que o superficiário fique onerado, mediante acordo prévio, ao pagamento de uma determinada quantia pecuniária, que o legislador designa como preço, mas que muitas vezes aparece designada como *cânone superficiário*.

63. Recorramos ao Ac. STJ 02.07.2009 (Disponível em: [www.dgsi.pt], e que segue de perto Mota Pinto (1971), p. 297-299). “Compreende-se facilmente uma usucapião do direito de superfície, visto como direito sobre uma construção já existente separada do solo: pode, na verdade, uma pessoa exercer actos de posse sobre uma casa que está construída, e exercê-los com *animus* não de proprietário pleno mas de superficiário. Imagine-se que foi constituída, por escritura, um direito de superfície sobre a casa separada do solo, mas o título constitutivo é nulo. Esse indivíduo não adquiriu a superfície, mas passou a possuir a casa nesses termos e com o respectivo *animus*; ao fim de um certo número de anos pode adquirir por usucapião o direito de superfície, pode adquirir um direito sobre aquela casa separada da propriedade do solo”. E, continua, “dúvidas, porém, já se suscitam quanto à possibilidade de adquirir por usucapião o direito de construir. Para adquirir por usucapião o direito de construir seria necessária a verificação do requisito essencial, que é a posse. (...). O que é a posse do direito de construir? Quais os actos em que se traduz esta posse? Parece que só se pode possuir... construindo. É, apesar de tudo, configurável uma situação de posse do direito de construir. Em hipótese paralela à acima referenciada, imagine-se que um indivíduo confere a outro, por acto nulo por falta de forma (v.g., por contrato verbal), o direito de construir sobre solo de que é proprietário. Estoutro indivíduo não adquire o direito de superfície, dada a falta de forma; mas ao fim de um determinado tempo pode adquiri-lo por usucapião, porque este acto, nulo por vício de forma, se não lhe transmitiu um verdadeiro direito, é todavia um título que mostra ter-se transferido a posse desse direito”.

64. Até lá, não se impede a acessão, pois que a posse cede sempre perante a titularidade do direito.

As características que esta prestação pode assumir são facilmente identificáveis, logo porque o legislador se ocupa com a sua descrição: embora seja sempre de natureza pecuniária, pode consistir numa prestação única (*una tantum*) ou numa prestação anual, perpétua ou temporária⁶⁵ (1 e 3 do art. 1.530). Neste último caso, ou seja, casos as prestações sejam anuais, avoca-se, no art. 1.531, a aplicação dos arts. 1.505 e 1.506, preceitos que, porque pertencentes ao regime jurídico da enfiteuse, foram revogados,⁶⁶ mas apenas na sua aplicação directa. Assim, tal como acontecia com o foro, as anuidades, salvo acordo em contrário, serão pagas na residência do fundeiro, se esta se localizar no mesmo concelho em que se situa o prédio onerado ou em que mora o superficiário; se não, a prestação será paga a representante que o dono do solo tenha em qualquer daqueles concelhos; finalmente, como último critério sucessivo oferecido pela lei, a prestação será paga na residência do superficiário. Quanto ao tempo do cumprimento, o cânone deverá ser pago no fim de cada ano, contado desde a data da constituição do direito de superfície, ou, se tal data for ignorada, na forma usual (regime supletivo). Sendo dois ou mais superficiário ou donos do solo, será aplicável o regime da solidariedade, tanto do lado activo como do lado passivo.⁶⁷

O legislador ainda vem tutelar a posição do proprietário do solo ao determinar que o não pagamento do cânone permitirá exigir o triplo das prestações em dívida (art. 1.531, 2).

15. O cânone superficiário é uma *obrigação real*, pois que é um vínculo de conteúdo positivo que impende sobre o titular de um direito real.⁶⁸ É verdade

65. Segundo o n. 2 do art. 1530, “o pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície”.

66. Pelo Dec.-lei 195-A, de 16.03.1976, extinguiu-se a enfiteuse sobre prédios rústicos; pelo Dec.-lei 233, de 02.04.1976, extinguiu-se a enfiteuse sobre prédios urbanos.

67. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 599-600.

68. As obrigações reais são, por isso, parte do conteúdo do direito real, ou melhor, do estatuto do direito real, enquanto compreende direitos e deveres de conteúdo positivo (pois que os de conteúdo negativo se entendem como meras restrições ao direito real) – Henrique Mesquita (1990), p. 373 e ss., 265 e ss., 387). Precisamente um dos exemplos avançados por este autor é o do cânone superficiário – cfr. (1990), p. 281, nt. 34. Sendo uma única prestação, dizem Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 599, que se trata de uma obrigação autónoma, sujeita ao regime do preço da compra e venda, como regime paradigmático dos contratos onerosos. Na opinião de Oliveira Ascensão (1993), p. 529, o cânone superficiário é um ónus real. Mas, para este autor, ónus real é “o poder de exigir a entrega, única ou repetida, de coisas ou dinheiro, a

que as obrigações reais estão sujeitas ao princípio da taxatividade, pelo que a sua fonte principal é a lei – mas, isso não impede que as partes possam livre (e excepcionalmente) acordar na constituição de algumas obrigações reais, desde que com apoio em autorização legislativa prévia, como ilustra, precisamente, este art. 1.530.⁶⁹

Sendo uma obrigação real, o cânone superficiário extingue-se por *renúncia liberatória*, mesmo não havendo no regime jurídico do direito de superfície uma norma paralela aos arts. 1.411 (compropriedade), 1.472 (usufruto) ou 1.567 (servidão). Há, pois, um princípio válido para todas as obrigações reais, segundo o qual “sempre que o titular de um direito real esteja vinculado, nessa qualidade, a uma prestação de *dare* ou de *facere*, poderá libertar-se do respectivo cumprimento através da renúncia ao direito real *em benefício do credor*”.⁷⁰ Para tanto bastará manifestar a sua vontade, que produzirá os seus efeitos liberatórios a partir do momento em que o credor esteja em condições de a conhecer (porque a renúncia liberatória se faz por declaração unilateral receptícia, os seus efeitos não dependem da aceitação do beneficiário).⁷¹

No que diz respeito ao direito de superfície, cremos que há que perguntar se não é de fazer aqui uma distinção em função do momento em que o direito se encontra. É que se ainda estamos na fase em que ao superficiário se reconhece apenas o direito *a construir*, então basta a renúncia ao direito para extinção da obrigação, enquanto que a perda do cânone é compensada pelo fim do encargo que onera a propriedade, agora (re)tornada a plena (aquele

quem for titular de determinado direito real de gozo” (idem, p. 586, v. tb. p. 233 e ss. Ora, ônus real, seguindo sempre os ensinamentos de Henrique Mesquita, consiste numa obrigação real *particularmente garantida*, mais especificamente numa obrigação real garantida com uma garantia imobiliária, de que é exemplo paradigmático o apatnágio do cônjuge sobrevivente (art. 2.028.º). “Estar-se-á perante exemplos desta figura, portanto, nos casos em que o proprietário de um determinado prédio se encontra *obrigado*, nessa qualidade, ao pagamento de certa prestação, em regra periódica ou reiterada, de género ou dinheiro – pagamento pelo qual *responde* sempre o imóvel, seja quem for o respectivo proprietário à data da execução e dispondo o credor de *preferência* sobre os demais credores do executado, podendo acrescer a esta responsabilidade, cumulativa ou subsidiariamente, a responsabilidade de todo o património do devedor da prestação (i.e., da pessoa a quem o prédio pertencia no período a que a prestação diz respeito)” – Henrique Mesquita (1990), p. 418-419.

69. Idem, p. 282 e ss., 290.

70. Idem, p. 386.

71. Idem, p. 383 e ss.

direito de superfície é entregue ao credor da obrigação – porque a renúncia liberatória se faz *em benefício do credor*, que é o fundeiro).⁷² Mas, se já houver obra as coisas não serão necessariamente assim, pois que o superficiário é também proprietário, ou seja, o problema aqui não está tanto em saber se a obrigação de pagar o cânone se extingue pela renúncia ao direito de superfície, mas mais em saber qual o destino dessa propriedade uma vez expressa a vontade de renunciar. Nomeadamente, porque é princípio do nosso direito que não pode afectar-se, mesmo em termos vantajosos, a esfera jurídica de outrem sem obter deste um consentimento (isto porque, repetimos, a renúncia liberatória é sempre feita em benefício do credor; e não pode haver renúncia abdicativa do direito de propriedade entre nós). Pode, então, solucionar-se esta questão em termos semelhantes aos enunciados por Henrique Mesquita para o caso previsto no art. 1.567, 4 (“se o proprietário do prédio serviente se houver obrigado a custear as obras, só lhe será possível eximir-se desse encargo pela *renúncia ao seu direito de propriedade em benefício do proprietário do prédio dominante*”):⁷³ a renúncia opera a extinção da obrigação real; e o direito de propriedade mantém-se com o renunciante se o proprietário do prédio dominante não aceitar receber o novo prédio. Isto é, transpondo tal raciocínio para o direito de superfície, o superficiário deixaria de ter de pagar o cânone e manter-se-ia proprietário da obra, se o fundeiro não aceitasse recebê-lo.⁷⁴ Mas, há que ponderar, ainda, dois factores: (1) o direito de superfície é um *direito real menor*; (2) o direito de superfície pode ser *temporário ou perpétuo*. Parece-nos que, sendo o direito de superfície temporário, e mesmo havendo obra construída, será de recorrer à regra geral – o direito extingue-se com a renúncia liberatória, apesar da propriedade superficiária, e em benefício do fundeiro, sem ser necessária a aceitação deste. Isto porque há já um destino final da obra que é a de reverter para o fundeiro – não há aqui diferenças relevantes em relação ao que sucede em outros direitos reais menores. Mas, se o direito de superfície for perpétuo, temos aqui uma propriedade perpétua, que deverá sujeitar-se às mesmas regras da propriedade não superficiária e, por isso, haverá que aplicar por analogia o art. 1.567.º,

72. Idem, p. 357.

73. (1990) p. 389 e ss.

74. “A declaração do devedor *propter rem*, portanto, além de funcionar como proposta contratual, envolve simultaneamente o exercício de um direito potestativo – o direito de o devedor *propter rem* se libertar da obrigação pondo à disposição do credor o direito real de cujo conteúdo ela emerge” – Henrique Mesquita (1990), p. 393, nt. 163, sobre aquele n. 4.

4, ou seja há aquisição da propriedade sobre a obra, *mediante aceitação* do fundeiro.⁷⁵⁻⁷⁶

16. Também porque o cânone superficiário é uma obrigação real, dir-se-á que não se extingue por prescrição, permanecendo exigível enquanto se mantiverem os pressupostos da sua constituição.⁷⁷ Se assim é, tem de perguntar-se como se compreende a primeira parte do n. 1 do art. 1.537 – “a falta de pagamento das prestações anuais durante 20 anos extingue a obrigação de as pagar” – e o n. 2 do mesmo preceito – “à extinção da obrigação de pagamento das prestações são aplicáveis as regras da prescrição”?

Na opinião de Pires de Lima e de Antunes Varella, trata-se aqui de uma verdadeira obrigação que, por isso, prescreve. E esta solução é “perfeitamente harmónica com a natureza (preço) que a prestação reveste no contexto da superfície, como se depreende da própria epígrafe que encima o art. 1.530, mas que poderia suscitar algumas dúvidas, na falta de texto expresso, por se tratar de uma *obligatio ob rem*”. Os comentadores distinguem, ainda, a obrigação de pagamento das rendas que se foram vencendo na vigência do direito, da obrigação de pagamento do cânone em abstracto (que designam como direito unitário à prestação): as primeiras prescreveriam no prazo de 5 anos, por aplicação do art. 310; a segunda segue o prazo ordinário (art. 309), que começa a contar a partir do dia em que se tornou exigível a primeira prestação que não foi paga.⁷⁸

As obrigações reais não prescrevem porque fazem parte do estatuto dos direitos reais e, assim, partilham o mesmo regime jurídico. Como, aliás,

75. Henrique Mesquita (1990), p. 391, nt. 158, sugere a mesma solução para outros casos: “a regra do n. 4 do art. 1567 deverá aplicar-se por analogia a todos os casos em que a obrigação *propter rem* esteja ligada a um direito de propriedade. (...) Para além dos casos de renúncia a um direito de propriedade, o preceito em análise deverá fazer ainda, igualmente por analogia, os de renúncia liberatória a um direito real limitado alienável, sempre que o credor da obrigação não seja o proprietário da coisa sobre que este direito incide”.

76. Em sentido divergente do sugerido se pronunciam Pires de Lima/Antunes Varella (1987), p. 606-607, em cuja opinião se não prevê a renúncia entre as formas de extinção do direito de superfície, porque “abrangendo a situação jurídica do superficiário também a propriedade sobre a obra ou a plantação (e sendo este o objectivo a que tende o direito de construir ou de plantar), não se justifica a admissibilidade de um modo de extinção que é próprio dos direitos sobre coisa alheia”.

77. Henrique Mesquita (1990), p. 351.

78. (1987) p. 607.

atesta o n. 3 do art. 298.⁷⁹ Todavia, para que estejamos perante uma obrigação real, tem esta de ser exigível, têm de verificar-se os seus pressupostos de constituição, quer se trate de uma obrigação real resultante da lei, quer de uma obrigação real resultante do acordo entre as partes. Como ensina Henrique Mesquita, há que distinguir entre a hipótese normativa e a obrigação propriamente dita e, por isso, só podemos falar da existência de uma obrigação real “quando se verifiquem os pressupostos factuais de que depende a concretização ou efectivação do dever de realizar determinadas prestações a que a lei sujeita, em certos casos, os titulares de direitos sobre coisas. O usufrutuário, por exemplo, não é devedor do comportamento que a lei lhe impõe no art. 1.472, 1 (promover as reparações ordinárias indispensáveis para a conservação da coisa), pelo simples facto de ter adquirido o direito de usufruto. A relação obrigacional (que tem como credor o proprietário da raiz) só nasce quando a coisa sujeita a usufruto carecer de reparações. Antes disso, o usufrutuário não está *obrigado* a realizar qualquer prestação; está apenas sujeito, na qualidade de titular de um *ius in re*, a um regime ou estatuto de que podem nascer relações obrigacionais. (...) A circunstância de a obrigação *propter rem* ter na sua base um negócio jurídico não significa que, por força dele, fique logo constituída. O efeito que o negócio visa e produz é a modificação do regime de um direito real”.⁸⁰ O que é específico desta situação que agora analisamos, é, pois, o facto de ser uma parte do estatuto do direito real que deixa de vigorar por força da sua não utilização. Não estamos, pois, perante uma obrigação real – esta apenas surge quando se verifica o evento que determina o surgimento da obrigação de pagamento. Dir-se-ia que a regra *pacta sunt servanda* determinaria que a alteração do estatuto do direito real se desse apenas com o acordo de ambas as partes (assim como livremente criaram este encargo, assim livremente o poderiam extinguir), coisa que aqui não sucede. Mas, por outra parte, podemos dizer que o que aqui sucede é a confirmação legal da vontade que superficiário e fundeiro, tacitamente, já manifestaram. Se durante 20 anos não foi paga qualquer renda, e nunca foi exigido o seu pagamento, é a parte do estatuto do direito real a ela relativo alterada, numa espécie de *usucapito libertatis*. Aliás, isto é coerente com o facto de o legislador sentir a neces-

79. Excepção feita para a hipoteca no caso previsto na alínea *b* do art. 730. Quanto aos direitos reais de aquisição, a questão não faz verdadeiramente sentido, a não ser quando da lei decorra um prazo para o seu exercício – Henrique Mesquita (1990), p. 109-110, nt. 22.

80. (1990) p. 313-314.

sidade de avocar expressamente as regras da prescrição – que não teriam aplicação, caso contrário.⁸¹

Extinguindo-se a obrigação de pagar o cânone, terá razão Oliveira Ascensão quando afirma que o legislador admite “propriedades mortas” – se o direito de superfície for perpétuo, e se se extinguir a obrigação de pagar, para que serve a propriedade sobre o solo?⁸²

17. Outra coisa é a extinção da renda vencida. O pagamento do cânone superficiário, quando se torna exigível, imediatamente se autonomiza do estatuto do direito real e passa a seguir, desde o momento da separação, as regras das obrigações em geral⁸³ – logo, prescreverá no prazo de cinco anos. E isto mesmo que a obrigação se refira ao 19.º ano sem pagamento de renda anual.

18. Esta autonomia justifica também a não ambulatoriedade da obrigação real. Ou seja, não se transmite a obrigação real com a transmissão do direito real. A obrigação de pagamento cristaliza-se na esfera jurídica daquele que, no momento do vencimento, é o superficiário⁸⁴ (nomeadamente porque se trata do correspectivo de um gozo que já coube ao alienante),⁸⁵ passando a ter uma vida própria. Isto mesmo decorre do que fomos dizendo até ao momento, no seguimento da doutrina de Henrique Mesquita: “Devem, por conseguinte, considerar-se ambulatorias, não só (conforme já concluímos) as obrigações *propter rem* que imponham a prática de actos materiais na coisa sobre que o direito real incide, como ainda todas aquelas cuja existência seja *denunciada* ou *indiciada* pela situação em que a coisa *ostensivamente* se encontre”.⁸⁶ Diferente da ambulatoriedade da obrigação real é a questão da transmissão com o direito de superfície daquilo que designámos *supra* como obrigação de pagamento do cânone superficiário em abstracto (que não é, repetimos, uma obrigação real). O problema é o de saber se quem adquire o direito de superfície também fica obrigado ao pagamento de um cânone, apesar de este ter sido introduzido no estatuto do direito real pelo superficiário alienante. Ora, se se trata da alteração do estatuto do direito real, então o superficiário adquirente fica, pela

81. Invoca-se o regime da prescrição, porque não se aplicaria de outro modo; não para deixar claro, para afirmar o óbvio de que esta é uma obrigação que se extingue por prescrição.

82. Oliveira Ascensão (1993), p. 530.

83. Henrique Mesquita (1990), p. 345 e ss.

84. Também assim Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 599.

85. Henrique Mesquita (1990), p. 336 e ss.

86. (1990) p. 342-343.

transmissão, onerado também com a obrigação de pagamento cada vez que se verificar o vencimento da obrigação pecuniária. Segue-se a regra da eficácia *erga omnes*.⁸⁷

19. Uma outra parte do art. 1.537.º, n. 1 que ficou por analisar é a que esclarece que a extinção da obrigação de pagar as rendas não determina a aquisição da propriedade do solo, salvo havendo usucapião em benefício do superficiário.

Serve este preceito para deixar claro o que já resultaria das regras sobre a aquisição da posse e, consequentemente, da aquisição da propriedade por usucapião. É que o não pagamento das rendas só permite a extinção da obrigação de as pagar nos termos já descritos. A aquisição da propriedade far-se-á nos termos gerais – nomeadamente, por usucapião. E, para tanto, tem de ser a posse adquirida, também nos termos gerais. O superficiário é apenas um detentor em termos de propriedade, pelo que, para passar a possuidor em termos de propriedade, tem de adquirir a posse do proprietário (*traditio brevi manu*) ou opor-se a este, por acto próprio ou de terceiro (art. 1.265), juntando ao *corpus* o *animus possidendi*. Só a partir desse momento estarão reunidos os elementos constitutivos da posse, podendo, então, iniciar-se a contagem dos prazos para a invocação da usucapião.

5. EXTINÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEUS EFEITOS

20. As duas primeiras causas de extinção do direito de superfície são manifestação da regra segundo a qual os direitos reais não prescrevem, mas extinguem-se pelo não uso – art. 298, 3.

Assim, cessa o direito de superfície se o superficiário não concluir a obra dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, em dez anos a contar da data da constituição (alínea *a* do art. 1.536, 1). Por outra parte, destruída a obra, o superficiário tem de reconstruir no prazo acordado ou, na falta de fixação, dez anos volvidos sobre a destruição (alínea *b* do mesmo preceito). Bem se compreendem estas opções do legislador, pois que não se justifica a manutenção de um limite à propriedade que não está a ser actuado. Todavia, foi sensível a motivos que podem justificar a interrupção ou a suspensão do prazo, razão

87. O mesmo já não acontece quando as partes pretendam introduzir no estatuto do direito real uma obrigação que não esteja sustentada numa autorização: aí, o compromisso apenas onera quem nele participou, a eficácia da obrigação, por natureza, mantém-se *inter partes* – Henrique Mesquita (1990), p. 249.

pela qual chamou à aplicação as regras da prescrição.⁸⁸ A este propósito, há que saber quando se interrompe a contagem destes prazos. Bastará que se inicie a obra, terá esta de ter já completos os seus elementos essenciais ou terá mesmo de apresentar-se concluída? Esta questão é discutida na doutrina italiana – Lino Salis, por exemplo, considera que para existir propriedade superficiária não é necessário que a construção esteja já ultimada em todas as suas partes, sendo suficiente a ultimate das partes essenciais à sua existência (por exemplo, um edifício considerar-se-á existente como construção no momento em que estejam ultimadas as paredes essenciais, mesmo se faltarem obras de divisão ou acabamentos exteriores ou interiores), pelo que ao mesmo critério se recorrerá para determinar a interrupção deste prazo de extinção.⁸⁹ Porém, o legislador português refere-se sem dúvida à conclusão da construção (“se o superficiário *não conclui (...)*”), pelo que o prazo correrá até que a obra esteja completa.⁹⁰

21. O legislador português admite a constituição de um direito de superfície perpétuo, do que resulta um verdadeiro desmembramento de propriedade, pois que indefinidamente se mantém uma propriedade do solo diferente da propriedade da obra (na superfície e/ou no subsolo). Aceitar-se-á, então, também, por maioria de razão que a superfície fique sujeita a um termo indeterminado – extinguir-se-á com a verificação de um acontecimento certo quanto à verificação, mas incerto quanto ao momento dessa verificação.⁹¹

88. Que, caso contrário, se não aplicariam, dado que se não está aqui perante uma prescrição, mas uma extinção por não uso.

89. (1971) p. 953.

90. Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 605.

91. No direito brasileiro, a possibilidade de constituição de um direito de superfície perpétuo parece estar afastada, admitindo-se, apenas, a sujeição a um *termo indeterminado*. De facto, enquanto o Código Civil apenas aceita o direito de superfície por prazo determinado – condição que, aliás, consta do preceito onde se define o direito real –, pode ler-se no art. 21.º do Estatuto da Cidade que a concessão do direito pode ser “por tempo determinado ou indeterminado”. Ou seja, haverá sempre um termo, mas ele pode não estar determinado no título constitutivo, o que implicará a eventual intervenção do tribunal, se as partes não tiverem acordado num razoável prazo de pré-aviso da denúncia (assim, Silvio Venosa, p. 454). Já no direito espanhol a doutrina discute se o prazo é ou não elemento essencial do direito de superfície, a maioria da doutrina considerando que se trata de um direito real necessariamente temporário. Sobre esta questão, vide, por exemplo, Câmara Aguilar (1998), p. 1625, 1650 e ss., Mezquita del Cacho (2000), p. 458 e ss. Citando a primeira autora (p. 1651): “si algo anima al propietario de un terreno a constituir un derecho de superficie es la

Evidentemente, quando o direito de superfície seja temporário, o decurso do prazo determinará a extinção do direito (art. 1536, I, c). E logo o proprietário do solo adquire a propriedade da obra ou das árvores (art. 1.538.º, I) – “logo”, porque a caducidade opera a extinção automática do direito sobre a propriedade, e, conseqüentemente, este direito re-expande-se ao estado pleno que conhecia antes da oneração.⁹²

As partes poderão, todavia, adiar a reversão, ou por optarem pela prorrogação do prazo⁹³ ou pela celebração de um novo direito de superfície. Neste caso, na realidade, não há um adiamento da reversão, mas a constituição de um novo direito pela alienação de obra já concluída (art. 1.526). As partes podem igualmente convencionar, em alternativa à reversão da propriedade, que a obra seja destruída pelo superficiário, a favor de quem reverterão os materiais.⁹⁴

A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo pode acarretar para o fundeio a obrigação de pagamento de uma indemnização. Isto se as partes não tiverem chegado a acordo diferente e/ou se as regras do enriquecimento sem causa não determinarem outro desfecho.⁹⁵

previsión de que, transcurrido un determinado período de tiempo, lo edificado será de su propiedad. UY, viceversa, si alguien considere atractivo constituir un derecho de superficie es porque, sin tener que afrontar el pago del terreno, podrá disfrutar de una edificación durante un plazo de tiempo suficientemente amplio como para cubrir las necesidades que le llevan a realizarla”. Depois, acrescenta, “un derecho de superficie perpetuo vaciaría de contenido el derecho de propiedad del dueño del suelo”. Quanto à possibilidade de um termo indeterminado, a autora considera-a indesejável e inaceitável por desfigurar a temporalidade substancial do direito.

92. Vide infra.

93. Em sentido contrário, Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 609.

94. Pires de Lima e Antunes Varela (1987), p. 608, não veem razão para se não aceitar tal acordo, dado que a solução legal tem por pressuposto a vontade presumtiva das partes e que não haverá interesse público a impor que assim não seja. De qualquer modo, acrescentam que há que contar com a possibilidade de os regulamentos públicos determinarem desfecho diferente, nomeadamente proibindo a demolição.

95. Silvio Venosa (2005), p. 457, pergunta-se se o direito de superfície, constituído por tempo determinado, se transformará num direito de superfície por tempo indeterminado se, a final, as partes nada disserem e a situação de superfície se mantiver inalterada. E responde: “a melhor solução é entender que, no silêncio das partes, o contrato passa a vigorar por prazo indeterminado, assim como o direito real. O carácter de permanência dos direitos reais não permite outra solução”. Ora, temos fortes hesitações quanto a esta solução. Particularmente tendo em conta que, parágrafos depois, o mesmo autor afirma que a presença do superficiário e da sua família, uma vez extinta

Para além da reversão e da eventual indemnização, outro dos efeitos que pode decorrer da extinção pelo decurso do prazo é o arrastamento dos direitos de gozo (reais ou não) ou garantias reais constituídas pelo superficiário *em benefício de terceiro* (*resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis* – art. 1.539, 1). O superficiário está autorizado a onerar a coisa ou o direito, mas há que distinguir os seus poderes em função do momento em que o direito se encontre. De facto, enquanto não houver obra, não há propriedade superficiária onerável (os encargos que o superficiário constituísse seriam onerações sobre coisa de outrem). Pode é onerar-se aquilo que o superficiário tem no seu património – o direito de construir. Por exemplo, nada impede a constituição de uma hipoteca sobre o direito de superfície já nesta fase (no art. 688, 1, c) o legislador não distingue em que momento tem de estar o direito para poder ser hipotecado, razão pela qual também não o devemos fazer).⁹⁶ Depois de concluída a obra, o superficiário pode constituir sobre ela um usufruto, um direito de uso e habitação, um direito real de habitação periódica, uma servidão ou até um outro direito de superfície; assim como pode celebrar contratos obrigacionais que a tenham por objecto – nomeadamente, arrendá-la ou comodatá-la. E está também habilitado a constituir uma hipoteca ou uma consignação de rendimentos.⁹⁷

Se a extinção do direito for acompanhada por uma indemnização, então ocorrerá uma sub-rogação real (art. 1.539, 2), e a indemnização substituindo a

a concessão, “caracteriza posse injusta, que autoriza a reintegração da posse” (idem, *ibidem*).

96. Se celebrar contrato onerando a coisa construída, teremos um direito sobre coisa futura, o negócio tendo mera eficácia obrigacional.

97. O superficiário, sendo titular de um direito real de gozo, pode onerar a coisa construída, mas também o seu direito. Nomeadamente, através de uma hipoteca, como autoriza o art. 688, n. 1, c. Tendo em conta que esta garantia pode ser constituída enquanto ao superficiário caiba apenas o direito de construir, qual será o seu destino uma vez terminada a obra? Haverá uma sub-rogação real, a construção substituindo o direito a construir? Lê-se no Ac. STJ 10.07.2008 (disponível em: [www.dgsi.pt]): “se, com a construção em edifício alheio – segundo momento do direito superficiário – o direito do superficiário coincide com o direito construído e não apenas com aquele direito potestativo de construir – primeiro momento do direito de superfície – então, *temos de concluir que a hipoteca incide sobre o prédio construído e não apenas sobre aquele direito potestativo*. (...) A seguir a tese do recorrente, tendo a hipoteca sido constituída para garantir a construção da sua habitação, a A. ficaria sem a sua garantia porque, efectuada a construção (...), porque aquela apenas tinha incidido sobre o direito potestativo de construir (...), a construção ficaria livre da hipoteca e o recorrente sem qualquer ónus sobre a fracção. Estava descoberto o caminho para construir sem quaisquer custos, à custa do credor”.

coisa onerada. Isto mesmo resulta do art. 692, 3 para a hipoteca, e art. 1.480, 2, para o usufruto, cuja aplicação é requerida pelo legislador. Claro está que essa sub-rogação nem sempre é possível, logo porque nem todos os direitos reais podem ter por objecto uma quantia pecuniária.

22. Continuando a percorrer as causas de extinção do direito de superfície, temos que, e evidentemente, tal será o resultado da reunião, na mesma pessoa, dos direitos de superfície e de propriedade do solo (art. 1.536, n. 1, d). E isto pode acontecer logo porque o superficiário adquire o solo ou o fundeiro adquire o direito de superfície (com ou sem obra, naturalmente). Este último caso poderá verificar-se em consequência do exercício do direito de preferência que se reconhece ao fundeiro quando o superficiário manifeste a vontade de alienar o seu direito (art. 1.535).⁹⁸

98. Este é, contudo, o único sentido da preferência, uma vez que não se reconhece um direito *legal* de preferência ao superficiário quando seja o fundeiro quem pretende desfazer-se da propriedade do solo. A concessão da preferência ao fundeiro tem por objectivo extinguir um desmembramento do objecto da propriedade; porém, porque se considera que a propriedade do solo não é uma restrição ao direito de superfície – mas, o seu sustento –, não se reconhece idêntico direito ao superficiário (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, 1987, p. 603). Curiosamente, esta é a solução exactamente oposta à que constava do art. 21, 6, da Lei 2.030/1948: “a propriedade do solo (...) não pode ser alienada, salvo em favor do superficiário”. Evidentemente, por força da eficácia absoluta, e das decorrentes sequela e prevalência, quando o fundeiro transmite o seu direito (propriedade onerada), o direito do superficiário manter-se-á a onerar a propriedade. A não ser que as regras registais se interponham. De qualquer modo, cremos não haver qualquer obstáculo a que o título constitutivo exclua a transmissibilidade do direito, à semelhança do que acontece com o usufruto (art. 1.444). Ainda a propósito do direito de preferência, note-se que a nossa solução se distingue da brasileira, que reconhece um direito de preferência também ao superficiário na alienação do solo. Solução criticada, porém, por Caio Mário da Silva Pereira (2002), p. 245: “a uma, porque cria uma restrição ao direito de propriedade, impondo-lhe notória depreciação. A duas, porque se inverte a situação, instituindo um poder maior ao que, por natureza, é acessório. E a três, porque o imóvel pode ter maior extensão do que a área ou parte que é objecto da superfície, criando-se um impasse, a saber, se o proprietário alienante é obrigado a dar preempção apenas na parte superficiária, no caso de venda de todo o imóvel, ou se será compelido a desmembrá-lo, para assegurar ao superficiário preferência apenas para compra desta, liberando o restante”. Tendo em conta o princípio da totalidade, dir-se-á que o direito de preferência se refere à totalidade do prédio e não apenas à parte que está materialmente sujeita ao direito de superfície. Por nós, temos exemplo de um direito menor a que é atribuída a preferência na alienação da propriedade no arrendamento (art. 1.091), embora aqui por razões atinentes à protecção do arrendatário urbano. Por outro lado, não vemos porque há uma notória depreciação com a concessão da preferência ao superficiário

Quanto à aquisição originária da propriedade plena, já vimos que a aquisição por usucapião pressupõe uma inversão do título de posse. No que se refere à acessão imobiliária, a doutrina parece concordar no sentido de que o superficiário não pode adquirir a propriedade do solo, uma vez que desenvolve com a coisa uma relação jurídica, sujeita à disciplina legal e contratual. E do contrato decorre, naturalmente, a incorporação de obra, pelo que não pode invocar-se a aquisição originária da propriedade por acessão. Embora a interpretação literal dos n. 1 a 4 do art. 1.340⁹⁹ parecesse apoiar ideia diferente. De facto, para impedir que todo aquele que seja autorizado à incorporação adquira a propriedade plena do terreno, a doutrina portuguesa tem sido unânime na necessidade de uma *interpretação restritiva*, que assente na distinção entre acessão e benfeitoria, nem sempre fácil numa determinada situação concreta. Assim, e por princípio, aqueles que actuam no âmbito de uma relação jurídica e que desenvolvam uma actividade que importe uma inovação na coisa principal não adquirem por acessão – a sua actuação deve ser entendida como benfeitoria.¹⁰⁰ Deste modo se excluem todos aqueles que exercem sobre a coisa um direito,

na alienação da propriedade do solo, tendo em conta que o preferente tem de igualar a oferta do terceiro.

99. “Se alguém, de boa-fé, construir obra em terreno alheio, ou nele fizer sementeira ou plantação, e o valor que as obras, sementeiras ou plantações tiverem trazido à totalidade do prédio for maior do que o valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obras, sementeiras ou plantações” (n. 1); entendendo-se que está de boa-fé aquele que *desconheça que o terreno era alheio* ou o que foi *autorizado à incorporação pelo dono* do terreno (n. 4). Mónica Jardim/Dulce Lopes (2010), p. 7, sintetizam deste modo os pressupostos substantivos que devem estar verificados para que o autor da obra possa invocar a acessão: “(a) a incorporação consiste no acto voluntário de realização da obra; (b) a natureza alheia do terreno sobre o qual é erguida a construção; (c) a pertença inicial dos materiais ao autor da incorporação; (d) a formação de um todo único entre o terreno e a obra; (e) o valor acrescentado pela obra ser superior ao valor que o prédio tinha antes da incorporação; (f) a boa-fé, estritamente psicológica, do autor da incorporação”. As autoras acrescentam ainda a manifestação de vontade expressa do beneficiário do direito potestativo, mas este requisito não está desprovido de discorências.
100. A exigência de inovação foi adicionada por Mónica Jardim/Dulce Lopes (2010), p. 5 e ss., nt. 12. Por nossa parte, consideramos que as autoras têm razão ao colocar a necessidade de *inovação* num patamar equivalente ao da relação jurídica, no sentido de que não basta falar, como fazem Pires de Lima/Antunes Varela, em *melhoramento*. Sem inovação não há a incorporação ou a alteração da coisa imóvel com importância bastante para permitir que um sujeito, ainda que de boa-fé, venha adquirir a propriedade por acessão.

real ou de crédito, reservando-se a aquisição por acessão para aqueles que não têm com a coisa qualquer contacto jurídico com ela. Recentemente, porém, Mónica Jardim e Dulce Lopes vieram colocar entre aqueles que podem aceder os possuidores em termos de *direito de propriedade* ou de *direito de superfície*¹⁰¹ – ou melhor, recuperaram a posição que os possuidores já tinham com o Código de Seabra, considerando implausível que o legislador do actual Código Civil tivesse pretendido afastar-se do Código de Seabra sem o dizer de forma expressa e inequívoca, muito porque tal envolveria a inversão do pressuposto (positivo) da posse em nome próprio que o Código anterior exigia, passando-o a negativo (ausência de posse). E ainda argumentam que a solução contrária (a exclusão dos possuidores) implicaria uma redução substancial do campo de aplicação da acessão industrial imobiliária, que ficaria limitada aos meros detentores ou intervenientes ocasionais. Temos, todavia, algumas dúvidas quanto à admissibilidade da aquisição da propriedade plena por acessão a favor do possuidor em termos de direito de propriedade ou de superfície.¹⁰² Se C consti-

101. Escrevem: “concordamos com Pires de Lima/Antunes Varela quando afirmam que estamos perante uma benfeitoria quando em causa esteja quer uma despesa, quer um acto de inovação, desde que o mesmo seja praticado por quem tem uma relação jurídica com a coisa. No entanto, distanciamo-nos destes autores, na medida em que entendemos que quando em causa esteja um acto de inovação praticado por um possuidor ocorre a acessão. (...) Segundo o nosso entendimento, a benfeitoria supõe uma *despesa* ou *acto de inovação* praticada *por quem tem uma relação jurídica com a coisa* (relação essa que pode ser simplesmente possessória); ao invés, consideramos que a acessão envolve necessariamente um *acto de inovação*, acto esse que pode ser realizado *por quem não mantém uma relação jurídica com a coisa ou por quem mantém com ela relação meramente possessória, em termos de direito de propriedade ou de propriedade superficiária*. (...) Assim, se em causa estiver uma simples despesa feita na coisa e não um acto de inovação está naturalmente afastado o regime da acessão. Por outro lado, se a referida inovação for feita pelo arrendatário, pelo comodatário, pelo usufrutuário, etc., prevalece, sempre, o regime das benfeitorias próprio do estatuto legal ou contratual de cada um dos institutos. Por fim, se a inovação for feita por um possuidor em termos de direito de propriedade ou de propriedade superficiária ou por um estranho prevalece, sempre, a acessão. (...) Embora, em abstracto, o possuidor tanto possa beneficiar do regime das benfeitorias como da acessão, em concreto, beneficiará do primeiro, se realizar uma mera despesa, e do segundo, se praticar um acto de inovação” (2010, p. 6-7, nt. 12).

102. Não se coloca o mesmo problema para outros direitos reais. Tome-se por paradigma o direito de usufruto. A constituiu a favor de B, por documento particular, um usufruto sobre prédio rústico. B, convencido da titularidade do direito, opta por plantar pinheiros no dito imóvel, plantação com um valor superior ao valor do terreno de A. B não é, obviamente, titular do direito de usufruto, pois que o negócio constitutivo

tuir a favor de *D*, mas por documento particular, um direito de superfície para que este pudesse construir um parque de estacionamento e *D* exercer o seu direito construindo a dita obra, pode reagir contra uma acção de reivindicação intentada por *D* alegando ter adquirido a propriedade por acessão? *D* sabia que o terreno era alheio, mas estava certamente autorizado à realização da obra (pois que tal pertence ao conteúdo do direito de superfície), pelo que teremos de considerar a sua actuação de boa-fé. Se a isso acrescentarmos a diferença de valor e o facto de aqui haver incorporação, então diríamos que aqui, sim, é muito pertinente a distinção entre benfeitoria e acessão, e, adoptando-se a opinião de Mónica Jardim e de Dulce Lopes, a acessão pode funcionar em benefício de *D*. Ora, tendo em conta que *D* é possuidor, parece-nos útil fazer apelo à usucapião enquanto efeito aquisitivo da posse. É que, pelo decurso do prazo, aquele sujeito *nunca* poderia adquirir a propriedade do terreno, mas apenas a propriedade *superficiária*. Por outro lado, o *titular do direito real* (possuidor causal) nunca poderia adquirir a propriedade do terreno por acessão – justamente por força da relação jurídica ligando-o ao terreno. Não haveria alguma

é formalmente inválido. Mas, será possuidor estando reunidos o *corpus* e o *animus*. Imaginemos, agora, que *A* intenta contra *B* uma acção de reivindicação tendo por fundamento aquela invalidade. Poderá *B* defender-se invocando o disposto no art. 1340, n. 1, isto é, poderá invocar a aquisição da *propriedade* sobre o terreno? *B* não desconhecia que o terreno era alheio; logo, ou está de má-fé (e, aí, aplica-se o art. 1.341 – “se a obra, sementeira ou plantação for feita de má-fé, tem o dono do terreno o direito de exigir que seja desfeita e que o terreno seja restituído ao seu primitivo estado à custa do autor dela, ou, se o preferir, o direito de ficar com a obra, sementeira ou plantação pelo valor que for fixado Segundo as regras do enriquecimento sem causa”), ou estava autorizado à plantação. Se esta segunda hipótese se verificasse, então poderia a sua estratégia ter sucesso – mas, não por ser possuidor, e sim porque chegaríamos à conclusão de que não o era. É que o usufrutuário não pode, mesmo que autorizado pelo proprietário, alterar a substância da coisa. Pelo que, se do título constitutivo constava a autorização para a transformação do prédio rústico num pinhal, *B* não poderia ser possuidor de um direito real, mas detentor em termos de um direito de crédito (arts. 1.439 e 1.306, n. 1). Assim, dir-se-ia que *B*, como qualquer terceiro, poderia adquirir o direito de propriedade sobre o terreno tendo por fundamento a sua boa-fé (autorização), o facto de ter procedido a uma plantação e a relação de valor exigida pelo art. 1.340.º. *Todavia*, cremos que poderá dizer-se que uma relação jurídica ligava *A* a *B* – ainda que a este sendo atribuído um direito atípico (um direito pessoal de gozo) –, assim se afastando a intervenção do regime da acessão. Não por qualquer razão fundamentada na posse, repita-se; mas pela intervenção do critério da relação jurídica. Mas, ainda assim, há quem considere que a acessão deve funcionar também nos direitos pessoais de gozo – cfr. José Andrade Mesquita (1999), p. 145 e ss.

incoerência sistemática ao admitir que o possuidor *formal* em termos de direito de superfície pudesse adquirir a *propriedade plena* por acessão, coisa que não pode fazer o possuidor *causal*? E não se adensaria tal incongruência ao dizer que por usucapião está apenas aberta a hipótese de aquisição da propriedade superficiária, ao passo que o mesmo sujeito, exercendo os mesmos poderes de facto sobre a coisa e com a mesma boa-fé pode invocar, contra o proprietário autorizante, a aquisição da propriedade plena? Depois, se *D* é possuidor, é-o porque exerce poderes de facto sobre a coisa *com a intenção de actuar como titular do direito de superfície* – justificar-se-á a aquisição da propriedade *plena* a favor de quem *sabe* que o terreno é alheio e que nele incorpora obra nova porque tal *pertence ao conteúdo do direito* que em seu benefício se pretendeu constituir? Responder-se-á que a eventual coerência no sistema de modos de aquisição originária da propriedade é atenuada pelo facto de na acessão se exigir o pagamento de uma compensação ao proprietário do terreno de modo a indemnizá-lo da perda patrimonial que sofreu, coisa que já não acontece na usucapião, que é gratuita. Mas, não apenas essa aquisição se faz pelo exercício de um direito potestativo – que coloca o fundeiro em estado de sujeição – como se lhe retira *toda* a propriedade, incluindo a que incide sobre o subsolo, podendo gorar-se as suas expectativas de reaver a obra/superfície, como de aproveitar o subsolo, até com a constituição de um novo direito de superfície.¹⁰³ E há ainda outros factores a considerar, nomeadamente a interpretação que aquelas autoras fazem do facto de o legislador português ter retirado a referência ao possuidor no regime jurídico da acessão industrial imobiliária, que parece apagar alguma intenção que ele tenha tido em afastar o possuidor da aquisição por acessão – mas, intenção que parece ter efectivamente existido.¹⁰⁴ Mesmo que se diga que a aquisição por acessão é independente da posição de possuidor, não pode ignorar-se as condições que determinam a classificação como possessória da relação que o superficiário-possuidor-formal exerce sobre a coisa e que podem, temos, justificar uma aquisição originária injusta. Depois, parece-nos

103. Pois que enquanto onerada a superfície, o subsolo pertence em pleno ao fundeiro, que está obrigado a respeitar a integridade da obra superficiária, mas está também legitimado a onerar o subsolo com um outro direito de superfície.

104. Isto mesmo dizem Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 163 e Carvalho Martins (1999), p. 118. De facto, a interpretação que as autoras propõem acaba por ser esta: o legislador deixou de referir-se à possibilidade de o possuidor adquirir por acessão, mas, na verdade, não o queria ter feito, pelo que se deve proceder como se tal referência fizesse ainda parte do preceito, mesmo que com a restrição à superfície e à propriedade plena.

que considerações de justiça material também devem auxiliar nesta tarefa – e não cremos que, do ponto de vista do fundeiro, fosse justo aceitar a acessão que, no fim, até é uma espécie de expropriação privada.¹⁰⁵ Quanto maior for a aproximação jurídica à coisa menor serão as possibilidades de adquirir por acessão – daí que o estranho possa adquirir, mas aquele que sobre ela actua com a legitimidade oferecida pelo direito. Permite-se ao estranho adquirir por acessão porque será razoável esperar que o proprietário reaja tempestivamente quando confrontado com a ingerência dele sobre coisa sua. O que já não acontecerá se a ingerência partir de quem está habilitado a actuar sobre ela pelo próprio proprietário – por um direito real, por um direito de crédito ou por um direito pessoal de gozo. Além de que seria no mínimo injusto permitir que aquele que foi legitimado pelo proprietário contra este se revoltasse invocando a acessão com base em obras realizadas com autorização.

23. Finalmente, a superfície extinguir-se-á pelo desaparecimento ou inutilização do solo, bem como pela expropriação por utilidade pública.

Como é evidente, a subsistência e a aptidão do terreno para a construção ou plantação são essenciais para o exercício do direito de superfície. Assim, quando o direito de superfície não tenha por objecto a construção de obra no

105. Já não temos as mesmas hesitações em relação à aquisição por acessão da propriedade em benefício de um possuidor em termos de direito de propriedade. Pense-se, agora, que A vende a B um imóvel, por documento particular, situação que Pires de Lima/Antunes Varela (1987), p. 164, aceitam como autorização tácita. Se A intentar uma acção de reivindicação, B poderá reagir através da usucapião, uma vez que será possuidor do imóvel. Mas, se o tempo necessário ainda não tiver decorrido, poderá invocar a acessão? Aqui, as nossas hesitações tendo por base a coerência do sistema de aquisição originária não são tão veementes – visto que o tempo que tem de decorrer para a aquisição por usucapião pode ser compensado pela “indemnização” a que se refere o art. 1.340.º, n. 1 (se, num caso, o proprietário prejudicado é protegido pelo tempo, no outro é-o pela *pecunia*). Depois, a posição de A não exige tanta preocupação como no caso anterior, visto que ele já manifestou a vontade, embora formalmente inválida, de transferir a propriedade para a esfera jurídica de B. De qualquer modo, temos dois obstáculos à aceitação de que o possuidor em termos de direito de propriedade possa adquirir por acessão. Em primeiro lugar, parece-nos que há alguma contradição na posição de Pires de Lima/Antunes Varela quando aceitam que B pudesse adquirir por acessão, quando ele está colocado numa posição possessória em relação ao imóvel, uma vez que tem *corpus* e *animus* em termos de direito de propriedade. Em segundo lugar, poder-se-ia dizer que se aceita que B adquira por acessão *apesar da sua posição possessória*; mas, isso obrigaria a perguntar porque se não faz o mesmo em relação ao locatário, ao arrendatário e ao comodatário, não sendo aceitável a resposta segundo a qual estes participam de uma relação jurídica, pois isso implicaria um eterno retorno.

subsolo, se o solo desaparecer ou se inutilizar – por exemplo, por acção das águas –, naturalmente que o direito de superfície se extingue por impossibilidade de ser exercido.¹⁰⁶

Nos termos do art. 1.542, “extinguindo-se o direito de superfície em consequência da expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito”.

24. Extinguir-se-á o direito de superfície – perpétuo ou o temporário antes do prazo convencionado – se o superficiário usar o terreno para um fim diferente do declarado ao fundeiro?¹⁰⁷ Imagine-se, por exemplo, que o direito de superfície foi constituído para a construção de uma casa paroquial, mas, no final, é aproveitado para a construção de um pavilhão gimnodesportivo.

106. Pode, todavia, acontecer que o terreno, ao invés de sair mutilado pela acção das forças da natureza, saia enriquecido. Caso o direito de superfície recaia sobre o terreno *enriquecido*, e tendo por objecto a faculdade de construir uma obra, *perante a lei portuguesa*, consideramos que o superficiário não será beneficiado pela avulsão, porque o seu direito abrange apenas, em princípio, a porção de terreno necessária à implantação da obra (cfr. art. 1.525): esta porção de terreno mantém-se com as mesmas medidas, apesar de ter aumentado a área de terreno pertencente ao proprietário do solo. Mas, se tiver por objecto a faculdade de fazer plantação e não for definida a área, nada parece obstar a que beneficie do enriquecimento. Isto é, da leitura do art. 1.529 pode concluir-se pela possibilidade de delimitação de uma área específica no terreno também para o direito de plantar/manter plantação (daí a necessidade de prever a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição das árvores). Logo, se esta área estiver definida no título constitutivo do direito de superfície, ela não aumentará pelo simples facto de o objecto do direito de propriedade ter agora aumentado. Diferentes, porém, serão as coisas quando tal área não esteja delimitada – como o direito do superficiário atinge toda a superfície do prédio, alargará o seu âmbito até às novas fronteiras. Para maiores desenvolvimentos, vide Mónica Jardim/ Margarida Costa Andrade (2010), p. 69.

107. Nesta questão seguiremos de perto Pinto Monteiro (2002). Embora o autor estude a questão quanto ao contrato de compra e venda, parece-nos que os problemas a propósito da superfície podem ser tratados de modo semelhante. Ora, a primeira preocupação é a de o problema que nos ocupa do vício que ocorre quando uma das partes tem uma errónea ou deficiente percepção da realidade – o erro (por exemplo, o fundeiro pensou que o superficiário iria dedicar a obra ao culto, quando este sempre quis explorar um bar). Do que nos ocupamos é de saber que consequências tem para a relação superficiária o facto de o superficiário agir em sentido diferente daquele que o fundeiro *esperava* observar (não é, portanto, um problema de falsa representação das circunstâncias em que decorre o negócio, mas de falha na previsão) – o fundeiro esperava que o superficiário fosse dedicar a construção ao culto, mas este acabou por nela explorar um bar. Cfr. Pinto Monteiro (2002), p. 16 e ss.

Ou que o plano inicial era o da instalação de um jardim de infância para jovens mães num edifício já construído e alienado; mas, a final, aí foi instalado um bar.

É pouco provável que o direito de superfície seja constituído sem qualquer referência – ainda que genérica (por exemplo, obra de cariz social, obra para fomento do desporto local, obra para desenvolvimento de uma actividade comercial) – ao tipo de construção que vai realizar-se ou ao destino reservado para a obra que vai ser erigida.¹⁰⁸ O mais vulgar será que no contrato de constituição do direito haja *menção expressa e inequívoca ao tipo de construção e à finalidade que se lhe reserva* – e, se esta cláusula não for respeitada, há incumprimento e, consequentemente, resolução do contrato, o fundeiro podendo reaver a propriedade plena e receber uma indemnização (arts. 801, 2 e 802, 1). Também nada impedirá que as próprias partes, preventivamente, solucionem a questão, nomeadamente recorrendo a uma cláusula resolutiva (art. 432, 1, parte final). Estas soluções decorrem das regras gerais sobre cumprimento contratual, não sendo necessário que o legislador tenha previsto uma expressa causa de extinção. Aliás, este é um *problema contratual*, não real.¹⁰⁹

108. Quanto ao contrato de compra e venda, afirma Pinto Monteiro tratar-se de um contrato neutro quanto às finalidades ou motivos dos contraentes. O contrato de constituição de um direito de superfície serve sempre o propósito de permitir a um sujeito a utilização de um terreno para a construção de uma obra (sobre a superfície, sobre outro prédio ou no subsolo) ou para explorar uma plantação. Há, portanto, uma finalidade específica do direito real, como impõe, aliás, o princípio da tipicidade dos direitos reais. Cremos que, em termos teóricos, pode considerar-se a constituição de um direito de superfície em que se autoriza o superficiário à construção ou à plantação *tout cour*. Mas, não cremos que tal hipótese seja, ao menos, vulgar. Particularmente quando se trate de uma superfície temporária. Quanto mais não seja porque o fundeiro mantém a propriedade, cuja plenitude recuperará uma vez verificado o termo do contrato.

109. O Código Civil resolve expressamente este problema, no art. 1.374: “resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela *para que foi concedida*”. A Lei 2.030/1948 pronunciava-se nos arts. 23, *d* (é dever do superficiário “a aplicação do edifício para o fim convencionado”), 27.º, 1, *a* (“o direito de superfície reverte para o proprietário do solo, sem qualquer indemnização, (...) se, entre as características do edifício e as características *acordadas*, houver diferença substancial”) e 27.º, 1, *b* (“o proprietário do solo pode ainda obter a reversão do direito de superfície, mediante justa indemnização, quando o superficiário der ao edifício *aplicação diversa da convencionada*”). Lino Salis (1971), p. 953, considera que esta questão deverá resolver-se olhando para as específicas circunstâncias de facto, de modo a saber se a posse do terreno, prolongada pelo tempo necessário, é susceptível

A questão da alteração do destino do bem torna-se, contudo, particularmente importante quando tenha havido um referência ao destino da construção que deva considerar-se pertencente ao conteúdo do contrato, mas que não manifesta uma expressa vontade de o superficiário se vincular a respeito dele.¹¹⁰ Referimo-nos aos casos em que o superficiário declara que reserva para a obra um determinado destino – provando-se que só por isso é que as partes fizeram o negócio –, mais tarde, contudo, usando a obra para fim diverso. Aqui, há tanto um problema interpretativo (art. 236), como integrativo (art. 239),¹¹¹ que podem resolver-se recorrendo à categoria dos deveres contratuais laterais ou acessórios, pois que “as partes estão vinculadas não só às obrigações que expressa ou tacitamente hajam assumido, mas também a todas aquelas que sejam de incluir na *relação obrigacional* emergente do concreto contrato celebrado, à luz da *boa-fé* e do *fim contratual*”.¹¹² Referimo-nos, então, aos “deveres de adopção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (arts. 239 e 762), dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”. Mas, como avisa Pinto Monteiro, só podemos recorrer a esta solução – que permite a resolução do contrato e, assim, a extinção do direito de superfície – quando, na circunstância concreta, o comportamento for imposto pela boa-fé, tendo em conta o fim contratual.¹¹³ Para aqueles casos em que o destino reservado para o terreno ou para a obra já concluída não pertença ao conteúdo contratual, nomeadamente porque o fim é indiferente para o fundei-

de levar à aquisição do terreno através da usucapião, ou se a violação das cláusulas contratuais é suficiente para arrasar os obstáculos à acessão, assim se dando lugar à aquisição pelo *dominus soli* das construções abusivamente edificadas.

110. Estamos, por isso, no âmbito de vinculação contratual, tendo sido abandonado o campo dos simples motivos que não têm relevo jurídico. A distinção entre uma declaração juridicamente vinculativa e o motivo far-se-á sabendo se o destino da construção/tipo de plantação pertence ao *conteúdo do contrato*, conclusão a que se chegará se houver *acordo* entre as partes, por força do qual a obrigação fique dependente daquele fim. Se o destino da construção pertencer ao campo dos motivos, então poderá recorrer-se às regras do art. 437 (alteração superveniente das circunstâncias), se houver alteração da base do negócio. Por exemplo, A constituiu a favor de B um direito de superfície para que ele construísse uma casa de comércio que B passaria a explorar depois de casar com a sua filha. Cfr. António Pinto Monteiro (2002), p. 36 e ss., p. 49.

111. Idem (2002), p. 40, 42.

112. Idem (2002), p. 48.

113. Idem (2002), p. 46.

ro, embora ele possa sempre argumentar que não teria celebrado o contrato de constituição do direito ou tê-lo-ia feito com outras condições, há outros mecanismos que actuam fora do contrato, como a alteração das circunstâncias. Subsidiariamente, poderá actuar o enriquecimento sem causa, especialmente quando o fim é importante para o fundeiro (e, portanto, pertence ao coneteúdo do contrato), mas não pode obrigar-se o superficiário ao cumprimento que lhe é exigido pelo dono do solo.¹¹⁴ Seja como for, a reacção do fundeiro passará pela resolução do contrato e, assim, a repetição do prestado. Tendo as partes convencionado o pagamento de um cânone, a retroactividade da resolução não afectará o pagamento das rendas vencidas, correspectivo de um gozo do imóvel alheio ao qual se teve acesso durante o período em que o direito foi vigente – art. 434, 2.

25. À excepção do previsto na alínea c, as causas de extinção operam quer o direito de superfície seja perpétuo, quer seja temporário. O que significa, obviamente, que este pode cessar antes de verificado o termo a quês estava sujeita a sua vigência. Aqui, a previsibilidade que justifica a solução do art. 1.539.º não tem razão de ser, tendo o legislador, por isso, determinado que, agora, não se dará a extinção do direito de superfície perpétuo, ou o temporário antes do decurso do prazo, não importa a extinção dos direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo, mas, antes, continuam a onerar *separadamente* as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção (art. 1.541). Isto sem prejuízo da aplicação dos artigos anteriores uma vez decorrido o prazo.

Acautelam-se, deste modo, as legítimas expectativas dos terceiros, que não podiam contar com a extinção do direito, diferentemente do que acontece na primeira hipótese. Mas, se assim é, estranha-se o n. 2 do art. 1.539, pois que nele se determina a transferência do direito do terceiro para a indemnização que o superficiário venha a receber por aplicação do art. 1.538.

6. BIBLIOGRAFIA

- AGUILA, Maria del Pilar Cámara. El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*. n. 648. año 74. p. 1623-1662. Colegio de Registradores de España, 1998.
- ANDRADE, Margarida Costa. (Alguns) Aspectos polémicos da posse de bens imóveis no direito português. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coords.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

114. Idem (2002), p. 47 e ss.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- BESSONE, Mario; MASSIMO DI PAOLO. Superfície – I. Diritto Civile. *Enciclopédia Giuridica*. Roma: Idet, 1993. vol. 30.
- BIROCCHI, Italo; LAMPIS, Maria Cristina. Superfície – b) Diritto intermedio. *Enciclopédia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1990. vol. 43.
- BOMBARDELLA, Giulio Pasetti. Superfície – c) Diritto privato. *Enciclopédia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1990. vol. 43.
- CACHO, José Luís Mezquita Del. El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa. *Revista de Derecho Privado*. p. 443-488. Madri, jun. 2000.
- CARREIRO, Paulo de Tarso Pacheco. Origem, evolução e conceito actual do direito de superfície. *Revista da Ordem dos Advogados*. n. 1-2. 1952.
- CORREIA, Fernando Alves. *As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. reimp. Coimbra: Almedina, 1997.
- CRUZ, Guilherme Braga da. *O direito de superfície no direito romano*. Coimbra: Coimbra Ed., 1949.
- FERNANDES, Carvalho. Lições de direitos reais. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 1999.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 12. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- GUARNERI, Attilio. Superfície. *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*. reimp. da 1. ed. Utet, 2001. vol. 19.
- GUERREIRO, Mouteira. Reflexões sobre o direito de superfície, a sua titulação e registo, os volumes e o conceito de prédio urbano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. vol. 6. p. 211-232. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- JARDIM, Mónica. Propriedade horizontal e conjuntos imobiliários. 2.º *Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- _____; ANDRADE, Margarida da Costa. O desaparecimento e recomposição de imóveis – A perda, a acessão e a demarcação. *Revista do Cedoua*. n. 24. ano XII. p. 57-76. Cedoua, 2011.
- _____; LOPES, Dulce. *Acessão industrial imobiliária e usucapião versus destaque*. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor] (ficheiro a que corresponde a paginação que usámos) e também publicado em OLIVEIRA, Fernanda Paula (coord.). *O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais*. Coimbra: Almedina, 2010.
- JUSTO, António Santos. *Direito privado romano – III (Direitos reais)*. *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

- LIMA, Pires de António; ANTUNES VARELA. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 3.
- _____. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. 1.
- MARTINS, António Carvalho. *Acessão*. reimp. Coimbra: Coimbra Ed. 1999.
- MENDES, Armindo Ribeiro. O direito de superfície. *Revista da Ordem dos Advogados*. I. p. 15-67, 1972.
- MESQUITA, José Andrade. *Direitos pessoais de gozo*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MONJE, María Isabel de la Iglesia. Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. n. 635. p. 1393-1432. Colegio de Registradores de España, 1996.
- MONTEIRO, António Pinto. *Erro e vinculação negocial*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos reais (segundo as preleções de Alberto da Mota Pinto)*. Coimbra: Unitas, 1971.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Ad Honorem – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. Coleção Studia Iuridica.
- PALADINI, Andrea. Superficie (Diritto Romano). *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Utet, 1971. vol. 18.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 4.
- SALIS, Lino. Superficie (Diritto vigente). *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Utet, 1971.
- SASTRE, Ramon Maria Roca. Ensayo sobre el derecho de superficie. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. n. 392-393. p. 7-66. Colegio de Registradores de España, 1961.
- SITZIA, Francesco. Superficie – a) Diritto romano. *Enciclopédia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1990. vol. 43.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – Direitos reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 5.
- VITUCCI, Paolo. Diritti reali su cosa altrui. In: BESSONE, Mário (coord.). *Istituzioni di diritto privato*. 13. ed. Turim: G. Giappichelli Ed., 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito de superfície, de Rogério José Pereira Derbly – RT 798/741; e
- O direito de superfície sobre propriedade urbana, de Carlos Bastide Horbach – RDPriv 40/110.

O MANDATO PARA INCORPORAR COMO FORMA DE MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO

4

NELSON LUIZ GUEDES FERREIRA PINTO

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O presente estudo discute a natureza da incorporação por mandato prevista no art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964. Para isso, analisa o mandato clássico, com representação, e aborda o mandato sem representação ou *in rem suam*, após tecer considerações sobre a figura do incorporador imobiliário. Por fim, procura definir à luz desses conceitos, a especialidade do mandato da Lei 4.591/1964.

PALAVRAS-CHAVE: Incorporação imobiliária – Mandato – Mandato *in rem suam* – Mandato para incorporar.

ABSTRACT: The present article discusses the nature of real estate developments by proxy under art. 31, paragraph 1, of Estatute 4.591/1964. In order to do that this article analyses the classic proxy that allows someone to act on behalf of someone else, touching upon the proxy that does not allow that (*in rem suam*), after a brief look at the developer itself. Finally, taking all aspects analysed into consideration, it presents the specifics of the proxy under Estatute 4.591/1964.

KEYWORDS: Real Estate Development – Proxy – Proxy *in rem suam* – Real Estate Development Proxy.

SUMÁRIO: 1. Da modalidade incorporação por mandato – 2. Da incorporação imobiliária – 3. Do mandato como forma de representação – 4. Da natureza do mandato para incorporar – 5. Conclusões.

1. DA MODALIDADE INCORPORAÇÃO POR MANDATO

É frequente no mercado imobiliário a incorporação levada a efeito por quem, corretor ou construtor, não tem outro vínculo com o terreno a ser incorporado senão o de mandato por instrumento público outorgado por quem possa transferir domínio. Como mandante temos o proprietário do terreno, o promitente comprador titular de promessa irrevogável e irretratável, ou os respectivos cessionários. Essa modalidade de incorporação tem amparo no art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964.

Embora a Lei 4.591/1964 esteja em vigor há mais de quatro décadas, ainda se suscitam dúvidas sobre a responsabilidade civil e tributária do mandante proprietário do terreno pela incorporação e construção, negando-se a possibilidade de a promessa de compra e venda ser celebrada pela incorporadora mandatária em nome próprio.

A construção doutrinária de quem sustenta que o produto da venda de unidades deva ser tributado na pessoa do mandante, que também será o responsável civil pela incorporação e pela obra, fundamenta-se no contrato de mandato clássico, pelo qual o mandatário age como representante do mandante. O construtor, ao receber o mandato, não agiria em nome próprio, por ser essa a natureza do contrato de mandato. Nessa linha de raciocínio, todo o produto da venda pertenceria ao mandante, devendo assim ser tributado. Sob esse entendimento, a incorporadora mandatária agiria como empreiteira, pois o ato de incorporar seria exercido em nome do mandante, sob quem recairia, enfim, a iniciativa e a responsabilidade pela incorporação, respondendo pelas vendas, pela obra e pelos tributos incidentes sobre a receita. Seria ele o fornecedor de bem para entrega futura.

A questão merece análise circunstanciada e tem sido tratada de forma breve pela doutrina. Afinal, se entendermos que o dono do terreno, que outorga ao construtor, procuração para incorporar, é o responsável tributário e civil pelo empreendimento, seria forçoso concluir que o § 1.º do art. 31 da Lei 4.591/1964 leva a um absurdo jurídico, pois embora o art. 31, *b*, da Lei 4.591/1964, trate esse mandatário como incorporador para todos os efeitos legais, ele assim não poderia ser considerado, tendo em vista sua posição de procurador. Cabe, portanto, investigar a natureza jurídica do mandato para incorporar.

2. DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1 Antes de analisar a natureza jurídica do mandato previsto na Lei 4.591/1964, faz-se necessário conceituar o negócio de incorporação imobiliária-

ria e entender o conceito de incorporador e como ocorre essa atividade. A análise implica verificar, ainda e preliminarmente, se o incorporador por mandato age em nome próprio, ou se é um mero procurador, agindo em nome e por conta do mandante, que assim seria o efetivo incorporador.

2.2 A conceituação do negócio jurídico incorporativo é pacífica na doutrina, fundamentando-se sempre em Caio Mário da Silva Pereira,¹ autor do Projeto da Lei 4.591/1964.

Caio Mário² afirma que para o estudo e conceituação jurídica do incorporador faz-se mister: “observá-lo dentro do negócio, pois aqui temos um caso típico de atividade jurídica mobilizada no rumo de buscar disciplina a um ente que nasceu por imposição do comércio social”. O incorporador, na sua narrativa, é um empreendedor, que busca uma *opção* para aquisição de um terreno, encomenda um projeto e um orçamento, “calcula o aspecto econômico do negócio (participação do proprietário, custo da obra, benefício do construtor e lucro)” e, por fim, “oferece à venda as unidades”.³ E, mais:

“Vendidas todas as unidades, promove a regularização da transferência do domínio, reunindo em uma escritura única o vendedor e os compradores que ele nunca viu, aos quais são transmitidas as respectivas quotas ideais do terreno.”

Caio Mário afirma que o negócio jurídico da incorporação compreende “uma variedade polimorfa de atividades”,⁴ pois embora o incorporador possa agir como corretor, mandatário, gestor de negócios, banqueiro-financiador, comerciante e industrial da construção civil, esses institutos tradicionais não tipificam a incorporação. Para ele, “incorporador é uma empresa ou empresário”.⁵ Como empresário, o incorporador imobiliário *organiza* o empreendimento, *responsabiliza-se* por sua execução, utiliza os fatores de produção, “a fim de obter uma utilidade, *vendê-la no mercado e tirar da diferença entre o custo da produção e o preço da venda, o maior proveito monetário possível*”.⁶ Trata-se, assim, de atividade empresária, que visa o lucro, sendo o contrato de incorporação oneroso.

1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

2. Idem, p. 231.

3. Idem, p. 232.

4. Idem, p. 233.

5. Idem, p. 235.

6. J. Ponto Antunes. *A produção sob o regime da empresa*, p. 90 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações* cit., p. 238.

Discorrendo sobre o incorporador como *empresa*, Caio Mário ensina “que na sua qualidade de *incorporador* age *in nomine suo* e por direito próprio”, devendo, portanto, suportar os riscos e a responsabilidade do empreendimento, como contrapartida a ser o negócio lucrativo, “e no comum altamente lucrativo”.⁷

Também clássica é a obra de Zola Florenzano, intitulada *Condomínio e incorporações*.⁸ Segundo ele, a lei de incorporações corresponde à “adoção de padrão legal, não forçado, não irreal, mas correspondente à realidade já demonstrada pelas experiências”, ou seja, “surge a lei de acordo com os fatos sociais”.⁹ Segundo ele, a incorporação é um artifício, que condicionará o condomínio, sendo uma “*atividade exercida sobre e com elementos reais: construção de edifícios e, como atividade, o entende a lei, estabelecendo: para efeito desta lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas*”.

Zola Florenzano compartilha a opinião de Caio Mário, dizendo que a incorporação compreende uma série de negócios jurídicos, que “contém necessariamente promessa, opção, ou compra e venda do bem comum”, sendo o preço pago pelo adquirente “contraprestação, que justifica continuarem com os donos do terreno os impostos e taxas do terreno e por conta do *vendedor dos apartamentos, dono ou não do terreno*, até lavrar-se a escritura hábil para a transferência da propriedade (terreno e outras partes indivisas mais apartamento), os impostos e taxas (...)”.¹⁰ Nota-se, de pronto, que o autor não confunde o dono do terreno com o vendedor da unidade futura, que é o incorporador. Para ele o fato de a transferência do domínio sobre a fração ideal do terreno ocorrer quando da lavratura da escritura definitiva não impede que a venda da unidade futura seja feita pelo incorporador imobiliário, *in nomine suo*. Em resumo, o incorporador promete à venda a unidade futura, cabendo ao titular do domínio do terreno intervir na escritura definitiva, através do próprio incorporador mandatário, exclusivamente para *alienar a fração ideal* do terreno correspondente à unidade vendida.

Ao tipificar a incorporação imobiliária, Zola Florenzano decompõe o conceito legal, expresso no art. 28, *caput* e parágrafo único, da Lei 4.591/1964, como:

7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações* cit., p. 245.

8. FLORENZANO, Zola. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

9. Idem, p. 99.

10. Idem, p. 100.

- “a) *atividade* exercida com o intuito de promover e realizar edificação ou conjunto de edificações;
- b) composta de *unidades autônomas*;
- c) para *alienação* total ou parcial”.¹¹

O autor, ao conceituar o incorporador, afirma que no negócio jurídico incorporação mescla-se direitos reais e obrigacionais, tendo como *sujeito* quem exerce essas atividades de direito obrigacional-real, podendo, inclusive, “nem ser o adquirente do terreno; pode apenas ser, e exclusivamente ser, o *alienante* das parcelas autônomas do edifício em construção, como ainda pode ser o corretor”.¹²

Não há dúvida, portanto, de que Zola Florenzano distingue a figura do incorporador – empreendedor que organiza e provê a execução do empreendimento, prometendo alienar as unidades futuras – da pessoa do proprietário ou titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno. Cabe ao incorporador prometer à venda, em nome próprio, a entrega de unidade autônoma futura, recebendo do comprador o preço avençado, seja ou não proprietário do terreno incorporado.

Discorrendo sobre quem pode incorporar, o autor refere-se à possibilidade de ser este um construtor que: “para tanto deverá ser investido pelo proprietário do terreno, ou promitente comprador, ou promitente cessionário deste de mandato por instrumento público para concluir ‘os negócios tendentes à *alienação das frações ideais do terreno*’” (art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964).

Na página 111 da obra citada, Zola Florenzano enfatiza a letra do dispositivo contido no art. 31, § 2.º, da Lei 4.591/1964: “incorporação (...) proposta à venda”, onde se trai a indecisão do conceito: sendo *incorporação* uma atividade, como se vender atividade? A resposta é de “que o legislador tinha em seu espírito o ‘fato experimental’ de que a incorporação é *uma construção unida a uma certa atividade específica* e o que se vende são *unidades autônomas*”.

A caracterização da figura do incorporador imobiliário foi desenvolvida com maestria por Melhim Namen Chalub.¹³ Partindo sempre da ideia de que a incorporação imobiliária é uma *atividade*, diz que o incorporador “será o titular desse negócio, aquele que toma a iniciativa de mobilizar os fatores de

11. Idem, p. 102.

12. Idem, p. 107.

13. CHALUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

produção necessários para realização da construção e para *oferta das unidades imobiliárias no mercado*".¹⁴ A atividade é finalística: "*visa o incorporador realizar a incorporação, donde seu propósito é vender e apropriar-se do correspondente resultado econômico-financeiro*", dizendo mais, que "*traço marcante da incorporação imobiliária é a realização das ações necessárias para a produção de edificações coletivas, sua venda e entrega aos futuros adquirentes*".¹⁵

Logo, o incorporador é aquele que compromissa a unidade futura, provê a sua edificação e regularização cartorária e apropria-se em nome próprio de seu resultado econômico. Em não sendo proprietário ou titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno, não perde a qualidade e os atributos de incorporador. Nesse caso, estando autorizado pelo titular do terreno a incorporar, age em nome daquele tão somente na transmissão das frações ideais correspondentes à unidade futura. O conjunto de relações obrigacionais e reais que promete entregar ao adquirente, que decorrem da multiplicidade de negócios jurídicos presentes na atividade incorporativa, "*se reúnem para um só instrumento para um só fim, mantendo inalteradas as suas típicas prestações, unidas, porém, ao redor de uma causa típica*".¹⁶

2.3 A incorporação, nos termos do art. 29, parágrafo único, da Lei 4.591/1964, é "*a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações (...)*". Complementando esse conceito, o art. 29 diz que considera-se *incorporador* a pessoa, "*que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações ideais a unidades autônomas (vetado), em edificações a serem construídas ou em construção em regime condominial, (...) responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras construídas*".

O incorporador, por lei (art. 31 da Lei 4.591/1964), tem a *iniciativa* e a *responsabilidade* pelas incorporações imobiliárias, *somente podendo ser*:

"a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;¹⁷

14. Idem, p. 14.

15. Idem, p. 15.

16. CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 189.

17. Promessa irrevogável e irretroatável, sem cláusula impeditiva de transmissão de propriedade.

b) o construtor (Decretos 23.569, de 11 de dezembro de 1933, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Dec.-lei 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis Lei 4.116, de 27 de agosto de 1962);

c) o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

§ 1.º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário do terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4.º do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais do terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.”

O construtor que recebe mandato para incorporar é, portanto, para todos os efeitos legais, incorporador, exercendo essa atividade em nome próprio, obrigando-se pela incorporação pessoalmente, sendo seu propósito “vender e apropriar-se do correspondente resultado econômico-financeiro” do empreendimento, como anotado por Chalub. A Lei de Incorporações estabelece que os incorporadores, não distinguindo os constituídos por mandato, ajam em nome próprio, tendo a *iniciativa* e a *responsabilidade* pela incorporação, por ela respondendo com exclusividade.

3. DO MANDATO COMO FORMA DE REPRESENTAÇÃO

O mandato na sua configuração clássica implica representação, sendo uma de suas formas.

A doutrina de Ruggiero,¹⁸ sempre citado, considera como mandato: “(...) encarregar outrem de praticar um ou mais atos por nossa conta e no nosso nome, de modo que todos os efeitos dos atos praticados se liguem diretamente à nossa pessoa, como se nós próprios os tivéssemos praticado, é o que tecnicamente se chama conferir ou dar mandato”. Caio Mário¹⁹ define como de mandato, “o contrato pelo qual uma pessoa (mandatário), recebe poderes de outra (mandante) para, em seu nome, praticar atos jurídicos ou administrar interesses”.

18. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. vol. III, p. 329-330.

19. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. III, p. 251.

Destarte, dispõe o art. 653 do CC/2002, que: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”.

Portanto, se considerados os estritos termos do art. 653 do CC/2002, o construtor com mandato para incorporar outorgado pelo proprietário de um terreno, o representaria, agindo em nome e por conta do mandante, como se o outorgante mesmo tivesse praticado os atos de incorporar. Assim, nessa concepção de mandato clássico, forma de representação, a procuração do art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, seria outorgada no interesse do mandante, obrigaria o mandatário a prestar contas, seria revogável e obrigaria o mandante a indenizar as despesas do procurador havidas na execução do mandato. Do mesmo modo, o dono do terreno, como fornecedor de coisa futura no mercado, responderia como fornecedor por vícios construtivos e seria tributado pela renda total do empreendimento.

Tal não parece e não é, à evidência, o caso da procuração prevista no art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, que é outorgada ao procurador sem representação para que ele aja em nome próprio e no interesse de terceiros, sendo do mandatário a iniciativa e a responsabilidade pela incorporação.

Como compatibilizar o mandato do art. 31, § 1.º, da Lei de Incorporações, com o disposto no art. 653 do CC/2002? A compatibilidade existe e é clássica em nosso direito e no direito comparado.

4. DA NATUREZA DO MANDATO PARA INCORPORAR

4.1 O incorporador é o *vendedor* e *organizador* da incorporação imobiliária, aquele que *aliena* unidades futuras a terceiros adquirentes antes de prontas. É ele que se responsabiliza pela construção e entrega das unidades e, ainda, pela transferência da respectiva fração ideal do terreno com as respectivas acessões, sendo ou não proprietário ou titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno. É dele a *iniciativa* e a *responsabilidade* pela incorporação (art. 31 da Lei 4.591/1964). Essa atividade empresária é onerosa e profissional, auferindo o incorporador, sempre, o resultado positivo ou negativo do empreendimento, por cuja realização responde pessoalmente.

O mandato para incorporar previsto na Lei 4.591/1964 tipifica uma procuração no interesse do mandatário, em causa própria, ou *in rem suam*. Essas procurações encerram verdadeiro negócio jurídico de cessão de direitos e de transferência do bem, deixando o outorgante de ter qualquer interesse no negócio e o mandatário de representá-lo. Transferem-se, em essência, para o

mandatário, os poderes e os direitos sobre a coisa. Seu efeito é o de atribuir ao mandatário qualidade de dono do negócio.

Orlando Gomes, em *Contratos*, ensina:²⁰

“Procuração em causa própria e procuração irrevogável.

Com esse nome designa-se um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação gratuita onerosa.

A cláusula *in rem suam* desnatura a procuração, porque o ato deixa de ser autorização representativa. Transmitido o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta.

Sendo o negócio translativo, há de preencher os requisitos necessários à validade dos atos de liberalidade ou de venda (...). Intuitivamente, a procuração em causa própria é irrevogável, não porque constitua exceção à irrevogabilidade do mandato, mas porque implica transferência de direitos.”

Na mesma linha, Caio Mário da Silva Pereira,²¹ autor do Projeto da Lei 4.591/1964:

“2) Procuração em causa própria. Originária do direito romano, servia de escape para a proibição de ceder o crédito. Um terceiro à relação jurídica era constituído *procurator in rem suam*, facultando-se-lhe proceder no seu próprio interesse. O direito moderno, não obstante admitir livremente a cessão de crédito (v. n. 179, supra, vol. II), ainda guarda a figura da procuração em causa própria, que dispensa o mandatário de prestar contas, e implica numa cessão indireta de direitos. Pela sua natureza e pelos seus efeitos, a procuração em causa própria é irrevogável, e sobrevive à morte do mandante ou mandatário, porque traduz obrigação transmissível aos herdeiros. Tem-se entendido, e o STF já o decidiu com o voto preponderante de Orozimbo Nonato, que a *procuratio in rem suam*, desde que satisfaça os requisitos e formalidade exigidos para o contrato a que ela se destina, e conste do instrumento a quitação do preço ou a moralidade do seu pagamento, vale pelo próprio contato, ao qual se equipara, podendo ser levada a registro como se fosse o ato definitivo.”

O voto do Min. Orozimbo Nonato, citado por Caio Mário, afirma:

“Quando inexiste representação – desfigurando, aliás, o mandato, despojado de sua natural característica, os atos cumpridos pelo mandatário não tor-

20. GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 425.

21. Idem, p. 265.

nam o mandante credor, devedor ou proprietário, como observa Josserand (liv. cit., vol. cit., n. 1432).

Ora, no mandato *in rem suam*, o dono do negócio é, não o mandante, senão o mandatário.

E aqui, oportunidade se rende para aceitação da doutrina em que se abraçou a sentença confirmada no v. acórdão recorrido.

O mandato *in rem suam*, vale por instrumento de cessão e encerra todos os requisitos respectivos.

E é título hábil à transferência de domínio se registrado, e, se os elementos da coisa, do preço e do consentimento, nele se contém.

Não é possível, como escreveu Eduardo Espínola (in ver. for., XLIV, p. 18), negar-se efeito de compra e venda a um título que encerra os elementos desse contrato, ainda que sob o nome da procuração em causa própria. Cândido de Oliveira Filho (Prática Civ., vol. 5, p. 216) observa, com justeza, ser a procuração em causa própria muitas vezes forma disfarçada de compra e venda, de cessão ou doação, o que lhe não tira a eficácia se preenche os requisitos desses contratos. Subsiste o contrato a que se deu denominação errônea, o que lhe não subtrai o valor em virtude da regra de que ‘é a intenção das partes que determina a natureza dos atos jurídicos e não o nome dado a estes’” (RE 25.629/SP, 2.^a T., j. 26.10.1954).

4.2 O mandato para incorporar é irrevogável e irretratável e é outorgado ao mandatário para que ele aja em nome próprio, podendo tomar todas as iniciativas da incorporação, por ela respondendo. É do incorporador o produto da incorporação, dispensado que está de prestar contas. É ele, que, como cessionário ou titular do direito de incorporar cindido da propriedade, que aliena o bem futuro a terceiros, auferindo renda. Esse mandato tipifica a *procuratio in rem suam*, sendo hábil para transferir o domínio, constituindo verdadeiro ato de alienação ou cessão.

O art. 685 do CC/2002, delimitou os efeitos da procuração em causa própria, dispondo que: “Conferido o mandato com a cláusula ‘em causa própria’, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais”. Como ensina Silvio de Salvo Venosa, em *Direito civil*,²² “a procuração em causa própria traduz um contrato definitivo ainda que preliminar,

22. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, sem data. vol. III, p. 295.

no qual as duas vontades se unem em um único instrumento, possibilitando a consecução definitiva do negócio”. Na realidade, “*apenas aparentemente o negócio surge como mandato*” e “*seus princípios devem ser examinados mais profundamente à luz dos contratos de transferência de direitos em geral e não sob o prisma do mandato*” (VENOSA, p. 294).

4.3 No direito português distingue-se, com propriedade, o mandato com e sem representação.

Conforme o art. 180.º do CC de Portugal, no mandato sem representação o mandatário *age em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos atos que celebra*. A causa desse tipo de mandato é a tutela dos interesses de terceiros, que não interferem no mandato, mas sofrem seus efeitos e por ele adquirem direitos, não em decorrência do mandato, mas do negócio operado pelo mandatário em nome próprio.

Esse mandato encontra total afinidade com o do art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, pois os terceiros adquirentes de unidades não têm relação jurídica com o mandante, sendo o incorporador mandatário quem responde pelos atos de incorporação. Esses terceiros adquirem seu bem de vida não da transferência das frações ideais do proprietário do terreno, mas pela atividade jurídico-econômica exercida pelo incorporador mandatário.

A Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, em artigo sobre o contrato de mandato sem representação e o *trust*, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*,²³ lembra que o sistema jurídico português “conhece formas de propriedade instrumentais, instáveis e certa forma separadas”. Assim, “é cada vez mais frequente a adoção de esquemas negociais em que tipicamente tem lugar a dissociação entre a titularidade e o interesse, a separação entre a fruição da utilidade econômica do bem e a posição jurídica do proprietário, do sujeito legitimado *erga omnes* para o exercício das faculdades conexas”.

Destarte, ensina Maria João que “a estrutura do direito de propriedade encontra-se em alguma medida sujeita à influência dos princípios que informam o ordenamento jurídico em matéria de direitos patrimoniais: os princípios da autonomia privada, do aproveitamento mais completo ou mais dúctil das possibilidades de fruição dos bens, da celeridade e da segurança na circulação de

23. TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. Sobre o contrato de mandato sem representação e o *trust*. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, vol. III, ano 67. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, dez. 2007. Disponível em: [www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&rida=65532].

bens". Nesse sentido, "o mandato sem representação permite a separação das faculdades patrimoniais do disponente, distribuindo as prerrogativas proprietárias segundo um modelo de algum modo estranho à tipologia da propriedade tradicional enquanto plena *in re potestas* (art. 1.305.º do CC português)".

O que ocorre, a exemplo do mandato do art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, é a dissociação "entre as faculdades de disposição e de gozo", através da propriedade instrumental do mandatário. Conforme Maria João, "no mandato para alienar, no caso de não se aceitar a tese da dupla transferência fiduciária, o poder de dispor é atribuído, em via concorrente, também ao não proprietário (ao mandatário). A propriedade do mandatário é transitória, porque funcionalizada à dissociação entre titularidade e interesse".

De fato, o mandato da Lei 4.591/1964 configura um contrato misto ou atípico. Mais uma vez tem-se no direito português a fonte de sua inspiração. "Não há nada que, em princípio, exclua a admissibilidade de procuração outorgada no exclusivo interesse do procurador, de terceiro ou de ambos. O STJ, chamado a pronunciar-se sobre um mandato no interesse exclusivo do mandatário, entendeu que tal contrato não poderia se qualificar como mandato, 'na medida em que o mandato pressupõe que o negócio seja celebrado em primeira linha no interesse do mandante', e que o mandato de interesse comum seria um contrato misto".²⁴

Pais de Vasconcelos anota que no mandato sem representação, em favor do mandatário, subsiste sempre algum interesse do mandante, não sendo a pesquisa desse interesse relevante para explicar o caráter de irrevogabilidade que é característica essencial daquele tipo de mandato (VASCONCELOS, p. 305). No caso de incorporação imobiliária, o interesse do mandante consiste no recebimento de determinadas unidades construídas sobre o seu terreno.

Por que é o mandato da Lei de Incorporações irrevogável? Evidentemente, porque é outorgado em causa própria.

"A irrevogabilidade da procuração só é admissível quando esta desempenhe a função de possibilitar o cumprimento ou a execução da relação subjacente, e dessa relação subjacente resulte para o procurador, ou para terceiro, ou para ambos, uma *pretensão, cuja satisfação implique o exercício do poder representativo do procurador, como um poder próprio (eigenmacht)*, mesmo contra o representado ou contra a sua vontade."²⁵

24. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Lisboa: Almedina, 2002. p. 304.

25. Idem, p. 305.

É exatamente por isso e segundo essa funcionalidade, que o art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, estipula que nesse mandato o mandatário age em nome próprio como incorporador, daí advindo sua irrevogabilidade e o direito de “realizar a incorporação”, sendo seu propósito “*vender e apropriar-se do correspondente resultado econômico-financeiro*”, como ensina Melhim Namen Chalub.²⁶

4.4 Nos termos do art. 663 do CC/2002, aplicável ao contrato de mandato clássico, quando o mandatário entabula negócios em nome do mandante, este responde pelos negócios efetuados. Ora, ao se entender que a incorporadora estaria agindo em nome da dona do terreno, seria esta a responsável pela incorporação, o que conflita com o disposto nos arts. 29, 31, *b*, 32 e 35, § 4.º, entre outros, da Lei 4.591/1964. Pelo art. 29 da Lei 4.591/1964, o incorporador é o responsável pelo empreendimento; nos termos do art. 31, *b*, da Lei 4.591/1964, o mandatário construtor é incorporador para todos os efeitos legais; e, segundo o art. 32 da Lei 4.591/1964, é ele que procede, em nome próprio, ao registro da incorporação, o que tem efeito *erga omnes*. Tem-se, ainda, o disposto no art. 35, § 4.º, da Lei 4.591/1964, que expressamente distingue a pessoa do mandante de que trata o art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, da do incorporador mandatário, estabelecendo obrigações para um e para o outro.

Além disso, o mandatário clássico é obrigado a prestar contas (art. 668 do CC/2002). O mandante, por sua vez, é obrigado a ressarcir o mandatário das despesas contraídas para execução do mandato e a adiantá-las (art. 675 do CC/2002); a pagar ao mandatário sua remuneração mesmo no caso de o negócio não ser exitoso (art. 676 do CC/2002); a ressarcir o mandatário pelas perdas havidas (art. 678 do CC/2002); e a obrigar-se pessoalmente perante os terceiros com quem o mandatário contratar (art. 679 do CC/2002). Nenhuma dessas características acha-se presente no mandato da Lei de Incorporações.

Como analisado alhures e disposto na Lei 4.591/1964, o mandatário incorporador recebe o mandato do art. 31, § 1.º, *para agir em nome próprio*, tendo a iniciativa e respondendo com exclusividade pela incorporação, cabendo a ele vender unidades a construir em condomínio edilício. Esse mandato é, ainda, irrevogável e irretratável e dispensa o mandatário de prestar contas (de onde decorre ser dele o produto da venda).

A incorporação por mandato, por outro lado, está expressamente prevista na Lei 4.591/1964, que dispõe que o incorporador, assim que instituído, aja em seu próprio nome e não do mandante, tendo a iniciativa e respondendo com exclusividade pela incorporação.

26. CHALUB, Melhim Namen. Op. cit.

4.5 A norma de direito privado que rege a incorporação imobiliária, que inclui a conceituação ou definição do instituto da incorporação por mandato, não pode ser ignorada pelo fisco. O art. 109 do CTN, reza que: “Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”. Logo, o construtor que recebe procuração para incorporar é incorporador e como tal deve ser tributado, não podendo o fisco considerá-lo como simples agente do mandante.

O Regulamento do Imposto de Renda – RIR (Dec. 3.000/1999) dispõe, no art. 151, II, que as pessoas físicas titulares de terrenos que outorguem mandato a construtor ou corretor de imóveis para alienação de frações ideais de imóveis objeto de incorporação, na forma do § 1.º do art. 31 da Lei 4.591/1964, serão equiparados às pessoas jurídicas “quando os mandantes se beneficiarem do produto dessas alienações”. O tributo só alcança, portanto, o proveito econômico auferido pelo dono do terreno, não abrangendo o produto recebido pelo incorporador. A disposição regulamentar, a *contrario sensu*, exclui da tributação pelo imposto de renda as receitas não auferidas pelos mandantes.

A disposição do RIR, acima transcrita, reforça a distinção entre as figuras do incorporador construtor mandatário e do titular do direito real sobre o terreno, pois a equiparação fiscal deste ao incorporador mandatário somente ocorre quando o titular dos direitos sobre a área incorporada aufera proveito econômico ou lucro com a incorporação.

O resultado da incorporação é do incorporador mandatário. O dono do terreno, por sua vez, vê incorporada às frações ideais por ele retidas, lembrando-se que esse mandato é sempre oneroso, as acessões a elas incorporadas. Somente ao vender as unidades que lhe cabem o proprietário do terreno aufera receitas passíveis de tributação.

5. CONCLUSÕES

Conclui-se, portanto, que o construtor que recebe mandato para incorporar do dono do terreno ou do titular dos respectivos direitos aquisitivos, na forma do art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, incorpora em nome próprio, sem sofrer nenhuma limitação a não ser aquelas consignadas naquela lei especial para os incorporadores em geral. Esse incorporador mandatário exerce todos os direitos e possui todas as obrigações deferidas por lei a todos os incorporadores imobiliários em geral.

A procuração do art. 1.º, § 1.º, da Lei 4.591/1964, é sem representação (*in rem suam*), não se confundindo com o contrato clássico de mandato previsto no art. 653 do CC/2002.

A distinção que existe em relação a incorporadores que detenham direitos reais sobre o terreno a incorporar é que a transmissão das frações ideais, no momento da escritura, não é feita pelo incorporador, mas pelo dono do terreno representado pelo incorporador.

Desta forma, e como não poderia deixar de ser, corresponde ao negócio jurídico-econômico da incorporação imobiliária, o produto da alienação das unidades incorporadas que tem como titular o incorporador, sobre quem recai a tributação de receitas do empreendimento.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A matrícula na incorporação imobiliária, de Marcelo Terra – *RDI* 29/73;
- Incorporação imobiliária. Fusão de matrículas. Unitariedade. Princípio, de Sérgio Augusto Nigro Conceição – *RDI* 45/180; e
- O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 50/92.
- *A incorporação imobiliária – À luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil – Teoria geral da responsabilidade civil*, de Leandro Leal Ghezzi, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011. vol. 30.

Veja também Jurisprudência

- Compromisso de compra e venda – Obrigação de fazer: *RT* 849/257; e
- Incorporação imobiliária – Abandono da obra – Paralisação injustificada: *RT* 880/268.

DIREITOS REAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: INOVAÇÕES

5

RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Tributário, Direito dos Contratos e Novas Tecnologias pelo Centro de Extensão Universitária. Especialista em Gestão de Serviços Jurídicos pela FGV-GVLaw. Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP. Professor nos Cursos de Especialização em Direito dos Contratos e Direito Empresarial do IICS – Instituto Internacional de Ciências Sociais – Centro de Extensão Universitária. Coordenador Acadêmico do Departamento de Direito do IICS – Instituto Internacional de Ciências Sociais. Membro efetivo do Iasp. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral; Constitucional

RESUMO: O presente artigo tem por espoco a análise das principais inovações dos direitos reais no Código Civil de 2002 que acabou por instituir novas figuras que não eram abordadas no Código de 1916, ou ainda, passou a dar novo tratamento a figuras já existentes. Não buscamos esgotar a matéria atinente aos direitos reais no Código Civil de 2002, mas, simplesmente, apontar as suas principais inovações.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos reais – Código Civil de 2002 – Inovações.

ABSTRACT: This article has scoped by the analysis of the main innovations of the Property Law in the Civil Code of 2002 which turned out to institute new figures that were not addressed in the Code of 1916, or, has given new treatment by existing figures. We seek not exhaust the matter regards to Property Law in the Civil Code of 2002, but simply point their main innovations.

KEYWORDS: Real rights – Civil Code of 2002 – Innovations.

SUMÁRIO: 1. A interpretação na sistemática do Código Civil de 2002 – 2. Teorias explicativas dos direitos reais – 3. Princípios aplicáveis aos direitos reais – 4. As principais inovações: 4.1

Propriedade como direito subjetivo e sua função social; 4.2 Os limites quanto à utilização da propriedade; 4.3 As disposições do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC/2002; 4.4 As principais inovações da usucapião; 4.5 O fim da constituição de nova enfiteuse; 4.6 Direito de superfície no Código Civil de 2002; 4.7 O compromisso de compra e venda; 4.8 A propriedade fiduciária; 4.9 O condomínio edilício; 4.10 A concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real – 5. Bibliografia.

1. A INTERPRETAÇÃO NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para realizar um estudo comparativo quanto às inovações ocorridas com o advento do Código Civil de 2002 no âmbito dos direitos reais é fundamental abordar a necessária sistemática hermenêutica que deverá ser observada na sua aplicação frente aos princípios norteadores do Código, quais seja, a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*.¹

Esse é o árduo trabalho do operador do direito que, como já alertava Miguel Reale, “como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre ‘o todo da lei’ e as ‘partes’ representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados”.²

O princípio da *socialidade* vem superar a visão individualista predominante das codificações anteriores,³ resultando em uma nova visão do direito privado que busca uma superação do interesse individual para privilegiar o interesse coletivo pelo hermeneuta do direito.

-
1. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 207, “Desse modo, o que de relevante sobrevive à formulação das normas e ilumina sua vis preceptiva é a orientação da sua disciplina, o critério de avaliação normativa, imanente ao seu preceito: orientação e critério que muito impropriamente são designados como uma ‘vontade’ em sentido objetivo e, na verdade, constituem a *ratio iuris* da norma”.
 2. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 285.
 3. V. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. IX, t. I e II, Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil, 2009, cap. 1.2, p. 35, que ao tratar da ideologia de liberdade entendida como o pleno direito individual à propriedade, assim se expressou: “A propriedade colocava-se como condição da liberdade e o clima de liberdade, ou de *absoluta liberdade*, tal como era ela afirmada, significa – ao menos no plano da pregação ideológica do liberalismo –, a melhor forma de o homem atingir, até mesmo, a própria felicidade” (itálicos do original).

Nesse sentido é o escólio de Francisco Amaral que fundamentado nas lições de Miguel Reale, esclarece que o princípio da socialidade tem o objetivo superar a interpretação individualista do Código de 1916, para orientar o aplicador da norma a uma supremacia dos interesses coletivos em relação aos individuais, sem que com isso seja afastada a segurança jurídica e os valores da pessoa humana tal como se verifica na função social do contrato (art. 421, CC/2002) e da propriedade (art. 1.228, *caput* e seus §§ 2.º, 4.º e 5.º, CC/2002). A socialidade tem por objetivo garantir a justa aplicação da norma (o justo meio de Aristóteles) para assegurar o bem comum e a justiça social (contratual e da propriedade) sem que haja prejuízo a terceiros.⁴

O princípio da *eticidade* “privilegia os critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica”.⁵ Pela aplicação do princípio da *eticidade*, o operador do direito passa a ter uma responsabilidade muito maior em relação à sociedade como um todo, pois deixa de limitar a sua atividade de um mero aplicar do direito tal como posto, para passar a entender o direito pela necessária aplicação das cláusulas abertas sob a ótica de criar uma roupagem para a situação jurídico-econômica (na expressão de Enzo Roppo)⁶ que a sociedade busca a um determinado fato jurídico convertido em negócio jurídico.

Por este princípio, podemos dizer que há um rompimento com o excessivo rigor e formalismo jurídico. “O significado do princípio da *eticidade* é, porém, mais extenso, não se limitando à crítica da sistematicidade lógico-formal típica do positivismo. Ele fundamenta, ainda, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional, e que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo”.⁷

Como nos esclarece o próprio Prof. Miguel Reale, “daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”.⁸

4. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67-68.

5. *Idem*, p. 68.

6. ROPPO, ENZO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23.

7. AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 69.

8. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1, Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, p. 37.

Já o princípio da *operabilidade* ou princípio da concretude, representa uma nova visão da metodologia de aplicação da norma jurídica. Na forma do direito individualista e predominante das codificações anteriores, o trabalho do jurista consistia em analisar exclusivamente o sentido e a extensão de determinada norma jurídica, ao passo que o princípio da *operabilidade* estabelece a adequação e a aplicação do direito tal como previsto ao caso concreto, as circunstâncias do negócio jurídico no plano econômico e no plano de um determinado grupo social atingido pelo negócio jurídico concreto. “Ora a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir (...) é-nos sem mais possível imaginar que a questão sobre o concreto dever-ser jurídico seja respondida através de um costume ou uso tradicional”.⁹

É a análise hermenêutica que resulta na adequação da norma jurídica à compreensão pelo operador do direito, que necessariamente deverá considerar as circunstâncias do negócio e a sua harmônica coexistência com o interesse coletivo. “São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de ‘indeterminação do preceito’, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso, à luz das circunstâncias ocorrentes (...). Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma”.¹⁰

Não estaremos mais frente a um direito posto e individualista, mas a um direito adaptável a cada caso concreto, tal como se busca demonstrar na presente monografia face às inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, em especial pela influência do princípio da função social da propriedade conforme consta dos §§ 2.º e 4.º do art. 1.228 do CC/2002: “As regras jurídicas são enunciados gerais, a partir dos quais deve o intérprete construir uma norma-de-cisão *concreta e específica* para o caso em tela, considerando-se o ser humano *in concreto*, circunstanciado, não o sujeito de direito *in abstracto*, o que era próprio do direito anterior”.¹¹

De qualquer forma, deve o intérprete do direito, mesmo para os novos ordenamentos jurídicos, valer-se da experiência do passado, dos ensinamentos que marcaram nossos séculos de história e da própria jurisprudência pretérita. Vale

9. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2008. p. 76.

10. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* cit., p. 41.

11. AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 69-70.

aqui trazer à reflexão o ensinamento de Maria Helena Diniz, para quem: “o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na visa social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (...) O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar ao interpretar o preceito normativo”.¹²

Podemos também concluir que a conjugação dos princípios acima apontados resultam na aplicação de forma dinâmica da Teoria Tridimensional do Direito¹³ desenvolvida por Miguel Reale, que em resumo podemos apontar como sendo, na concretização de um negócio jurídico, a busca de um objetivo que é motivado por valores desejados pelas partes com o objetivo de alcançar um determinado fim, que em última análise é a razão de ser do ato jurídico originalmente firmado, seja um negócio jurídico obrigacional ou um direito real.

12. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142-155.

13. “Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: (a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ou valor; (b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; (c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* cit., p. 64-65.

Mais uma vez nos socorremos dos ensinamentos do Prof. Miguel Reale que na forma do seu ensinamento “o fenômeno jurídico manifesta-se ou existe porque o homem se propõe fins. Não é possível que se realize, por exemplo, um contrato, sem que algo mova os homens à ação. Quem contrata é impelido pela satisfação de um valor ou de um interesse, por um objetivo a atingir, por um fim qualquer que constitui o ato, dando-lhe vida e significado como razão de seu dever ser. (...) Quando, com efeito, consideramos algo como sendo um fim, com esta palavra estamos indicando e precisando algo de valioso a ser atingido, e cuidamos de proporcionar meios idôneos à consecução do resultado posto racionalmente como objetivo da ação”.¹⁴

Assim a metodologia empregada para enfrentar o tema proposto será a análise comparativa entre as inovações trazidas pelo novo Código Civil quanto ao Título II Dos Direitos Reais, em comparação ao que estabelecia a codificação de 1916, seja quanto a sua metodologia, alteração legislativa, criação de novo instituto no direito brasileiro (v.g. o direito de superfície) e a suas respectivas interpretações na nova sistemática do Código Civil de 2002, conforme as diretrizes firmadas pelos três princípios fundamentais da codificação do século XXI e que refletiram o pensamento e a filosofia do vigente Código Civil brasileiro, quais sejam, *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*.

2. TEORIAS EXPLICATIVAS DOS DIREITOS REAIS

Os direitos reais estão entre os direitos das coisas, situado em nosso Código Civil na Parte Especial, Livro III, Título II e, portanto, após o direito das obrigações, do qual este se distingue quanto aos seus sujeitos, objetos, características e princípios. Para justificar a distinção ou a dicotomia no tratamento entre os denominados direitos obrigacionais dos direitos reais, a doutrina estrangeira e nacional evoluiu por diversas teorias, como forma de se concluir por uma definição do que venha a ser o direito das coisas (seu objeto e sujeitos), em especial para uma definição de direitos reais e suas consequências em relação à comunidade.

Da evolução doutrinária, chegou-se à seguinte definição de direito real conforme nos ensina o doutrinador e Prof. Arruda Alvim, “O direito real deflui um poder sobre a coisa, excludente da interferência de terceiros. Esse poder é, na grande maioria das hipóteses, traduzido ou projetado concretamente no muno empírico pela posse como controle material sobre a coisa; excepcionalmente,

14. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 544-545.

não havendo posse, há, todavia, elemento definitório de direito real, como no caso do vínculo real, na hipoteca”.¹⁵

Em definição sucinta e objetiva Clóvis Bevilacqua defendia que o “Direito real é o poder jurídico da pessoa sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdura e prevalecendo contra todos”.¹⁶

Em sentido similar é o posicionamento de Arnaldo Wald, para quem “O direito das coisas abrange o conjunto das normas que regulam as relações jurídicas referente às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade”.¹⁷

No entanto, até chegarmos a esta definição contemporânea, a doutrina evoluiu pelas seguintes e principais teorias.

Teoria *unitarista personalista*, para a qual não há o que se falar em diferenças entre o direito real e o direito pessoal, uma vez que para ambos haveria uma universalidade de pessoas no polo passivo da relação jurídica (sujeito passivo indeterminado).

No direito real há um dever de não fazer da coletividade (v.g. não esbulhar ou turbar a posse) em relação à coisa objeto de propriedade pelo sujeito ativo da relação jurídica. Já na relação obrigacional, o mesmo ocorrerá em relação a um dever mediato de toda a coletividade em não interferir na relação obrigacional, tal como um indevido estímulo por terceiros de que a obrigação seja inadimplida por umas das partes (v.g., Schincariol x Zeca Pagodinho x Ambev), ou ainda, quanto às relações de consumo, que por força de lei (arts. 17 e 29, CDC), todos os agentes do polo passivo (diretos e indiretos) estão vinculados e são igualmente responsáveis na relação obrigacional de consumo.

Para a teoria *personalista*, “O direito real é, para este autor (Planiol), uma relação, não entre uma pessoa e uma coisa, mas entre um sujeito e todos os outros consociados. Aos poderes do titular activo contrapõe-se aqui uma obrigação passiva universal. O direito real é um poder de compelir os outros indi-

15. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro* cit., p. 62.

16. BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, p. 261.

17. WALD, Arnaldo. *Direito civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4, *Direito das Coisas*, p. 1.

vídus a absterem-se de qualquer acto que possa prejudicar o titular do direito real”.¹⁸

A teoria *unitarista realista* refuta a ideia da teoria personalista e defende que “O direito real é um poder que incide directamente sobre uma coisa; (...) podemos afirmar ser o direito real uma relação entre uma pessoa e uma coisa, um poder directo que liga a pessoa a uma coisa”,¹⁹ trata-se de uma teoria que busca a integração do direito real e do direito obrigacional sob o enfoque da coisa, ou melhor, do património que será afetado pela relação entre sujeito e a coisa, resultando em uma absorção do direito obrigacional pelo real.²⁰

Já a *teoria dualista* abrange as duas teorias unitárias anteriores, buscando realizar uma distinção entre o direito obrigacional e o direito real, com a inclusão do sujeito passivo indeterminado (dever de todos em respeitar o direito real de seu titular) para determinar que o direito real compõe uma dualidade de poderes sendo, (a) os poderes jurídicos diretos e indiretos sobre uma coisa pelo titular do direito real com o seu exercício exclusivo, discricionário, facultado e limitados às hipóteses legais (v.g. art. 1.228, § 2.º e art. 1.229, CC/2002); e, (b) um poder jurídico permanente de exigir de todos a não interferência no exercício do seu direito real (obrigação passiva universal composta pelo dever geral de abstenção que é imposto a todos).²¹

Entendemos que a aplicação da teoria dualista se afigura mais oportuna para esclarecer as distinções entre o direito obrigacional e o direito real, além de estar em consonância com a dinâmica das disposições do Código Civil de 2002 de forma que podemos traçar nítidos princípios que são exclusivamente aplicáveis ao direito real conforme passamos a analisar no capítulo que se segue.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS DIREITOS REAIS

Os princípios aplicáveis aos direitos reais são regras gerais (pois admitem exceções expressamente previstas em lei) aplicáveis no sentido de esclarecer e definir o próprio direito real, as consequências jurídicas e os desdobramentos de tal direito.

18. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Direitos reais*. Prelecções ao 4.º ano jurídico, 1970-1971, coligidas por Álvaro Moreira Carlos Fraga. Coimbra: Almedina, 2009. p. 34.

19. *Idem*, p. 28-29.

20. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro* cit., p. 75.

21. *Idem*, p. 66-76.

Dentre os princípios aplicáveis ao direito real, iremos abordar aqueles que nos parecem ser de maior grau de importância face à teoria dualista do direito real estudada acima e do próprio Código Civil de 2002, quais sejam: (a) princípio da aderência, especialização ou inerência; (b) princípio do absolutismo; (c) princípio da publicidade ou da visibilidade; (d) princípio da taxatividade ou *numerus clausus*; (e) princípio da tipicidade; (f) princípio da perpetuidade; (g) princípio da exclusividade; (h) princípio da elasticidade e da consolidação e o princípio do desmembramento.

(a) *princípio da aderência, especialização ou inerência*. É a relação de senhoria entre o sujeito de direito real e a coisa, independentemente da vontade de qualquer outro que seja, o que não se dá nas relações obrigacionais conforme visto acima. É uma relação direta e imediata entre o sujeito de direito real e uma coisa determinada e individualizada (primeira parte do art. 1.228, *caput*, do CC/2002. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”).

(b) *princípio do absolutismo*. O poder do titular do direito real é garantido de forma *erga omnes*, vedando-se a interferência ao seu exercício de qualquer terceiro (relação passiva universal). De tal princípio surge o direito de sequela e o direito de preferência. No exemplo de Orlando Gomes, “Se grava determinado bem, como no caso da servidão, nenhuma transmissão o afetará, pois, seja qual for o proprietário do prédio serviente, terá de suportar o encargo. Enfim, a inerência do direito ao seu objeto é tão substancial que o sujeito pode persegui-lo seja qual for a pessoa que o detenha”²² (segunda parte do art. 1.228, *caput*, do CC/2002. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”).

(c) *princípio da publicidade ou da visibilidade*. A aquisição da propriedade imóvel é adquirida pelo registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.227, CC/2002), já os móveis pela tradição (arts. 1.226 e 1.267, CC/2002) que tem a sua manifestação de exteriorização e publicidade pela posse. O princípio da publicidade ou da visibilidade é condição essencial para a sua garantia *erga omnes*, pois sem a sua publicidade, em princípio, não haveria como se exigir a sua proteção contra todos (obrigação passiva universal). O princípio da pu-

22. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19-20.

blicidade no direito brasileiro tem sua origem no direito alemão²³ e no direito português.²⁴

(d) *princípio da taxatividade ou numerus clausus*. O rol de direitos reais é taxativo e previamente definido por lei, não havendo possibilidade de criação pelas partes de um “novo” direito real, o que não ocorre com o direito obrigacional, tal como os contratos atípicos, em que as partes dispõem da autonomia privada para “criar” novos modelos. Assim os direitos reais são aqueles previstos no rol do art. 1.225 do CC/2002 e demais leis esparsas tal com a propriedade fiduciária do próprio Código Civil e a alienação fiduciária como garantia de negócios jurídicos. Se eventualmente as partes de uma relação jurídica “criarem” um direito real, este não irá ser concebido com um direito real, devendo ser convertido em um negócio jurídico obrigacional nos termos do art. 170 do CC/2002 e desde que não agrida a regra do do art. 104 do CC/2002.

(e) *princípio da tipicidade*. O princípio da tipicidade é intimamente ligado ao princípio de *numerus clausus*, pois além de somente ser admitido como direitos reais aqueles com expressa previsão legal, devem igualmente ter um tipo legal fixado na lei. “Os direitos reais existem de acordo com os tipos legais. São definidos e enumerados determinados tipos pela norma, e só a estes correspondem os direitos reais, sendo, pois, seus modelos”.²⁵ Ou ainda como observa Carlos Alberto da Mota Pinto: “Nos direitos reais, não podem as partes conformar o seu conteúdo, estão subordinadas a uma coerção legal – têm que acatar o tipo e o conteúdo dos direitos que a lei prevê e lhes impõe”.²⁶

Nesse sentido o Código Civil português é claro ao estabelecer em seu artigo “1.306.º (*numerus clausus*)” 1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.²⁷

23. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. I, *Evolução Histórica*, p. 89: “(...) que se prende ao princípio da publicidade que domina todo o direito imobiliário germânico, não se aplica aos móveis, exceto se estes são pertenças de imóvel ou partes constitutivas de um patrimônio considerado no seu todo”.

24. v. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000; MOTA PINTO, Carlos Alberto. Op. cit.

25. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18.

26. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit., p. 114-115.

27. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 153: “A lei pode concretizar os conceitos a que recorre, enunciando tipos. Uma série de tipos, especificadores de um conceito, origina uma tipologia, que pode ser taxativa”.

(f) *princípio da perpetuidade*. Os direitos reais são, em regra, perpétuos. Eles não se extinguem pela sua utilização tal como se dá no direito obrigacional que, uma vez cumprida a obrigação, esta será considerada extinta. Disse-se em regra, pois a própria lei prevê as hipóteses de perecimento de tal direito, tal como se dá nas hipóteses de usucapião e naquelas elencadas no art. 1.275 do CC/2002.

(g) *princípio da exclusividade*. Em matéria de direito real, é possível afirmar que não existem dois direitos reais, com o mesmo objeto e conteúdo pertencentes a pessoas distintas (titulares de direitos reais). Mesmo na hipótese da obrigação passiva universal, o objeto de direito é único e o direito real igualmente único, v.g. a preservação da propriedade de determinada pessoa em relação à comunidade. Ao contrário do que se dá com o direito obrigacional, onde é possível existirem dois ou mais direitos obrigacionais sobre o mesmo objeto. “Com respeito aos direitos reais, duas pessoas não ocupam o mesmo espaço, deferidos os poderes e as faculdades do direito real com exclusividade a alguém, que é o sujeito desse direito real, desconsiderada neste passo a hipótese de comunhão de direitos (condomínio), que, de resto, com a exclusividade não se confunde”.²⁸ Quanto ao condomínio, vale ressaltar a opinião de Carlos Roberto Gonçalves para quem “no condomínio, cada consorte tem direito a porções ideais, distintas e exclusivas”²⁹ e, portanto, não seriam dois direitos sobre a mesma coisa, mas sim, um direito para cada fração ideal da coisa.

(h) *princípio da elasticidade*³⁰ e da consolidação e o princípio do desmembramento. O princípio do desmembramento é o oposto e o complemento do princípio da elasticidade e da consolidação. Tais princípios estão intimamente ligados, pois onde há o perecimento do desmembramento, surge instantaneamente o princípio da consolidação ou elasticidade. Pelo princípio do desmembramento, cria-se um direito real sobre determinada coisa com o seu respectivo desmembramento tal como se dá com o usufruto e a superfície. Este direito

28. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro* cit., p. 430.

29. GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 19.

30. MOTA PINTO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 113-114: “Sempre que estamos perante um direito real limitado, concorrem dois direitos sobre o mesmo objecto: o direito de propriedade e o direito real limitado a certas utilidades da coisa. (...) Se o direito real limitado se extingue, imediatamente a plena propriedade se reconstitui – retoma a plenitude da sua compreensão e do seu conteúdo. Há como que uma força expansiva, como que uma elasticidade do direito de propriedade, desencadeada pela extinção dos direitos reais que a limitava, surgindo-nos aí a figura da aquisição restritiva, derivada ou originária”.

desmembrado é transitório, pois uma vez extinta a condição de sua existência (condição resolutiva), tal direito real irá ser considerado automaticamente extinto retomando-se ao direito real originário e perpétuo (reunificação/consolidação) sem o respectivo desmembramento nos termos do princípio da consolidação.

4. AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES

As principais inovações ocorridas com o advento do Código Civil de 2002 no âmbito dos direitos reais partem de uma nova interpretação de tais direitos, abandonando a visão individualista do Código Civil de 1916 para uma interpretação de acordo com os princípios norteadores do novo Código Civil (socialidade, operabilidade e eticidade), em especial quanto ao suposto³¹ surgimento da função social da propriedade como fonte originária na Constituição Federal de 1988 (por ter sido publicada com anterioridade) e posteriormente pelo Código Civil de 2002.

Alguns autores, como Gustavo Tepedino, criticam de forma incisiva as disposições do Código Civil de 2002, além de tecerem críticas à própria doutrina nacional que deixou de considerar uma interpretação sistêmica de acordo com a norma constitucional e seus direitos fundamentais, tais como, a função social da propriedade.

Ao final do ano de 2009, o Prof. José de Oliveira Ascensão em entrevista à revista eletrônica *Consultor Jurídico*, acabou por igualmente tecer críticas ao nosso Código Civil³² para dizer que ele deve ser reformado por estar desatualizado e não ter trazido grandes inovações pertinentes, tais como, o Texto Constitucional e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

No entanto, e com o devido respeito que merecem tais doutrinadores, entendemos que especificamente quanto a tais críticas e sem prejuízo ao vasto e

31. Diz-se suposto surgimento com o texto constitucional de 1988, em função da sua prévia existência de forma expressa como “função social” nos textos constitucionais de 1967 e 1969, porém com uma aplicação infinitamente reduzida em função do regime de exceção empregado na época de tais Constituições. Igualmente estava prevista no texto da Constituição de 1934 em seu art. 113, n. 17 como um exercício do direito de propriedade condicionado ao “interesse social ou coletivo na forma que a lei determinar”. Semelhante previsão é encontrada no texto constitucional de 1946 em seu art. 147.

32. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil]. Acesso em: 15.01.2010.

rico conhecimento destes, não lhes assiste razão. Pois a realidade é exatamente inversa. Ressalvados os 10 anos em que o Projeto do Código ficou esquecido no Senado Federal, o resto de sua longa tramitação representou o mais longo e aberto debate quanto a uma codificação.

O Projeto do atual Código Civil foi publicado no Diário Oficial por inúmeras vezes para viabilizar a participação de toda a sociedade no seu debate e análise. Foram colhidas inúmeras propostas, inclusões, subtrações e alterações, com pedidos e justificativas que partiram de professores, de operadores do direito, de categorias profissionais, órgãos de classe, do povo e do próprio Poder Legislativo.

Como lembra Miguel Reale,³³ o Projeto do Código Civil sofreu grandes e profundas revisões, seja com o advento da Constituição ou até mesmo das novas leis que foram editadas após a sua apresentação inicial na década de 1970.

Não foram poucos os trabalhos legislativos no sentido de sua revisão e profunda análise quanto às alterações sociais e legislativas incorridas durante a sua tramitação.

Devemos ter em mente, que alguns dos artigos constantes da nossa Constituição Federal foram baseados no próprio Projeto do Código Civil,³⁴ tal como ocorreu com o próprio Código de Defesa e Proteção do Consumidor, em que os autores de seu Anteprojeto buscaram diversas soluções no Projeto do Código Civil que estava em trâmite no Senado Federal.

Porém, mesmo que alguns de seus princípios norteadores já estivessem insculpidos no texto da Constituição, tal como a função social da propriedade, o fato é que o seu debate *antes* da edição do Código Civil ou de uma lei que expressamente apontasse tal previsão legislativa demandaria uma análise preliminar, qual seja: (a) a análise quanto à aplicação direta e *prima facie* dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais); ou, (b) a necessidade preliminar de existência de uma legislação específica, sendo a Constituição Federal um comando de garantia de direitos a ser observado pelo legislador (eficácia vertical dos direitos fundamentais).³⁵

33. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* cit.

34. Um dos exemplos que pode ser apontado é a usucapião constitucional especial previsto nos arts. 183 e 191 da CF e que encontram semelhante redação nos arts. 1.240 e 1.239, respectivamente, além dos arts. 9.º, 11 a 14 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

35. Sobre as distinções de eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina,

Com a edição do Código Civil de 2002, fica superada a necessidade do debate quanto à eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, de forma que torna relevante a análise direta do Código Civil, seus dispositivos e princípios, devidamente atrelados aos direitos fundamentais norteadores da Constituição Federal, de forma que uma análise antes da codificação seria precipitada.

Passemos à análise da primeira inovação atrelada aos direitos reais e que consiste em uma análise sistêmica do Código em conjunto com o seu comando constitucional, qual seja, a função social da propriedade.

4.1 *Propriedade como direito subjetivo e sua função social*

No que se refere ao presente tópico, fazemos expressa referência a artigo publicado na *RDPriv* 47/311 onde tivemos a oportunidade de aprofundar o estudo da função social tendo como norteador a definição de bem comum. Naquela oportunidade sustentamos, entre outros pontos, o que se segue.

A garantia constitucional da propriedade é prevista no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, especificamente nos incs. XXII e XXIII do art. 5.º, e no título quanto à ordem econômica e financeira especificamente nos incs. II e III do art. 170, ambos da CF.

Uma primeira observação que deve ser feita quanto à previsão constitucional da garantia à propriedade privada e sua respectiva função social, se deve ao fato de que a propriedade tal como definida no Texto Constitucional não se restringe à propriedade de direito real apontada no Código Civil, mas transcende a esta concepção de propriedade ao garanti-la em todos os aspectos de natureza patrimonial, tal como a propriedade autoral, a propriedade imobiliária rural e urbana, a propriedade de inventos, marcas, patentes etc.³⁶

2003; e, SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: _____; MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg (orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

36. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 468-482: “Ao revés, essencial para a definição e qualificação passa a ser a ‘utilidade privada’ (*Privatnützigkeit*) do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular. Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial, como as pretensões salariais e as participações societárias. *Em*

A função social da propriedade prevista tanto no Texto Constitucional como no Código Civil ultrapassa a sua análise pura do princípio da socialidade, para atingir os fins econômicos que venham de encontro com os interesses da coletividade.

No aspecto de uso da propriedade atendendo a sua finalidade econômica, Celso Ribeiro Bastos já ressaltava que “Parece ser uma característica do direito de propriedade moderno o estar determinado pelo uso econômico da coisa”.³⁷

Como lembra Carlos Alberto Garbi a atual disciplina do direito de propriedade expõe a pessoa como fator fundamental e central da proteção pelo ordenamento, deixando de lado a clássica concepção dos direitos reais que tinha em seu regime a titularidade e os respectivos interesses patrimoniais do individualismo.³⁸

Assim se dá quando a doutrina admite que viola a função social da propriedade uma propriedade rural que agrida frontalmente os direitos e garantias dos trabalhadores com o exercício de trabalho considerado escravo ou que afronte a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III e IV c/c art. 3.º, I e III, ambos da CF).

Igual fato se dá, quando o exercício da propriedade ocorre com o abuso de direito, ou ainda, com a utilização da propriedade em desacordo com o estabelecido no § 2.º do art. 1.228 e art. 1.229 ambos do CC/2002.

No entanto, não se deve aplicar o princípio da função social de forma indiscriminada e direta sem a sua respectiva análise quanto às consequências

rigor, trata-se de especificações do direito de propriedade no sentido em que Bobbio fala de especificações (novas) dos direitos fundamentais. (...) A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito. (...) Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. (...) Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade” (grifos nossos).

37. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2, p. 131.

38. GARBI, Carlos Alberto. *Relação jurídica de direito real e usufruto*. Colaboração Prof. Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2008. p. 56.

advindas para cada caso concreto, sendo o princípio da função social intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, o qual figura como um limitador ou moderador de sua aplicação. “Ademais, as limitações impostas ou as novas conformações emprestadas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais. (...) Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade. A afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de decorrer, pois, de uma cuidadosa ponderação sobre os bens e valores em questão”.³⁹

A função social da propriedade, além de ser um direito e garantia constitucional, é ainda qualificada no Código Civil como uma norma de ordem pública e, portanto, cogente. É o que se extrai da dicção do parágrafo único do art. 2.035 do CC/2002 com a seguinte redação: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Da própria definição até aqui traçada, já fica evidenciado que o direito de propriedade deixar de ter a sua aplicação e definição individualista e objetiva que prevalecia nas codificações do século XIX com repercussões em nosso Código Civil de 1916, para assumir uma concepção subjetiva com aplicação da socialidade. “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”.⁴⁰

Ao comentar o Acórdão de lavra do Des. José Osório de Azevedo no famoso caso conhecido como Favela Pullman, Alcides Tomasetti Júnior assim se expressou quanto à função social: “A função social não implica apenas uma expressão sintética sob a qual estejam reunidas as limitações tradicionalmente características à moderna disciplina da ‘propriedade’. O que lhe dá substancialidade autônoma, normativamente, é que funciona como princípio dotado de *eficiência constitutiva* no reposicionamento das linhas de força do sistema

39. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 482.

40. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 939.

jurídico, e por, consequência, da dogmática do direito objetivo patrimonial e não patrimonial” (RT 723/221).

No entanto, como adverte Arruda Alvim, *hard cases* como do da Favela Pullman não podem se tornar regra, sob pena de correremos o risco de abalo às estruturas da propriedade, e principalmente, não se pode, a pretexto de aplicação do princípio da função social, desconhecer ou ignorar as estruturas do direito de propriedade. Não se pode admitir a desfiguração do direito de propriedade em nome da aplicação do princípio da função social, já que o direito de propriedade é igualmente uma garantia constitucional.⁴¹

Igual advertência é passada por José de Oliveira Ascensão, que estabelece que “O princípio não deve ser mal entendido, chegando-se por exemplo à conclusão de que a propriedade se esgota toda nesta função social, como pretendia Duguit. A garantia da autonomia pessoal é, logicamente, o objecto primário da atribuição dos bens em termos reais. E essa falharia se a conduta do sujeito fosse minuciosamente determinada pela lei ou pelos órgãos públicos, sob a alegação da garantia da função social. O que se pretende antes de mais é a colaboração com a liberdade dos indivíduos. As intervenções em nome da função social devem ser prudentes, prevendo os casos em que os titulares se desviaram flagrantemente das necessidades gerais, ou em que estas se apresentem de modo premente”.⁴²

No mesmo sentido ainda é a posição de Celso Ribeiro Bastos⁴³ e Marco Aurélio S. Viana.⁴⁴

41. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* cit., p. 281.

42. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 200-201.

43. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p. 134-135. “O primeiro ponto a notar é que o Texto acaba por repelir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver em nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em vez de um direito do particular, ela seria um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever. De qualquer sorte, o que estava presente nessa corrente era o desconsiderar a propriedade como bastante por si mesma, tornando-a mera decorrência de uma função cumprida pelo proprietário. O Texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do Texto Constitucional, que assim repele modalidades outras de resolução da questão dominial, como, por exemplo, a coletivização estatal. Como direito fundamental, ela não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social”.

44. VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil. Dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510*, v. XVI. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 54. “Observemos bem: a

Os destinatários do princípio da função social são todas as partes e pessoas que venham a ter qualquer tipo de envolvimento direto ou indireto com tal direito real. Assim temos o próprio legislador ordinário, o juiz, o proprietário e o sujeito passivo universal (a coletividade).

Na lição de Arruda Alvim,⁴⁵ a função social prevista no Código Civil de 2002 se manifesta pelos seguintes aspectos: (a) é aplicável aos imóveis e às relações de direito real urbanas e rurais; (b) a função social da propriedade abriga e limita a função social da posse, como condição de compatibilização dos institutos; (c) na sua compatibilização com a função social da posse, ter-se-á uma redução dos prazos para a aquisição da propriedade pela usucapião; (d) pode-se falar em “democratização redistributiva da propriedade pela via da possibilidade de usucapião com prazo atrofiados”; e, (e) finalmente quanto ao comportamento do proprietário em relação ao exercício de seu direito, nos termos previsto no § 2.º do art. 1.228 do CC/2002, que visa a afastar os atos inúteis que não trazem qualquer comodidade, como os atos destinados a causar prejuízos a outrem. Tal característica guarda nítida relação com o abuso de direito e a própria limitação do exercício do direito real de propriedade que passamos a abordar na sequência, como mais uma das inovações do Código Civil de 2002.

4.2 Os limites quanto à utilização da propriedade

Das limitações quanto à utilização da propriedade, será objeto da análise apenas e tão somente as principais inovações do Código Civil de 2002 consistentes na redação do § 2.º do art. 1.228, art. 1.229 e art. 187, não se fazendo referência às demais forma de limitação da propriedade, tais como, as limitações impostas pela legislação ambiental, direito de vizinhança, direito urbanístico etc.⁴⁶

intervenção se faz no exercício do direito, não no direito em si. Respeita-se a propriedade privada, ela é garantida, mas o seu exercício deve estar voltado para o bem comum. Na Constituição de Weimar, art. 153.º, presente a ideia do exercício da propriedade como devendo ser um serviço prestado ao bem comum seguiu-se uma farta legislação visando atender ao princípio constitucional, pelo qual se pretendeu assegurar de forma exaustiva essa garantia” (grifos nossos).

45. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* cit., p. 292-297.

46. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. IV, Direitos reais, p. 85-92. “O ponto de partida é a consideração de ser o domínio um direito real de

Em consonância com os princípios norteadores do Código Civil de 2002, em especial e nitidamente interligado ao princípio da função social visto acima, o legislador veio a definir de forma alguma condições limitadoras ao exercício do poder de utilização da propriedade. “A teoria das limitações da ‘propriedade’ há de atentar para essa projeção dupla do princípio ‘função social’: projeção estrutural e projeção funcional, contemporaneamente”.⁴⁷

A limitação quanto à utilização da propriedade está especialmente prevista no art. 1.228, § 2.º e no art. 1.229 ambos do Código Civil de 2002, possuindo como um dos elementos qualificadores de sua limitação o abuso de direito (art. 187, CC/2002).

Na I Jornada de Direito Civil do STJ foi firmado o Enunciado 49 que assim relaciona a matéria em análise: “A regra do art. 1.228, § 2.º, do CC/2002 interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187 da mesma lei”.

Desta forma houve uma definição de que nos limites da propriedade devem ser observados os critérios subjetivos e objetivos, pois haverá limitação quanto ao proprietário agir com a intenção de causar prejuízo (art. 1.228, § 2.º, CC/2002), como também nas hipóteses objetivas, independentemente de intenção de prejudicar, bastando o abuso de direito nos termos do art. 187 do CC/2002.

Quanto a esta situação, relevante referenciar o famoso e clássico caso do proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis, que sem motivo justo e numa atitude puramente individualista, edificou torres

conteúdo virtualmente limitado. A sua plenitude, todavia, não se revela incompatível com as limitações que se lhe impõem, conforme assinalam os mais modernos (Barassi, Publiatti, Natoli), e que, assim no plano histórico, como no direito positivo, encontram a mais segura documentação. (...) Efetivamente as limitações existiam. No campo dos conflitos de vizinhança, na instituição de servidões, ou em termos gerais, levantadas aquelas sob a inspiração de um interesse público ou de conveniências particulares. (...) É preciso, num esclarecimento final e abrangente, dizer que somente se devem entender como limitações ou restrições ao direito de propriedade aquelas que o atingem na sua substância ou nos seus elementos fundamentais, não o são a transferência de exercício de qualquer dos seus atributos e a outorga de faculdades que não impliquem diminuição na sua plenitude, como se dá com os direitos pessoais ou de crédito. Estes, embora possam importar na utilização da coisa (locação, comodato etc.), traduzem-se em exercício de direito que não restringe, em princípio, os poderes do *dominus*”.

47. TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentários de jurisprudência. RT 723/220.

enormes com o único propósito de tornar perigosa ou impossível a aterrissagem e pouso de dirigíveis. Trata-se no nítido caso de abuso de direito combinado com um propósito de causar prejuízo a outrem, o qual é atualmente vedado pelo Código Civil de 2002.

Outra situação limitadora ao exercício da propriedade e que pode ser tida como novidade no Código Civil é a disposição do art. 1.229 do CC/2002.

Embora o artigo em referência não tenha trazido grandes alterações em sua redação se comparado com o texto original do art. 526 do CC/1916, o fato é que se houver uma clara limitação à propriedade com fundamento nos princípios norteadores da nova codificação, pois no Código revogado, não havia qualquer limite de espaço aéreo e subterrâneo, de tal forma, que ao proprietário seria viável, em tese, obstar a passagem de aviões sobre a sua propriedade.

O Código Civil de 2002 resolveu esta situação ao limitar a propriedade quanto ao espaço aéreo e subsolo correspondente à propriedade “em altura e profundidade úteis ao seu exercício, além de vedar a oposição ao exercício de atividade realizada por terceiros em altura e profundidade que não representem um legítimo interesse no seu impedimento”.⁴⁸

Vale lembrar que, embora não seja objeto direto do presente trabalho a análise da vertente constitucional, a função social da propriedade prevista no Texto Constitucional poderá igualmente ser aplicada como um limitador ao direito de propriedade, pois como observa Celso Ribeiro Bastos, a função social da propriedade determina que o exercício do direito de propriedade deverá observar uma finalidade útil socialmente (no sentido *lato*), afastando possíveis utilizações antissociais e desagradadas ou ainda de forma puramente egoísta e individualista.⁴⁹

48. VIANA, Marco Aurélio S. Op. cit., p. 68-69. “Adota-se o critério da utilidade como parâmetro de atuação do proprietário, nada justifica que o titular do domínio se oponha a que terceiros exerçam atividade a uma altura ou profundidade, que em nada prejudicam o exercício do seu direito. Estamos aqui no território da plenitude do domínio, que se tem por ofendida quando os atos ferem interesse legítimo do proprietário, porque praticados em tal altura ou profundidade que ofendem o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade”.

49. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p.136-139. “A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de profunda gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal. (...) Do exposto resulta claro que o núcleo fundamental do conceito de preenchimento da função social é dado pela sua eficácia atual quanto à geração de riqueza. Eis o porquê de a propriedade produtiva vir excluída

E para concluir o presente capítulo, cumpre observar o posicionamento do STF, em uma das oportunidades que teve de se manifestar sobre o tema, assim abordou a temática da função social da propriedade em relatório de lavra do Min. Celso de Mello: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (art. 5.º, XXIII, CF), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra – o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular de domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e, (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade” (MC na ADIn 2.213/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.4.2004).

4.3 As disposições do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC/2002

No presente capítulo, trataremos de tema dos mais tormentosos quanto as inovações dos direitos reais pelo Código Civil de 2002, inclusive tendo o próprio Prof. Miguel Reale assim se referido aos §§ 4.º e 5.º do artigo 1.228 do CC/2002.

“Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228, determinando o seguinte:

daquelas suscetíveis de expropriação para fins de reforma agrária nos termos do art. 185, II. (...) O que se percebe é que em matéria de terras rurais o Texto Constitucional optou por uma concepção mais ampla de função social, de molde não só a abarcar a produtividade adequada como também para servir de reforço e de meio intimidatório ao cumprimento de uma legislação ecológica e trabalhista”.

‘§ 4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

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

Como se vê, é conferido ao juiz *poder expropriatório*, que não é consagrado em nenhuma legislação”⁵⁰ (grifos nossos).

A primeira e mais tormentosa questão a ser enfrentada é justamente definir corretamente a figura jurídica de que tratam estes parágrafos do art. 1.228 do CC/2002.

Para Miguel Reale, conforme visto acima, é uma expropriação determinada pelo Juiz. No mesmo sentido é o posicionamento do Prof. Arruda Alvim.⁵¹

Já parte da doutrina sustenta que seria uma desapropriação indireta ou judicial tal como defendido por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,⁵² e por Marco Aurélio S. Viana.⁵³

50. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. cit., p. 39-40.

51. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* cit., p. 339-376.

52. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado* cit., p. 941. “Desapropriação judicial. Posse-trabalho. A norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação ‘do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho’(...). Desapropriação judicial. Conceito. É o ato pelo qual o juiz, em ação dominial (v.g. reivindicatória) ajuizada pelo proprietário, acolhendo defesa dos réus que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que dever ser paga por eles, réus, ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que serão os novos proprietários (art. 1.228, § 5.º, CC/2002)”.

53. VIANA, Marco Aurélio S. *Op. cit.*, p. 63. “O dispositivo do parágrafo quarto cuida de outra hipótese de perda da propriedade imóvel, que apresenta particularidades a reclamar atenção. Estamos, aqui, diante de uma desapropriação indireta em favor do particular. Explicamos: o proprietário é privado da coisa esbulhada, recebendo uma indenização. Na verdade, sua pretensão era reaver a coisa, que estava ilicitamente em mãos de outrem. Pelas circunstâncias, que examinaremos, ele é privado do direito de propriedade em favor daqueles que utilizavam a coisa, recebendo uma indenização, que é o preço que, em avaliação, se apurou”.

O Min. Moreira Alves, em julgado que *não* se refere aos parágrafos sob análise, assim definiu o que é uma desapropriação indireta. Vejamos a ementa do julgado pelo STF:

“Desapropriação indireta. A ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular” (STF, MC na ADIn 2260/DF, Pleno, j. 14.02.2001, m.v., rel. Min. Moreira Alves, DJU 02.08.2002).⁵⁴

Com o devido respeito a estes últimos doutrinadores, entendemos que a razão está mais tendente a ser dos primeiros (Arruda Alvim e Miguel Reale), pois o ato de desapropriação é um ato administrativo do Poder Executivo, não podendo ser determinado pelo Poder Judiciário.

Se o ato fosse do Poder Executivo, a quem caberia o pagamento que se refere a ordem indenizatória no § 5.º do art. 1.228, do CC/2002? Ao Estado? Entendemos que não, pois se a norma se destina àqueles que estão ocupando o imóvel de “extensa área”, e a obrigação de fazer do § 5.º consistente no pagamento indenizatório do preço justo que venha ser fixado pelo juiz como condição para o registro da sentença que valerá como título aquisitivo, acreditamos que por lógica hermenêutica o dever indenizatório é dos ocupantes do imóvel (extensa área).

Se assim não fosse, os ocupantes teriam o exercício de seu direito condicionado ao ato de um terceiro, no caso o Estado, o que não nos parece ser o mais correto. E mais, se a norma fosse destinada ao Estado (dever de pagamento), certamente estaria atrelada a um pagamento nos termos do direito administrativo (v.g. precatórios) e sem qualquer condição suspensiva para o cumprimento da determinação judicial. Ademias, como adverte o Prof. Gustavo Tepedino, haveria a demanda de um pagamento pelo Estado, com necessária previsão orçamentária e autorização legal.⁵⁵

Os outros pontos tormentosos da regra dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do CC/2002, consiste na existência de uma excessiva quantidade de cláusulas ge-

54. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 147.

55. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 160. “Se o pagamento couber ao Estado, seria uma forma de desapropriação, sendo necessária uma regulamentação legal que, inclusive, autorize a previsão orçamentária e os procedimentos próprios do direito administrativo (...)”.

rais ou termos abertos, vagos e indefinidos em um único dispositivo legal.⁵⁶ São eles: *extensa área, de boa-fé, considerável número de pessoas, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante e justa indenização*.

A norma em análise é dirigida indistintamente às áreas urbanas e rurais, o que torna a definição de *extensa área* mais completa ainda. Quanto à área rural, pode ser utilizado como definição o próprio Estatuto da Terra, o que tornaria a questão mais objetiva, em especial para definir o que são serviços considerados como de interesse social e econômico relevantes. No entanto, a questão é indefinida.

Já para a área urbana, fica mais complexo, pois não existe nenhuma forma objetiva de se definir o que seja *extensa área* e com obras e serviços de interesse social e econômico relevantes.

Acreditamos, tal como defendido na doutrina, que a melhor solução é nomeação por um juiz de um grupo de peritos, cada qual com uma especialidade definida, que em conjunto poderão avaliar se a área, para a situação fática concreta, é considerada como *extensa área*, se o número de pessoas para aquela área e para aquela região é *considerável número de pessoas*, além da apuração do que venha a ser a *justa indenização* para o caso concreto.

Finalmente, o requisito da *boa-fé*. Em matéria possessória, a doutrina já pacificou entendimento de que a *boa-fé* é subjetiva, de forma que deverá ser comprovada pelo possuidor. No caso da presente previsão legal, esta demonstração será certamente de extrema dificuldade, para não dizer impossível. A primeira dificuldade consiste justamente na quantidade de pessoas que terão que demonstrar individualmente a *boa-fé* de cada um dos ocupantes. Tal demonstração é obrigatória, pois se não restar demonstrada a *boa-fé* da parte relevante das pessoas, certamente não estará mais sendo atendido o requisito legal de *considerável número de pessoas*.

E mais, como sustentar que há *boa-fé* se o artigo não exige justo título? Como considerar que um *número considerável* de ocupantes estão de todos agindo de *boa-fé*? A prática dos últimos anos no Brasil tem demonstrado exa-

56. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* cit., p. 350. “Deferiu-se, ainda, largo espectro de avaliação de situações pelo juiz por meio de conceitos vagos ou abertos, ou, ainda, se se quiser, ensejando a prática da ‘discrecionabilidade judicial’, pois que, no fundo são conceitos vagos a concretizarem (os dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228), conceito de vaguidade maior, que é o da função social da propriedade (art. 5.º, XXIII, CF)”.

tamente o contrário, pois é justamente a ausência de *boa-fé* nas situações de ocupações com grande número de pessoas que tem sido quase que diariamente noticiada por todo o Brasil.

Assim, entendemos que a inovação do Código Civil de 2002 quanto aos §§ 4.º e 5.º, embora tenha tentado atender uma possível função social da posse, na verdade acabou por criar um instituto de difícil aplicação na situação concreta, podendo vir a ser considerado como letra morta em nosso Código Civil, ou ainda, norma de aplicação em casos extremos e de exceção, ou *hard cases* na expressão do Prof. Arruda Alvim. Porém quanto a esta conclusão, somente o tempo dirá.

4.4 *As principais inovações da usucapião*

Quanto às inovações do Código Civil no que se refere à usucapião como forma originária de aquisição da propriedade tal como disposta no Capítulo II, do Título III – Da Propriedade, na Parte Especial, temos como primeira e direta alteração a referência à usucapião no gênero feminino, quando todo o histórico de nossa legislação, doutrina e jurisprudência, sempre se referiu a tal instituto no gênero masculino.

A justificativa indicada pelo legislador não se fundamenta, pois de origem do latim, a usucapião pode ser aplicada no gênero feminino ou no gênero masculino. Porém ao ser traduzida para o vernáculo, deveria ter sido mantida a sua relação direta com o gênero masculino. Nesse mesmo sentido se expressou o Min. José Carlos Moreira Alves em participação no Simpósio Nacional de Direito Civil realizado pelo Centro de Extensão Universitária em São Paulo quando tratou das inovações do Código Civil ao lado do Prof. Miguel Reale. De qualquer forma, direito posto. Assim iremos manter a referência no seu gênero feminino.

A usucapião sofreu expressiva redução de prazos, sendo que na sua forma extraordinária, o prazo foi reduzido de 20 anos para 15 anos, com a opção de redução para 10 anos na hipótese de aplicação da função social – se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, CC/2002).

Já os arts. 1.239 e 1.240 vêm a estabelecer na legislação infraconstitucional a regra do denominado usucapião especial constitucional (arts. 191 e 183 da CF, respectivamente), tratando-se de verdadeira inovação do Código Civil de 2002, já que a codificação anterior não indicava tal previsão.

Para tal modalidade (usucapião especial), os requisitos da usucapião devem ser observados em conjunto e simultaneamente, ou seja, (a) não ser proprie-

tário de outro imóvel, (b) prazo de aquisição reduzido para 5 anos de posse ininterrupta e pessoal, (c) área limitada (50 hectares, se rural e 250 metros quadrados, se urbano), (d) servir de moradia para o possuidor e de sua família, (e) além do exercício de atividade produtiva para a hipótese do imóvel rural.

No que se refere aos requisitos da usucapião constitucional, dois deles causaram por um certo período, grande divergência na jurisprudência e doutrina, até atingir a sua total consolidação. O primeiro se referia ao início do cômputo do prazo para a aquisição da propriedade por tal modalidade, tendo restando pacificado que o prazo deve ter fluência a contar da entrada em vigor da Constituição Federal.

O segundo impasse se referia à dimensão da área objeto da usucapião, seja na hipótese da rural ou da urbana. Na hipótese da rural, os tribunais se depararam com situações em que o possuidor pretendia o reconhecimento da usucapião de área nos termos do limite constitucional (extensão territorial), porém a área efetivamente ocupada era superior ao limite constitucional. Nesta situação havia uma espécie de renúncia do possuidor à área excedente.

Tais tentativas foram, em nosso entender, corretamente afastadas pelo Poder Judiciário, pois se fosse reconhecido tal direito ou método, fatalmente teríamos uma fraude à lei, já que o proprietário não estava até aquele momento preocupado com a usucapião especial, já que a área possuída superava o limite legal e constitucional de forma que o prazo para a aquisição do direito seria mais amplo. Assim se admitida esta “renúncia” ao excedente, o proprietário seria surpreendido por tal medida, fato este contrário à lei, já que o direito rechaça a insegurança jurídica e as situações que geram surpresas.

O segundo ponto quanto à limitação da área objeto da usucapião, ocorreu quanto à usucapião urbana, pois houve grande debate quanto à referência aos 250 metros quadrados, tendo sido defendido em um primeiro posicionamento de que a referência à extensão da área do terreno era independente da área construída, já em um segundo posicionamento de que a referência à extensão de 250 metros quadrados era limitado à área construída.

O fato é que igualmente houve uma consolidação na jurisprudência e doutrina para fixar que nenhuma das duas hipóteses (terreno ou construção) poderá superar 250 metros quadrados.

Uma outra disputa judicial foi travada quanto ao fato de ser adotado o critério da localização ou da atividade econômica desempenhada no imóvel objeto da usucapião, para haver uma definição se se tratava de usucapião urbano ou rural.

Da leitura e estudo em conjunto (interpretação sistemática) dos dois dispositivos constitucionais (arts. 183 e 191, CF) resulta no fato de que deve ser

aplicado o critério da localização física do imóvel, pois o art. 191 da Constituição se refere claramente a “área de terra, em zona rural”. Logo, se o art. 191 trata da usucapião rural e é específico quanto ao critério da localização (“área rural”), por lógica hermenêutica, deve ser utilizado do mesmo critério para a definição do que deva se entender por *área urbana* para a finalidade do art. 183 da Constituição,⁵⁷ ou seja, a localização física do imóvel e não a sua finalidade ou função econômica.

Quanto a esta modalidade de usucapião urbano (usucapião especial constitucional urbano) semelhante dispositivo é encontrado no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001 em seu art. 9.º e respectivos procedimentos processuais nos arts. 11 a 14).

Finalmente, para a usucapião do possuidor que estiver munido de boa-fé e justo título (usucapião ordinária), o prazo foi unificado para 10 anos (art. 1.242 do CC/2002, art. 551 do CC/1916), com a possibilidade de sua redução nas hipóteses do parágrafo único do art. 1.242, o qual pode ser considerado como mais uma das formas de exteriorização e aplicação do princípio da função social.

Diz o referido parágrafo único: “Será de 5 (cinco) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”.

Portanto, em matéria de usucapião, o Código Civil de 2002, veio a reduzir consideravelmente os prazos da usucapião como forma de aquisição da propriedade, em especial quando seja aplicado em conjunto com tal instituto o princípio da função social, ocasião em que o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião foi reduzido a 5 anos.

4.5 O fim da constituição de nova enfiteuse

A enfiteuse⁵⁸ deixou de ser contemplada no Código Civil de 2002 quanto ao seu direito de constituição de uma nova enfiteuse, no entanto, as enfiteuses

57. Quanto à matéria de usucapião, em especial a constitucional, ver CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião constitucional urbano*. São Paulo: Max Limonad, 2001; SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

58. WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 283. “No quadro dos direitos reais sobre coisa alheia, é a enfiteuse que mais se aproxima do direito de propriedade. Enquanto nas servidões,

anteriormente realizadas na vigência do Código Civil de 1916, continuaram a ser reguladas pelas disposições do Código revogado. Nesse sentido é a regra de transição e de direito intertemporal prevista no Código Civil de 2002 em seu art. 2.038, que assim estabelece a matéria:

“Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

§ 1.º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;

II – constituir subenfiteuse.

§ 2.º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.”

“O mesmo Código, como também observamos, não prevê mais o direito real de enfiteuse; todavia, as enfiteuses constituídas à luz do sistema revogado, encontram texto a elas relativo para viabilizar negócios jurídicos, v.g., para poderem comportar o direito real de hipoteca.”⁵⁹

No entanto, conforme nos lembra Caio Mário da Silva Pereira, embora o Código Civil de 2002 tenha sido omissivo quanto à qualificação da enfiteuse entre os direitos reais, o fato é que ela continua a ser um verdadeiro e legítimo instituto de direito real, até mesmo pelo fato de que a este instituto continuam a ser aplicadas as regras do Código revogado, o qual define a enfiteuse com um direito real.⁶⁰

no uso e no usufruto o titular de direito real sobre coisa alheia apenas pode, conforme o caso e em latitude maior ou menor, usar e gozar do bem gravado, sem ter a faculdade de dele dispor, na enfiteuse o enfiteuta, além de usar e gozar, também dispõe da coisa. Por outro lado, em vez de tratar de um direito temporário ou vitalício, como o uso, a habitação ou o usufruto, a enfiteuse é, como a propriedade, um direito perpétuo. A enfiteuse é, pois, um direito real sobre coisa alheia de caráter perpétuo, que abrange o uso, o gozo e a disposição do bem, com certas restrições estabelecidas em favor do proprietário”.

59. ARRUDA ALVIM. Comentários ao Código Civil Brasileiro cit., p. 323.

60. PEREIRA, Caio Mário. Op. cit., p 215. “A enfiteuse é um direito real que tem sofrido diversas vicissitudes, enfrenta oposições várias e tenda a desaparecer. O Anteprojeto de 1972/73, ao enunciar os direitos reais, omite a enfiteuse (art. 1.405, CC/2002), como também o Projeto de 1975, na redação final dada ao Código de 2002, não inclui a enfiteuse no rol dos direitos reais (art. 1.225, CC/2002). Pode a nova lei proibir a sua constituição, mas não pode desconhecer as já existentes, e são elas inequívocos

Não iremos tratar no presente capítulo quanto aos requisitos, forma, sujeitos, obrigações, direitos, deveres, transferência e extinção da enfiteuse, já que a norma de transição acima transcrita faz expressa referência e remessa à codificação anterior, no sentido de que a inovação quanto à matéria é justamente a vedação de constituição de novas enfiteuses, até que se alcance a sua extinção definitiva.

Para parte da doutrina,⁶¹ entende-se que o legislador optou por extinguir um instituto que já estava em desuso pela retomada de um antigo instituto que estava previsto nas Ordenações Portuguesas e que não foi incluído no Código Bevilacqua. Tal instituto é o direito de superfície conforme passamos a abordar.

4.6 Direito de superfície no Código Civil de 2002

O direito de superfície no Brasil teve a sua previsão anterior ao Código Civil de 1916, que por força das Ordenações Portuguesas, era reconhecido como um direito real, tal como até o presente momento ainda é reconhecido em Portugal, sem que lá nunca tenha sido deixado no esquecimento.

Em Portugal, a matéria é tratada nos arts. 1.524.º a 1.542.º do Código Civil Português, de forma que o direito de superfície “passa a constituir conteúdo de um direito a faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações (art. 1.524.º). (...) A superfície pode ser simplesmente definida como o direito real de ter coisa própria incorporada em terreno alheio. Isto basta para distinguir a superfície de qualquer outro direito real e para englobar todas as modalidades previstas”.⁶²

Já o Prof. Carlos Alberto da Mota Pinto, sustenta que o direito de superfície transcende o direito de construir e de manter, ao expor que: “Embora a noção legal de direito de superfície se refira apenas ao direito de construir ou manter obra em terreno alheio (art. 1.524.º), parece poder reconduzir-se-lhe uma outra situação. Da leitura das disposições integradas no título respectivo, supor-

direitos reais. De fato, o novo Código Civil, além de omitir o instituto dentre os direitos reais, estabelece em suas disposições finais e transitórias a proibição de se constituírem enfiteuses e subenfiteuses a partir do início de sua vigência, subordinando as já existentes, até sua extinção, às disposições do Código de 1916 (art. 2.038, CC/2002)”.

61. Arruda Alvim, Arnaldo Wald entre outros.

62. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 523-525.

mos poder, também, entender-se por direito de superfície algo que é, em certa medida, diferente deste direito de construir. (...) Por um lado tanto é direito de superfície o direito de construir, efectuar a construção, como o direito sobre a construção existente em terreno alheio. (...) O direito de superfície pode, portanto, apresentar-se em duas situações – ou existir só o direito de construir ou existir o direito sobre prédio já construído, separado da propriedade do solo. Em ambos os casos a propriedade do solo pertence a outrem”.⁶³

Entre nós, o instituto que constava das Ordenações Portuguesas foi abolido pelo Código Civil de 1916, de forma que caiu no esquecimento e desinteresse da doutrina nacional com exceção de um ou outro posicionamento isolado, entre eles a obra de Rima Gorayb⁶⁴ que foi elaborada na década de 1970 por conta da sua dissertação de mestrado na PUC do Rio de Janeiro, portanto, muito antes da reintrodução do instituto no direito brasileiro.

O direito de superfície voltou a ser tratado em nossa legislação pelo Estatuto da Cidade publicado em 2001, Lei 10.257, para ser de certa forma “confirmado” pelo Código Civil de 2002 nos seus arts. 1.369 a 1.377.

No entanto, a questão de “ser confirmada” pelo Código Civil, gerou e ainda gera grande polêmica na doutrina, sendo que parte da doutrina entende que o diploma civil revogou o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade, e parte da doutrina entende que não houve revogação, mas apenas definição quanto aos espectros de atuação e de incidência de cada ordenamento.

Para Marcus Vinícius dos Santos Andrade, a Lei 10.257/2001 por ser lei especial, formada e criada para estabelecer um microssistema de regramento da política urbana nos termos do comando constitucional dos arts. 182 e 183 da CF, com um enfoque diretamente voltado para o desenvolvimento de políticas urbanas com normas de ordem pública e interesse social, deve coexistir com o direito de superfície previsto no Código Civil de 2002, que é mais amplo e destinado a toda e qualquer propriedade imóvel, urbana ou rural. Para as situações de aplicação conjunta de tais normas, o Código Civil deverá ser aplicado subsidiariamente às disposições do Estatuto da Cidade. Já naquilo em que houver colisão frontal, direta, sistemática e textual, poderá ser considerado com uma derrogação da norma especial.⁶⁵

63. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit., p. 289-293.

64. GORAYB, Rima. *O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

65. ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. *Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Juruá, 2009. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim, p. 82-83.

Em nosso entender, de forma a pacificar e resolver a questão, o Prof. Arruda Alvim, referenciando o Prof. Ricardo Pereira Lira, estabelece que o Estatuto da Cidade teria criado uma *modalidade* específica e restrita de direito de superfície. A superfície do Estatuto da Cidade seria uma espécie integrante do gênero direito de superfície do Código Civil de 2002.⁶⁶ Ou ainda, como sustenta Silvio de Salvo Venosa, o Estatuto da Cidade é um microssistema que coexiste ao Código Civil, sendo que “sob essa óptica, o Estatuto vigorará sobraceiro no seu alcance de atuação, em princípio sobre as demais leis, ainda que posteriores”.⁶⁷

Já quanto ao conceito do direito de superfície, várias são as definições, no entanto, trazemos a definição e conceito apresentado por Marco Aurélio S. Viana em seus *Comentários ao Código Civil*: “Conhecido o perfil do direito de superfície é possível dizer que ele é direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeio. O que se assegura pelo direito de superfície é o *direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação*, também em terreno alheio. O objeto da concessão é o direito de implantar em solo do proprietário. *Superfície não deve ser entendido no sentido geométrico, mas como aquilo que sobre o solo se fez*”⁶⁸ (grifos nossos).

Pelo conceito indicado e aqui transcrito, é possível chegar à conclusão de que o direito de superfície terá como objeto o direito de *construir* ou de *plantar*, além do direito de *manter* algo já construído ou plantado. E neste ponto é justamente de onde partem as maiores divergências quanto ao direito de superfície como direito real que é.

Ou seja, o objeto de incidência da norma jurídica sobre o fato fenomênico constituiria somente o direito de construir ou plantar alguma coisa exclusivamente sobre o solo (sendo a exceção a eventual utilização do subsolo para a obra ou plantação que será realizada); ou, o direito de superfície também abrange a manutenção e exploração econômica do que já está construído e plantado, além de permitir a utilização do subsolo e do espaço aéreo?

Para enfrentar a presente questão temos que rememorar que para o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) não há divergência, pois a norma dos arts. 21 a 23 são claras ao permitir as duas situações acima questionadas (construir/plantar

66. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro* cit., p. 322.

67. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. vol. V, Direitos reais, p. 407.

68. VIANA, Marco Aurélio S. *Comentário ao Novo Código Civil*. 3. ed. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. XVI, Dos direitos reais, p. 614.

e manutenção/exploração) além de permitir o direito de superfície do subsolo e do espaço aéreo.

No entanto, a questão se põe relevante quando enfrentamos exclusivamente as normas do Código Civil, que conforme visto acima, são aplicadas para um universo restrito de atuação, qual seja, apenas áreas urbanas com os seus planos diretores devidamente aprovados e instalados. No mais, haverá a incidência exclusiva do Código Civil que foi omissa quanto a tais hipóteses, de forma que o enfrentamento da questão é necessário.

Podemos identificar duas correntes, sendo a primeira no sentido de admitir a extensão dos efeitos do Estatuto da Cidade ao Código Civil de forma a permitir o estabelecimento de direito de superfície sobre o espaço aéreo, subsolo e prédios já construídos (ou culturas já plantadas), posição esta que resulta na definição acima transcrita do Prof. Marco Aurélio S. Viana, embora em seus comentários ele mesmo acabe por refutar tal posicionamento.⁶⁹

O principal fundamento desta corrente resulta na aplicação extensiva da função social da propriedade, pois desta forma estaria sendo garantida a utilização útil da propriedade com a respectiva exploração econômica e social.

Para esta primeira corrente, o direito de superfície guarda nítida relação com o princípio do desmembramento e da elasticidade aplicável em conjunto com a função social da propriedade, de forma, que é possível realizar e onerar a propriedade com mais de um direito de superfície, tal como a destinação do subsolo para a criação de armazéns subterrâneos ou estacionamento, a superfície propriamente dita para a instalação de edificações ou de plantações e até mesmo o chamado direito de laje, em que o proprietário cede o direito de utilização da laje de sua edificação, seja para o exercício de uma atividade, para residência, para a instalação de antenas ou meios de publicidade, e até mesmo como meio de realização de uma espécie de servidão negativa por intermédio do direito de superfície, tal como o direito de não bloqueio de visão com construções elevadas.

69. Ao comentar o objeto do direito de superfície, assim defende o autor em aparente conflito com a definição por ele mesmo traçada: “No direito pátrio o direito de superfície envolve o direito de construir e plantar. Como decorrência do senhorio do proprietário, ele goza do direito de levantar no seu terreno as construções que lhe aprouver (art. 1.299 do CC/2002). O que ele concede ao superficiário é justamente esse direito, que tem fundamento no direito de propriedade, como manifestação do direito que lhe é assegurado de exigir da coisa os serviços que ele pode oferecer. (...) Fica bastante claro que o direito de construir envolve a edificação de construções que se destinem a servir o homem para qualquer finalidade que seja”. *Idem*, p. 613.

Algumas destas hipóteses apresentadas são muito controvertidas na doutrina, sendo o posicionamento majoritário em sentido contrário, já que a expressão direta a subsolo e espaço aéreo encontra respaldo apenas no Estatuto da Cidade (art. 21, § 1.º), sendo o Código Civil omissivo, porém a realidade demonstra que já vem sendo aplicada em algumas situações de imóveis situados no litoral.

Parcialmente no sentido deste primeiro posicionamento (de aplicar uma interpretação mais extensiva e permitir a propriedade superficiária do subsolo, espaço aéreo e obras já construídas ou culturas já plantadas) é o posicionamento de Marcus Vinícius dos Santos Andrade,⁷⁰ para quem o direito de superfície do Código Civil deve coexistir com o Estatuto da Cidade e abranger a utilização do subsolo e do espaço aéreo.

O autor nega a utilização *exclusiva* da propriedade superficiária sobre o espaço aéreo ou do subsolo, mas a admite em conjunto, ou seja, reconhece a possibilidade de sobrelevação ou sobredificação (direito de laje), chegando a fundamentar que “se a legislação não contempla a modalidade, também não a proíbe, abrindo a possibilidade para sua implementação. A criatividade humana e as necessidades inerentes à condição dos mais pobres muitas vezes conduzem a situações jurídicas que o direito posto não contempla, mas que se tornam uma realidade, produzindo efeitos na órbita do direito”.⁷¹

Quanto a este entendimento, concordamos apenas em parte com o posicionamento do autor, ou seja, apenas no que se refere à extensão da utilização do subsolo e do espaço aéreo, tal como se dá na construção de um prédio com diversos pavimentos sobre uma propriedade superficiária, pois nesta hipótese haverá utilização do subsolo e do espaço aéreo além do próprio solo.

Já na interpretação extensiva discordamos frontalmente de tal posicionamento, pois não é lícito, aos direitos reais aplicar ou criar além do que a lei determina. Lembremos, conforme visto acima no capítulo 3, tópicos (d) e (e) que nos direitos reais incide diretamente o *princípio da taxatividade ou numerus clausus* e o *princípio da tipicidade*.

Portanto, não é permitido ao jurisdicionado criar novos direitos reais ou ir além daqueles que a lei expressa e taxativamente tipifica, sob pena de incidência da regra da conversão do negócio jurídico do art. 170 do CC/2002 c/c o art. 104 do mesmo *Codex*.

70. ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. Op. cit., p. 111-120

71. Idem, p. 112-113.

No mesmo sentido do que está aqui sendo defendido, são as manifestações e argumentos apresentados por Silvio de Salvo Venosa⁷² e de Carlos Roberto Gonçalves.⁷³

Pelos fundamentos aqui indicados, entendemos que o objeto da superfície será a construção ou a plantação no terreno do proprietário, por tempo determinado, e tendo como requisito legal para a eficácia do negócio jurídico a formalização por meio de escritura pública com registro no Cartório de Imóveis (art. 1.369 c/c o art. 108 ambos do CC/2002).

E finalizando o presente capítulo, entendemos que o direito de superfície tem grande aplicação, inclusive como meio de segurança e de garantia aos negócios jurídicos dos denominados contratos atípicos de “*built to suit*”, já que tal modalidade contratual vinculada ao direito de superfície poderá resultar em uma efetiva garantia e segurança aos contratantes, seja quanto ao prazo de vigência do contrato, seja quanto ao direito de preferência e o próprio adimplemento contratual. Porém, em função da grande divergência sobre a possibilidade de constituição da propriedade superficiária em áreas rurais, deve-se priorizar as contratações na modalidade “*built to suit*” em imóveis urbanos (“área urbana”).

4.7 O compromisso de compra e venda

O compromisso de compra e venda estava previsto exclusivamente na legislação esparsa (Dec.-lei 58/1937; Dec. 3.079/1938 e Dec.-lei 745/1969) com o respectivo reconhecimento pelo STJ por meio de sua Súmula 239: “O direito

72. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. vol. V, Direitos reais, p. 405. “O Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário construir ou plantar, não mencionando o direito correlato, mencionado pelo Código Civil português, qual seja, o de manter no local as plantações ou construções já existentes”.

73. GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 418. “Destarte, imóvel edificado não está sujeito ao aludido direito, uma vez que o citado dispositivo não prevê a possibilidade de constituição do direito de superfície por cisão, admitida nos direitos civis italiano e português. (...) De acordo com o sistema adotado pelo Código de 2002, porém, se o imóvel já possuir construção ou plantação não poderá ser objeto de direito de superfície, porque somente o terreno se presta a essa finalidade, (...). O novo diploma não contempla também a possibilidade da sobrelevação ou da superfície em segundo grau, autorizada nos direitos português, francês (*surélévation*) e suíço (superfície *au deuxième degré*) e que consiste na concessão feita a terceiro, pelo superficiário, do direito de construir sobre sua propriedade superficiária, ou seja, sobre a sua laje”.

à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.⁷⁴

O Código Civil de 2002 passou a reconhecer o instituto como um direito real ao estabelecer no rol dos direitos reais do inc. VII do art. 1.225, “o direito do promitente comprador do imóvel”. Tal direito é brevemente regulado pelos arts. 1.417 e 1.418, todos do CC/2002.

Na sistemática do Código Civil, o compromisso de compra e venda, para ser qualificado com um direito real, deverá ser firmado por instrumento público ou particular levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis do qual não conste o direito de arrendimento (art. 1.417, CC/2002).

Quanto à irrevogabilidade, Marco Aurélio S. Viana, esclarece que não se trata de irrevogabilidade do consentimento, mas sim, da declaração final por meio da escritura pública. Vejamos o que diz o doutrinador: “Na promessa irretratável as partes prometem reiterar a declaração de vontade constante do compromisso. O consentimento já foi dado, na promessa, e os contratantes avançam repeti-lo no instrumento próprio, que é a escritura pública de compra e venda”.⁷⁵

Em sentido semelhante é o escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “A irrevogabilidade do negócio é característica fundamental para que se constitua, em favor dos pretendentes a aquisição da coisa, o direito real. Ela se caracteriza pela não inserção, nos contratos de compromisso, de cessão e de promessa de cessão, da cláusula de arrendimento, denominada também de arras penitenciais (art. 420, CC/2002)”.⁷⁶

A existência de cláusula de arrendimento do negócio de compra e venda, fará com que este compromisso não seja qualificado como um direito real na sistemática do Código Civil de 2002, porém vale a observação de Marco Aurélio S. Viana no sentido de que isso só é possível para os imóveis não loteados, uma vez que o regime dos imóveis loteados possui a tutela pela Lei 6.766/1979 que em seu art. 25 estabelece que o compromisso de compra e venda é irretratável⁷⁷ e, portanto, será nula a condição em sentido contrário.

74. Sobre o tema ver, AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

75. VIANA, Marco Aurélio S. Op. cit., p. 756.

76. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. cit., p. 1061.

77. VIANA, Marco Aurélio S. Op. cit., p. 759-760.

O segundo artigo a regular a matéria no Código Civil é o art. 1.418 que estabelece fundamentalmente que ao promitente comprador, titular de um direito real (compromisso de compra e venda registrado no Cartório de Registro de Imóveis e sem cláusula de arrendimento), poderá exigir (de forma extrajudicial ou judicial, se necessário) a outorga da escritura definitiva, e no caso de sua recusa, poderá (faculdade) requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. “Trata-se de efeito do direito de sequela que o direito real confere ao promitente comprador. Decorre o direito de sequela do vínculo que liga o imóvel ao compromisso, facultando ao promitente comprador buscá-lo onde quer que se encontre. Este vínculo é uma garantia contra todos, pois, registrada a promessa, o feito do direito real decorrente é oponível *erga omnes*”.⁷⁸

A questão que se põe na redação do art. 1.418 do CC/2002 é justamente a exigência de registro do compromisso de compra e venda junto ao Cartório de Registro de Imóveis como condição para se ter o direito de exigir a adjudicação compulsória em face do promitente vendedor já que antes da vigência do Código Civil de 2002 a questão era pacífica pela Súmula 239 acima transcrita.

Quanto a esta questão, temos que limitar o debate aos imóveis não loteados, já que a questão quanto aos imóveis loteados é regulada por lei especial que permite a ação de adjudicação independente do registro, bastando para tanto a prova de pagamento e quitação.

Objetivando resolver a questão que é aqui proposta, foi editado o Enunciado 95 da I Jornada de Direito Civil do STJ no seguinte sentido: “O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório do registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ)”.

Concordamos completamente com tal posicionamento (Enunciado 95 do CEJ), uma vez que o novo Código Civil não traz nenhuma inovação quanto às partes contratantes do compromisso de compra e venda a prejudicar todo o entendimento anteriormente consagrado com fundamento nas leis especiais. Ademais, o Enunciado 95, vem a garantir o direito de terceiros estranhos ao negócio jurídico – compromisso de compra e venda – que sem o respectivo registro no Cartório de Registro de Imóveis, jamais poderiam ter tido conhecimento da sua existência e, portanto, não poderiam sofrer os efeitos de uma adjudicação compulsória.

78. SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Direito do promitente comprador e direito reais e garantia – Penhor, hipoteca, anticrese*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 5, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, p. 45-46.

Ou seja, a solução indicada pelo Enunciado 95 do CEJ, protege tanto aos contratantes, garantido-lhes direitos que transcendem o simples e literal texto do art. 1.418 do CC/2002, como também garante o direito de terceiros em não ser prejudicados por uma adjudicação compulsória que não deram causa por desconhecerem qualquer compromisso de compra e venda que não tenha sido levado a registro.

Portanto, entendemos, tal como Arruda Alvim,⁷⁹ José Osório de Azevedo Jr.,⁸⁰ Marco Aurélio S. Viana⁸¹ e Francisco Cláudio de Almeida Santos⁸² que a matéria atinente ao Compromisso de Compra e Venda continua a ser amplamente regulada pelas legislações especiais, tais como, a Lei 649/1949, a Lei 6.766/1979, a Lei 9.785/1999 e o Dec.-lei 58/1937.

Assim, pode-se afirmar que o compromisso de compra e venda não é um instituto propriamente novo ou uma verdadeira inovação uma vez que já era tratado por leis esparsas, de forma que a referência é aqui realizada no sentido exclusivo de ter sido incluído no Código Civil 2002 com um direito real.

4.8 A propriedade fiduciária

A propriedade fiduciária é uma das inovações do Código Civil de 2002 no que se refere aos direitos reais, tendo sua previsão legal nos arts. 1.361 a 1.368-A (Capítulo IX, do Título III – Da Propriedade, do Livro III na Parte Especial).⁸³

O tema foi objeto de análise pelos Prof. Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, ainda sob a ótica do Projeto do Código Civil em sua clássica obra *Garantia fiduciária*, não tendo havido uma reedição da obra após a publicação definitiva do texto do Código Civil. No entanto, o tema sofreu poucas alterações,

79. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil brasileiro* cit.

80. AZEVEDO JR., José Osório de. *Op. cit.*

81. VIANA, Marco Aurélio S. *Op. cit.*

82. SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Op. cit.*

83. RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 80. “Após a primeira manifestação legal positiva de garantia fiduciária, que foi introduzida para fortalecimento operacional do então recém-implantado sistema financeiro, sentiu o legislador presente a oportunidade de empreender um lance mais arrojado e decisivo no sentido de integração definitiva dos princípios filtrados, na legislação comum, de caráter geral. É o que sucede com a introdução na legislação civil codificada das disposições relativas à propriedade fiduciária com escopo de garantia de coisas móveis infungíveis”.

de forma que permanecem absolutamente válidas as colocações lá indicadas, das quais trazemos alguns destaques, em função da sua relevância.

“Em essência, a transferência da propriedade fiduciária, com escopo de garantia, constante do Anteprojeto, equivale à alienação fiduciária em garantia regulada na Lei de Mercado de Capitais, de 1965.

Conserva, propositadamente, o ângulo de enfoque do negócio jurídico, do ponto de vista da generalidade, ou seja, do proprietário em geral (sujeito) que pratica o ato de transferir, alienar a sua propriedade móvel ao credor, com escopo de garantia de dívida assumida para com este. É o devedor que, na oração legal, pratica a ação expressa pelo predicado *transfere*. (...)

Não se trata de mais uma modalidade de garantia fiduciária a integrar o direito positivo, senão da estratificação da entidade preexistente, recolhida como solução normativa que completa o quadro da propriedade.

Retira-se-lhe o matiz de direito excepcional, para adquirir contorno de regra genérica integrante do comum direito de propriedade, como modalidade de direito real incluído sob o título de ‘Propriedade Fiduciária’ no rol do art. 1.418⁸⁴ encabeçado pela ‘propriedade’. (...)

Adotou, com caráter geral, novo modo de transferência da propriedade móvel, permitindo ao alienante a recuperação do domínio através do implemento da condição resolutiva, que é o pagamento da dívida, sem privar o devedor da *fruição direta do bem*, cuja propriedade transferiu em caráter transitório com escopo de garantia ao credor. *Nisto reside a excelência do instituto.*”⁸⁵

E arremata o insigne doutrinador Paulo Restiffe que teve parcialmente atendidas as suas sugestões a tal instituto quando consultado pela comissão presidida pelo Prof. Miguel Reale, para dizer que “assim, aprovar-se a essa altura, disposição sobre propriedade fiduciária, em um novo Código Civil, somente com relação a bens móveis, sem ter em vista a nova modalidade de alienação fiduciária sobre coisa imóvel, constitui perda da oportunidade de reforma abrangente”.⁸⁶

Quanto ao instituto da propriedade fiduciária previsto no Código Civil, podemos destacar o fato de que ela poderá ser contratada diretamente entre particulares (exclusivamente bens móveis) ao contrário do que consta da legislação específica, que só permite às instituições integrantes do Sistema Financeiro

84. Atual art. 1.225 do CC/2002.

85. RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit., p. 83-84.

86. Idem, 100.

Nacional, além de ser vedada a cláusula de pacto comissório que foi extinto de nosso Código Civil. Tais dispositivos são os arts. 1.364 a 1.367 do CC/2002.

Resumidamente, a propriedade fiduciária de que trata o Código Civil será aplicada exclusivamente sobre bens móveis infungíveis, que serão utilizados como garantia a um credor (art. 1.361, *caput*, CC/2002).⁸⁷

Finalmente, pelo art. 1.368-A, incluído pela Lei 10.931/2004, permanecem em pleno vigor toda a legislação esparsa e específica quanto às demais modalidades de propriedade fiduciária ou de garantia fiduciária, resolvendo um grande debate doutrinário que já estava sendo travado quanto à revogação ou não da legislação esparsa.

4.9 O condomínio edilício

Quanto à matéria de condomínio, o Código Civil inovou, passando a destacar e tratar em capítulos distintos, os Condomínio geral (Capítulo VI) e o Condomínio edilício (Capítulo VII), arts. 1.331 a 1.358, sendo certo que esta matéria não era tratada no Código Civil de 1916, sendo regulada no Brasil originalmente pelo Dec. 5.481/1928, que só permitia a propriedade fracionada em edifícios com mais de cinco pavimentos, sendo posteriormente reduzido para três pavimentos pelo Dec.-lei 5.234/1943.⁸⁸

Posteriormente a matéria veio a ser tratada de forma mais próxima à realidade social pela Lei 4.591/1964, que acabou por inovar ao regular as questões como os futuros condomínios para as incorporações; a configuração dos encargos condominiais e acessórios como obrigações de natureza *propter rem*; a necessidade de uma convenção de condomínio com registro em cartório de títulos e documentos; entre inúmeros outros direitos, obrigações e deveres.

87. FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. Org. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 15, Parte especial do Direito das coisas, p. 341-343. “Trata a disciplina legal tão só da coisa móvel, restringido, por conseguinte, o objeto e o respectivo campo de incidência. (...) A infungibilidade é característica que torna o bem peculiar, específico ou especial e não pode ser simplesmente trocado ou substituído por outro. A singularidade invoca e sustenta a impossibilidade de substituição, quer no sentido qualitativo, que em acepção quantitativa. (...) A garantia ou abonamento é elemento da relação jurídica que busca satisfazer os interesses do credor. De algum modo, cauciona-se o cumprimento do contrato, seguindo regra geral”.

88. cf. CAMBLER, Everaldo Augusto. *Condomínio edilício. Estudos em homenagem ao Acadêmico Ministro Moreira Alves*. São Paulo: Fiuza Ed.; Academia Paulista de Magistrados, 2003. p. 176.

Antes de identificarmos diretamente algumas das inovações apontadas pelo Código Civil, devemos enfrentar a questão quanto à eventual revogação ou não da Lei 4.591/1964 pelas disposições do Código Civil.

Nesta questão estamos de acordo com o posicionamento de Carlos Alberto Dabus Maluf, Márcio Antero Motta Ramos Marques,⁸⁹ Luiz Edson Fachin,⁹⁰ Arnoldo Wald⁹¹ e Carlos Roberto Gonçalves,⁹² ao sustentarem que as regras estabelecidas quanto ao condomínio edilício do Código Civil devem ser aplicadas diretamente e em detrimento da regras estabelecidas na Lei 4.591/1964, que passam a ter uma força puramente subsidiária para as hipóteses de omissões e para as questões em que não ocorra o conflito de normas, face à derrogação pelos artigos do Código Civil de 2002.

Tal interpretação é alcançada pela aplicação sistêmica da LC 95/1998 com alterações da LC 107/2001, combinado com o disposto no art. 2.º e seus parágrafos da LICC (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Dec.-lei 4.657/1942) uma vez que o art. 2.045 do CC/2002 foi omissivo quanto a eventual revogação expressa das normas atinentes ao condomínio edilício da Lei 4.591/1964.

Superado o aparente conflito de normas, passamos a enfrentar as questões atinentes ao condomínio edilício, partindo da sua definição e natureza. Na definição de Arnoldo Wald, é “um condomínio de natureza especial é o dos imóveis divididos em apartamentos, e que constituem uma comunhão *pro diviso*, também denominada *propriedade horizontal*”.⁹³

A definição do Prof. Arnoldo Wald acima indicada, em nosso entender, deve ser estudada em conjunto com a lição de Everaldo Augusto Cambler, que acaba por complementá-la ao tratar da questão vinculada à natureza jurídica do condomínio edilício, definindo-o como uma situação jurídica complexa entre copropriedade e domínio exclusivo. Diz o referido doutrinador: “Ao contrário do condomínio em geral, o condomínio edilício pressupõe uma situação jurídica de natureza complexa, onde o titular do direito conjuga em si o exercício da copropriedade sobre as partes comuns e do domínio exclusivo sobre as

89. DABUS MALUF, Carlos Alberto; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

90. FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 226.

91. WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 162.

92. GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 374.

93. WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 162.

partes privativas, domínio este exercido nos limites da existência de diversas propriedades confinantes”.⁹⁴

Passemos agora a uma breve análise quanto às inovações do Código Civil no que se refere à matéria do condomínio edilício. O art. 1.331 estabelece os limites quanto ao objeto de tal instituto, sendo que o rol constante dos §§ 1.º e 2.º é meramente exemplificativo conforme definido pelo Enunciado 89 das I Jornada de Direito Civil do STJ: “O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo”.

Quanto à fração ideal que é destinada a cada um dos proprietários das unidades autônomas (art. 1.331, § 1.º, CC/2002), estabelece o § 3.º do art. 1.331 com a redação atribuída pela Lei 10.931/2004, que tal fração ideal será especificada no instrumento de instituição do condomínio, sempre representado na forma decimal ou ordinária. A questão que se põe quanto a tal especificação, é justamente nas hipóteses em que as garagens que cada um dos condôminos tem direito, não forem devidamente especificadas e individualizadas junto à escritura de cada uma das unidades autônomas, de forma que o espaço destinado às garagens conste como área pertencente ao condomínio. Nesta situação, entendemos que seria aplicável o § 2.º do art. 1.331 do CC/2002 que estabelece que será tido como parte comum do condomínio e, portanto, não suscetível à alienação individual ou divisão.

A forma de instituição do condomínio está prevista no art. 1.332 do CC/2002, o qual permite a sua instituição por ato entre vivos ou por testamento, que submetido ao registro no Cartório de Registro de Imóveis, deverá constar obrigatoriamente a descrição e individualização das unidades autônomas e das partes comuns, além da determinação da fração ideal atribuída a cada unidade (terreno e partes comuns) e a finalidade a que as unidades se destinam.

Já os arts. 1.332 a 1.334 dispõem sobre a instituição da convenção de condomínio além de apontar regras quanto ao seu *quorum* de aprovação e às cláusulas necessárias e obrigatórias.

No que se refere ao *quorum* de aprovação, o Código Civil não trouxe nenhuma inovação em relação à Lei 4.591/1964, sendo a grande inovação o fato de que o *caput* do art. 1.333 não prevê a obrigatoriedade de registro da convenção de condomínio para a sua existência, validade e eficácia⁹⁵ em relação aos condôminos. No entanto, o parágrafo único do art. 1.333 vincula a eficácia

94. CAMBLER, Everaldo Augusto. Op. cit., p. 178.

95. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24. “Plano da existência, plano da validade e plano da

em relação a terceiros, ao necessário registro da convenção de condomínio no Cartório de Registro de Imóveis. A inovação está no fato de que pela regra do § 1.º do art. 9.º da Lei 4.591/1964, havia a determinação de registro no Cartório de Registro de Imóveis da convenção de condomínio, de forma que podemos concluir que a ausência de seu registro fazia com que a convenção de condomínio não registrada não passava do plano da validade.

Os principais direitos, obrigações e deveres dos condôminos estão previstos nos arts. 1.335 a 1.339 e seus respectivos incisos e parágrafos, além dos arts. 1.345 e 1.346, todos do Código Civil de 2002.

Resumidamente, destacamos alguns dos principais direitos, obrigações e deveres dos condôminos: (a) direito de usar, fruir e dispor livremente de suas respectivas unidades; (b) usar as coisas comuns de acordo com a sua destinação, sem prejudicar os interesses dos demais condôminos; (c) participar e votar nas assembleias e deliberações, desde que esteja quite com o pagamento da verba condominial; (d) dever de contribuir com as despesas condominiais na proporção de suas frações ideais; (e) não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; (f) não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; (g) dar as suas partes a mesma destinação que tem a edificação e não utilizá-la de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Quanto à multa pelo inadimplemento prevista no § 1.º do art. 1.336 do CC/2002, houve inovação na matéria tendo a multa condominial pelo inadimplemento sofrido radical limitação ao valor equivalente a 2% do débito. Tal medida em um primeiro momento resultou em um expressivo aumento da inadimplência, o que acabou sendo resolvido pela recente Lei Estadual de São Paulo (Lei 13.160/2008) que passou a incluir entre o rol de títulos protestáveis as verbas condominiais, desde que haja a prévia e expressa aprovação pelo estatuto, convenção ou assembleia de condôminos.

Quanto à limitação do valor da multa pelo inadimplemento condominial, o próprio Prof. Miguel Reale acabou por assumir que a comissão de revisão exagerou na sua limitação, sendo preferível que não tivesse constado de tal limitação.⁹⁶

eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”.

96. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* cit., p. 52. “É claro que não pretendo apresentá-lo como uma obra perfeita, sendo natural que, em um ou outro ponto, possa ele ser objeto de revisão ou complemento, como se dá, por exemplo, em matéria de

Algumas punições aos condôminos previstas no Código Civil têm por finalidade a preservação da função social da propriedade e ao interesse comum, tais como, as punições do condômino faltoso ou que pratique comportamentos antissociais, incômodo e a própria higiene da sua unidade autônoma com reflexos no condomínio conforme se verifica do art. 1.337 do CC/2002. Os artigos que se seguem acabam por tratar de questões vinculadas aos *quoruns* de deliberações para cada uma das situações indicadas nos respectivos artigos, tal como se verifica no art. 1.341 do CC/2002 quanto às obras no condomínio.

Os arts. 1.347 a 1.356 do CC/2002 tratam de questões vinculadas à administração do condomínio. Uma das inovações é apresentada logo no primeiro artigo destinado à administração do condomínio, pois o artigo 1.347 estabelece que a administração caberá ao síndico, *que poderá ser uma pessoa não condômino* e com possibilidade de reeleição ao cargo com mandatos de até dois anos. A inovação se dá justamente no fato de resolver uma questão de grande divergência na legislação anterior, pois o art. 22 da Lei 4.591/1964 estabelecia que seria *um síndico do condomínio*.

Esta inovação trazida pelo Código Civil de 2002 permitindo a nomeação de um síndico que não seja condômino, foi muito oportuna e veio a trazer a solução para inúmeros condomínios, pois o síndico não condômino (síndico profissional), além de ser uma pessoa imparcial irá viabilizar uma gestão profissional do cargo. Nesse sentido é o escólio de Everaldo Augusto Cambler: “Essa explícita referência, agora encontrada no novo Código Civil reconhece a existência dos denominados ‘síndicos profissionais’, pessoas contratadas pelos condôminos quando, dentre eles, não existe interesse ou vontade de administrar o condomínio. (...)”

Essa opção do legislador recepciona a realidade encontrada em certos condomínios, particularmente em ‘apart-hotéis’, ‘hotéis-residência’ e equiparados, onde a administração profissional é fundamental para o sucesso do empreendimento e os contratos firmados sempre alcançam longo prazo de duração”.⁹⁷

Ainda no que se refere à administração do condomínio, cabe um último apontamento, que é a possibilidade de ser instituído um conselho fiscal, composto por três membros eleitos pela assembleia e pelo prazo de até dois anos,

condomínio edilício, onde erroneamente se redigiu a ridículos 2% a multa aplicável ao condômino que deixa de pagar, pontualmente, a prestação condominial. Se havia exagero na multa de 20%, devia esta ser reduzida a porcentagem que não ensejasse aos condôminos a opção por uma aplicação mais rendosa de seus haveres”.

97. CAMBLER, Everaldo Augusto. Op. cit., p. 185.

com competência para dar um parecer quanto às contas prestadas pelo síndico. Tal regra está prevista no art. 1.356 do CC/2002.

Os arts. 1.357 e 1.358 encerram o Capítulo VII quanto às formas de extinção do condomínio, sendo que o art. 1.357 repete similar disposição do art. 14 da Lei 4.591/1964 e o art. 1.358 prevê a hipótese de sua extinção pela desapropriação, fazendo expressa remessa ao art. 1.357 quanto à forma de partilha da indenização devida. “A extinção do condomínio, como se vê, pode ocorrer, também em virtude de decisão do Poder Público, que opta pela desapropriação do imóvel. Trata-se, aqui, de extinção forçada, que independe da vontade dos condôminos, mas do exercício, pelo Estado, de seu *jus imperium*”.⁹⁸

Finalmente e para encerrar o presente capítulo, cumpre trazer a crítica de Arnaldo Wald quanto às regras previstas no Código Civil de 2002 quanto ao condomínio edilício, que embora o Código Civil tenha tratado a matéria de forma ampla, acabou por perder a oportunidade de tratar especificamente de temas como os *shopping centers*, os apart-hotéis e as propriedades compartilhadas com o *time sharing*.⁹⁹

4.10 A concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real

Finalmente, quanto às inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, cumpre fazer a referência à concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real que foram incluídas no rol dos direitos reais conforme incs. XI e XII do art. 1.225 do CC/2002 que foram acrescentados pela Lei 11.481/2007, sendo que a referida Lei deu nova redação ao art. 7.º do Dec.-lei 271/1967 assim redigido:

“Art. 7.º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

(...)

§ 5.º Para efeito de aplicação do disposto no *caput* deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia:

98. FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 318.

99. WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 162-163.

I – do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e

II – do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, observados os termos do inciso III do § 1.º do art. 91 da Constituição Federal.”

Cumprido em primeiro lugar esclarecer o que entendemos como correto quanto ao que se pretendeu dizer por concessão de uso, que conforme escólio de Orlando Gomes: “Denomina-se concessão de uso, tendo por objeto terrenos públicos ou particulares e o espaço aéreo sobre a superfície de terrenos da mesma natureza. (...) O direito de concessão de uso é temporário, podendo ser constituído por tempo determinado ou indeterminado. Ao declará-lo direito resolúvel, quis o legislador significar que o concedente pode, a qualquer tempo, cassar a concessão se o uso for desviado de sua finalidade específica. (...) Esse singular direito real assemelha-se ao usufruto. Se bem que seja concessão de uso, o concessionário tem direito de fruir plenamente o terreno para fins de concessão. Se a fruição é gratuita, o uso concedido de um terreno não se distingue, salvo pela resolubilidade, de usufruto. Aproxima-se, outrossim, do direito real de superfície, tal como foi delineado, pela primeira vez, no Projeto de Reforma do Código Civil de 1965. A vantagem da concessão de uso é ter permitido ao particular receber determinada prestação pecuniária em troca da concessão de uso de terreno próprio, ou foreiro”.¹⁰⁰

Arelado à definição de Orlando Gomes acima transcrita, a concessão de uso especial para fins de moradia é diretamente vinculada ao direito de moradia, como sendo um direito social fundamental, irrenunciável e indisponível que foi acrescentado ao art. 6.º da CF pela EC 26/2000.

A origem do inc. XI do art. 1.225 do CC/2002, é o veto presidencial à Seção IV do Estatuto da Cidade que tinha por objetivo justamente disciplinar o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia. Com o veto presidencial, foi editada a MedProv 2.220/2001, que passou a regular a matéria além do exposto na Lei 11.481/2007.

Além de acrescentar o inc. XI do art. 1.225 do CC/2002, a Lei 11.481/2007, acrescentou o art. 22-A à Lei 9.636/1998 que regulamenta a forma pela qual será realizada a concessão para fins de moradia quanto às áreas da União Federal. Vejamos o dispositivo legal:

“Seção VIII

Da concessão de uso especial para fins de moradia

Art. 22-A. A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos,

100. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 22-23.

e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória 2.220, de 4 de setembro de 2001.

§ 1.º O direito de que trata o *caput* deste artigo não se aplica a imóveis funcionais.

§ 2.º Os imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são considerados de interesse da defesa nacional para efeito do disposto no inciso III do *caput* do art. 5.º da Medida Provisória 2.220, de 4 de setembro de 2001, sem prejuízo do estabelecido no § 1.º deste artigo.”

Cumprindo observar que o art. 22-A da Lei 9.636/1998 acima transcrito, faz expressa referência à MedProv 2.220/2001, sendo que, por ter sido editada antes da EC 32/2001, terá vigência até que o Poder Legislativo venha a expressamente regular a matéria por outra Lei.

A MedProv 2.220/2001 regula o disposto no § 1.º do art. 183 da CF (“o título de domínio e a concessão de uso”), sendo que o seu art. 1.º (MedProv 2.220/2001) é praticamente igual às disposições do art. 9.º do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), porém tratando de imóveis públicos.

Já o art. 2.º da MedProv 2.220/2001, embora trate de imóvel público, vem a repetir a regra da denominada usucapião especial coletiva do art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), inclusive quanto às mesmas deficiências e dificuldades de tal instituto, porém aqui é denominado de concessão coletiva, uma vez que os imóveis públicos não são suscetíveis à usucapião.

A própria Medida Provisória também estabelece os procedimentos para a sua concessão (administrativos e judiciais), garantindo que será conferido ao concessionário um título com “eficácia *erga omnes* e direito de sequela, nos mesmos termos dos demais direitos reais”.¹⁰¹

A concessão de uso para moradia será extinta na hipótese do concessionário dar ao imóvel objeto da concessão finalidade diversa da moradia, seja para si ou para a sua família, ou ainda na hipótese de ser adquirida a propriedade ou a concessão de uso e moradia de outro imóvel urbano ou rural (art. 8.º, I e II, MedProv 2.220/2001).

No que se refere à concessão de direito real de uso, temos que igualmente foi acrescentado pela Lei 11.481/2007, sendo regulado pela Lei 9.636/1998. A concessão será realizada por ato administrativo da Secretaria do Patrimônio da União, de forma gratuita ou em condições especiais que garantam a função social da propriedade (art. 18, Lei 9.636/1998).

101. WALD, Arnoldo. *Direito civil*. Op. cit., p. 363.

A concessão de uso será concedida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às entidades filantrópicas (sem fins lucrativos) diretamente vinculadas a atividades de educação, cultura, assistência social ou saúde. Poderá também admitir pessoas físicas ou jurídicas, desde que atendido o interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional (art. 18, Lei 9.636/1998). Uma vez agredido qualquer dos princípios e normas sociais estabelecidas pela Lei 9.636/1998, o Poder Público concedente deverá revogar a concessão outorgada.

Portanto, este “novo” direito real incluído no inc. XII do art. 1.225 do CC/2002, tem uma finalidade nítida de tentar garantir a função social da propriedade dos imóveis da União, e na preservação do equilíbrio ambiental nos termos dos arts. 170, III, art. 182, art. 186 e art. 225, todos da CF.¹⁰²

5. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. *Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Juruá, 2009. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Anotações sobre a posse e seu objeto material (coisas corpóreas). *Estudos em homenagem ao Acadêmico Ministro Moreira Alves*. São Paulo: Fiuza Ed.; Academia Paulista de Magistrados, 2003.
- _____. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI, t. I e II, Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. I e II.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

102. Idem, p. 364.

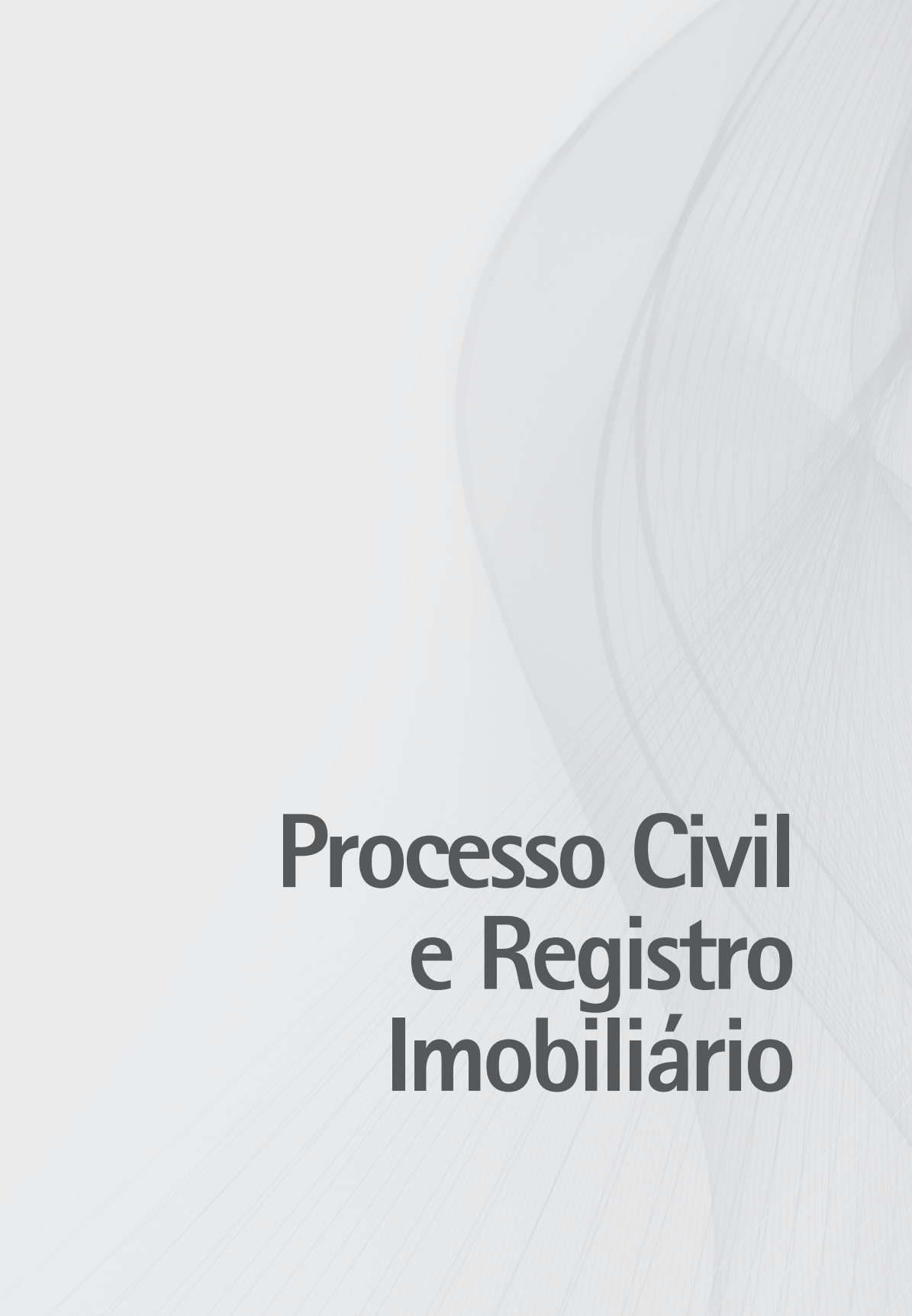
- CAMBLER, Everaldo Augusto. *Condomínio edilício. Estudos em homenagem ao Acadêmico Ministro Moreira Alves*. São Paulo: Fiuza Ed.; Academia Paulista de Magistrados, 2003.
- CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião constitucional urbano*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DABUS MALUF, Carlos Alberto; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Galousté Gulbenkian, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. Org. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 15, Parte especial do Direito das coisas.
- GARBI, Carlos Alberto. *Relação jurídica de direito real e usufruto*. Colaboração Prof. Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2008.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. V, Direito das coisas.
- GORAYB, Rima. *O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. I, Evolução histórica.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Direitos reais*. Prelecções ao 4.º ano jurídico, 1970-1971, coligidas por Álvaro Moreira Carlos Fraga. Coimbra: Almedina, 2009.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____; _____. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. IV, Direitos reais.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1, Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. O bem comum e a função social da propriedade, *Revista de Direito Privado*. vol. 47. p. 311. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Direito do promitente comprador e direito reais e garantia – Penhor, hipoteca, anticrese*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 5, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: _____; MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg (orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentários de jurisprudência. *Revista dos Tribunais*. vol. 723. p. 208-223. São Paulo: Ed. RT, jan. 1996.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007. vol. V, Direitos reais.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil. Dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510*. 3. ed. Org. Sílvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. XVI.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4, Direito das coisas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro, de Melhim Namem Chalhub – *RDB* 2/113;
- A tipicidade dos direitos reais, de Henrique Ferraz Corrêa de Mello – *RDI* 52/75;
- Direito real, de Dilvanir José da Costa – *RT* 782/727;
- Hermenêutica e operabilidade dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do Código Civil, de Lucas Abreu Barros – *RDPriv* 21/130; e
- O direito real de superfície e a sistemática de Novo Código Civil Brasileiro, de *RT* 775/79.

The background of the page features a light gray abstract design. It consists of several overlapping circles and a series of thin, curved lines that sweep across the right side of the image, creating a sense of motion and depth.

Processo Civil e Registro Imobiliário



NOVOS CONTORNOS DA FRAUDE À EXECUÇÃO

1

Consoante a Súmula 375 do STJ

JEFFERSON DOUGLAS SANTANA DE MELO

Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo IBDP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Processual; Civil

RESUMO: O Ordenamento Jurídico brasileiro, sob o prisma das inovações que o permeiam, à luz da Súmula 375, aclara inúmeras modalidades – de fraude a execução. Como efeito, suscita-se não somente a questão da cientificidade do direito no plano prático-dogmático, particularmente e com maior ênfase no Direito Processual Civil. Isso não se dá somente em virtude de sua posição eminente e das candentes expectativas sociais que recaem em seus institutos, mas também, por seus efeitos, da aferição da boa-fé do adquirente, do conhecimento ou não da existência da fraude à execução, dentre outros. O Direito Processual Civil, juntamente com a doutrina e a jurisprudência, nas principais teorias que os instituem, instam. Nesse diapasão, possibilitar ao interprete do Direito, entre normas, dispositivos, texto e literalidade o verdadeiro sentido da compreensão do tema, ora apresentado, além de mera ineficácia da compra do bem em face do credor-exequente.

PALAVRAS-CHAVE: Fraude – Execução – Processo civil – Boa-fé.

ABSTRACT: The Brazilian legal system from the perspective of innovation that permeates the light of Precedent 375 (*Súmula*), reclarifies offers numerous types of fraud enforcement. As an effect, not only raises the question of scientific law in practice-dogmatic, and particularly with more emphasis on civil procedural law, because of its prominent position and the burning social expectations that fall in their institutes, but also the question of the effect of measuring the good faith of the purchaser, the knowledge of the existence or non-fraud enforcement, among others. The Civil Procedural Law, together with the doctrine and jurisprudence, the main theories that establish, urge, and in that vein, allow to interpret the law, including standards, devices, text and literal sense of the true understanding of the topic, presented here, beyond mere inefficiency of purchasing the asset in the face of the lender-creditor.

KEYWORDS: Fraud – Execution – Civil procedure – Good faith.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade patrimonial – 3. Conceito e previsão legal de fraude à execução – 4. Pressupostos de configuração da fraude à execução consoante a Súmula 375 do STJ: 4.1 Pressupostos objetivos da fraude à execução; 4.2 Pressuposto subjetivo da fraude à execução: a ciência da fraude pelo terceiro adquirente – 5. Das modalidades de fraude à execução: 5.1 Pendência de ação fundada em direito real; 5.2 Pendência de ação capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência; 5.3 Demais causas de fraude: 5.3.1 Da averbação da execução no registro de bens do devedor art. 615-A do CPC; 5.3.2 Da alienação ou oneração de bens após a inscrição da dívida ativa, *ex vi* do art. 185 do CTN; 5.4 Da alienação de bens penhorados – 6. Dos efeitos da declaração de fraude à execução – 7. Fraude contra credores – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

“Não é triste mudar de ideia; triste é não ter ideias para mudar” (Barão de Itararé).

Trata-se de árdua tarefa escrever sobre o instituto processual da fraude à execução, tamanha a importância e complexidade deste, principalmente nos dias atuais quando os processualistas de vanguarda discutem a melhor forma de se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Na esteira da discussão há, inclusive a especulação da elaboração de um novo Código de Processo Civil.

Atualmente, com o fortalecimento dos Estados, ficou ultrapassada a solução de conflitos por meio da autotutela, que premiava o mais forte. Em substituição a essa, o Estado tomou para si, exclusivamente, o poder-dever de solucionar os conflitos de interesses. Desta feita, a elaboração de regras de condutas gerais, bem como a sua aplicação ao caso concreto, sai das mãos do particular e passa a ser de competência dos Estados.

Esta função do Estado – a de solucionar conflitos – dá-se o nome de Jurisdição. As finalidades da Jurisdição, enquanto emanção do poder do Estado são a aplicação do Direito e a pacificação social, visando o fim almejado pelo Estado que é o *bem comum*.

Uma vez instalado o conflito, havendo a provocação do Estado, deve este atuar de forma efetiva, proporcionando a distribuição da Justiça, sob as duras penas de, assim não o fazendo, gerar um descontentamento dos jurisdicionados, o que todos sabem é o maior risco para a existência do próprio Estado.

Nesse ínterim, o eminente doutrinador Marcus Vinícius Rios Gonçalves¹ em sua festejada obra *Novo curso de direito processual civil* aduz, *in verbis*, que:

1. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

“No processo de conhecimento e na execução (seja ela processo ou mera fase) há um conflito de interesses, que deve ser solucionado pelo Poder Judiciário (daí a natureza jurisdicional de ambos). Mas o tipo de conflito é distinto: no primeiro recai sobre a existência do direito alegado pelo autor em face do réu. Na execução, o conflito é de inadimplemento. O direito do autor está reconhecido, ma o réu recusa-se a satisfazê-lo espontaneamente, sendo necessária a intervenção do Judiciário para torná-lo efetivo”.

Sendo assim, após a instauração de um processo que visa à condenação de um réu, em regra busca-se a satisfação do crédito do autor, por meio da arrecadação dos bens do devedor, com a consequente adjudicação, alienação ou usufruto daqueles.

Esta confiança no sistema garante a Segurança Jurídica, permitindo que não se instaure a barbárie, quando o cidadão, não confiando mais na Justiça começa a promover toda a sorte de exercício arbitrário das próprias razões. Por outro lado, a segurança jurídica garante que um país receba investimentos estrangeiros, de modo a desenvolver a sua economia. Que particularmente no Brasil, país social-democrata promove um maior desenvolvimento de todas as classes sociais, retirando milhares de pessoas da miséria.

É neste cenário que está inserto o instrumento processual da fraude à execução – intrinsecamente ligado à segurança jurídica – haja vista este instrumento ter por escopo proteger os direitos dos credores e devedores, garantindo a utilidade da execução e auxiliando o Estado na resolução da crise do inadimplemento que existe em sede de processo executivo.

Mesmo com a existência de farta e qualificada doutrina, em virtude da importância do tema, procuramos tecer algumas considerações acerca de função tão importante para o direito brasileiro. Tal importância está, relacionada, principalmente com sua natureza jurídica, definição, origem histórica e princípios fundamentais; contudo, sem perder de vista a finalidade desse trabalho que busca fixar linhas sobre os aspectos práticos do instituto.

2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O art. 591 do CPC dispõe: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. Assim, o devedor que contraiu uma obrigação, ao se tornar inadimplente tem a responsabilidade pelo pagamento, sujeitando todo o seu patrimônio (presente e futuro) de modo a satisfazer o eventual credor”.

No que tange à responsabilidade patrimonial, o ilustre doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves² assevera: “A responsabilidade patrimonial implica a sujeição de um bem ou do patrimônio de determinada pessoa ao cumprimento de uma obrigação. Permite postular, por via judicial, que seja invadida a esfera patrimonial do responsável, para obter, em seu patrimônio, bens que sejam bastante para fazer frente à satisfação do credor”.

Igualmente, os preclaros doutrinadores Nery Junior e Nery³ prelecionam que “o patrimônio do devedor responde por suas obrigações. Se depois de obrigar-se, onera ou aliena bens ou direitos, a título gratuito ou oneroso, o patrimônio que possuía, ao tempo da obrigação, irá responder por ela (...)”.

É esta norma que implica uma confiança do credor em realizar negócios jurídicos onerosos com o devedor. De modo, a circular riqueza proporcionando o desenvolvimento da sociedade.

Cabe mencionar que, normalmente, são os bens do devedor que respondem pela dívida. Ocorre que o Ordenamento Jurídico determina algumas exceções a esta regra, na medida em que existe a possibilidade de ser responsabilizada pessoa que não é devedora a proceder ao pagamento. É o caso dos sócios que respondem pelas da Pessoa Jurídica nas hipóteses de *disregard of legal entity*. Do mesmo modo, urge destacar a existência de direitos não sujeitos à constrição judicial, como os dispostos no art. 649 do CPC.

Consoante aos ensinamentos dos processualistas Sá e Figueiredo,⁴ são casos de responsabilidade patrimonial secundária: “Ficam sujeitos à execução os bens: (a) do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; (b) dos sócios: O juiz poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica e, então, autorizar a penhora de bens dos sócios, caso a empresa esteja sendo usada de forma abusiva e de má-fé. O sócio responde solidária ou subsidiariamente pelas dívidas da empresa; (c) Do devedor, quando em poder de terceiros; (d) Do cônjuge, no caso em que seus bens próprios, reservados ou de meação, respondem pela dívida. Um cônjuge responde pela dívida do outro se elas houverem revertido em proveito do casal ou família, seja qual for o regime de bens. Caso seja efetivada a penhora obre bem indivisível, a meação do cônjuge, alheio à execução, recairá sobre o

2. Idem, p. 79.

3. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1000.

4. SÁ, Renato Montans de; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

produto da alienação do bem (art. 655-B do CPC); (e) Alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução. A alienação em fraude á execução é ineficaz perante o credor e em relação ao processo (...).”

Do mesmo modo, cabe destacar a existência de direitos não sujeitos à constrição judicial, como os dispostos no art. 649 do CPC:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;

V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI – o seguro de vida;

VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem;

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X – até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança;

XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

§ 1.º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2.º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.”

Desta forma, em que pese a existência do art. 591 do CPC, previu o legislador a hipótese de sua não observação. E com o escopo profilático das rela-

ções jurídicas foram inseridos no Ordenamento Jurídico pátrio instrumentos à disposição das partes processuais que permitem a concretização da eficácia da tutela jurisdicional.

Dentre estes instrumentos, está a fraude à execução, que ora se estuda.

Por fim, cumpre destacar que o estudo do referido é assaz importante, haja vista que os estudos aos instrumentos processuais de defesa dos credores às burlas engendradas por sórdidos devedores, sempre foram a preocupação dos estudiosos do Direito. Conforme já aduzia Goldschmidt: “1. Em todos os tempos foi considerado como um grave problema legislativo impedir os astutos que às vezes põem-se em prática para dificultar ao credor a satisfação de seu direito pelo procedimento da execução, principalmente pela razão que o mero fato de o devedor ter credores a quem pagar não autoriza a privar-lhe do direito de disposição de seu patrimônio. Enquanto existiu uma vigorosa execução pessoal, não havia o que temer tanto os manejos fraudulentos, pois o devedor tinha de pagar com seu corpo a burla a seus credores; Porém, já no mesmo Direito romano o *Practor* concedeu os credores uma ação especial para recuperar os objetos que o devedor tivesse feito passar fraudulentamente ao poder de terceiro em convivência com ele: tal ação é a *actio pauliana*. No Direito Justiniano, não é conhecida outra ação que esta (Dig. 42; Cod., 7, 75): sua origem é sempre o fraud do devedor e requer que o terceiro seja *conscius fraudis* ou que tenha adquirido a título lucrativo”.⁵

3. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL DE FRAUDE À EXECUÇÃO

O art. 593 do CPC determina, verbo *ad verbum*, que:

“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.”

O doutrinador Assis⁶ conceitua fraude a execução nos seguintes e exatos termos: “Consiste a fraude à execução. Com base no disposto no art. 593, CPC, nas suas várias hipóteses, pode-se dizer, sinteticamente, que consiste na

5. GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003. t. II, p. 189.

6. ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. *RePro* 105/220.

prática, no curso de um processo (de conhecimento ou execução) de ato tendente a subtrair do patrimônio do agente algum bem que, futuramente, seria possivelmente utilizado para satisfação do credor no correspondente processo de execução”.

Com muita propriedade, o doutrinador Nery Junior traça as seguintes explicações sobre o assunto: “Fraude à execução é ato atentatório à dignidade e à administração da justiça, muito mais grave do que a fraude pauliana. Na fraude contra credores o prejudicado direto é o credor; na fraude à execução o prejudicado imediato é o Estado-juiz. A existência de fraude à execução enseja declaração pura e simples, da ineficácia do negócio jurídico fraudulento, em face da execução”.⁷

Já o doutrinador Marinoni⁸ aduz, *ipsis litteris*, que: “A seu turno, a fraude à execução é vício muito mais grave, que não atinge apenas os interesses dos credores, afetando diretamente a autoridade do Estado concretizada no exercício jurisdicional. Seu reconhecimento depende da existência de uma ação contemporânea ao ato de diminuição patrimonial. Havendo ação judicial em andamento, o interesse em manutenção do patrimônio do executado não é apenas do credor, mas também da jurisdição, cuja atividade atua sobre o conjunto de bens. Em razão disto, a fraude à execução não se limita a gerar efeitos no campo processual, sendo também tipificada como delito (art. 179 CP)”.

É de todo oportuno gizar as palavras dos renomados doutrinadores Lamy e Borges que conceituam o supramencionado instituto nos seguintes termos: “Constitui fraude à execução a declaração judicial da ineficácia de atos de alienação ou oneração de bens quando, sobre estes pender ação fundada em direito real (art. 593, I, do CPC), ou já houver constrições judiciais tais como o arresto ou a penhora, especialmente se forem praticados de má-fé, ainda que não levem nem possam levar o devedor à insolvência. Também consiste em fraude à execução a declaração judicial da ineficácia de atos de alienação ou oneração de bens que conduzam ou possam conduzir o devedor à insolvência (art. 593, II, do CPC), desfalcando o seu patrimônio, desde que já exista processo de conhecimento ou de execução visando a satisfação do crédito, especialmente se forem praticados de má-fé, mediante conluio entre o devedor e terceiro”.⁹

7. Op. cit., 2007, p. 225.

8. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 3, p. 264.

9. AMY, Eduardo de Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter. Anotações sobre o art. 615-A do CPC e a declaração de fraude à execução. Material da 13.ª aula da disciplina

Diante desses termos, podemos conceituar o referido instituto como o ato atentatório à dignidade e à administração da justiça, praticado pelo devedor, no curso do processo, de conhecimento ou execução, com o escopo de subtrair de seu patrimônio bem que seria utilizado para a satisfação do credor.

No que tange à sua natureza jurídica, trata-se de instituto do direito processual, erigido ao patamar de matéria de ordem pública, pode ser decretada *ex officio* pelos Magistrados, da mesma sorte que não está sujeita à preclusão. Ela pode ser alegada por meio de pedido incidental no processo em curso.

A esse respeito, seguem as lúcidas lições do festejado processualista Bueno: “A fraude à execução, diferentemente, é instituto de processo civil, regida pelo art. 593, que o pode ser declarada de ofício pelo magistrado (porque sua prática é considerada ato atentatório à dignidade da justiça pelo art. 600, I, v. n. 3.8. do Capítulo I da parte I) e não está sujeita a qualquer prazo. Tampouco à necessidade, de acordo com a mesma doutrina noticiada no parágrafo anterior, mesmo quando requerido pelo interessado, de uma nova ação ou de um novo processo, sendo bastante o seu pedido formulado incidentalmente”.¹⁰

4. PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO CONSOANTE A SÚMULA 375 DO STJ

4.1 Pressupostos objetivos da fraude à execução

Cabe trazer à baila que são dois os pressupostos objetivos para a fraude a execução:

O primeiro pressuposto é a existência de um processo pendente, seja de qualquer natureza (conhecimento ou execução). Insta salientar que o Código de Processo Civil considera pendente o processo desde que a petição seja despacha pelo juiz ou simplesmente distribuída, *ex vi* do art. 263 do CPC: “Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”.

Entretanto, a moderna jurisprudência do nosso E. STJ orientou-se em sentido diverso, exigindo a citação do devedor. A corroborar o exposto acima insta

Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em direito processual civil – Uniderp/IBDP/Rede LFG.

10. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3, p. 221.

trazer à colação a judiciosa ementa do Acórdão prolatado no processo REsp 811.898/CE (2006/0014865-0) pela C. T. Civ. do E. STJ, relatado pela Min. Dra. Eliana Calmon, cujos dizeres transcrevemos *in verbis*:

“Tributário – Embargos de terceiro – Execução fiscal – Fraude à execução – Alienação posterior à citação do executado, mas anterior ao registro de penhora ou arresto – Necessidade de comprovação do *consilium fraudis*. 1. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal. 2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção *jure et de jure*. 3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança. 4. No caso alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4.º, do CPC, desde a redação da Lei 8.953/1994), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade. 5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado. 6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto. 7. Recurso especial improvido” (REsp 811.898/CE, 2.ª T., j. 05.10.2006, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 18.10.2006, p. 233).

O segundo pressuposto se trata do prejuízo que decorre da insolvência do devedor. Insta destacar que o referido prejuízo só poderá ser constatado em sede de fase executiva. Sobre este requisito, esclarecedores são os exemplos apresentados pelo ilustre doutrinador Gonçalves:¹¹ “Imagine-se, por exemplo, que o Réu, na fase cognitiva, aliena bem a um terceiro. Ainda que ele se torne insolvente, o juiz não poderá declarar de imediato a fraude à execução, já que este não é o momento para que se examine a insolvência, nem é possível saber se o autor sairá vitorioso de seu pleito: seria prematuro o reconhecimento da fraude. Só na fase de execução o juiz poderá constatar insolvência”.

11. Op. cit.

Por fim, urge destacar ao analisar o último requisito, que este tem por um de seus escopos à proteção do devedor manter relações jurídicas com outros, de modo a que mantenha sua dignidade. Pois somente serão ineficazes os negócios jurídicos celebrados se causarem prejuízos ao credor.

4.2 *Pressuposto subjetivo da fraude à execução: a ciência da fraude pelo terceiro adquirente*

Data vênia, com o intuito de proporcionar a plena cognição do leitor, mister se faz apresentar algumas digressões.

É de conhecimento que, por meio do desenvolvimento comercial, a civilização conseguiu se desenvolver aos patamares alcançados. Isso porque, atualmente, o homem está em todas as partes do planeta.

Nessa toada, assevera o insigne Prof. Coelho verbo *ad verbum*: “(...) os bens e serviços que homens e mulheres necessitam ou desejam para viver (isto é, vestir, alimentar-se, dormir, divertir-se etc.) são produzidos em organizações econômicas especializadas. Nem sempre foi assim, porém. Na antiguidade, roupas e víveres eram produzidos na própria casa, para os seus moradores; apenas os excedentes eventuais eram trocados entre vizinhos ou na praça. Na Roma antiga, a família dos romanos não era só o conjunto de pessoas reunidas por laços de sangue (pais e filhos), mas também incluía os escravos, assim como a morada não era apenas o lugar de convívio íntimo e recolhimento, mas também o de produção de alimentos, vinho e utensílios de uso diário. Alguns povos da Antiguidade, como os fenícios, destacaram-se intensificando as trocas e, com isto, estimularam a produção de bens destinados especificamente à venda. Esta atividade de fins econômicos, o comércio, expandiu-se com extraordinário vigor. Graças a ela, intercâmbios entre culturas distintas, desenvolveram-se tecnologias e meios de transporte, fortaleceram-se os estados, povoou-se o planeta de homens e mulheres”.¹²

Nesta conjuntura, estão como figuras proeminentes os negócios jurídicos relacionados à alienação e a oneração de bens. Do mesmo modo, sabe-se que a conservação do patrimônio por parte dos agentes, tem por finalidade a própria conservação da espécie, sentimento que pode ser retratado da seguinte forma: “trabalharei para conseguir dinheiro ou bens de modo que se um dia eu ou as pessoas que me são caras venha a precisar poderei utilizá-los”.

Assim, o indivíduo, ao celebrar negócios jurídicos onerosos com outrem, tem por finalidade receber a obrigação assumida pelo devedor. Caso haja o

12. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

inadimplemento da obrigação, poderá, em último caso, este credor se valer do Poder Judiciário para alcançar o seu bem da vida. Ocorre que, em virtude do princípio da patrimonialidade da execução, preceitua que o que se executa são os bens do devedor e não a pessoa do devedor.

Ademais, merece ser trazido à baila o entendimento do ilustre doutrinador Bueno: “Patrimonialidade no sentido de que, no processo civil da atualidade, a execução recai sobre o patrimônio (as coisas, por isto, realidade) do executado e não na sua pessoa, como ocorreu em determinados momentos da história do direito processual civil”.¹³

Podemos ficar diante de situações nas quais o devedor, em flagrante deslealdade processual, onera ou aliena seus bens de modo a causar prejuízos ao exequente/credor. Cabe registrar que, sem estes bens para garantir o seu crédito, perderia seu trabalho, seu patrimônio, sua garantia para a sobrevivência.

Neste exato momento, aplica-se o instituto processual da fraude à execução, que torna ineficaz esta alienação ou oneração de bens realizada pelo devedor, quando pendente ação de cunho real, ou que poderia levá-lo à insolvência.

Entretanto a questão deve ser analisada sob um novo prisma, levando-se em conta a participação do terceiro nesta relação jurídica controvertida. Pois aquela pessoa que também celebrou negócio jurídico oneroso com o devedor. Que assim como o credor originário tinha por alvo, em última análise a preservação da espécie, como deve ser observada a aplicação da fraude à execução neste confronto de interesses?

Nesses casos, em que pese que os ensinamentos clássicos, quando da análise da fraude à execução, far-se-ia prescindível a observação do pressuposto anímico das partes.

Modernamente, após acalorada discussão doutrinária e jurisprudencial, quando se discutiu a questão da relevância da existência da boa-fé do adquirente para efeito de tornar a alienação do imóvel eficaz também em face do credor, o E. STJ colocou uma pá de cal na discussão, com a edição da Súmula 375, determinando, *ad litteram*, que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.¹⁴

13. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3, p. 18.

14. Art. 593, II c/c art. 659, § 4.º, do CPC – EREsp 114.415/MG, 2.ª Seção, j. 12.11.1997, DJ 16.02.1998; EREsp 144.190/SP, 2.ª Seção, j. 14.09.2005, DJ 01.02.2006; EREsp 509.827/SP, 2.ª Seção, j. 25.04.2007, DJ 29.06.2007; REsp 739.388/MG, 1.ª T., j.

Assim, o E. STJ consagrou a existência do pressuposto subjetivo, ou seja, a necessidade da existência da má-fé do terceiro adquirente, para a perfeita subsunção do instituto da fraude à execução. Portanto, aquele C. Sodalício concretiza a aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

No tocante à boa-fé e a fraude à execução, interessante observação realiza o eminente doutrinador Silva: “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”.¹⁵

Por outro lado, a retomencionada súmula cria uma presunção absoluta desta má-fé no caso da existência do registro da penhora. Nesse sentido, Didier Junior, aduz que, se, porém, a averbação tiver sido feita, há a presunção absoluta de que o terceiro adquirente tinha o conhecimento da litigiosidade da coisa.¹⁶

Insta salientar que o entendimento da Súmula 375 do STJ, prestigiou o Sistema Registral Imobiliário brasileiro e suas finalidades intrínsecas. Cabe trazer à baila o entendimento do eminente doutrinador Melo que conceitua o Registro imobiliário, *ipsis litteris*: “Órgão auxiliar do Direito Civil destinado ao assentamento de títulos públicos e privados, outorgando-lhes oponibilidade a terceiros, com ampla publicidade e destinado ao controle, cadastro, eficácia,

28.03.2006, *DJ* 10.04.2006; REsp 865.974/RS, 1.ª T., j. 02.09.2008, *DJe* 10.09.2008; REsp 734.280/RJ, 2.ª T., j. 01.03.2007, *DJ* 15.03.2007; REsp 944.250/RS, 2.ª T., j. 07.08.2007, *DJ* 20.08.2007; AgRg no REsp 1.046.004/MT, 2.ª T., j. 10.06.2008, *DJe* 23.06.2008; REsp 810.170/RS, 2.ª T., j. 12.08.2008, *DJe* 26.08.2008; REsp 140.670/GO, 3.ª T., j. 14.10.1997, *DJ* 09.12.1997; REsp 135.228/SP, 3.ª T., j. 02.12.1997, *DJ* 13.04.1998; REsp 123.616/SP, 3.ª T., j. 24.11.1998, *DJ* 01.03.1999; REsp 921.160/RS, 3.ª T., j. 08.02.2008, *DJe* 10.03.2008; AgRg no Ag 4.602/PR, 4.ª T., j. 04.03.1991, *DJ* 01.04.1991; AgRg no Ag 54.829/MG, 4.ª T., j. 16.12.1994, *DJ* 20.02.1995; REsp 40.854/SP, 4.ª T., j. 12.08.1997, *DJ* 13.10.1997; REsp 186.633/MS, 4.ª T., j. 29.10.1998, *DJ* 01.03.1999; REsp 193.048/PR, 4.ª T., j. 02.02.1999, *DJ* 15.03.1999; REsp 66.180/PR, 4.ª T., j. 27.04.1999, *DJ* 30.08.1999; REsp 943.591/PR, 4.ª T., j. 19.06.2007, *DJ* 08.10.2007; REsp 493.914/SP, 4.ª T., j. 08.04.2008, *DJe* 05.05.2008.

15. SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. *Juris Plenum CD-ROM* 17/2.

16. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 5, p. 314.

segurança e autenticidade das relações jurídicas envolvendo imóveis, garantindo-lhes presunção relativa da prova da propriedade”.¹⁷

Nesse rumo, dispõe a literalidade do art. 167 da Lei 6.015/1973, a Lei de Registros Públicos:

“Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

- 1) da instituição de bem de família;
- 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais;
- 3) dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada;
- 4) do penhor de máquinas e de aparelhos utilizados na indústria, instalados e em funcionamento, com os respectivos pertences ou sem eles;
- 5) das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis;
- 6) das servidões em geral;
- 7) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família;
- 8) das rendas constituídas sobre imóveis ou a eles vinculadas por disposição de última vontade;
- 9) dos contratos de compromisso de compra e venda de cessão deste e de promessa de cessão, com ou sem cláusula de arrependimento, que tenham por objeto imóveis não loteados e cujo preço tenha sido pago no ato de sua celebração, ou deva sê-lo a prazo, de uma só vez ou em prestações;
- 10) da enfiteuse;
- 11) da anticrese;
- 12) das convenções antenupciais;
- 13) das cédulas de crédito rural;
- 14) das cédulas de crédito industrial;
- 15) dos contratos de penhor rural;
- 16) dos empréstimos por obrigações ao portador ou debêntures, inclusive as conversíveis em ações;
- 17) das incorporações, instituições e convenções de condomínio;

17. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. *Jus Navigandi*, n. 429, ano 9, Teresina, 09.09.2004. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/5669>]. Acesso em: 07.12.2011.

18) dos contratos de promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas condominiais a que alude a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, quando a incorporação ou a instituição de condomínio se formalizar na vigência desta Lei;

19) dos loteamentos urbanos e rurais;

20) dos contratos de promessa de compra e venda de terrenos loteados em conformidade com o Dec.-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, e respectiva cessão e promessa de cessão, quando o loteamento se formalizar na vigência desta Lei;

21) *das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;*

22) (Revogado pela Lei 6.850/1980 em vigor desde sua publicação);

23) dos julgados e atos jurídicos entre vivos que dividirem imóveis ou os demarcarem inclusive nos casos de incorporação que resultarem em constituição de condomínio e atribuírem uma ou mais unidades aos incorporadores;

24) das sentenças que nos inventários, arrolamentos e partilhas adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança;

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;

26) da arrematação e da adjudicação em hasta pública;

27) do dote;

28) das sentenças declaratórias de usucapião;

29) da compra e venda pura e da condicional;

30) da permuta;

31) da dação em pagamento;

32) da transferência de imóvel a sociedade, quando integrar quota social;

33) da doação entre vivos;

34) da desapropriação amigável e das sentenças que, em processo de desapropriação, fixarem o valor da indenização;

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. Item 35 acrescido pela Lei 9.514/1997 em vigor desde sua publicação” (grifo nosso).

À guisa de corroboração, necessário se faz trazer à baila o entendimento do eminente doutrinador Ceneviva que aduz, *in verbis*: “Penhora incidente sobre bem alienado – É inaceitável a corrente da hermenêutica segundo a qual, feito negócio pertinente a imóvel, o adquirente tem o dever de obter prévias certidões forense esclarecedoras da situação do alienante. Denunciada por elas

a penhora – ainda não levada ao cartório imobiliário – nem por ser público o processo, aberto ao conhecimento de todos, o adquirente pode alegar boa-fé. O registro imobiliário é o elemento essencial de garantia. A Lei 11.382/2006 acresceu um art. 615-A, ao CPC, introduzindo novidade que repercute no registro de imóveis. Permite que o exequente, no ato de distribuição, obtenha certidão comprobatória do ajuizamento da execução, para fins de averbação no serviço imobiliário. A certidão expedida pelo ofício judicial deve incluir a identificação das partes e o valor da causa. O mesmo procedimento pode ser adotado em arresto. Considerando que o exequente tem o dever de comunicar a providência formalizada ao juiz competente, o cancelamento da averbação ou das averbações às quais o art. 615-A faz reverência dependerá de ordem judicial (§ 2.º). Em cada Estado ou Região os oficiais imobiliários deverão atentar para eventuais normas administrativas emitidas pelos respectivos tribunais, ante a permissão de que estes (§ 5.º, do dispositivo mencionado) expeçam instruções para o cumprimento do art. 654 (v., ainda, o n. 670). Superada a quebra de sistema – com o caminho adotado pela corrente referida no início do item precedente, felizmente superada, introduziu-se quebra inaceitável no sistema, como se vê adiante, ao afastar-se a predominância do direito real e se dar realce ao pessoal, inerente à penhora não registrada. Era interpretação contrária à letra do art. 240, que não subsistiu”.¹⁸

Portanto, revigorada está a segurança jurídica, uma vez que a Súmula 375 protege o direito de terceiros de boa-fé, evitando-se abuso e desídia de credores. Na mesma medida, robustece a importância do Registro de Imóveis, enquanto órgão auxiliar do direito com o intrínseco escopo de proporcionar segurança, publicidade, eficácia, autenticidade e controle das relações jurídicas atinentes aos imóveis.

O entendimento esposado neste trabalho está em consonância como o Projeto do Novo Código de Processo Civil que, nas lições de Marinoni em sua obra festejada *O Projeto do CPC – Críticas e propostas*:¹⁹ “O Projeto propõe a disciplina da fraude à execução em atenção à jurisprudência que se formou em torno do art. 593 do Código vigente. Insere-se no texto a proteção ao terceiro de boa-fé. Diz o art. 716 que se considera em fraude à execução ‘a alienação ou a oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real

18. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 240-241.

19. MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIHERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Críticas e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 152.

ou obrigação reipersecutória, desde que haja registros públicos ou prova da má-fé do terceiro adquirente; II – quando houver registro público da constrição do bem objeto de ação pendente ou prova da má-fé do terceiro adquirente; III – nos demais casos expressos em lei”.

Destarte, restou clara a existência do pressuposto subjetivo à aplicação do instituto da fraude à execução, ou seja, será ineficaz a venda para terceiro, se esteve orientado pela má-fé.

5. DAS MODALIDADES DE FRAUDE À EXECUÇÃO

5.1 *Pendência de ação fundada em direito real*

A primeira modalidade está prevista no inc. I do art. 593 do CPC: “Considere-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real”.

Caracteriza-se nas hipóteses em que o bem alienado ou onerado é objeto de ação cuja pretensão de direito nela discutida seja de direito real, como as ações reivindicatórias, usucapião, ações que versem sobre penhor, hipoteca, anticrese etc.²⁰

Impende a lume que, neste caso, eventual execução não recairá sobre o patrimônio geral do devedor, mas sobre o próprio bem.

Também por este prisma preceitua Gonçalves: “O direito real grava a coisa e a segue com quem esteja. Nesse tipo de fraude à execução há verdadeira alienação de coisa litigiosa. Pende um litígio sobre determinado bem, e o devedor, depois de citado, o aliena. De acordo com o art. 42 do CPC, a ação continuará correndo entre as partes originárias, mas a sentença dada estenderá seus efeitos ao adquirente ou cessionário (art. 42, § 3.º, do CPC). O terceiro adquirente não poderá opor ao autor da ação sua condição, porque, tendo comprado coisa litigiosa em fraude à execução, ficará sujeito aos efeitos da sentença, no que se refere ao bem adquirido. Para a parte contrária a alienação é ineficaz. A alienação de coisa litigiosa é, portanto, uma das formas de fraude à execução”.²¹

Outrossim, o eminente doutrinador Marinoni acrescenta: “Neste caso, a configuração da fraude à execução independe da caracterização do estado de insolvência do devedor, pois a alienação ou a oneração diz respeito ao bem determinado, sobre a qual pende ação fundada em Direito Real”.²²

20. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 1001.

21. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 98.

22. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 264.

Por fim, no que tange a esta modalidade cumpre destacar que Jurisprudência entende que é imprescindível a produção de prova que demonstre a caracterização da má-fé do terceiro adquirente, no caso de não haver o devido registro da penhora no Cartório de Registro de imóveis local.

Nesse ínterim é lapidar o entendimento do festejado doutrinador Theodoro Júnior: “(...) Na verdade, a falta de inscrição ‘não impede a alegação de fraude contra à execução, e, sim, somente, tem o significação de ficar o exequente o ônus de provar que o adquirente tina o conhecimento, ou de que sobre os bens que estava sendo movido o litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência’. Duas são, portanto, as situações a considerar: (a) se a citação estiver inscrita no Registro imobiliário, ‘a fraude independe de prova, porque se presume do fato do registro, pelo se tem registrado como de conhecimento de todos e, portanto, do adquirente’; (b) não havendo inscrição, incumbirá ao credor o ônus de provar ‘as condições legais da fraude à execução’, isto é, deverá demonstrar que o terceiro adquirente conhecia a existência da ação pendente contra o alienante”.²³

O referido argumento está escudado no sólido entendimento inserto na ementa do venerando Acórdão prolatado pelo E. TRF-5.^a Reg., cujos dizeres seguem transcritos verbo *ad verbum*:

“Processual Civil. Embargos de terceiro. Aquisição de imóvel antes de realizada a penhora do bem e de seu registro. Fraude à execução. Inexistência. Embora a citação no feito executivo tenha ocorrido em momento anterior à alienação do imóvel constrito, faz-se necessário o registro da constrição judicial consoante disposto no § 4.º do art. 659 do CPC, com nova redação dada a partir de 1994, e depois alterada pela Lei 10.444/2002. ‘O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente’ (Súmula 375 do STJ). Na hipótese não restou comprovada a mínima má-fé do adquirente, ora apelante, nem tampouco a fraude à execução a que se referem os arts. 593, I, do CPC e 185 do CTN, não podendo subsistir a constrição judicial, eis que demonstrada por prova documental idônea e suficiente ser o apelante o proprietário do imóvel desde janeiro de 2002, enquanto o registro da penhora somente ocorreu em abril de 2003. Precedentes da Turma e do E. STJ. Apelação provida” (ApCiv 448529/AL, 2.^a T., j. 30.03.2010, v.m., rel. Francisco Barros Dias, DJe 15.04.2010).

23. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 2, p. 186.

5.2 Pendência de ação capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência

A modalidade do inc. II do art. 593 dispõe que se considera em fraude de execução a alienação ou oneração de bens, quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

A vertente modalidade se trata da hipótese clássica de fraude à execução, quando o devedor, que é parte e um processo, o qual poderá levá-lo a insolvência, aliena ou onera seus bens.

E o que é a insolvência? A resposta está inserta na literalidade do art. 738 do CPC. “Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

Com muita propriedade, o ínclito doutrinador Marinoni esclarece, *ipsis literis*, que: “A hipótese do inc. II do art. 593 alude à existência de demanda capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência. Parte-se do pressuposto de que o devedor que aliena ou onera seus bens, ciente da demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, está agindo para fraudar a execução. Portanto, para a caracterização da presunção de má-fé, basta que, no momento em que se deu a alienação ou a oneração, esteja em curso demanda capaz de reduzi-lo a insolvência. Não é preciso que tal ação seja necessariamente de execução, bastando se constituir em ação (ação cautelar, ação que instaura o processo e a fase de conhecimento em busca da sentença condenatória, ou mesmo ação penal) que, diante do seu conteúdo, possa dar origem futuramente, à redução do demandado ao estado de insolvência”.²⁴

5.3 Demais causas de fraude

O ilustre doutrinador Araken de Assis, em sua festejada obra *Manual da execução*, enumera como hipótese de aplicação do inc. III, o art. 593 do Diploma Processual Civil: “(a) a quitação do *debitor debitoris*, a teor do art. 672, § 3.º, do CPC; (b) o art. 37-B da Lei 9.514/1997, com redação da Lei 10.931/2004, declara ineficaz, e, portanto, fraudulenta, a contratação ou a prorrogação de locação por prazo superior a um ano do bem objeto de propriedade fiduciária sem a concordância por escrito do credor; (c) negócios de disposição após a averbação previa no art. 615-A, a teor do respectivo § 3.º; (d) atos de alienação ou oneração após a inscrição da dívida ativa, *ex vi* do art. 185 do CTN”.²⁵

24. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 264.

25. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 11. ed. versão atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 258.

Destas hipóteses, faremos a análise perfunctória de duas delas, em virtude das suas grandes incidências nas lides, que são as hipóteses do art. 615-A e do art. 185 do CTN.

5.3.1 *Da averbação da execução no registro de bens do devedor art. 615-A do CPC*

O art. 615-A determina, *ipsis litteris*, que: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. § 1.º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização. § 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados. § 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593). § 4.º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados. § 5.º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo”.

Trata-se de uma inovação criada pela Lei 11.382/2006 que instituiu a possibilidade de averbação do ajuizamento da execução em registro público de bens sujeitos à penhora ou arresto.

A referida hipótese cria uma presunção de que o terceiro adquirente do bem supostamente em fraude à execução está procedendo de má-fé dando azo à incidência dos efeitos da fraude da execução, qual seja a ineficácia do negócio celebrado entre o devedor e o terceiro.

Importante destacar que ainda que não seja realizada a averbação do ajuizamento da execução, poderá ser decretada a fraude à execução. Todavia, deverá o exequente interessado necessariamente comprovar a má-fé do terceiro.

Quanto aos efeitos desta novidade o insigne Prof. Fredie Didier²⁶ preleciona, *verbis*, que: “Daí as duas principais novidades trazidas pelo art. 615-A: (i) abrange todos os bens penhoráveis ou arrestáveis móveis ou imóveis; (ii) pode ser efetivada já quando do ajuizamento da ação. Com isso, amplia-se a esfera de proteção do credor que pode tornar pública sua demanda, já quando proposta, bem como o fato de aquele bem do devedor estar sujeito ela”.

26. DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 320.

Com efeito, é ancilar o entendimento jurisprudencial do E. TJMS:

“Agravado de instrumento – Ação de execução – Venda de bem imóvel no curso da demanda – Alegação de fraude de execução – Não ocorrência – Hipótese dos autos que não se subsume ao art. 593, II, do CPC – Decisão mantida – Recurso improvido. Para caracterizar a fraude de execução é imprescindível a prova da alienação do bem quando da existência da demanda e ainda a insolvência do devedor. Na casuística, não há prova de que, com a venda do bem imóvel no curso da demanda, o executado restou reduzido à insolvência, mormente se se considerar o fato de que a execução já está segura pela penhora de outros bens, dos quais o credor não se insurgiu a tempo e modo. Por outro lado, o art. 615-A do CPC, acrescentado pela Lei 11.382/2006, faculta ao credor obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. Logo, poderia o credor ter diligenciado no sentido de averbar a existência da execução, na margem da matrícula imobiliária, para prevenir terceiro adquirente, o que incorreu. Não diligenciando o credor nessa faculdade, que estava a seu dispor desde 24.02.2007, data da vigência do referido art. 615-A, não se há falar em fraude de execução” (Ag 2010.018301-3/0000-00, 5.^a T. Civ., v.u., rel. Luiz Tadeu Barbosa Silva, DJ 15.09.2010).

Lapidar neste sentido o entendimento expendido pelo E. TJRN:

“Processo Civil. Apelação civil. Embargos de terceiro. Inexistência de prova no sentido de que o terceiro (adquirente) tinha ciência da demanda executiva em curso, bem como de que a alienação do imóvel poderia levar o devedor ao estado de insolvência. ônus do credor (exequente). Averbação da existência da ação em curso perante o registro de imóveis competente. Inexistência. Inocorrência de fraude à execução. Terceiro de boa-fé. Aplicação dos arts. 615-A, *caput*; 659, § 4.^o, do CPC, e 167, I, (itens 5 e 21) da Lei 6.015/1973. Súmula 375 do STJ. Conhecimento e desprovimento do apelo” (ApCiv 2009.008967-0, 2.^a Câ. Civ., v.u., rel. Cláudio Santos, DJe 03.03.2010).

Impende a lume que embora não prevista literalmente no texto legal, a doutrina majoritariamente tem se mostrado favorável à averbação de demandas em sede de processo de cumprimento de sentença. Nessa esteira assevera o douto processualista Marinoni:

“Quanto ao emprego da anotação em relação ao cumprimento de sentença, embora não possa ‘obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução’ (art. 615-A, *caput*), o exequente pode requerer certidão que comprove o requerimento da execução, especificando as partes envolvidas e a quantia pleiteada. O Requerente da execução de sentença pode pedir a averbação da

certidão no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. A única distinção é que nesta hipótese, a certidão não é requerida ao distribuidor, mas sim ao cartório do juízo em que se processa a fase executiva. Na verdade, o autor de qualquer ação que esteja atrelada, por sua causa de pedir, a futura, embora eventual, execução capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência, pode obter certidão comprobatória do ajuizamento e pedir sua averbação”.²⁷

Urge destacar que o art. 167 da Lei 6.015/1973 não é exaustivo, sendo na verdade exemplificativo. Nesse lance o eminente doutrinador Walter Ceneviva preceitua: “(...) o enunciado do art. 167 não esgota as hipóteses possíveis – A enumeração constante do n. I do art. 167 é exemplificativa, na medida em que não esgota todos os registros possíveis”.²⁸

No que tange ao procedimento, é ilustrativa a explanação dos insignes doutrinadores Lamy e Borges: “Não residem grandes dificuldades no procedimento de expedição da certidão pelo Judiciário. Ainda assim, o legislador reformista também previu, no § 5.º do art. 615-A, que os Tribunais poderiam expedir instruções acerca do procedimento de expedição da certidão de ajuizamento da execução pelos cartórios de distribuição. O Provimento 144 de 12.05.2008 da Corregedoria Geral de Justiça do Paraná, por exemplo, altera a seção 8 do Capítulo 5 do Código de Normas do Tribunal e prevê na subseção 2, item 5.8.2.17 a expedição da certidão. O Provimento da Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro n. 2.818 de 14.06.2007, além de dispor sobre generalidades da expedição, como o pagamento de custas, prevê de forma explícita em seu art. 2.º, corretamente, a possibilidade de expedição da aludida certidão em sede de cumprimento da sentença. A certidão deverá conter, no mínimo, a identificação das partes e o valor da causa da execução, devendo ser fornecida ao exequente após simples solicitação verbal, independentemente de autorização judicial. Trata-se de faculdade do exequente conferido ao mesmo um direito formativo de obter certidão e ao distribuidor um dever de fornecê-la”.²⁹

5.3.2 *Da alienação ou oneração de bens após a inscrição da dívida ativa, ex vi do art. 185 do CTN*

O art. 185 do CTN dispõe, *verbis*, que presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito

27. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 266.

28. CENEVIVA, Walter. Op. cit., p. 241.

29. AMY, Eduardo de Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter. Op. cit.

para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

A hipótese *sub examine* enquadra-se nas hipóteses previstas no art. 593, III, do Código Buzaid, determina a presunção de fraude à execução a alienação ou oneração bens após a inscrição do crédito tributário como dívida ativa. Desta forma, se tornaria prescindível a existência de processo em andamento ou da citação válida no processo de execução fiscal para a aplicação do instrumento processual da fraude à execução, bastando a inscrição do crédito em dívida ativa.

Pois bem, cabe salientar que a presente hipótese deve ser interpretada sob as luzes da Súmula 375 do STJ, ou seja, não havendo o registro da penhora da execução, mister se faz ao exequente (fisco) a demonstração da má-fé do terceiro adquirente.

Desta forma, o fisco a fim de que seja decretada a fraude à execução devesse proceder ao registro da penhora do bem, diante de seu dever para com a boa-fé de tornar público seu pretensão crédito, garantindo assim a segurança jurídica de terceiros.

Nesse lance, preceitua o ilustre doutrinador Passarelli: “A penhora sobre bens imóveis deve, então, como consta do preceptivo legal, ser levada a registro. A dicção do texto revela tratar-se de obrigação do exequente para que a penhora seja oponível *erga omnes*. Veja-se: é obrigação do exequente, e não do juízo da execução. Tanto é assim que no Estado de São Paulo recente Provimento da E. Corregedoria Geral da Justiça, alterando as ‘Normas de Serviço’ dos Ofícios Judiciais, disciplinou que, realizada a penhora, deve o escrivão do feito extrair certidão do ato e entregá-lo ao exequente, para que este diligencie para obter o registro da penhora”.³⁰

Em abono dessa disposição doutrinária, mister se faz à colação as judiciosas ementas prolatadas pelo E. STJ:

“Processual civil e tributário. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Art. 185 do CTN. Penhora de bem alienado a terceiro de boa-fé. Ausência de registro. 1. A fraude à execução inócorre quando a alienação do bem opera-se antes de ajuizada a execução fiscal e, *a fortiori*, precedentemente à penhora. Precedentes da Corte (REsp 211118/MG, DJ 16.11.2004; REsp 811898/CE, DJ 15.10.2006; AgRg no Ag 480706/MG, j. 26.09.2006, DJ 26.10.2006). 2. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não

30. PASSARELLI, Luciano Lopes. Penhora: questões sobre sua averbação no registro de imóveis (Parte I). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* 34.

produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. 3. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: ‘Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma exceção criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inc. II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca *ratio legis* que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. “É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora”. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus’ (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, 2. ed., p. 1298-1299). 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AgIn 1225829/PR, 1.^a T., j. 11.05.2010, v.u., rel. Luiz Fux. DJe 24.05.2010).

Nesse lance:

“Processual civil e tributário. Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Art. 185 do CTN. Penhora de bem alienado a terceiro de boa-fé. Ausência de registro. 1. A fraude à execução incore quando a alienação do bem opera-se antes de ajuizada a execução fiscal e, *a fortiori*, precedentemente à penhora. Precedentes da Corte. (REsp 211118/MG, DJ 16.11.2004; REsp 811898/CE, DJ 15.10.2006; AgRg no Ag 480706/MG, 26.09.2006, DJ 26.10.2006). 2. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. 3. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: ‘Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente

a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma exceção criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca ratio legis que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. “É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora”. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus’ (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, 2. ed., p. 1298-1299). 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1094942/SP, 1.^a T., j. 27.04.2010, v.u., rel. Luiz Fux, *DJe* 11.05.2010).

Contudo, a presente questão encontra-se jurisprudencialmente e doutrinariamente conflitante. Em que pese a existência da Súmula 375 do STJ que prevê a existência de pressuposto subjetivo da má-fé do terceiro adquirente, vozes do próprio STJ prelecionam que a referida Súmula 375 não se aplica à hipótese de fraude à execução do art. 185 do CTN, haja vista que aquela súmula se baseia nos artigos do Código de Processo Civil, como o art. 615-A, e o Código Tributário Nacional embora criado por lei ordinária, rege matéria destinado pelo norma lei complementar e por este motivo só poderia ser alterado por Lei Complementar.

Nesse sentido:

“Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito tributário. Embargos de terceiro. Fraude à execução fiscal. Alienação de bem posterior à citação do devedor. Inexistência de registro no Departamento de Trânsito – Detran. Ineficácia do negócio jurídico. Inscrição em dívida ativa. Art. 185 do CTN, com a redação dada pela LC 118/2005. Súmula 375 do STJ. Inaplicabilidade. 1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula 375 do E. STJ não se aplica às execuções fiscais. 2. O art. 185 do CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: ‘Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução’. 3. A LC 118/2005, alterou o art. 185 do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: ‘Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita'. 4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa. 5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. 6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis* (FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95-96; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 278-282; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210-211; AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473; BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 604). 7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: 'O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ' (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, 1.^a T., j. 06.10.2009, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 14.10.2009). 'Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: (...) (b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 09.06.2005)' (REsp 726.323/SP, 2.^a T., j. 04.08.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 17.08.2009). 'Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005' (AgRg no Ag 1.048.510/SP, 2.^a T., j. 19.08.2008, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06.10.2008). 'A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da 1.^a Seção (EResp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal' (REsp 810.489/RS, 2.^a T., j. 23.06.2009, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06.08.2009). 8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de

Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante 10, *verbis*: ‘Viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/1988) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte’. 9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da LC 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no art. 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das ‘garantias do crédito tributário’; (d) a inaplicação do art. 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10 do STF. 10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal. 11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. STJ 8/2008” (REsp 1141990/PR, 1.^a Seção, j. 10.11.2010, v.u., rel. Luiz Fux, DJe 19.11.2010).

Em igual sentido, o eminente doutrinador Lustosa Filho assevera: “O artigo considera fraudulenta a alienação de bens, direitos ou rendas, ou seu início, no caso de o devedor encontrar-se com débito inscrito regularmente em dívida ativa. O dispositivo é resultado da alteração legislativa introduzida pela LC 118/2005, não se exigindo mais a alienação ocorrer só após o início da fase de execução, ou seja, após a proposta a execução fiscal e efetuada a citação válida do sujeito passivo. Antes da citação no processo de execução fiscal, portanto, cabe a alegação de fraude á execução, de que trata a nova redação do art. 185 do CTN, bastando tão somente o crédito estar regularmente inscrito como dívida ativa. A data da inscrição é o marco inicial para a presunção de fraude”.³¹

31. LUSTOSA FILHO, Joaquim et alli. *Código Tributário Nacional interpretado*. Barueri: Manole, 2010. p. 325.

5.4 Da alienação de bens penhorados

Diferentemente do se possa pensar a alienação de bens penhorados, não se trata de hipóteses de fraude à execução.

A ineficácia da alienação ou oneração dos bens nestes casos se dá em virtude, sobretudo, da própria penhora.

Nesse lance preceitua Marinoni: “(...) é comum equiparar os casos de fraude à execução a situação de alienação de bem penhorado ou sujeito a outro medida judicial constritiva. Porém, tal assimiliação é indevida, uma vez que a alienação de bem penhorado não se sujeita ao regime da fraude à execução, nem a seus requisitos. Neste caso a ineficácia da alienação do bem se dá unicamente em razão da penhora, independentemente da existência ou não de dano ao credor, ou, mais da insolvência do devedor”.³²

6. DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude à execução, enquanto contrário à dignidade da Justiça, provoca a ineficácia relativa do ato praticado, pois embora seja válido e eficaz entre as partes celebrantes, não surte qualquer efeito em relação ao processo executivo pendente.³³

Impende mencionar que não é necessária a proposição de nenhuma ação judicial, podendo a mesma ser reconhecida no curso da própria execução, por meio de decisão judicial interlocutória.

Nesse lance, preceitua o eminente doutrinador Marinoni: “A fraude à execução independe de ação própria para ser reconhecida. Poderá o juiz, no curso da execução, por meio de simples decisão interlocutória, reconhecer a fraude na alienação ou na oneração havida, autorizando a penhora sobre o bem em questão”.³⁴

7. FRAUDE CONTRA CREDITORES

Por fim, cumpre tecer alguns comentários sobre os diferentes aspectos de fraude à execução e fraude contra credores, sob as duras penas de assim não o fazendo, tornar a presente monografia incompleta.

32. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 266; AMY, Eduardo de Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter. Op. cit.

33. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 266.

34. Op. cit.

Ab initio, insta mencionar que a diferenciação entre fraude á execução e fraude contra credores, é uma criação do Direito Brasileiro. Não encontrando semelhante hipótese no direito comparado.

A fraude contra credores é um instituto de direito civil, caracteriza-se quando o devedor insolvente, ou na iminência de assim se tornar, pratica atos maliciosos no intuito de diminuir seu patrimônio, reduzindo a garantia que se representa para o pagamento de suas dívidas perante os credores.

O ilustre doutrinador Gonçalves acrescenta: “A fraude contra credores não pode ser reconhecida *incidenter tantum* nem mesmo em embargos de terceiro, como evidencia a Súmula 195 do STJ. É preciso ação pauliana, que não tem cunho desconstitutivo, por não desfará a alienação, mas apenas declarará sua ineficácia. Na ação pauliana figurará no polo passivo apenas o terceiro adquirente, sendo desnecessária a presença do devedor, porque sua esfera jurídica não será atingida. Ele já o alienou o bem, e a decisão de o credor obter sua constrição só prejudicará o adquirente, não o devedor. A ação pauliana será julgada improcedente, se o adquirente demonstrar que o alienante não se tornou insolvente, e que matem em seu patrimônio bens suficientes para fazer frente às suas obrigações”.³⁵

Os eminentes doutrinadores André Barros e João Aguirre asseveram que o autor da ação pauliana deverá provar os seguintes requisitos: “(a) anterioridade do crédito: Se o bem foi alienado antes da existência da obrigação (legal ou contratual) não há que se falar em fraude contra credores. De acordo com o Enunciado 151 do Conselho de Justiça Federal, o ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1.º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da garantia; de acordo com o Enunciado 292 do CJE, para os efeitos do art. 158, § 2.º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial. (b) *consilium fraudis* (conluio fraudulento): É a má-fé, o intuito deliberado de prejudicar, sendo suficiente que o devedor tenha consciência de seu ato advirã prejuízos. Quando a alienação é gratuita, presume-se um conluio fraudulento. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória o houver motivo para ser conhecida do outro contratante. (c) *eventus damni* (evento danoso): É o prejuízo causado ao credor, que não conseguirá satisfazer seu crédito diante da insolvência do devedor. A alienação deixou o devedor sem bens suficientes para responder pela dívida”.³⁶

35. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 98-99.

36. BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Direito civil*. 2. ed. atual. São Paulo: Ed. RT, 2010. Coleção Elementos do Direito, p. 103.

A fraude contra credores provoca anulação do ato mencionado, ou seja, a consequência da procedência do pedido pauliano é a anulação do ato fraudulento, com a volta do bem alienado ao devedor.

Já o instituo da fraude execução tem a natureza jurídica de direito processual, uma vez que além da fraude prejudicar o credor também ofende a dignidade da justiça, ou seja, o Estado. A caracterização do instituto depende da existência de uma demanda em curso ao tempo da alienação ou oneração dos bens pelo devedor. A fraude a execução pode ser declarada incidentalmente e seu efeito é a ineficácia do ato fraudulento. Há de ser destacado que a fraude à execução é um vício que provoca a ineficácia do ato jurídico celebrado, o bem permanece com o terceiro, todavia, garante o pagamento do credor. Levado à hasta pública o valor excedente ao angariado retorna ao terceiro.

Por fim, cumpre aduzir que em razão da gravidade das ofensas perpetradas e pluralidade de ofendidos (Estado e credor), a fraude a execução constitui crime *ex vi* do art. 179 do Diploma Penal.

8. CONCLUSÃO

Ex positis, depreende-se que o E. STJ, sob as luzes das últimas alterações do Código de Processo Civil ainda vigente e bebendo da fonte do direito comparado, passou a interpretar o instituto da fraude à execução sob as luzes da Teoria do Bobbio,³⁷ e em virtude desta exegese solucionou a dúvida que havia na doutrina e na Jurisprudência no tocante à necessidade da existência de pressuposto subjetivo para a caracterização da fraude à execução.

A Súmula 375 ao determinar *ipsis litteris*: “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”, respondeu afirmativa sobre a necessidade da ciência do terceiro.

Cumpre destacar que a referida exegese, vista sob diferentes ângulos do Ordenamento Jurídico, denota uma proteção ao terceiro de boa-fé, protegendo a Segurança Jurídica. Por outro lado prestigia a Lei 6.015/1973 ao conferir o ônus do registro da penhora ao credor, sob pena deste permanecer em situação assaz desvantajosa, haja vista que assim não o fazendo deverá comprovar a má-fé do terceiro adquirente e que, todos sabem, é tarefa hercúlea.

37. BOBBIO, Norberto apud MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

9. BIBLIOGRAFIA

- AMY, Eduardo de Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Anotações sobre o art. 615-A do CPC e a declaração de fraude à execução*. Material da 13.^a aula da disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução. Curso de Pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Processual Civil – Uniderp/IBDP/Rede LFG.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. *Revista de Processo*. vol. 105. p. 220. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2002.
- BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. Coleção Elementos do Direito.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 5.
- GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003. t. II.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LUSTOSA FILHO, Joaquim et alli. *Código Tributário Nacional interpretado*. Barueri: Manole, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 3.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Críticas e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. *Jus Navigandi*, n. 429, ano 9, Teresina, 09.09.2004. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/5669]. Acesso em: 07.12.2011.
- MELO FILHO, João Santana. *Minudências do direito de terras*. Diadema: Led, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. Penhora: questões sobre sua averbação no registro de imóveis (Parte I). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 34. Porto Alegre: Magister, jan.-fev. 2010.

- SÁ, Renato Montans de; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. *Juris Plenum CD-ROM*. n. 17. p. 2. Caxias do Sul: Plenum, jan. 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A proteção do terceiro adquirente na fraude de execução e a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de Alexandre Junqueira Gomide – *RIASP* 25/11;
- Fraude à execução e boa-fé: mudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça? de Bruno Mattos e Silva – *RDI* 64/312; e
- Fraude à execução no direito comparado e a nova modalidade de fraude à execução do art. 615-A do CPC, de José Eli Salamacha – *RDPriv* 32/75.

Veja também Jurisprudência

- Execução fiscal de bem imóvel com alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC 118/2005 sendo o negócio jurídico realizado depois de citação válida presumindo ocorrência de fraude à execução: *RTrib* 98/391;
- Execução fiscal referente à fraude à execução onde o devedor que, ao ser inscrito em dívida ativa, aliena único bem, na vigência da LC 118/2005 resultando em presunção absoluta de fraude, e aplicação da Súmula 375 do STJ: *RT* 907/583; e
- Fraude à execução com alienação de imóvel sobre o qual recai penhora não registrada em cartório e cuja transação operou-se antes da regular citação de que havia executivo fiscal em andamento: *RT* 775/192.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The overall color palette is light gray and white.

Direito Registral



ASSINATURAS ELECTRÓNICAS, DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS E GARANTIAS REAIS

1

Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa

AFONSO PATRÃO

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

RESUMO: Análise da utilização do meio electrónico para formalização da propriedade no direito lusitano, bem como da viabilidade à luz da lei portuguesa, da constituição através de meios electrónicos de uma hipoteca. Estudo também do valor jurídico que o legislador português atribuiu aos documentos electrónicos a que for aposta uma assinatura electrónica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito registral – Documento electrónico – Documento público – Hipoteca.

RESUMEN: Análisis de la utilización de medios electrónicos para la formalización de los derechos de propiedad en Portugal y la viabilidad a la luz de la legislación portuguesa, de la constitución a través de medios electrónicos de una hipoteca. Estudio también del valor jurídico que el legislador portugués atribuye a los documentos electrónicos firmados también por este medio.

PALABRAS CLAVE: Derecho registral – Documento electrónico – Documento público.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Documentos electrónicos – Dificuldades inerentes a uma nova realidade – 3. O regime jurídico da assinatura electrónica: 3.1 A aposição de uma assinatura electrónica “não qualificada”; 3.2 A categoria da “assinatura electrónica avançada” – 4. A Directiva da União Europeia e o Regime Nacional: 4.1 A neutralização tecnológica do

RJDEAD em face das imposições comunitárias; 4.2 A persistência da desconformidade do normativo nacional com o ordenamento jurídico comunitário – 5. Negócios solenes em suporte electrónico e a titulação de garantias reais – 6. Negócios solenes em suporte electrónico na lei portuguesa – 7. O princípio comunitário da admissibilidade da contratação electrónica – 8. Documentos autênticos em suporte electrónico – 9. Documentos electrónicos e documentos particulares autenticados – 10. Conclusões – 11. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O¹ comércio electrónico² tem sido encarado pelos legisladores nacionais e (principalmente) pelo poder legislativo comunitário como uma virtuosidade que deve ser incentivada.³ Percebe-se que assim seja: afinal, a distintiva desnecessidade de comparência física dos contraentes pode ser determinante no es-

1. O presente trabalho reporta-se a Setembro de 2009.
2. Não parece haver uma definição unânime de *comércio electrónico*, sendo apenas certo que, na sua formulação mais ampla, se liga ao estabelecimento de relações jurídicas mediante a utilização de computadores e de redes de telecomunicações (cf. Ian Walden, *Regulating electronic commerce: Europe in the global economy*. In: Glória Teixeira (coord.), *O comércio electrónico – Estudos jurídico-económicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 9), pelo que é nesta acepção que aqui nos referimos. Sobre as várias definições adoptadas pelas organizações internacionais, vide Martien Schaub, *European legal aspects of e-commerce*. Amesterdão: Europa Law Publishing, 2004, p. 4. Entre nós, Miguel Pupo Correia, *Sociedade de informação e Direito: a assinatura digital*, *Revista de Derecho Informático*, n. 12 define-o como “a utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento da eficiência de relações entre parceiros comerciais ou para desenvolvimento de vendas de bens e serviços”, ao passo que Mário Castro Marques avança um conjunto de definições possíveis, se bem que sempre arreigadas à qualificação dos contratos como comerciais. Cf. Mário Castro Marques, *O comércio electrónico – Algumas questões jurídicas*. In: Glória Teixeira (coord.), op. cit., p. 39. Já Alexandre Dias Pereira enuncia-o como “a negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados”. Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade de informação: da segurança técnica à segurança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 14.
3. Neste sentido, cf. Ian Walden, op. cit., p. 10. De facto, atente-se na Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM(97)157, de 15.04.1997 (“Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico”) onde o Comércio Electrónico é tido como a chave de desenvolvimento e de expansão das empresas europeias e na redução do desemprego: “A sua rápida implementação constitui um desafio urgente para o comércio, a indústria e os governos na Europa. O comércio electrónico torna possível o comércio com baixos custos através de regiões e de fronteiras nacionais”.

tabelecimento de um verdadeiro mercado único europeu, ao permitir que vontades negociais de todo o espaço europeu se encontrem. Ademais, é o comércio electrónico a chave para a internacionalização, a baixo custo, das pequenas e médias empresas, que podem assim vender os seus produtos em mercados estrangeiros; do mesmo modo, ao permitir oferecer a cada consumidor propostas negociais de um espaço internacional, estimula-se a concorrência, facultando a cada consumidor a opção por um leque mais alargado de fornecedores de bens e serviços.⁴

Se tais vantagens são inegáveis, igualmente incontestáveis são os perigos que este modo de contratação implica, seja pela incúria de consumidores menos avisados que possam assumir obrigações que não compreendem cabalmente, seja porque se abrem brechas ao controlo jurisdicional de uma actividade que, frequentemente, atravessa várias fronteiras, não se submetendo ao domínio judicial de um único Estado. Ademais, o carácter impessoal da maioria dos negócios celebrados vem potenciar a eventualidade de comportamentos ilícitos, uma vez que os outorgantes exprimem as suas declarações de vontade em documentos electrónicos sem conhecer a contraparte ou estar sequer certas da sua existência.

É este binómio antitético (incentivar a contratação electrónica⁵ mas precaver os seus sujeitos dos riscos a ela inerentes) que vem orientando a produção legislativa neste domínio; na verdade, o legislador vem removendo os obstá-

4. Tanto assim é que, noutra organização de integração económica – o Mercosul – se pretendem adoptar passos similares, pelo que se têm realizado reuniões bilaterais entre este e a Comunidade com vista à adopção de mecanismos similares de potenciação da utilização das assinaturas electrónicas. Sobre o tema, vide Cf. Marcelo Corrales, Mercosur: e-signatures in Mercosur countries, *Revista de Derecho Informático*, n. 116, p. 9 e ss., 2008.

5. Utilizamos a expressão “contratação electrónica” no seu sentido técnico, isto é, referindo-nos às declarações negociais *produzidas* através de meios informáticos. Esta figura é apelidada por Paula Costa e Silva de “contratação automatizada”, que a distingue da “contratação electrónica em sentido estrito”, aquela em que as declarações de vontade são transmitidas por meios telemáticos mas não produzidas dessa forma (pense-se no envio por fax). Sobre a distinção, cf. Paula Costa e Silva, *A contratação automatizada. Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 290.

No nosso entender, e como a própria Autora reconhece, só a contratação electrónica em sentido técnico (ou, na sua terminologia, a “contratação automatizada”) reclama verdadeiramente uma regulação específica, atendendo aos desvios que avultam da materialização única das declarações de vontade em suporte incorpóreo que não se verificam na transmissão telemática de documentos assentes em papel.

culos desnecessários ao estabelecimento de relações jurídicas por via electrónica⁶ mas estabelecendo regras que atenuem, tanto quanto possível, os perigos inerentes à assunção de obrigações através de meios informáticos.⁷ Um dos vectores da actividade normativa a que nos referimos radica na aceitação dos documentos e mensagens electrónicas como forma válida de contratação, embora envolvendo-a em cautelas que permitam afastar os receios que concita.⁸

Por outro lado, deve frisar-se que também não aderimos à definição avançada por Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio electrónico: contratos electrónicos e informáticos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 74. Para o Autor, no contrato electrónico “as manifestações de vontade são expressas sem que as partes estejam defronte uma da outra”. Ora, sendo esta uma das mais importantes vantagens da contratação electrónica, não cremos fazer parte do seu conceito: os outorgantes podem estar simultaneamente presentes e emitir as suas declarações de vontade num documento electrónico, não deixando de se estar, nesse caso, perante um *contrato electrónico*.

6. Neste sentido, cf. Ian Walden, op. cit., p. 10.

7. O legislador comunitário tem assumido um papel preponderante nesta área. Lembre-se a Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)* em 30.01.1998; a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, publicada no *JOUE* de 04.06.1997; a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”), publicada no *JOUE* de 17.07.2000; a Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18.09.2000 relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial, publicada no *JOUE* de 27.10.2000.

Da mesma forma, mas no plano internacional extracomunitário, a Uncitral tem vindo a desenvolver esforços no sentido do reforço do comércio electrónico. Nessa medida, atente-se nas Leis-Modelo sobre comércio electrónico de 1996 e sobre Assinaturas Electrónicas de 2001, e na Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Electrónicas em Contratos Internacionais de 2007, que ainda não entrou em vigor por não ter obtido o número mínimo de ratificações.

8. Note-se porém que, como bem lembra Marcelo Corrales, não é o comércio electrónico o único beneficiado do recurso a documentos electrónicos: “public states agencies which are at the moment overloaded with great amounts of documents in paper support that occupy a significant and expensive space of files in their offices making difficult to find them when it is necessary and making the access very slow and tedious”. Cf. Marcelo Corrales, op. cit., p. 8.

A aceitação da contratação por meios electrónicos poderia significar um importante avanço na correcção de um dos aspectos da tardia e deficiente realização da liberdade de circulação de capitais – a inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias. De facto, por uma série de razões, é praticamente irrelevante o crédito hipotecário internacional no quadro comunitário, sendo hoje problemático a um proprietário de um imóvel sito em Portugal que uma instituição bancária estrangeira aceite uma hipoteca sobre o seu prédio.

Sendo certo que as razões da deficiente realização do mercado europeu de hipotecas não radicam apenas (nem principalmente) na forma da sua constituição, certo é que a exigência da presença simultânea das partes no momento da sua titulação é mais um óbice que dificulta a sua prestabilidade na garantia de créditos internacionais. Nessa medida, e porque a contratação electrónica é especialmente útil na celebração de contratos entre ausentes e desconhecidos, a sua viabilidade na constituição de um direito real de garantia sobre imóveis constituiria a superação de um obstáculo e, assim, um incentivo a que estas relações jurídicas pudessem ser estabelecidas mais amiúde. Aliás, pensando-se hoje na criação de uma garantia real imobiliária de raiz europeia (a euro-hipoteca), dotada de grande flexibilidade e especialmente vocacionada para caucionar obrigações internacionais, certo é que o seu sucesso estará igualmente dependente da admissibilidade da sua formalização sem a presença física e simultânea do credor e do devedor, desígnio para o qual a utilização de meios electrónicos pode constituir uma mais-valia.

Assim, o nosso estudo destina-se, primordialmente, a solucionar o problema de saber se é hoje viável, à luz da lei portuguesa, constituir através de meios electrónicos uma hipoteca sobre coisa sita em Portugal. Para este efeito, exploraremos o regime jurídico da assinatura electrónica e ajuizaremos da sua compatibilidade com os instrumentos jurídicos comunitários sobre a matéria.

De seguida, e de acordo com o valor que o legislador português houver atribuído aos documentos electrónicos a que for aposta uma assinatura electrónica, procuramos saber da viabilidade de cumprimento das formalidades impostas à constituição de garantias reais sobre imóveis através de documentos informáticos incorpóreos, designadamente quanto à exequibilidade de um documento particular autenticado revestir natureza electrónica.

Para uma mais detalhada análise das vantagens decorrentes da utilização, pela Administração Pública, de documentos electrónicos, vide Pedro Gonçalves, O acto administrativo electrónico, *Scientia Iuridica* 265-267/49-51.

2. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS – DIFICULDADES INERENTES A UMA NOVA REALIDADE

No comércio electrónico, prescinde-se inevitavelmente da proximidade e imediação que caracteriza outras formas de celebração de negócios jurídicos. Na verdade, se as formalidades presenciais de contratação implicam a interposição de um conjunto de elementos pessoais das partes, a conclusão negocial sem a comparência simultânea dos outorgantes está construída em torno de um suporte de papel, garantindo-se tradicionalmente a identidade dos intervenientes e a regularidade do seu consentimento através de mecanismos que pressupõem a materialização física do negócio.⁹ Ora, sabendo-se que a “eficácia jurídica dos documentos depende da confiança que possam merecer como reproduções fidedignas de factos ou objectos, em especial de manifestações de vontade contratual de determinadas pessoas”,¹⁰ se os negócios jurídicos deixarem de estar fisicamente materializados, assentando num documento electrónico,¹¹ vão colocar-se os mesmos problemas que a ordem jurídica já havia solucionado em redor da materialização em papel.

9. Nas impressionantes palavras de Miguel Pupo Correia, “A cultura jurídico-económica tradicional estava – e ainda está, em larga medida (...) – baseada no uso de documentos escritos em papel, pelo que todo esse alicerce conceitual ficou posto em questão quando se deparou a possibilidade de eles passarem a ser remetidos por via electrónica”. Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital*, 2003, p. 1. Disponível em: [www.apdi.pt]. Acedido em: 17.07.2009.

Assim, deve concordar-se com Oliveira Ascensão quando considera que a *forma* (e a assinatura) é o mais considerável problema que se coloca na celebração de negócios jurídicos por via electrónica. Cf. José de Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica. Direito da sociedade da informação*, Coimbra: Coimbra Ed., 2003, vol. IV, p. 52.

10. Cf. Miguel José de Almeida Pupo Correia, Documentos electrónicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas, *Revista de Derecho Informático*, n. 23. Lima: Alfa-Redi, jun. 2000. Disponível em: [www.alfa-redi.org/]. Acedido em: 09.06.2009. No mesmo sentido, cf. Alexandre Dias Pereira, op. cit., 18, que defende que “a promoção do comércio electrónico depende da confiança que as empresas e os consumidores nele depositem”.

11. Documento electrónico é legalmente definido como “o documento elaborado mediante processamento electrónico de dados” (cf. alínea *a* do n. 2 do art. 2.º do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, constante do Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril) o que, aliado à definição de “documento” constante do art. 362.º do Código Civil, implica a conclusão que um documento electrónico é *qualquer objecto elaborado mediante processamento electrónico de dados com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto*.

Assim, a primeira questão que se coloca no âmbito da contratação electrónica é a da certeza quanto à identidade das partes – a autenticidade enquanto correspondência entre o autor aparente e real da declaração electrónica. Na verdade (sobretudo se pensarmos na utilização de documentos electrónicos na celebração de negócios jurídicos através da internet, mas também nos casos de transmissão de declarações negociais através de meios telemáticos),¹² esta é, as mais das vezes, francamente impessoal, mormente quando se prescinde da transmissão de voz ou imagem. Nessa medida, será mais fácil a alguém passar-se por outra pessoa.

A definição (uma originalidade do legislador nacional que não era imposta pela Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas) deve considerar-se tecnologicamente neutra, já que abrange todo e qualquer documento que haja sido criado por computador.

Ainda assim, a doutrina propõe algumas classificações de documentos electrónicos. Diferencia, por um lado, quanto ao modo de introdução na memória do computador, entre o *documento electrónico originário* – aquele que foi mecanicamente construído no computador mediante a reprodução ou representação de um facto externo – e o *documento electrónico derivado* – aquele que foi introduzido na memória do computador através de aparelhos de digitalização; por outro lado, quanto à forma de armazenamento, distingue entre *documentos electrónicos em sentido estrito* – aqueles que são armazenados em memória digital e que só são descodificáveis através de meios informáticos – e *documentos electrónicos em sentido amplo ou documentos informáticos* – aqueles que, gerados por um computador, são materializados em suporte clássico, podendo ser descodificados sem apoio de meios informáticos (por exemplo, os documentos emitidos por uma impressora). Sobre a distinção, cf. Miguel José de Almeida Pupo Correia, *Documentos electrónicos e assinatura digital...* cit. e Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*. Lisboa: Quid Iuris, 2004. p. 627.

A pertinência prática das classificações é óbvia: se qualquer destes conjuntos de documentos é subsumível na definição legal de *documento electrónico*, certo é que nem todos importam os problemas a que nos referimos e reclamam uma regulação jurídica própria. Na verdade, os *documentos electrónicos derivados* são meras reproduções electrónicas de documentos tradicionais, pelo que se regerão primordialmente pelas normas aplicáveis a qualquer documento em suporte papel. Igualmente, os *documentos electrónicos em sentido amplo*, isto é, os que são gerados por um computador mas que não carecem de mecanismos informáticos para que sejam descodificados, estão materializados em suportes clássicos, pelo que se devem considerar abrangidos pelas disposições relativas a qualquer documento materializado em papel.

12. No ensinamento de Miguel Pupo Correia, o neologismo *telemática* pretende “significar a associação de tecnologias de telecomunicações e informática”. Miguel Pupo Correia, *Sociedade de informação e Direito...* cit., nota n. 2.

O segundo problema que o comércio electrónico coloca é o da integridade do conteúdo do documento a que o sujeito se vinculou. Com efeito, diferentemente do que sucede com as formalidades assentes em papel, se a informação constante de um documento electrónico for adulterada, a corrupção do seu conteúdo pode ser indetectável ou, pelo menos, de revelação difícil e falível.¹³

Há ainda um terceiro obstáculo que se coloca nos documentos electrónicos, por comparação com o suporte de papel: trata-se do controlo da sua *confidencialidade*, no sentido de prevenir o acesso de pessoas não autorizadas ao seu conteúdo. De facto, inexistindo fisicamente um documento, é desde logo mais difícil tornar o seu conteúdo reservado a um círculo estrito de pessoas autorizadas, porquanto à sua natureza incorpórea corresponderão necessariamente diferentes formas de armazenamento seguro.¹⁴

Para além destes três problemas, directamente suscitados pela natureza desmaterializada de um documento electrónico, há ainda duas questões jurídicas surgidas da sua utilização. Referimo-nos, em primeiro lugar, à sua classificação formal, isto é, aos problemas de saber se um documento electrónico cumpre, nos negócios jurídicos para que a lei o exija, a forma de *documento escrito* ou se esta formalidade carece sempre do suporte papel (a), se um documento electrónico pode ser *autenticado* (b) e se podem ser exarados *documentos electrónicos autênticos* (c). Em segundo lugar, importa indagar sobre o seu valor probatório, já que o regime estatuído no Código Civil se encontra pensado exclusivamente para os documentos materializados em papel.

Estas dificuldades encontram solução legal, muito por responsabilidade do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD),¹⁵ constante do Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, que, depois

13. Sobre estes problemas, vide Paula Costa e Silva, op. cit. p. 291.

Note-se, todavia, que existem vários mecanismos de garantia da integridade digital (como os mecanismos de *hashing* [D5, SHA1]) mas cuja aplicabilidade se limita a identificar que uma determinada versão de um documento digital não foi adulterada, não fazendo a ligação com as entidades a que ele se vincularam. Neste cenário, e como veremos melhor *infra*, apenas os mecanismos baseados em assinatura digital (ou em tecnologia equivalente) garantem simultaneamente a integridade da informação e a autenticidade do vínculo de uma entidade ao seu conteúdo.

14. Ademais, alerta Paula Costa e Silva, op. cit., p. 292, que se coloca ainda o problema da violação parcial do conteúdo, que não é frequente nos suportes clássicos: “porque a mensagem não vai toda ela ‘enfiada’ num envelope, pode suceder que parte chegue ao destinatário, ficando a outra pelo caminho”.

15. Note-se que, como veremos melhor *infra*, está já hoje ultrapassada esta designação do diploma, já que, desde 2003, o regime jurídico nacional pretendeu neutralizar a op-

de quatro alterações,¹⁶ veio transpor a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999.¹⁷

Deve sublinhar-se que o legislador nacional foi pioneiro na regulação desta matéria, tendo precedido inclusivamente a intervenção comunitária¹⁸ (embora contivesse, já na sua versão originária, muitas das soluções que viriam a constar do diploma europeu, uma vez que teve em conta os trabalhos preparatórios do diploma comunitário). A conformidade não era todavia cabal; se o normativo comunitário se fundava no intuito de criação do mercado comum (preocupado designadamente com a eliminação de obstáculos à celebração de contratos internacionais por via electrónica e com o estabelecimento de um mercado europeu para a actividade de certificação de assinaturas),¹⁹ o legislador português criava em 1999 um verdadeiro *regime geral dos documentos electrónicos*, de índole jusprivatística, destinado a nortear as relações privadas assentes em documentos incorpóreos.²⁰ Nessa medida, em 2003 veio a lei in-

ção tecnológica que remontava a 1999 (em torno da *assinatura digital*), prescrevendo hoje consequências jurídicas pela utilização de outras técnicas de subscrição electrónica de um documento informático. Todavia, porque o enunciado (e a respectiva sigla) se celebrizou, optamos por continuar a nomear o Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, com as suas alterações, pela mesma expressão.

16. A actual redacção do diploma encontra-se em anexo ao Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril, que procede à sua quarta alteração e republica uma versão consolidada. Atenda-se também ao Decreto Regulamentar 25/2004, de 15 de julho, que vem dar execução à vertente técnica do RJDEAD, já que as suas disposições de carácter jurídico dispensam qualquer execução. Neste sentido, cf. Miguel José de Almeida Pupo Correia, *Documentos electrónicos e assinatura...* cit.
17. Para uma análise minuciosa do RJDEAD, vide Joel Timóteo Ramos Pereira, *op. cit.*, p. 191 e ss.
18. Na verdade, e olhando à Europa comunitária, Portugal foi o terceiro país a regular juridicamente a utilização de documentos electrónicos e de assinaturas electrónicas, logo depois da Alemanha e da Itália, que o fizeram em 1997.
19. Neste sentido, Manlio Cammarata e Enrico Maccarone, *I problemi del recepimento della direttiva 1999/93/CE*. Disponível em: [www.interlex.it/docdigit/recep1.htm]. Acedido em: 20.07.2009: “gli obiettivi dell’iniziativa di Bruxelles sono in primo luogo gli scambi commerciali all’interno dello Spazio economico europeo e la prestazione transfrontaliera di servizi di certificazione”.
20. Nas impressivas palavras de Miguel Pupo Correia, o RJDEAD quis construir “um ordenamento geral da ‘relação jurídica por meios electrónicos’, capaz de suportar as implicações desta realidade em todos os ramos do direito; e, bem entendido, desde logo as relações de carácter civil e comercial, tendo designadamente em vista o favorecimento da expansão do comércio electrónico, portador de enormes potencialida-

introduzir algumas alterações ao normativo de 1999, com vista a transpor perfeitamente a Directiva comunitária.²¹

Retornando ao problema, a solução legalmente avançada para boa parte das questões concitadas radica na *assinatura electrónica*. Isto é, tal como sucede nos documentos em suporte de papel, em que é a subscrição que identifica o seu autor e afiança a integridade do conteúdo, foi similar o *iter* escolhido pelo legislador nos documentos electrónicos quanto à persecução do mesmo desígnio, assentando primordialmente na aposição de uma *assinatura electrónica*.

Entendamo-nos: a lei equipara o documento electrónico a documento escrito, quando contenha uma declaração escrita.²² Nessa medida, o problema da classificação formal está claramente solucionado, sendo suficiente em todos os negócios para que a lei imponha forma escrita. As demais questões colocadas (sejam as dificuldades materiais inerentes à forma incorpórea e impessoal dos documentos, seja o problema jurídico da força probatória do documento) encontram uma solução que depende da aposição e da modalidade de uma *assinatura electrónica*, que assume aqui uma importância preponderante.

Por um lado, veremos *infra* que é a *assinatura electrónica* (ou uma das suas modalidades) que consegue, de forma cabal, garantir de uma só vez a identi-

des de desenvolvimento económico”. Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital* cit., p. 4.

21. Referimo-nos ao Dec.-lei 62/2003, de 03 de abril. Note-se que a qualidade da intervenção do legislador de 2003 deixou bastante a desejar, pois optou por uma colagem ao normativo comunitário que, não apenas não era exigida pelo direito europeu (cf. art. 249.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que deixa às autoridades nacionais liberdade quanto à forma e meios tendentes aos objectivos fixados pelas directivas) como estabeleceu uma indesejável complexidade, muito por culpa da multiplicação de conceitos esvaziados de efeitos. Voltaremos a pronunciar-nos sobre este problema *infra*.

Para mais críticas relativas à técnica de transposição plasmada no Dec.-lei 62/2003, de 03 de abril, vide Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital* cit., p. 4 e o aí citado estudo de Miguel Almeida Andrade, *As insondáveis razões de uma mudança desnecessária. O Decreto-lei n. 62/2003 e a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 1999/93/CE, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas*.

22. Dispõe assim o n. 1 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril): “O documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita”.

dade do outorgante, a inviolabilidade do documento e a confidencialidade do conteúdo.

Por outro, é consabido que, nos termos da lei civil, a assinatura produz efeitos essenciais no que respeita ao valor probatório dos documentos. Com efeito, dividindo-se estes em documentos autênticos e particulares, certo é que o título de *documento autêntico* – e a força probatória plena que se lhe associa – depende de assinatura (cf. art. 370.º do Código Civil) e que um documento particular só pode almejar a categoria de *documento autenticado* se for assinado (cf. art. 375.º do Código Civil). Ora, também no quadro dos documentos electrónicos, a *assinatura electrónica* produz efeitos no respectivo valor probatório.

3. O REGIME JURÍDICO DA ASSINATURA ELECTRÓNICA

Antes de adentrarmos no regime jurídico da assinatura electrónica, não podemos deixar de notar que a figura da “assinatura”, a que se atribui uma preponderante importância – pois só documentos assinados poderão revestir força probatória plena – é uma realidade que nem é legalmente definida nem tão pouco produz, em si mesma, qualquer efeito. Com efeito, o legislador civil limitou-se a prescrever um *dever de assinatura* dos documentos e a disciplinar a *assinatura a rogo*, não determinando qualquer modalidade de subscrição nem lhe estabelecendo nenhum efeito automático,²³ embora a sua aposição constitua um dos requisitos para a atribuição ao documento de uma força probatória qualificada. Ora, como veremos, ao equiparar *certa modalidade de assinatura*

23. Sublinhe-se, porém, que apesar de os efeitos da assinatura não decorrerem de qualquer disposição legal, a própria noção gramatical de assinatura parece implicar desde logo consequências de relevo. Efectivamente, escreve Marcelo Corrales, op. cit., p. 11, que os dicionários de língua inglesa, ao defini-la, esclarecem: “A person signs a document when he writes or marks something on it in token of this intention to be bound by its contents”. Igual opinião tem Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, A assinatura dinâmica face ao regime jurídico das assinaturas electrónicas, *Scientia Iuridica*, t. LIII, n. 299, p. 347, que fala no conceito de assinatura como “método de identificação de uma pessoa e de indicação de aprovação de um determinado conteúdo” e Laurence Birnbaum-Sarcy e Florence Darques, La signature électronique – Comparaison entre les législations française et américaine, *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n. 5, ano 2001. p. 543. Disponível em: [www.signelec.com/content/download/articles/la_signature_electronique_comparaison_fr_us_vf.pdf]. Acedido em: 02.09.2009.

Nessa medida, parece que a assinatura implicará sempre a associação do seu autor ao conteúdo do documento a que é aposta a assinatura.

electrónica a uma assinatura autógrafa, é curioso ser o regime jurídico da assinatura electrónica, ao determinar a produção de certos efeitos jurídicos pela sua aposição, a estendê-los à clássica assinatura em documentos em papel.

A lei define a assinatura electrónica como “o resultado de um processamento electrónico de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico”.²⁴ Esta definição parece afastar-se ligeiramente da noção fornecida pelo legislador comunitário, já que este entende-a como os “dados sob forma electrónica ligados ou logicamente associados a outros dados electrónicos, e que sejam utilizados como método de autenticação”.²⁵

Sendo certo que ambas as enunciações portam uma considerável abrangência, deve aplaudir-se a opção do legislador nacional, porquanto afasta todos os modos de autenticação que não devam considerar-se pessoais e exclusivos. Assim, não será uma *assinatura electrónica* a aposição a um documento, por via informática, do nome do pretenso autor, porquanto essa introdução não é susceptível de constituir objecto de um direito individual e exclusivo;²⁶ pelo contrário, já será *assinatura electrónica* o resultado de um conjunto alargado de processos: a autenticação por código PIN, a digitalização de uma assinatura autógrafa, a autenticação do autor por dados biométricos ou uma assinatura digital ou criptográfica.²⁷

Nessa medida, a *assinatura electrónica* compreende várias modalidades, com níveis de segurança que podem ser muito díspares, pelo que a lei faz depender os seus efeitos do tipo de *assinatura electrónica* que tiver sido aposta ao documento electrónico.

O regime jurídico da assinatura electrónica do direito pátrio desenha-se em torno da *assinatura digital*, aquela por que o sistema declara expressamente a sua preferência e de que faz uma exaustiva descrição tecnológica.²⁸ De facto,

24. Cf. alínea *b* do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril).

25. Cf. n. 1 do art. 2.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999.

26. Na verdade, se nos ativésemos apenas à definição do legislador comunitário, esta forma de autenticação constituiria uma *assinatura electrónica*. Num raciocínio similar, cf. Marcelo Corrales, op. cit., p. 12.

27. Sobre esta figura nos pronunciaremos melhor infra.

28. Por uma questão de rigor na sistematização, explicaremos infra o funcionamento desta categoria de assinatura electrónica.

sendo certo que a lei hoje vigente não exclui outras técnicas, estabelecendo várias categorias de assinatura electrónica, será difícil obter efeitos probatórios de um documento electrónico que haja utilizado qualquer tecnologia distinta da *assinatura digital*.²⁹

Entendamo-nos: o legislador, a par da supra mencionada noção de *assinatura electrónica*, enuncia uma sua categoria dotada de uma superior exigência – a *assinatura electrónica avançada*. Esta figura consubstanciar-se-á em qualquer assinatura electrónica, independentemente da tecnologia,³⁰ que cumpra quatro requisitos: a identificação unívoca do titular da assinatura como autor do documento (a), a dependência da aposição apenas da vontade do titular (b); o controlo exclusivo do titular sobre a criação da assinatura (c) e a possibilidade de detecção de alterações supervenientes do conteúdo do documento após a aposição da assinatura (d).³¹

Em face desta noção, tecnologicamente neutra, esperaríamos encontrar efeitos jurídicos resultantes da aposição de uma qualquer assinatura electrónica avançada a um documento electrónico. Todavia, não é isso que acontece; na verdade, não será *qualquer* assinatura electrónica avançada a implicar consequências jurídicas, dependendo estas de *certa categoria* de assinatura electrónica avançada. Assim, o legislador descreve depois a *assinatura digital*, aquela que recolhe assumidamente a sua preferência; sem grandes preocupações de rigor, trata-se de um mecanismo criptográfico³² que assenta na geração

29. Assim, e como veremos melhor *infra*, tem razão Marcelo Corrales, op. cit., p. 12, aplicando a sua afirmação ao ordenamento jurídico português, quando diz que “in a legal aspect only the e-signatures with the proper technology are legally binding, ensuring the aforementioned security criteria. This sort of e-signatures are the so called (in the majority of the countries) ‘digital signatures’”.

30. Desde que seja o *resultado de um processamento de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico*.

31. Cf. alínea *c* do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril).

32. Isto é, que subordina o acesso ao conteúdo de um documento electrónico à utilização de uma chave. Os mecanismos criptográficos surgiram como forma de garantir a confidencialidade de documentos electrónicos e não como mecanismo de geração de assinaturas electrónicas.

A forma tradicional de criptografia é aquela que se baseia em chaves *simétricas* (é o chamado método da *chave secreta*): o autor do documento codifica-o através de uma chave que o torna ilegível, salvo para quem a conhecer. Desde logo se conheceram as

de um par de chaves assimétricas³³ (i.e., diferentes e complementares) – uma *chave privada* e uma *chave pública*. A chave privada é do conhecimento estrito do titular e permite-lhe declarar a autoria de certo documento electrónico, pois só ela possibilita a aposição da assinatura;³⁴ a chave pública possibilita ao(s) destinatário(s) do documento electrónico verificar se a assinatura foi criada pela utilização da correspondente chave privada (comprovando assim a efectiva autoria do documento electrónico) e se o conteúdo do documento foi alterado depois de aposta a assinatura,³⁵ já que ao mecanismo criptográ-

suas desvantagens, nomeadamente no que tange a dar a conhecer as chaves secretas quando se pretenda que o documento seja acessível por um largo número de utilizadores.

A *criptografia assimétrica* funciona de forma diferente, pois pressupõe a existência de duas chaves diferentes e complementares: uma chave pública, que pode ser divulgada a todos os sujeitos; uma chave privada, apenas do conhecimento do seu titular. Ora, a natureza complementar das chaves implica que os documentos que sejam cifrados com a chave pública apenas possam ser conhecidos pelo detentor da chave privada correspondente; da mesma forma, um documento codificado por chave privada apenas pode ser acedido com a introdução da correspondente chave pública. Assim, e no que tange à aplicação deste mecanismo na criptografia, quando se pretenda quer enviar um documento para ser conhecido apenas por A, basta codificá-lo através da aposição da chave pública de A (que todos podem conhecer), sendo que apenas A (o único que conhece a sua chave privada) conseguirá decifrá-lo.

A criptografia assimétrica foi descoberta em 1976, mas apenas na década de 90 do século XX foi popularizada. Cf. Augusto Tavares Rosa Marcacini, O documento electrónico como meio de prova, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 52. Rio de Janeiro: ABPI, maio-jun. 2002. p. 3-4 e Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio electrónico: contratos electrónicos e informáticos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 56.

33. Sublinhe-se que Marcelo Corrales, op. cit., p. 13, abarca na sua definição de “assinatura digital” os mecanismos criptográficos baseados em chave simétrica o que, de acordo com a lei vigente em Portugal e na Comunidade, deve considerar-se uma inexactidão. De facto, como veremos melhor infra, a *assinatura digital* é um mecanismo tecnológico que se define pela utilização de um binómio chave pública/chave privada.
34. Constituindo assim, na terminologia legal, os *dados de criação da assinatura*, já que só ela permite a aposição de uma assinatura em certo documento electrónico.
35. Consubstanciando deste modo os *dados de verificação de assinatura*. Cf. alíneas d a l do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril).

Como se percebe, a assinatura digital baseia-se no mecanismo criptográfico que descrevemos na nota n. 32, embora utilizando-se aqui a tecnologia de forma invertida,

fico acresce uma função de *hash*, que permite detectar modificações depois de aquela lhe ser aposta, garantindo a sua integridade.³⁶ A criação do par de chaves e a sua atribuição a dado sujeito fica a cargo de uma *entidade certificadora*, pessoa singular ou colectiva (que, facultativamente, pode submeter-se a credenciação),³⁷ sendo a respectiva autenticidade confirmada por um *certificado digital* – documento electrónico emitido pela entidade certificadora, atestando a qualidade da assinatura digital, a ligação entre a chave pública e a chave privada, e a conexão ao respectivo titular, o qual é acessível a qualquer interessado em ambiente informático.³⁸

A noção legal de *assinatura digital* é deveras desconcertante. De facto, ao invés de prescrever os requisitos que reputaria necessários a uma *assinatura electrónica* dotada de efeitos jurídicos qualificados, o legislador explanou um dos métodos tecnológicos de obter uma assinatura electrónica avançada, modo de agir que, como facilmente se percebe, comporta (entre outros) um risco de desactualização tecnológica. O perigo de superação técnica da *assinatura digital* não é meramente teórico, até porque é desde logo conhecida uma sua deficiência que, conquanto ténue, a aparta das clássicas congéneres autógrafas; na verdade recorde-se aquela “comprovando embora a utilização de uma chave criptográfica, atribuída a uma determinada pessoa, não pode, no entanto,

atendendo ao diferente intuito. Assim, é utilizando a sua *chave privada* que o titular da assinatura subscreve o documento, sendo que qualquer pessoa, através da chave pública, pode confirmar a autoria do documento.

36. “A função de *hash* faz corresponder de forma unívoca a uma mensagem uma determinada sequência binária (cadeia de *bits*) chamada *digest*, de tal forma que a probabilidade de que duas mensagens diferentes deem origem ao mesmo *digest*, seja em termos práticos de zero”. Manuel Lopes Rocha, Miguel Pupo Correia et al, *As leis do comércio electrónico*. Matosinhos: Centro Atlântico, 2000. p. 15. No fundo, e no ensinamento de Sinde Monteiro, Assinatura electrónica e certificação (a Directiva 1999/93/CE e o Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto), *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3918/263, obtém-se um “conglomerado ou resumo da mensagem de dados (*message digest*, uma sequência de dados com determinada extensão), que constitui como que uma ‘impressão digital electrónica’ da sequência de dados mais extensa”. Note-se que, neste particular, a lei não descreve tecnologicamente o mecanismo de garantia da integridade do documento, limitando-se a exigir que, mediante utilização chave pública, possa detectar-se a alteração do conteúdo depois de aposta a assinatura. Cf. parte final da alínea *b* do art. 2.º do RJDEAD.
37. Cf. art. 9.º e 10.º RJDEAD, que consagram o princípio da credenciação facultativa enquanto dimensão da liberdade de acesso à actividade de certificação.
38. Cf. arts. 28.º a 32.º do RJDEAD.

assegurar que a chave tenha sido efectivamente aplicada pelo seu titular”.³⁹ Simplesmente, a cessão da chave privada (que é do estrito conhecimento do titular da assinatura) apenas pode ocorrer por vontade sua vontade, pelo que não se tem colocado em cheque a utilização e valia desta modalidade de *assinatura electrónica*.

Todavia, deve salientar-se que o problema da opção tecnológica está hoje minorado; na verdade, sendo o RJDEAD anterior à aprovação da Directiva relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas,⁴⁰ a transposição do normativo comunitário veio obrigar a concessão de efeitos jurídicos a assinaturas electrónicas que pudessem oferecer semelhante nível de segurança mas que revestissem soluções informáticas distintas, conferindo neutralidade tecnológica ao normativo nacional.⁴¹ Assim, foi introduzida a noção de *assinatura electrónica qualificada*, que consiste numa assinatura digital ou noutra assinatura electrónica avançada que ofereça as mesmas garantias de certificação.⁴²

Não sendo conhecida qualquer outra assinatura electrónica que cumpra o mesmo patamar de segurança facultado pela assinatura digital,⁴³ a neutralização tecnológica do diploma nacional traz duas importantes virtualidades,

39. Cf. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit., p. 350. De facto, lembra o Autor que “embora a assinatura digital resulte da atribuição de um longo código numérico a uma pessoa, na verdade o seu conceito é claramente distinto do de assinatura, enquanto resultante de um procedimento próprio ao (e único do) assinante”. Isto é, não sendo possível deduzir ou adivinhar a chave privada de um estranho, nada obsta a que o seu titular a transmita a um terceiro para que este a aponha a dado documento, dada a natureza impessoal de um código numérico. Nessa medida, não pode garantir-se que o sujeito que a utilizou seja efectivamente o seu titular.

Igual reparo faz Ana Costa Almeida, *Direito e Internet*. Coimbra: Minerva, 2002. p. 65: “a assinatura digital, apesar de indiscutivelmente exclusiva e individual, ainda assim não terá o mesmo grau de certeza e segurança que a assinatura autógrafa, pelo facto de haver sempre um risco, ainda que diminuto, de apropriação indevida da chave privada”.

40. Directiva n. 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro.

41. Cf. o Dec.-lei 62/2003, de 03 de abril.

42. Cf. alínea g do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril).

43. Neste sentido, cf. Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital* cit., p. 17 e ss; Jorge Sinde Monteiro, *Assinatura electrónica e certificação...* cit., p. 263; Sebastião Nóbrega Pizarro, op. cit., p. 75.

devendo aplaudir-se.⁴⁴ Por um lado, avulta a já referida precaução de desenvolvimento de novos mecanismos técnicos mais perfeitos;⁴⁵ por outro, deve atender-se a que, com a criação da categoria da *assinatura electrónica qualificada* se retiram obstáculos a um reconhecimento de assinaturas electrónicas qualificadas que cumpram a legislação de Estados terceiros que, porventura, optem por assinaturas tecnologicamente distintas mas igualmente seguras.⁴⁶

Em sentido contrário, porém, vide Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit. p. 352 e ss., que defende enquadrar-se a *assinatura dinâmica* ou *assinatura biométrica*, que combina a captação do processo de assinatura manual (geometria das letras, forma da escrita, velocidade de escrita, ordem dos traços, etc.) com a criptografia e com a acção de mecanismos de *hash* destinados a garantir a integridade da mensagem. Não conhecemos, porém, quaisquer outras opiniões técnicas que concluam pela equiparação, ao nível da segurança, entre a assinatura digital e a *assinatura dinâmica*; de facto, enquanto que na *assinatura digital* a chave privada constitui um longo código numérico complexo (tornando impossível a qualquer pessoa deduzi-lo ou adivinhá-lo), a *assinatura dinâmica* aponta como “chave privada” o processo dinâmico de produção da assinatura autógrafa, comportamento que, ainda que de forma difícil, pode ser copiado e reproduzido por terceiro sem o conhecimento ou consentimento do titular. Ora, este perigo parece ser mais grave do que a deficiência da assinatura digital a que nos referimos na nota n. 39.

44. Em sentido contrário, vide Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital* cit., p. 20. O autor manifesta-se contrário à neutralização tecnológica do diploma com o fundamento de que as diversas tecnologias não são plenamente equivalentes e lembra que o regime pós-comunitário, apregoando a neutralidade, tem subjacente um quadro técnico que é o da *assinatura digital*. Note-se, aliás, que mesmo as regras comunitárias não se afastam cabalmente da *assinatura digital*, já que, por exemplo ao definir os “dados de criação de assinatura”, exemplifica com “códigos ou chaves criptográficas privadas” (Cf. n. 4 do art. 2.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13.12.1999). Neste sentido, vide Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas. Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004, vol. V, p. 116.

Sendo certo que não podem ser afastados estes argumentos, cremos ainda assim que a regulação comunitária através de uma neutralização (ainda que hodiernamente teórica) da assinatura electrónica é mais correcta. É que, segundo julgamos, não cabe ao direito escolher o *modelo* do produto que vai assegurar a autenticidade e integridade do documento electrónico mas apenas definir os requisitos de que faz depender a concessão de efeitos jurídicos a esse produto. Nessa medida, ainda que o quadro técnico que subjaz à enunciação do sistema seja o da *assinatura digital*, parece mais curial que o direito regule de forma abstracta em detrimento de operar uma opção tecnológica porventura ultrapassável num futuro próximo.

45. Neste sentido, cf. Seabra Lopes, *Direito dos registos e do notariado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 28.
46. Trata-se de uma hipótese académica (pois continuamos a julgar não existirem outras assinaturas electrónicas que ofereçam as mesmas potencialidades que o binómio *cha-*

Definidas as várias modalidades de assinaturas electrónicas, a lei nacional determina os efeitos jurídicos da sua aposição a um documento electrónico. Note-se que as consequências resultantes da aposição de uma assinatura electrónica constituem uma opção soberana do legislador nacional, já que o normativo comunitário apenas obriga ao estabelecimento de uma equiparação entre a *assinatura electrónica qualificada* e a assinatura autógrafa (a) e à viabilidade utilização processual de documentos a que aquela seja aposta (b).⁴⁷ Ora, o direito pátrio foi bem mais longe, gerando dois resultados a partir da aposição de assinaturas electrónicas.

Por um lado, determina o art. 7.º do RJDEAD que a *assinatura electrónica qualificada* é legalmente equivalente à assinatura autógrafa aposta em documento em suporte de papel.⁴⁸ Simplesmente, e como sublinhámos *supra*, uma vez que a lei civil não faz nascer qualquer efeito da aposição de uma assinatura autógrafa a um documento, é o Dec.-lei 290-D/1999, de 2 de agosto, que acaba por prescrever as consequências de ambas, gerando três presunções: que a pessoa que após a assinatura electrónica qualificada é o titular desta (ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa colectiva titular da assinatura electrónica qualificada) (a),⁴⁹ que a assinatura electrónica qualificada foi apos-

ve pública/chave privada), mas que não deve descurar-se, já que a evolução técnica é por natureza mais célere que a previsão normativa. Ademais, não se olvide que, por um lado está identificada uma deficiência da *assinatura digital* que tenderá a ser superada, e por outro, há já quem defenda a utilização de nova modalidade de assinatura electrónica (a *assinatura dinâmica*), alegadamente dotada de próximo nível de segurança. Cf. a nota n. 43.

47. Cf. n. 1 do art. 5.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro. É também o caminho que segue a Lei Modelo da Uncitral de 1996 (art. 7.º) e de 2001 (art. 3.º). Note-se, porém, que a Lei Modelo de 2001 define a fiabilidade de uma assinatura electrónica através da seu cumprimento dos requisitos que o legislador comunitário impõe à *assinatura electrónica avançada*.

48. Por outro lado, e no que concerne mais propriamente às pessoas colectivas, atente-se que a aposição desta assinatura substitui, para todos os efeitos legais, a aposição de selos, carimbos, marcas ou outros sinais identificadores do seu titular.

49. Muito crítica desta presunção é Paula Costa e Silva, que a considera incompatível com o requisito prescrito na alínea c do art. 2.º RJDEAD nos termos do qual a assinatura electrónica avançada “identifica de forma unívoca o titular como autor do documento”. Assim, defende a autora dever entender-se que a aposição da assinatura apenas *presume* a autoria do documento e não identifica o seu autor, hierarquizando o art. 7.º em face do art. 2.º. Cf. Paula Costa e Silva, op. cit., p. 227.

Não partilhamos, de modo algum, desta visão. Na verdade, a norma do art. 2.º versa sobre a *definição da assinatura electrónica avançada*: é esta que identifica de forma

ta com a intenção de assinar o documento electrónico (b) e que o documento electrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura electrónica qualificada (c).⁵⁰

Por outro lado, prescreve-se que a agregação de uma *assinatura electrónica qualificada certificada* por entidade credenciada confere ao documento electrónico a força jurídica de um documento particular dotado de assinatura reconhecida por entidade com funções notariais, fazendo prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor.⁵¹ Ou seja, de um modo simplista, a aposição da assinatura electrónica qualificada presume a autoria do documento, passando este a fazer prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor se a assinatura houver sido certificada por entidade certificadora credenciada.⁵²

Percebe-se a opção do legislador. No fundo, quando num documento clássico se patenteia o reconhecimento presencial de assinaturas por uma entidade com funções notariais, assegurando assim a identidade do seu autor, a utilização de uma assinatura electrónica qualificada *certificada por entidade credenciada* oferece um padrão de segurança semelhante, porquanto uma entidade certificadora credenciada cauciona que aquela assinatura corresponde ao sujeito que figura como titular.⁵³

No entanto, este regime concita duas questões, que urge resolver. Em primeiro lugar, importa saber quais os efeitos da aposição a um documento electrónico de uma assinatura electrónica que não atinja o título de *assinatura*

unívoca o seu titular. Outra coisa, (o objecto do art. 7.º) são os *efeitos da aposição de uma assinatura a um documento*; estes concretizam-se na *presunção* de autoria. Isto é, a aposição de uma assinatura *que identifica univocamente o seu autor* pode *presumir* que este titular é autor documento subscrito.

50. Cf. n. 3 do art. 7.º do RJDEAD. Sobre o tema, cf. Joel Timóteo Ramos Pereira, op. cit., p. 203.
51. Cf. o n. 2 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital e o art. 376.º do Código Civil. Na terminologia de António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português – Parte geral*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005, vol. I, t. I. p. 579, podem denominar-se tais documentos por “documentos reconhecidos”.
52. De facto, deve ter-se presente que, nos termos dos arts. 9.º e 10.º RJDEAD, é livre o acesso à actividade de entidade certificadora, sendo por isso facultativa a sua credenciação na *autoridade credenciadora*. Nessa medida, nem todas as assinaturas digitais são certificadas por *entidade credenciada*.
53. Pronunciarmo-nos melhor infra sobre o problema da concessão deste efeito apenas às assinaturas que provenham de entidades credenciadas, em face da apregoada *credenciação facultativa* das entidadesificadoras.

electrónica qualificada (considerar-se-á um documento não assinado? Ou simplesmente um documento assinado mas sem os efeitos do reconhecimento presencial?). Em segundo lugar, e como avançámos *supra*, não se percebe muito bem a delimitação legal do conceito de *assinatura electrónica avançada*, à qual a lei não parece fazer corresponder qualquer tipo de efeito, importando perceber a *ratio* da sua individualização.

3.1 A aposição de uma assinatura electrónica "não qualificada"

Como dissemos *supra*, de acordo com o regime do Código Civil, a assinatura de um documento reveste uma importância preponderante no que tange à sua força probatória: um documento não assinado "não tem legalmente valor superior a qualquer outro meio de prova comum, isto é, não pode de modo nenhum atingir a força probatória plena que cabe aos documentos autênticos (art. 371.º, 1, Código Civil) e autenticados (art. 377.º Código Civil), bem como aos documentos particulares assinados cuja letra e assinatura, ou só assinatura, sejam consideradas verdadeiras".⁵⁴ Ou seja, só a assinatura pode conferir à prova documental valor superior ao dos demais meios de prova, retirando ao julgador o poder de considerar não atestados os factos documentalmente demonstrados, se a veracidade do documento não for posta em causa.

No quadro específico dos documentos electrónicos, nenhuma dúvida se coloca quanto aos que for aposta uma *assinatura digital* (ou outra assinatura electrónica qualificada) *certificada por entidade credenciada*, já que esta se equipara à assinatura autógrafa reconhecida presencialmente, implicando a prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor.⁵⁵ No entanto, deve recordar-se que vigora entre nós o *princípio da não obrigatoriedade* da assinatura digital,⁵⁶ pelo que o signatário pode optar por recorrer a outro sistema de autenticação electrónica; nessa medida, há que colocar a hipótese de o autor do documento pretender subscrevê-lo com *outra assinatura electrónica* distinta da assinatura digital (ou de outra assinatura electrónica qualificada).

Nesta eventualidade, a solução emana primordialmente do n. 5 do art. 3.º do RJDEAD, que dispõe revestir um documento assim assinado o valor de *qualquer meio de prova*, não almejando uma redução da livre apreciação do

54. Cf. Miguel José de Almeida Pupo Correia, Documentos electrónicos e assinatura digital... cit. Além das normas indicadas pelo Professor, cf. ainda, no que tange à necessidade de assinatura dos documentos autênticos, o art. 370.º do Código Civil.

55. Cf. o art. 376.º do Código Civil.

56. Cf. Mário Castro Marques, op. cit., p. 48.

julgador.⁵⁷ Isto é, em face desta norma, a opção por uma assinatura electrónica *não qualificada* equiparar-se-á à subscrição de um documento em suporte de papel com uma assinatura *não reconhecida*, deixando ao decidente o poder de valorar livremente a sua autenticidade.

Esta conclusão deve ser confrontada criticamente com a norma do n. 4 do art. 7.º, que vem cominar com a *inexistência* a aposição de uma assinatura electrónica qualificada que conste de certificado que esteja revogado, caduco ou suspenso na data da agregação ao documento. Isto é, uma *assinatura digital* constante de certificado cujo prazo expirou equivale a uma *não assinatura*, ao passo que uma assinatura *não qualificada* existe, embora não produza qualquer efeito jurídico automático.

Repare-se porém que, do ponto de vista estritamente positivo, não se detectam diferenças entre documentos *não assinados* ou dotados de assinaturas não

57. A redacção actual da norma sofreu uma evolução desde a sua redacção inicial. Com efeito, o legislador de 1999 retirava o valor probatório qualificado não apenas a todas as assinaturas electrónicas *não qualificadas* como às assinaturas digitais que não cumprissem as normas da lei portuguesa: “o valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma é apreciado nos termos gerais de Direito”. Como se entende, aquando da transposição da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro (operada pelo Dec.-lei 62/2003, de 03 de abril), e em face da harmonização europeia do regime jurídico das assinaturas electrónicas, eliminou-se a necessidade de cumprir a lei portuguesa e conferiu-se às assinaturas electrónicas certificadas por entidades certificadoras de outros Estados-membros o mesmo valor que as que o sejam por entidades credenciadas pelas autoridades nacionais (cf. n. 2 do art. 38.º do RJDEAD, na sua actual redacção). De facto, nos termos do art. 4.º da Directiva, estabeleceu-se um mercado único da actividade de certificação, não se permitindo aos Estados-Membros restringi-la a operadores nacionais ou criar requisitos mais onerosos para as entidades certificadoras de outros Estados-membros. Por outro lado, mesmo no que tange ao reconhecimento de assinaturas digitais certificadas por entidades de Estados terceiros à União Europeia, o normativo comunitário impõe que seja atribuída força probatória equivalente, conquanto os certificados digitais emitidos por tais entidades ofereçam a mesma qualidade e cumpram normas similares às que vigoram no espaço jurídico europeu (cf. art. 7.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro e o n. 3 do art. 38.º do RJDEAD, na actual redacção). Esta opção, não se ligando já ao estabelecimento do mercado interno (pois dirige-se às entidades certificadoras estabelecidas em Estados terceiros) só pode explicar-se no objectivo do fomento da utilização dos documentos electrónicos digitalmente assinados, evitando que as relações comerciais internacionais (onde aqueles desempenham um mais importante papel) pudessem ver arredada a viabilidade de contratação electrónica.

reconhecidas, já que nenhum deles produz os efeitos probatórios qualificados. Simplesmente, do ponto de vista prático, cabendo a apreciação do valor do documento ao julgador, é evidente que uma assinatura, ainda que não reconhecida, constitui um aspecto a ter em conta na valoração de certo documento, podendo fundamentar uma decisão. Ao invés, a *assinatura digital* assente em certificado revogado, suspenso ou caduco não pode sequer ser valorada pelo julgador, já que *inexiste*.

Ora, se o legislador comunitário proíbe a negação de valor probatório aos documentos subscritos com uma assinatura electrónica *não qualificada*⁵⁸ (embora admita, como faz o direito pátrio, a concessão de uma valoração diversa da que oferece aos documentos a que é aposta assinatura digital),⁵⁹ implicando que – ainda que se não produza qualquer efeito automático – a sua utilização processual seja sempre admitida, é desconfortável a opção do legislador nacional. De facto, o julgador pode *valorar* uma assinatura autógrafa digitalizada, mas não pode conferir qualquer importância a uma (mais segura) assinatura digital se o certificado tiver expirado. Nessa medida, parece que seria preferível submeter este tipo de assinaturas (digitais assentes em certificado caduco) ao mesmo regime das assinaturas *não qualificadas*: a sua aposição poderia ser valorada como um meio de prova ponderado a propósito da autoria do documento.

3.2 A categoria da "assinatura electrónica avançada"

A força probatória de um documento a que é aposta uma assinatura electrónica é um problema deixado à apreciação do legislador nacional, conquanto não seja negada a sua utilização processual.⁶⁰ Nessa medida, coube exclusiva-

58. Cf. n. 2 do art. 5.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro.

59. No fundo, e como bem explica Miguel Pupo Correia, Documentos electrónicos e assinatura digital... cit., estes documentos “não são destituídos de valor probatório, embora de menor grau pois apenas serão livremente apreciados nos termos gerais de direito”.

60. Assim dispõe o n. 2 do art. 5.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro: “Os Estados-membros assegurarão que não sejam negados a uma assinatura electrónica os efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova para efeitos processuais apenas pelo facto de:

- se apresentar sob forma electrónica,
- não se basear num certificado qualificado,

mente às autoridades portuguesas a valoração das diversas assinaturas electrónicas que a lei prevê e autonomiza.

Ora, como vimos, os órgãos legiferantes nacionais optaram por conceder aos documentos a que é aposta assinatura digital certificada por entidade credenciada (ou outra que ofereça semelhantes garantias – a *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada*) o valor de documento subscrito por assinatura reconhecida por entidade com funções notariais⁶¹ – conferindo-lhes efeitos probatórios subtraídos à apreciação do julgador – e aos que contenham outras assinaturas electrónicas o valor de um documento particular sem efeitos probatórios plenos.⁶²

Se assim é, surge desde logo uma dúvida: se o legislador classifica os efeitos da aposição de assinaturas electrónicas em dois grandes grupos (de um lado, o dos documentos subscritos com uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciadora credenciada*; de outro, todos os demais documentos electrónicos, com ou sem outra modalidade de assinatura electrónica), qual a razão da identificação da figura da *assinatura electrónica avançada*?

A resposta a este problema não pode descobrir-se no campo dos efeitos da sua aposição, porquanto estes não existem. Assim, cremos que a sua previsão pode explicar-se em duas ordens de motivos.

Por um lado, é possível que o legislador pretendesse transmitir ao julgador que, embora só a *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciadora credenciada* produza efeitos probatórios plenos, nem todas as assinaturas electrónicas são iguais. Isto é, apesar de conferir ao intérprete o poder de apreciar livremente o valor de certo documento electrónico dotado de *outra* assinatura electrónica, a lei indica ao juiz que certas assinaturas electrónicas – as *assinaturas electrónicas avançadas* –, ainda que não ofereçam as mesmas garantias de uma assinatura digital certificada, são dotadas um patamar de segurança a que este deve atender na sua valoração.⁶³ A ser esta a explicação, a autonomização da *assinatura electrónica avançada* consubstancia uma indi-

– não se basear num certificado qualificado emitido por um prestador de serviços de certificação acreditado,

– não ter sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas”.

61. Cf. o n. 2 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) e o art. 376.º do Código Civil.

62. Cf. n. 5 do art. 3.º do RJDEAD.

63. Pense-se, por exemplo, na aposição de uma assinatura composta por uma chave biométrica, baseada no reconhecimento de características físicas do subscritor (impres-

cação ao julgador para valorar de forma mais vinculada os documentos a que uma destas modalidades de subscrição for agregada.

Outra possível explicação, menos abonatória à técnica do legislador nacional, radicaria na atribulada transposição da Directiva comunitária relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.⁶⁴ Entendamo-nos: a legislação comunitária define apenas a *assinatura electrónica* e a *assinatura electrónica avançada*. Ora, antes da publicação do normativo europeu (mas já depois da sua aprovação), as autoridades nacionais aprovaram o Dec.-lei 290-D/1999, de 02 de agosto, que continha muitas das soluções que o diploma comunitário viria a consagrar. Nessa medida, o legislador interno definiu a *assinatura electrónica avançada* exactamente nos mesmos termos que o diploma comunitário; simplesmente, ao invés de ficar por aqui, fez uma opção tecnológica, descrevendo a *assinatura digital* como a modalidade de *assinatura electrónica avançada* cuja aposição produzia efeitos probatórios plenos.⁶⁵ No fundo, a *assinatura digital* era a opção técnica portuguesa para uma assinatura electrónica avançada dotada de maior valia.

Quando mais tarde⁶⁶ se quis neutralizar tecnologicamente o regime nacional, ao invés de simplesmente eliminar a referência à *assinatura digital* (e conferir efeitos probatórios plenos às assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado e criadas através de dispositivos seguros de criação de assinaturas), construiu-se uma nova categoria, a *assinatura electrónica qualificada*, aquela que oferece as mesmas garantias da assinatura digital mas que é criada por soluções técnicas distintas.⁶⁷

são digital, face, íris) ou mesmo na aposição de uma assinatura autógrafa digitalizada acessível apenas por palavra-passe apenas conhecida pelo titular.

64. A Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro.

65. Note-se no entanto que, como nota Sinde Monteiro, op. cit., p. 263, “embora a assinatura electrónica avançada que obedeça aos requisitos (...) da Directiva não se identifique com ‘assinatura digital’, no actual estado da ciência e da técnica o desejado (muito elevado) nível de segurança parece só poder ser alcançado através da criptografia (assinatura digital)”.

66. Através do Dec.-lei 62/2003, de 03 de abril.

67. É curioso reparar que, como nos informa Sinde Monteiro, mesmo no quadro comunitário “os trabalhos da comissão, numa fase inicial, tinham directamente em conta a ‘assinatura digital’. Posteriormente, foi entendido que uma directiva europeia deveria ser neutra no que se refere à tecnologia, utilizando conceitos que permitam integrar diferentes meios de autenticação de dados, portanto outras modalidades de assinaturas electrónicas”. Sinde Monteiro, op. cit., p. 262.

Assim, a explicação da ausência de efeitos jurídicos para a categoria da *assinatura electrónica avançada* radicar-se-ia numa confusa e pouco rigorosa técnica legislativa: em 1999 a noção não teria efeitos porque o diploma nacional formulava uma opção tecnológica por uma das assinaturas electrónicas avançadas; em 2003, no intuito de neutralizar a opção, alargaram-se os efeitos da *assinatura digital* a outras assinaturas electrónicas avançadas com o mesmo patamar de segurança, criando-se uma nova categoria.⁶⁸

Por nossa parte, apesar de crermos que a justificação da previsão da categoria da *assinatura electrónica avançada* reside numa imperfeita técnica legislativa (atribuindo-se, assim, ao segundo dos motivos que apontámos),⁶⁹ julgamos que a sua existência acaba por produzir uma indicação gradativa ao julgador na apreciação de documentos electrónicos subscritos, pois este tenderá a valorar mais seriamente um documento dotado de uma *assinatura electrónica avançada* em face dos demais, dada a individualização legislativa daquela categoria.

4. A DIRECTIVA DA UNIÃO EUROPEIA E O REGIME NACIONAL

4.1 A neutralização tecnológica do RJDEAD em face das imposições comunitárias

É longa a discussão jurídica sobre a melhor solução de regulação legal das assinaturas electrónicas. Sumariamente, as opções ao dispor das autoridades legiferantes podem sumariar-se em três vias.⁷⁰

A primeira radica na opção por uma tecnologia, prescrevendo exclusivamente a valoração jurídica da *assinatura digital*, fazendo ou não depender os efeitos da respectiva aposição de uma credenciação pública da entidade certificadora.

Isto é, mesmo no quadro comunitário houve tendência para formular uma opção tecnológica, só perto da aprovação do diploma se tendo decidido a neutralidade técnica.

68. É esta a opinião de Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital* cit., p. 19.

69. Até porque, como explicámos na nota n. 67, por um lado, a opção técnica pela assinatura digital foi igualmente equacionada pelo legislador comunitário e, por outro, o normativo nacional é anterior à versão final da Directiva europeia, pelo que é crível que, no momento da aprovação do RJDEAD, as autoridades nacionais confiassem que igual opção fosse formulada pelos órgãos da União.

70. Sobre o tema, cf. Francisco Carneiro Pacheco Andrade, op. cit., p. 351; Pedro Alberto de Miguel Asensio, op. cit., p. 124; Laurence Birnbaum-Sarcy e Florence Darques, op. cit., p. 543 e ss.

Esta solução, adoptada no Estado do Utah, constou na redacção originária dos diplomas italiano, alemão e português.⁷¹

Outro caminho possível, que tem como primordial intuito a generalização da utilização das *assinaturas electrónicas*, deixa aos operadores económicos a escolha da tecnologia que lhes aprouver, com qualquer nível de segurança que as partes quiserem utilizar. É o *iter* seguido nos países de *common law*, como a legislação federal norte-americana, canadiana, australiana ou neo-zelandesa.⁷²

A terceira via de regulação, dita *intermédia*, consubstancia-se na opção do legislador comunitário. Esta terceira hipótese consiste na fixação legal dos requisitos de segurança inerentes de que se faz depender determinadas consequências jurídicas. A prescrição de mínimos de segurança tem subjacente o paradigma da assinatura digital (não deixando de se lhe referir),⁷³ mas admite a utilização de qualquer tecnologia que satisfaça um patamar de confiança similar. Desta forma, não obstante fixar condições de segurança que, hodiernamente, poucos métodos de subscrição electrónica podem satisfazer, confere ao sistema uma *relativa neutralidade técnica* que deixa alguma liberdade de escolha da modalidade de assinatura electrónica.

A versão originária do RJDEAD alinhava pela primeira via de regulação (determinando efeitos probatórios apenas para a *assinatura digital*), ao passo que o normativo comunitário impunha uma relativa neutralização tecnológica, impondo a produção de efeitos jurídicos pela aposição de *assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado*.⁷⁴ Nessa medida, o legislador

71. Concretamente no que à legislação nacional diz respeito, dispunha a versão originária do n. 2 do art. 3.º do Dec.-lei 290-D/1999, de 2 de agosto: “Quando lhe seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do art. 376.o do Código Civil”.

72. Vide, a título de exemplo, o norte-americano *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* de 2000 que expressamente rejeita expressamente “the implementation or application of a specific technology or technical specification for performing the functions of creating, storing, generating, receiving, communicating, or authenticating electronic records or electronic signatures”.

73. Cf. arts. 2.º e 5.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas. Neste sentido, cf. Martien Schaub, *European legal aspects of e-commerce*. Amsterdão: Europa Law Publishing, 2004. p. 173.

74. Que correspondem àquilo que a actual versão do RJDEAD apelida de *assinatura electrónica qualificada*.

nacional interveio, adaptando o normativo nacional à *terceira via* que presidia ao instrumento jurídico comunitário.⁷⁵

A doutrina maioritária é ferozmente crítica das alterações impostas pelo legislador comunitário e introduzidas entre nós em 2003. Entre outros comentários, considera-se que a neutralização tecnológica das assinaturas electrónicas e o princípio da liberdade de acesso à actividade certificadora “subalterniza o papel da assinatura como alicerce do valor probatório dos documentos e da inerente segurança do comércio jurídico”⁷⁶ em prol do desenvolvimento da actividade económica no espaço comunitário.

Se bem percebemos a análise, a tese que subjaz a tais considerações radica no entendimento de que a versão originária do RJDEAD, porque admitia apenas a *assinatura digital* enquanto subscrição produtora de efeitos probatórios – afastando todas as soluções tecnológicas que pudessem com aquela competir –, conferiria uma maior dose de segurança jurídica aos documentos electrónicos, indispensável para que os operadores económicos aceitassem conduzir a sua esfera jurídica com recurso a negócios jurídicos assentes em suporte informático. A escolha de uma única tecnologia arredaria incertezas que pudessem derivar da opção por outra assinatura cuja valia poderia sempre ser questionada.

Por nossa parte, não acompanhamos o raciocínio. Em primeiro lugar, parece que o risco da incerteza dos efeitos jurídicos resultantes de uma assinatura electrónica que não corresponda à *assinatura digital* é hoje meramente teórico. De facto, se por um lado, no momento actual, não são conhecidas outras *assinaturas electrónicas qualificadas* que possam concorrer com escolha tecnológica do legislador originário, por outro, ainda que estas existissem, a produção de efeitos jurídicos sempre dependeria, no regime português, da *certificação por entidade credenciada*, o que apartaria qualquer hesitação dos operadores económicos.⁷⁷

75. Através do Dec.-lei 62/2003, de 03 de abril.

76. Cf. a doutrina referida na nota n. 21.

77. É esta a grande vantagem da opção pela *terceira via* e não o mecanismo da plena liberdade a que nos referimos na nota anterior. De facto, a opção do legislador comunitário combina as vantagens do combate à desactualização tecnológica (e com a liberdade de escolha) com a segurança que advém de ter subjacente o expediente técnico da *assinatura digital*, admitindo somente mecanismos que o igualem nesse domínio.

Por outro lado, deve recordar-se que, tendo o legislador nacional sido particularmente generoso no que concerne aos efeitos jurídicos da *assinatura electrónica qualificada*

Em segundo lugar, deve considerar-se que a principal mais-valia da utilização dos documentos electrónicos reside na viabilidade de estabelecimento de relações jurídicas entre ausentes e, muitas vezes, desconhecidos. Ora, esta virtualidade assume uma primordial importância nas relações transnacionais, onde as partes mais distam e em que os documentos electrónicos podem prestar para conclusão de negócios que doutra forma dificilmente se celebraria. Se assim é, e tendo presente a inexistência de mercados compartimentados nacionais e a construção crescente de um mercado único, percebe-se que o legislador tenha forçosamente de admitir opções tecnológicas variadas, conquanto cumpram os patamares de segurança definidos, sob pena de eliminar a vantagem da contratação electrónica.

Em terceiro lugar, julgamos que a promoção da actividade económica de certificação electrónica, estabelecendo-se um mercado único nessa área, não prejudica a segurança jurídica depositada nos documentos e assinaturas electrónicos. Pelo contrário, quanto mais normalizada for a utilização destes mecanismos, mais dissipadas serão as desconfianças dos sujeitos; nessa medida, a criação de concorrência a nível europeu entre empresas de certificação de assinaturas só pode ter como resultado o aumento da sua utilização e, concomitantemente, um aprofundamento da certeza jurídica que estes envolvem.

Por fim, cremos que a intervenção do legislador comunitário, abrindo tecnologicamente a assinatura electrónica e estabelecendo o mercado comum da actividade de certificação, ao invés de reduzir a segurança jurídica depositada nas figuras do documento e assinatura electrónicos, gera uma *condição dessa segurança jurídica*. Na verdade, no mercado europeu onde nos movemos, não é crível que os operadores económicos confiassem numa assinatura electrónica que limitasse os seus efeitos a um Estado, correndo o risco de enfrentar um ordenamento jurídico estrangeiro que não conferisse qualquer valor a dado documento electrónico.⁷⁸ De facto, na falta de uma intervenção do legislador

da (equiparando-a à assinatura autógrafa notarialmente reconhecida), fê-lo *apenas quando a entidade certificadora que tiver gerado a assinatura esteja credenciada*, não dispensando assim um controlo público que deve apartar as dúvidas que a doutrina aqui aponta.

78. Esta conclusão parece subjazer às palavras de Joaquim Barata Lopes, que a propósito da criação de uma entidade certificadora, entende que a segurança jurídica dos certificados digitais por si comercializados são uma valia dentro e fora do país. Cf. Joaquim Barata Lopes, *A segurança jurídica – Registos e notariado, factores de estabilidade económica*, *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, jul. 2007. p. 14.

européu nos precisos termos em que teve lugar, a celebração de negócios as-sentes em documentos electrónicos enfrentaria uma insustentável intranquilidade conducente à sua rejeição pelos operadores económicos.

Ou seja, não cremos que a (relativa)⁷⁹ neutralização tecnológica do regime jurídico das assinaturas electrónicas, imposta pelo legislador comunitário e apregoada no preâmbulo do Dec.-lei 62/2003, de 3 de abril,⁸⁰ constitua uma qualquer dificuldade ou envolva os inconvenientes que lhe são associados.

4.2 *A persistência da desconformidade do normativo nacional com o ordenamento jurídico comunitário*

Não obstante a intervenção do legislador pátrio no sentido da compatibilização do RJDEAD com as normas europeias, alguma Doutrina continua a arguir a desarmonia do regime jurídico português em face da legislação comunitária,⁸¹ com base em dois argumentos principais.

Em primeiro lugar, arrazoa-se que, apesar da actividade legiferante de 2003, persiste uma *imperfeita neutralização tecnológica* do RJDEAD, que acaba por não permitir facilmente o recurso a outras *assinaturas electrónicas qualificadas*. Isto é, advoga-se que o actual regime, não obstante declarar a inexistência de opções técnicas, não deixa de apontar a *assinatura digital* como o paradigma de assinatura electrónica eleito, determinando que a assinaturas electrónica qualificada é aquela que, para além de todos os requisitos legalmente estabelecidos, “satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital”,⁸² o que, desde logo, coloca dificuldades quando se pretenda subsumir outra assinatura electrónica no seu conceito.⁸³

79. Cf. o que dissemos na nota n. 77.

80. Pode ler-se no preâmbulo daquele diploma que “Em conformidade com a referida directiva e com os recentes desenvolvimentos legislativos nos Estados membros da União Europeia, é adoptada uma terminologia tecnologicamente neutra. Assim, as referências que traduziam a opção pelo modelo tecnológico prevalecente, a assinatura digital produzida através de técnicas criptográficas, são eliminadas”.

81. Referimo-nos a Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit., p. 365 e 366.

82. Cf. alínea g do art. 2.º RJDEAD. No mesmo sentido, vide as considerações de Miguel Pupo Correia que transcrevemos na nota n. 44.

83. Atente-se, por exemplo, no esforço argumentativo desenvolvido por Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit., p. 364, no sentido da consideração da *assinatura dinâmica* como *assinatura electrónica qualificada*.

Cremos não ter fundamento tal crítica. De facto, a *relativa neutralidade tecnológica* não só parece dever considerar-se plenamente justificada (já que prevê o legislador de desactualizações técnicas, assegurando simultaneamente um nível de segurança mínimo por referência a tecnologias conhecidas), como é ela própria uma *consequência da terceira via* que preside à regulação comunitária desta matéria, decorrendo directamente da legislação comunitária, já que a sua definição pressupõe uma técnica de referência.⁸⁴

Em segundo lugar, critica-se a originalidade das autoridades nacionais na restrição de efeitos probatórios às assinaturas qualificadas *certificadas por entidade credenciada*. Segundo esta doutrina, a opção nacional enferma de dois vícios: *por um lado*, erige um importante obstáculo à utilização de qualquer outra prática de subscrição electrónica – beneficiando dos seus efeitos jurídicos – já que, como se percebe, tal prescrição pressupõe uma pirâmide certificadora assente em certificados qualificados que só faz sentido no quadro das assinaturas digitais.⁸⁵ *Por outro*, a opção constitui uma desconformidade com a directiva comunitária, no que tange à criação do mercado europeu de assinaturas electrónicas, já que aquela proíbe especificamente a sujeição da actividade certificadora a uma autorização,⁸⁶ ao mesmo tempo que determina a obrigação de os legisladores nacionais conferirem efeitos jurídicos às assinaturas electrónicas qualificadas.⁸⁷

Analisemos separadamente as duas alegadas consequências resultantes da limitação dos efeitos do n. 2 do art. 3.º do RJDEAD às assinaturas electrónicas qualificadas *certificadas por entidade credenciada*, procurando saber se tal prescrição constitui uma transgressão das regras comunitárias neste âmbito.

No que toca ao pretenso primeiro efeito (o da insanável indicação de utilização da *assinatura digital*, atendendo à sua necessária integração numa pirâmide certificadora a que corresponde a indispensabilidade da credencia-

84. Cf. o que dissemos *supra* sobre as vias de regulação das assinaturas electrónicas no que concerte à opção ou neutralidade tecnológicas do legislador.

85. Cf. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit., p. 365, que sublinha que, ainda que existam assinaturas electrónicas qualificadas *distintas* da assinatura digital que confirmem semelhante patamar de segurança, a limitação de efeitos probatórios às assinaturas certificadas por entidades *credenciadas* vem quase impor a utilização das *assinaturas digitais*, já que só neste quadro tecnológico faz sentido falar-se na pirâmide de entidades certificadoras.

86. Cf. n. 1 do art. 3.º da Directiva 1999/93/CE.

87. Cf. art. 5.º da Directiva 1999/93/CE.

ção das entidades geradoras das assinaturas), não podemos, de modo algum, acompanhar. De facto, nada impede que as entidades certificadoras (embora estruturadas em pirâmide e num quadro técnico que assumidamente declara a preferência pela assinatura digital) cedam não apenas *certificados digitais* como soluções de quaisquer outras assinaturas electrónicas qualificadas. Na verdade, não se encontra qualquer obstáculo nesse enquadramento, pois admite-se a certificação de *qualquer* assinatura electrónica qualificada. Ora, admitindo-se a viabilidade de certificação de *outras assinaturas qualificadas*, não se percebe por que razão se pode pensar numa limitação pragmática à opção pela assinatura digital, como aliás, esta doutrina acaba por admitir.⁸⁸

Relativamente ao incumprimento da liberdade de circulação, alegadamente resultante da violação da proibição de sujeição das entidades certificadoras a uma autorização pública, a argumentação é mais apurada e reclama uma solução cautelosa. Seguindo o raciocínio desta doutrina, as autoridades portuguesas optaram por conferir *vastos efeitos* à assinatura electrónica qualificada (chegando mesmo a equipará-la à assinatura notarialmente reconhecida) mas apenas quando esta *tenha sido certificada por entidade credenciada*, e assim, *autorizada*. Caso o certificado digital qualificado provenha de entidade que não tenha obtido a credenciação, inexistem efeitos probatórios automáticos, podendo ser valorada pelo julgador como qualquer meio de prova. Nessa medida, é questionável a vigência, em Portugal, de um princípio de *liberdade de acesso*, já que o direito pátrio apenas reconhece inteiramente as assinaturas certificadas por entidades que se submeteram a um *processo público de credenciação*.

Este raciocínio não deve impressionar-nos. Na verdade, e antes da análise quanto à sua conformidade com o normativo comunitário, importa concitar a viabilidade das alternativas; ora, quanto a este aspecto, são conjecturáveis duas outras opções.

A *primeira alternativa*, sufragada pela doutrina que aqui analisamos, consistiria na atribuição dos efeitos probatórios prescritos pelo n. 2 do art. 3.º do RJDEAJ a qualquer *assinatura electrónica qualificada*, quer a entidade certificadora houvesse ou não sido credenciada, argumentando que a satisfação dos respectivos requisitos é condição bastante para a confiança do sistema jurídico.⁸⁹

88. Cf. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit., p. 367, que declara poderem as entidades certificadoras fornecer “soluções de assinatura dinâmica certificada”.

89. Cf. Idem, p. 366, nota n. 60. O autor defende que a conformidade com o regime europeu apenas se dará mediante uma intervenção legislativa que determine a su-

Como facilmente se percebe, por mais simplista que possa parecer, esta opção não satisfaz as necessidades de segurança fundamentais a uma equiparação a uma assinatura autógrafa reconhecida notarialmente. Com efeito, ainda que a assinatura electrónica qualificada se baseie num certificado qualificado,⁹⁰ a inexistência de *credenciação* implica que se não possa garantir, por exemplo, se a entidade certificadora armazena devidamente a *chave privada* ou se, dolosa ou negligentemente, a divulga a terceiros.⁹¹ Isto é, parece absolutamente necessária a existência de um controlo, por parte da Administração, das entidades que criam e gerem as assinaturas electrónicas qualificadas.⁹²

Nessa medida, ganha relevo uma *segunda alternativa* ao sistema de credenciação pública das entidades certificadoras:⁹³ cometer a oficiais públicos, imparciais, a actividade certificadora – os *cibernetários*. Esta via, defendida por alguma doutrina brasileira, garantiria que fossem entidades dotadas de fé pública a assegurar a titularidade das chaves privadas, a sua ligação às chaves públicas, e o armazenamento seguro em cartório notarial, prescindindo assim de uma necessária *credenciação*. Entre nós, e atendendo à privatização do notariado, nenhum óbice se levantaria em que tal função fosse desempenhada por notários privados, já que os seus actos são dotados de fé pública.

Tal solução, garantidora da segurança das assinaturas electrónicas e sem necessidade de *credenciação* é porém inexequível entre nós. De facto, o sistema claramente violaria o princípio do *livre acesso à actividade de certificação* im-

ficiência da utilização de qualquer *assinatura electrónica qualificada*, argumentando que a satisfação dos respectivos requisitos é de tal forma exigente que dispensaria a intervenção da credenciação.

90. O que, nos termos do art. 29.º RJDEAD, implica *inter alia*, que contenha o nome ou denominação do titular da assinatura; o nome e assinatura electrónica avançada da entidade certificadora; os dados de verificação de assinatura correspondentes aos dados de criação de assinatura detidos pelo titular; o número de série do certificado; o período de validade do certificado; os identificadores de algoritmos utilizados na verificação de assinaturas do titular e da entidade certificadora e a eventual restrição do uso do certificado.
91. Esta garantia é precisamente uma das funções da *credenciação*, nos termos da alínea b do art. 12.º do RJDEAD.
92. Apartamo-nos assim, neste particular, da posição sufragada por Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, op. cit., p. 366, nota n. 60, que considera desnecessária a credenciação em face das garantias inerentes à própria definição da *assinatura electrónica qualificada*.
93. Para uma análise mais profunda e mais entusiasta desta alternativa, vide Augusto Tavares Rosa Marcacini, op. cit., p. 3-4.

posto pelas regras comunitárias: a actividade notarial (que emitiria os certificados digitais) está sujeita a licença pública, atribuída na sequência de concurso público.⁹⁴ Nessa medida, também esta segunda alternativa à necessidade de credenciação é inviável.

Cremos, todavia, que não é despendiosa a discussão suscitada, pois embora consideremos imprescindível a garantia da correcção do funcionamento das entidades certificadoras, importa saber se a necessidade de credenciação⁹⁵ (enquanto modalidade de controlo público eleita pelo legislador português) é admitida em face do princípio comunitário da liberdade de acesso à actividade certificadora. A dúvida quanto à admissibilidade de tal solução é convocada, desde logo, porque o legislador português é, do nosso conhecimento, o *único* que atribui um valor superior às assinaturas electrónicas qualificadas *que hajam sido credenciadas pelas autoridades públicas*.⁹⁶

94. Cf. art. 34.º e ss do Estatuto do Notariado, aprovado pelo Dec.-lei 26/2004, de 04 de fevereiro.

95. Rigorosamente, a credenciação é facultativa, como expressamente afirma o n. 1 do art. 9.º RJDEAD. Simplesmente, e como vimos melhor *supra*, uma assinatura electrónica (ainda que *qualificada*), se tiver sido certificada por uma entidade *não credenciada* não produz qualquer efeito probatório automático, sendo o valor do documento apreciado nos termos gerais de direito (cf. n. 5 do art. 3.º RJDEAD).

96. Na verdade, se é certo que muitos outros Estados-membros preveem igualmente uma credenciação das entidades certificadoras (como aliás é comprovado pelo facto de o legislador nacional ter sentido necessidade de prescrever os efeitos jurídicos da credenciação das entidades em Estados terceiros), certo é que não fazem depender da *acreditação da entidade certificadora* o valor dos documentos electrónicos. Pelo contrário, a *acreditação* apenas constitui um selo de qualidade da actividade certificadora, não se fazendo depender daquela a valia formal da assinatura.

Cf., por exemplo, o sistema belga, que estabelece que as assinaturas electrónicas avançadas assentes em certificados digitais (quer de entidades *acreditadas*, quer de entidades *não acreditadas*) se equiparam à assinatura autógrafa (*Loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification*, de 09.07.2001, publicada no *Le Moniteur Belge* em 29.09.2001 e alterada pelo *Arrêté Royal* de 06.12.2002 *organisant le contrôle et l'accréditation des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés*, publicada no *Le Moniteur Belge* de 17.01.2003); em Espanha vigora um regime muito próximo, equiparando as *assinaturas electrónicas avançadas* às assinaturas manuscritas (quer provenham de entidade certificadora *certificada* ou não), conferindo a *certificación de entidades certificadoras* apenas uma garantia de qualidade dos serviços de certificação, como aliás em França, nos termos da actual versão (de 2009) do *Décret 2001-272 du 30.03.2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique*, e em Itália (cf. Decreto Legislativo 23.01.2002, n. 10).

O princípio da liberdade de acesso, ao proibir a sujeição da actividade certificadora a uma *autorização*, admite expressamente que os Estados-membros possam criar mecanismos facultativos de acreditação “que se destinem a obter níveis mais elevados na oferta dos serviços de certificação”.⁹⁷ Ponto é saber se esta *acreditação* pode implicar um valor probatório distinto em face das assinaturas electrónicas que dela não beneficiem.

Ora, quanto a este problema, julgamos não existir qualquer desconformidade da lei nacional com o normativo comunitário, o que fundamos em três razões principais.

Em primeiro lugar, deve considerar-se o cumprimento absoluto dos objectivos prescritos pela Directiva. Efectivamente, saliente-se que o normativo comunitário, no que ao valor probatório das assinaturas electrónicas diz respeito, estabelece duas imposições: *por um lado*, proíbe que os Estados neguem às assinaturas electrónicas (ainda que não *qualificadas* e mesmo que advenham de entidades certificadoras *não acreditadas*) a admissibilidade como meio de prova para efeitos processuais;⁹⁸ *por outro*, preceitua que as assinaturas electrónicas qualificadas⁹⁹ (baseadas em certificado qualificado) cumprem nos documentos electrónicos a mesma função e produzem os mesmos efeitos que as assinaturas autógrafas nos documentos em suporte de papel.¹⁰⁰

Ora, este desígnio é plenamente cumprido, já que todos os documentos a que é aposta uma *assinatura electrónica* são utilizáveis processualmente (sendo valorados como qualquer meio de prova)¹⁰¹ e a assinatura electrónica qualificada (ainda que não certificada por uma entidade credenciada) é *legalmente equivalente à assinatura autógrafa*, presumindo a autoria do documento e a sua integridade.¹⁰²

Simplesmente, o legislador português foi ainda mais receptivo e, para além dos efeitos que a normatividade comunitária impõe, optou por estabe-

97. Cf. n. 2 do art. 3.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

98. Cf. n. 2 do art. 5.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999.

99. Que, na terminologia do legislador europeu, assumem a designação de *assinaturas electrónicas avançadas*.

100. Cf. n. 1 do art. 5.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999. Cf. ainda Martien Schaub, op. cit., p. 177.

101. Cf. n. 5 do art. 3.º RJDEAD.

102. Cf. n. 1 do art. 7.º RJDEAD.

lecer que, caso a entidade certificadora haja sido credenciada, tudo se passa como se a assinatura houvesse sido reconhecida, o que se compreende pois há um oficial público a verificar (ainda que indirectamente) a titularidade da assinatura. Esta opção não deve condenar-se, porquanto não só é proveitosa no que tange ao propósito da confiança nos documentos electrónicos (a), como é permitida pela ordem jurídica comunitária¹⁰³ (b) e parece inclusivamente ter sido pretendida pelas autoridades europeias, como é sugerido pela norma que expressamente prevê a criação de um nível elevado de acreditação (c).¹⁰⁴

A *segunda razão* que funda o nosso entendimento reside nos moldes em que o legislador previu a *credenciação*. De facto, ainda que o nosso primeiro argumento não colhesse, se a credenciação consubstanciasse uma autorização administrativa perpetrada por um juízo discricionário poderia ver-se um entrave ao pleno acesso à actividade certificadora, que dependeria de uma apreciação da Administração. Ora, uma análise do RJDEAD demonstra que nada disso se passa. Na verdade, os requisitos de credenciação estão expressa e inequivocamente positivados,¹⁰⁵ estabelecendo-se *taxativamente* os motivos que podem habilitar a autoridade responsável pela credenciação¹⁰⁶ a recusá-la. No fundo, rigorosamente, a credenciação não consubstancia uma *autorização* mas apenas uma *fiscalização* das condições de segurança de funcionamento da entidade certificadora, atestada documentalmente, pelo que não se viola a proibição do legislador comunitário.

Em *terceiro lugar*, a conformidade da legislação nacional com a legislação comunitária demonstra-se nas regras atinentes ao valor das assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas *por outro Estado*. De facto, se a entidade certificadora estrangeira (estabelecida noutro Estado-membro) estiver sujeita a um *sistema de fiscalização* de outro Estado-membro,

103. Recorde-se que, nos termos do art. 249.º TCE, as directivas apenas são obrigatórias para os Estados-Membros quanto aos fins, deixando plena liberdade quanto à forma e quanto aos meios de os alcançar. Nessa medida, conquanto o legislador português haja consagrado os efeitos prescritos pela normatividade comunitária, nada obsta a que crie *outros efeitos* que vão além da obrigação europeia.

104. Referimo-nos ao n. 2 do art. 3.º da Directiva.

105. Cf. art. 12.º e ss. do RJDEAD.

106. Actualmente, a Autoridade Nacional de Segurança, nos termos do art. 8.º do Dec.-lei 116-A/2006, de 16 de junho, alterado e republicado pelo Dec.-lei 88/2009, de 09 de abril.

há uma plena equiparação à credenciação pela Autoridade Nacional de Segurança, fazendo-se aqui funcionar o *direito administrativo internacional*.¹⁰⁷ Ora, a

107. Repare-se que, neste campo como noutros, é trazida para o âmbito do direito público – concretamente na credenciação de entidades certificadoras – a aplicação de lei estrangeira, realidade que até há bem pouco tempo era exclusiva do direito privado. Na verdade, ensina Rui Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 265, que “as regras de conflitos de leis (...) apenas legitimariam a aplicação dos comandos desse ordenamento [estrangeiro] que pertencessem ao domínio do direito privado, não provocando por esse facto a aplicação das normas pertinentes ao âmbito do direito público”, pressupondo “l’esistenza di una pluralità di sistemi giuridici statali, come tali collocati sul medesimo piano, aventi cioè la stessa forza” (Antonio Saggio, *Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario*, *Rivista di Diritto Europeo* 2/215). É que a escolha da lei aplicável através de uma regra de conflitos bilateral *pressupõe a aceitação da aplicação de leis estrangeiras no ordenamento jurídico do foro*, ou seja, o abandono do princípio da territorialidade das normas. Esta concepção decorre “da necessidade de garantir a continuidade da vida dos indivíduos que estabeleceram relações ao abrigo de determinada lei diferente da lei do foro”. Rui Moura Ramos, *op. cit.*, p. 278.

Este pressuposto, no passado, não se preenchia nas normas de direito público: nas relações jurídico-públicas, estava em causa saber se o Estado do foro *quer* regular determinada situação, uma vez que lhe reconhece um qualquer interesse público na sua implicação, ou se entende que certa relação jurídica está fora da sua vontade reguladora, abdicando, por isso, “de se preocupar com a regulamentação respectiva. E como, desde logo atenta a vinculação da competência estadual ao território respectivo, as actuações em que o Estado pode intervir investido do seu poder supremo se limitam àquelas que se desenvolvem no interior do seu território, a regulação que para elas é criada acaba por vir nele tão só a produzir os seus efeitos”. Cf. Rui Moura Ramos, *op. cit.*, p. 274. Isto é, no direito público, apenas se determinava a *vontade* de aplicação das normas ou se não há, não se carecendo neste caso de fazer intervir regras disciplinadoras de relações verticais emanadas por Estados terceiros.

Este raciocínio não é já hoje verdadeiro: de facto, sobretudo em espaços de integração económica como as Comunidades Europeias, há situações em que a vontade reguladora do Estado se basta com o cumprimento de uma lei estrangeira. Nessa medida, as regras de conflitos (bem como o problema da determinação do direito aplicável), deixaram hoje de ser monopólio das relações jurídico-privadas, pois ensina Paulo Otero que “não obstante toda a teoria das normas de conflitos ter sido elaborada para a resolução de situações jurídico-privadas, atravessadas por fronteiras, falando-se, por isso mesmo, em Direito Internacional Privado, o certo é que não se pode excluir a existência de situações ou relações jurídico-administrativas atravessadas por fronteiras”. Paulo Otero, *Normas administrativas de conflitos: as situações jurídico-administrativas transnacionais*. In: Luís de Lima Pinheiro et al (coords.). *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra: Almedina, 2005, vol. II, p. 783.

Com efeito, vigoram disposições conflituais no seio do direito público, designado “Direito Administrativo Internacional” ou “Direito Internacional Administrativo”, de

produção de efeitos probatórios reforçados das assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades estrangeiras (e, assim, não credenciadas pela Autoridade Nacional de Segurança) comprova que a *credenciação* não é uma qualquer autorização mas tão somente uma garantia de segurança.

Nessa medida, e de acordo com as três razões que mencionámos, não pode concluir-se outra coisa que não seja a conformidade do normativo português com a Directiva comunitária e o saudável equilíbrio do regime, ao reforçar positivamente o valor das assinaturas geradas por entidade que apresenta todas as garantias de segurança.

5. NEGÓCIOS SOLENES EM SUPORTE ELECTRÓNICO E A TITULAÇÃO DE GARANTIAS REAIS

Chegados a este ponto, analisado o valor dos documentos electrónicos e a importância que neles reveste a assinatura electrónica, importa questionar a sua relevância notarial, nomeadamente no que concerne à sua utilização na celebração de negócios jurídicos para cuja validade a lei exija documento autêntico (ou documento particular autenticado e submetido a depósito electrónico por entidade com funções notariais).

que encontramos manifestações no Código dos Valores Mobiliários (referimo-nos ao facto de a aprovação do prospecto de Oferta Pública feita em vários Estados-membros da União Europeia ser da competência da autoridade do Estado-membro onde o emitente tem a sua sede, aplicando a lei nacional desse Estado para a validação do prospecto em todos os Estados. De facto, ao remeter-se a competência de aprovação para a autoridade administrativa estrangeira, está também a determinar-se que o interesse público manifestado pelo acto de aprovação do prospecto será regulado segundo a lei do Estado da sede do emitente. Para mais exemplos, cf. Paulo Otero, op. cit., p. 785). Isto é, há situações onde autoridades nacionais de um Estado remetem não só para instâncias administrativas de outro Estado como para a sua legislação (jurídico-pública) a regulação de determinada matéria, o que legitima a conclusão que a aceitação de lei estrangeira já não é monopólio do direito privado, podendo mobilizar-se nas relações jurídicas de natureza pública.

Ora, é precisamente isto que acontece no RJDEAD. Na verdade, quando o n. 1 do seu art. 38.º atribui às assinaturas qualificadas geridas por entidades credenciadas *noutro Estado-membro*, tal significa que o Estado Português, não obstante ter interesse em aplicar normas de direito público e de controlar a actividade certificadora *aceita neste campo a aplicação da lei estrangeira e a intervenção de autoridades públicas estrangeiras*. No fundo, estabelece-se aqui uma regra de conflitos com uma *conexão múltipla alternativa*, a facilitar a credenciação de entidades certificadoras: será credenciada qualquer entidade que cumpra os requisitos de credenciação *de qualquer uma das leis de qualquer Estado-membro*.

Como se percebe, tal viabilidade traria uma importante vantagem, porquanto permitiria a celebração entre ausentes e desconhecidos¹⁰⁸ de negócios formais ou solenes que exijam a intervenção de uma entidade com funções notariais¹⁰⁹ sem necessidade de recurso à representação, designadamente a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis. De facto, a ser possível exarar um documento autêntico em suporte electrónico, o notário poderia recolher as manifestações de vontade dos outorgantes através de meios telemáticos, apondo ao documento electrónico autêntico as assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas (do notário e dos contratantes),¹¹⁰ que asseguraria não apenas a identidade dos intervenientes como a integridade das suas declarações de vontade. Da mesma forma, e uma vez que entre nós passou a ser suficiente para a maioria dos negócios reais o documento particular autenticado submetido a depósito electrónico, a viabilidade de autenticação

108. Estes negócios são apelidados de “relações virtuais” por Mário Castro Marques, op. cit., p. 43.

109. Para os negócios formais em que a lei se basta com forma escrita, sem impor documento autêntico ou autenticado, o problema está claramente resolvido, já que o documento electrónico satisfaz o requisito de forma escrita (art. 3.º, RJDEAD) e é expressamente aceite a contratação electrónica sempre que a lei imponha meramente a forma escrita (cf. art. 26.º do Dec.-lei 7/2004, de 07 de janeiro, na redacção que lhe foi conferida pelo Dec.-lei 62/2009, de 10 de março).

110. A este propósito, importa, como se percebe, tratar o problema da disciplina legal da transmissão dos documentos electrónicos, enquanto forma adequada para recolher as manifestações de vontade de contraentes ausentes. Ora, a formação dos contratos e dos demais actos jurídicos electrónicos pode resultar de meios telemáticos já que desde 1999, nos termos do art. 6.º do RJDEAD e na sequência do que a doutrina já vinha defendendo, a comunicação por correio electrónico é legalmente equivalente a qualquer outra forma de expressão da vontade, pelo que nenhum óbice se levanta à celebração de contratos por esta via. Impõe-se, no entanto, a conclusão de uma convenção de endereço electrónico, a qual pode ser expressa ou tácita – por exemplo, pela indicação do proponente do seu endereço de correio electrónico e a resposta do aceite através de outro endereço (cf. n. 1 do art. 6.º do RJDEAD). Ademais, não parece dever olvidar-se que, apesar de tudo, o “envio de correspondência por correio tradicional é mais seguro do que por correio electrónico”. Cf. Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 123.

De notar ainda que a remessa por correio electrónico de documentos electrónicos subscritos por assinatura electrónica qualificada equivale, em todos os seus efeitos legais, ao envio por via postal registada, acrescentando-se que se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário, a equivalência estabelece-se com a via postal registada com aviso de recepção (cf. n. 3 do art. 6.º RJDEAD).

de documentos electrónicos particulares prescindiria da presença das partes, flexibilizando a celebração deste tipo de negócios.

A flexibilização da contratação de negócios reais assumiria especiais vantagens no campo dos direitos reais de garantia, mormente no caso da constituição de hipotecas, pois é nesse campo que, as mais das vezes, o potencial adquirente do direito real não tem qualquer ligação ao local da situação do imóvel. De facto, se um potencial devedor que vise oferecer uma hipoteca sobre um imóvel como garantia de um empréstimo puder celebrar tais negócios sem a presença do futuro credor, mais facilmente acederá a crédito junto de instituições financeiras distantes, *maxime* sedeadas noutros Estados-Membros da União Europeia, que poderão ver constituídas a seu favor garantias reais sem necessidade de representante em Portugal¹¹¹ e, assim, sem tais gastos. No fundo, desapareceria um dos óbices que parece ser responsável pelo tão tardio e ineficiente estabelecimento de uma verdadeira *liberdade de circulação de capitais* na União Europeia,¹¹² que assume um especial atraso no âmbito do crédito hipotecário – a quase inexistência de financiamentos bancários transfronteiriços garantidos por hipoteca no espaço comunitário.¹¹³ Na verdade, esta raridade constitui uma surpresa atendendo a que o mútuo hipotecário é aquele que, nos planos nacionais do espaço europeu, gera maior volume de financiamento, particularmente na construção e aquisição de imóveis.

111. Efectivamente, nada obstará a que fossem celebrados no estrangeiro negócios jurídicos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis situados em Portugal, desde que titulados segundo a legislação internacionalmente competente, que será amiúde a lei da situação da coisa. Sobre a lei aplicável a tais negócios internacionais nos pronunciaremos melhor infra.

112. Como é evidente, não é apenas a necessidade de presença simultânea das partes que obstaculiza a realização de um verdadeiro mercado único de garantias reais imobiliárias, sendo normalmente apontadas outras importantes razões, como a forçosa sujeição da hipoteca à lei da situação da coisa, a pouca flexibilidade dos regimes hipotecários nacionais ou a intervenção, no direito das garantias reais, de uma multiplicidade de ramos do direito, como o direito falimentar e o direito registal.

No entanto, não pode negar-se que, a estas dificuldades de fundo acresce também a rigidez da *formalidade* da contratação, que exige, pelo menos na hipoteca clássica de influência napoleónica, a presença simultânea das partes.

Sobre as razões de inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias vide Mónica Jardim, A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_eurohipoteca.pdf]. Acedido em: 16.04.2009, e Manuel Casero Mejías, La eurohipoteca, tradução de Die eurohypothek, de *Revista Crítica Derecho Inmobiliario* 620/91.

113. Segundo Mónica Jardim, op. cit., p. 1, menos de 1% do crédito hipotecário europeu é transfronteiriço.

Como se percebe, a limitação é nefasta principalmente ao devedor, que apenas poderá oferecer uma hipoteca às instituições de crédito que laborem no Estado-membro onde a coisa se situe, implicando uma redução da concorrência entre as entidades bancárias, que não temem a celebração de mútuos hipotecários pelas suas congéneres estrangeiras. Ora, inexistindo uma verdadeira concorrência entre instituições de crédito no espaço comunitário, os potenciais devedores encontrarão um leque de eventuais credores menor do que aquele que achariam, não podendo aceder, na prática, a condições mais vantajosas que um mercado único de capitais poderia oferecer.¹¹⁴

Por outro lado, e ainda que se considere que a flexibilização da contratação internacional¹¹⁵ das garantias reais previstas e reguladas pelos direitos dos Estados-membros seja insuficiente à realização de um mercado europeu de garantias imobiliárias, não deve olvidar-se que alguns autores vêm propondo modelos de criação de uma *garantia real de raiz europeia*, a acrescer aos institutos de direito interno, especificamente orientada para corrigir a deficiência *supra* identificada.¹¹⁶ Ora, qualquer que seja o modelo que venha a adoptar-se, caso a criação de uma garantia real uniforme por via comunitária venha a suceder – cumprindo o desígnio da potenciação do crédito hipotecário internacional –, é evidente que as condições atinentes à formalidade de contratação serão um ponto a ter em conta, sendo expectável que o objectivo seja melhor atingido caso se admita a celebração destes contratos sem a presença simultânea das partes, *maxime* através de meios electrónicos.

Em suma, *quer* mantendo-se o quadro actual de garantias imobiliárias *distintas* em vários Estados-membros, *quer* avançando-se para a criação de uma *euro-hipoteca*, ponto é que a viabilidade de constituição de um direito real de

114. Neste sentido, cf. Mónica Jardim, op. cit., p. 2; Manuel Casero Mejías, op. cit., p. 91: “la desaparición de las fronteras en el ámbito del crédito hipotecario supondría una rebaja en su coste y, consiguientemente en el precio de la vivienda, lo que favorecería, sin duda, principalmente a las clases más necesitadas”.

115. Contratos internacionais são aqueles que têm contactos significativos com mais do que um Estado, seja através de diferente nacionalidade das partes, da sua sede ou residência habitual, do local de celebração do negócio, etc. Luís de Lima Pinheiro, *Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet. Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra: Coimbra Ed., 2008, vol. VII, p. 363.

116. Sobre o tema, vide Koendgen; Stöcker, *Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?* ZBB 2/112-120; Esther Muñoz Espada, *Bases para una propuesta de euro-hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; Sergio Nasarre-Aznar, *The Eurohypothec: a common mortgage for Europe, The Conveyancer and the Property Lawyer*, p. 32-52. London: Thomson Sweet & Maxwell, jan.-feb. 2005.

garantia sobre um imóvel por meios electrónicos, dispensando a presença simultânea de credor e devedor, consubstanciaria um incentivo à criação de relações internacionais no campo das garantias reais.

Assim, dedicar-nos-emos ao problema da titulação de garantias reais por via electrónica *na lei portuguesa*, aquela que será as mais das vezes chamada a resolver o problema quando o imóvel a onerar se situe em Portugal.¹¹⁷

117. Sumariamente, o processo de determinação da lei aplicável a este problema deve iniciar-se pela qualificação das normas que disciplinem sobre o acolhimento da celebração de negócios jurídicos através de meios electrónicos – isto é, a identificação do conceito-quadro em que aquelas se subsumem (cf. António Ferrer Correia, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra: Almedina, Coimbra: 2000, p. 206). Ora, não parecem restar dúvidas que se incluem na *forma* dos negócios jurídicos, pois está em causa o problema de saber se a *exteriorização da vontade negocial* pode ocorrer através de documentos electrónicos.

Nessa medida, interpretando o conceito-quadro *lex formalis fori* (e, assim, sendo irrelevante que a lei material portuguesa não trate a *forma electrónica* como solenidade distinta da forma escrita), quer o problema da *aceitação dos meios electrónicos para exteriorização da vontade*, quer a questão do *valor formal das declarações negociais assentes em documentos electrónicos* são compreendidos pelo conceito-quadro da forma negocial, pelo que deverão ser aí qualificadas as normas que, atendendo ao conteúdo e função que desempenhem no ordenamento jurídico a que pertencam, versem sobre esse problema. Sobre a interpretação do conceito-quadro vide, por todos, António Ferrer Correia, *Lições de direito internacional privado* cit., p. 205. Sobre o conceito de forma, vide Luís Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil (fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica)*, 3. ed., Lisboa: Universidade Católica, 2001, vol. II, p. 233.

A forma das declarações negociais não se sujeita, necessariamente, ao estatuto contratual – aquele que seria, à partida mais adequado aos interesses das partes (cf. Luís de Lima Pinheiro, *Direito internacional privado*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2002, vol. II, p. 159). Na verdade, o âmbito da *lex contractus* é definido pelo legislador conflitual comunitário como compreendendo tão somente a interpretação do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações (nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo), as causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade e as consequências da invalidade do contrato (*recorde-se que, sobre esta matéria – lei aplicável a contratos que constituam ou transmitam direitos reais sobre imóveis – vigora nos Estados-membros da União Europeia uma convenção de unificação das regras de conflitos (a Convenção de Roma de 1980 sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais), pelo que em qualquer Estado-membro se mobilizará o mesmo direito conflitual. Note-se ainda que esta convenção será substituída, com efeitos a partir de 17.12.2009, pelo Regulamento (CE) 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.06.2008, sobre lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento ROMA I). Sobre o âmbito da lex contractus, cf. n. 1 do art. 10.º da Convenção de Roma de 1980 e art. 12.º do Regulamento ROMA I).*

No entanto, deve sublinhar-se que se verificou uma evolução neste domínio. A perspectiva tradicional submetia o problema da forma à lei do local da celebração, conexão de raiz estatutária, que pretendia assegurar a validade do negócio e a fluidez do comércio jurídico. De facto, “quem opta por celebrar um negócio jurídico em determinado país pode facilmente informar-se, no local, dos requisitos formais que deve satisfazer. Por outro lado, quando a celebração do acto exige a intervenção de uma autoridade pública, esta autoridade está mais familiarizada com a lei local do que com uma lei estrangeira”. Cf. Dulce Lopes, Mafalda Seabra Pereira, Rui Dias, Geraldo Ribeiro e Luís Verde de Sousa, *Sumários desenvolvidos de direito internacional privado – Parte especial: Estatuto Negocial*, p. 6. Disponível em: [<http://woc.uc.pt/fduc>]. Acedido em: 10.09.2009. Cf. ainda Luís de Lima Pinheiro, *Direito internacional privado*, op. cit., p. 159.

Hoje, pelo contrário, vigora uma posição flexível: considerar-se-á formalmente válido o contrato que cumprir, *alternativamente*, as disposições da *lex contractus* ou da lei do local onde seja emitida qualquer das declarações negociais. Cf. n. 1 e 2 do art. 9.º da Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais (*repare-se que o sistema internacionalprivatístico comunitário, em face do regime do Código Civil aplicável aos contratos celebrados até 1994, subtrai uma conexão subsidiária – a lei indicada pelas regras de conflitos do Estado onde o negócio foi celebrado (cf. n. 2 do art. 36.º do Código Civil) – o que se explica em face da hostilidade da convenção ao reenvio (cf. art. 15.º da Convenção de Roma e art. 20.º do Regulamento Roma I), como aliás é próprio dos instrumentos de unificação das regras de direito internacional privado*).

Isto é, como posição de princípio decorrente das regras gerais de direito internacional privado no espaço europeu, a contratação electrónica será possível desde que tal seja permitido *por uma de três legislações*: a lei que regular as obrigações contratuais (a), a lei do local onde for emitida a declaração negocial do primeiro outorgante (b) ou a lei do Estado onde for proferida a vontade contratual do segundo contratante (c). Ora, sendo a lei do contrato escolhida livremente pelas partes, as normas jusinternacionalísticas em causa parecem permitir às partes a opção por uma *qualquer* legislação que o admita, podendo assim constituir por via electrónica (*maxime* à distância) uma garantia real sobre um imóvel. Na falta de escolha, aplicar-se-á a lei com que o contrato apresentar uma conexão mais estreita, presumindo-se, nos contratos de constituição de direitos reais sobre imóveis, que aquele patenteia uma ligação mais forte com a lei da situação da coisa (Cf. n. 3 do art. 4.º da Convenção de Roma e a alínea c do n. 1 do art. 4.º do Regulamento Roma I).

Porém, dois problemas se colocam no que concerne à aplicação desta construção jurídica, tendente ao *favor negotii*, à constituição de direitos reais sobre imóveis.

Em primeiro lugar, importa fazer uma interpretação teleológica desta norma quando se imponha a forma de documento autêntico com vista a assegurar o controlo da legalidade do acto, o que acontecerá nos sistemas de notariado latino (cf. Mónica Jardim, *A segurança jurídica preventiva...* cit., p. 2-3. Disponível em: [<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314>]. Acedido em: 08.09.2009. Com efeito, se a solenidade tem subjacente a verificação do cumprimento da lei que regulará o contrato, evi-

dentemente que terá de ser a *lex contractus* a regular a forma. Por outro lado, sendo a necessidade de intervenção de uma entidade pública um requisito fundamental, justifica-se inclusivamente a necessidade de celebrar o negócio *no Estado que formula esta exigência*, “com vista a garantir que a entidade dotada de fé pública interveniente controla a legalidade do acto”, já que o Estado apenas confere fé pública aos seus agentes e não aos que laborem num Estado terceiro. Cf. Luís de Lima Pinheiro, *Direito internacional privado* cit., p. 159.

Ou seja, se a *lei aplicável à substância do contrato* implicar o cumprimento de forma que pressuponha a intervenção de uma entidade com funções notariais destinada a verificar a legalidade do acto, não obstante a prescrição da convenção de Roma, não só deverá ser esta a regular a forma como o contrato terá de se celebrar forçosamente nesse Estado. Nessa medida, quanto aos contratos destinados a constituir direitos reais sobre imóveis sítos em Portugal, *caso as partes não escolham expressamente outra lex contractus*, a conjugação do n. 3 do art. 4.º da Convenção de Roma (ou da alínea c) do n. 1 do art. 4.º do Regulamento Roma I, depois de dezembro de 2009) com a interpretação teleológica que acabámos de enunciar implicará sempre que o contrato em causa *seja celebrado em Portugal e de acordo com a lei portuguesa*.

Por outro lado, não pode olvidar-se que o direito de conflitos comunitário é um pouco mais cauteloso na indicação da conexão nestes contratos, prescrevendo a obrigatoriedade de cumprimento das normas do Estado da situação da coisa que constituam *normas de aplicação necessária e imediata* (terminologia de Rui Moura Ramos, op. cit., p. 667), ou seja, que se apliquem qualquer que seja o local de celebração do contrato ou a lei a que este esteja submetido. Ou seja, deve indagar-se se, mesmo quando as partes escolham outra legislação para regular as obrigações contratuais de um negócio deste tipo, se não está o legislador a prescrever *necessariamente*, quanto aos imóveis sítos em Portugal, a obrigatoriedade de ser cumprida uma formalidade com intervenção notarial, prescrita pela lei portuguesa. Se, no ensinamento de Rui Moura Ramos, as *normas de aplicação necessária e imediata* podem sê-lo *implícitas*, quando o seu âmbito de aplicação não possa deixar de deduzir-se pelo intérprete sempre a sua razão de ser não dependa de “a circunstância de os factos e relações nelas previstos se encontrarem ligados à ordem jurídica de um Estado pelo particular elemento previsto pelo sistema conflitual como relevante para lhe atribuir competência”. Rui Moura Ramos, op. cit., p. 672.

Ora, se a exigência de controlo de uma autoridade com funções notariais se explica na perspectiva *preventiva de conflitos*, na perspectiva de *guarda avançada do registo* (que terá lugar em Portugal – já que o sistema tabular português é de fólio real), na garantia de uma imprescindível segurança jurídica no estatuto real da coisa (que se situa em Portugal), e em “certas razões que o legislador considera serem de interesse público (ou de ordem pública), superiores, portanto aos interesses das partes envolvidas” (Cf. Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil*. Almedina: Coimbra, 2003. p. 442), temos muitas dúvidas que, ainda que a lei reguladora do contrato seja outra, não deva sempre aplicar-se a exigência formal de titulação prevista na lei portuguesa quando o imóvel sobre o qual

6. NEGÓCIOS SOLENES EM SUPORTE ELECTRÓNICO NA LEI PORTUGUESA

Antes¹¹⁸ de uma análise do regime positivo com vista a saber da viabilidade de outorga electrónica de contratos reais (quanto aos efeitos) sobre imóveis, deve questionar-se se em sentido contrário não aponta a imposição de formalidade solene a este tipo de negócios, a qual se costuma justificar não apenas na necessidade de garantir a segurança e certeza jurídicas numa perspectiva preventiva¹¹⁹ como igualmente na convicção de que a necessidade de cumprimento de uma forma de exteriorização da vontade negocial implica uma maior reflexão pelas partes.¹²⁰ Ora, há que indagar se a flexibilização da celebração de

incidem os direitos reais a titular se situe em Portugal. De facto, sublinhe-se que a solenidade imposta se trata de uma formalidade *ad substantiam*, fazendo depender dela a validade de todo o negócio. Luís Carvalho Fernandes, op. cit., p. 235.

Este assunto, porém, será objecto de um nosso estudo mais aprofundado, pelo que deixamos apenas aqui a dúvida da natureza *especialmente autolimitada* da imposição de forma autêntica (ou da autenticação do documento particular) a este tipo de negócios jurídicos. A ser assim, como se percebe, ainda que as partes hajam designado outra *lex contractus*, a forma de tal negócio sempre carecerá sempre da intervenção de uma entidade com funções notariais e, porventura, a sua celebração terá de ocorrer forçosamente em Portugal.

118. Rigorosamente, não trataremos da exequibilidade de reduzir a suporte electrónico e todos os negócios solenes. Na verdade se, nas impressivas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, negócios formais ou solenes são “aqueles para os quais a lei prescreve a necessidade da observância de determinada forma, o acatamento de determinadas solenidades”, certo é que caso a formalidade imposta seja o simples escrito particular, nenhum óbice se coloca. De facto, o n. 1 do art. 3.º RJDEAD é expresso ao equiparar o documento electrónico à forma escrita, desde que aquele seja representável como declaração escrita.

O problema põe-se quando o legislador imponha uma solenidade acrescida, dos quais o exemplo clássico no direito pátrio é o da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis, para os quais se impõe a forma de escritura pública ou de documento particular autenticado e sujeito a depósito electrónico, nos termos do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho e da Portaria 1535/2008, de 30 de dezembro.

Sobre a classificação dos negócios jurídicos, cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 395.

119. No ensinamento de Mónica Jardim, a solenidade que advém da exigência de intervenção de entidade com funções notariais tem como consequência a prevenção e evicção de conflitos, o que é uma consequência da inserção do sistema português no sistema latino de notariado. Cf. Mónica Jardim, *A segurança jurídica preventiva...* cit., p. 1.
120. Neste sentido, cf. António Ferrer Correia, *A codificação do direito internacional privado – Alguns Problemas*, Separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da

negócios solenes não contraria o escopo da formalidade que o legislador quis impor.

Tal concepção não deve impressionar-nos, pois o argumento radica numa confusão entre *forma* e *formalidade*.¹²¹ Na verdade, não está aqui em causa uma redução da formalidade prescrita por lei (de documento autêntico ou de documento particular autenticado) mas tão somente a sua reprodução em formato electrónico, atendendo a que a natureza *escrita* do suporte informático é legalmente equivalente à do suporte de papel.

Nessa perspectiva, e não obstante uma maior facilidade de celebração (porquanto pode ser concitada a viabilidade da sua outorga sem a presença simultânea das partes), não deixaríamos de estar perante documentos com a mesma solenidade que os seus homólogos assentes em papel, com intervenção do Estado (por força da entidade com funções notariais) a garantir a conformidade com a lei.¹²² Ademais, no ensinamento de Hörster, é sabido que a exigência de formas solenes não se liga a qualquer propósito de “reduzir a fluência do tráfico jurídico, mas antes para garantir a sua eficiência e a sua segurança, protegendo-o, deste modo, no interesse geral”.¹²³

Universidade, 1979. p. 39: “Olhemos as disposições concernentes à forma externa dos negócios jurídicos. O seu escopo e fundamento é duplo: por um lado, trata-se de chamar os interessados a reflectir sobre o alcance do acto que pretendem praticar, de modo a que a sua conduta venha a resultar de uma vontade esclarecida e séria e não dalgum impulso ocasional; por outra parte, trata-se também (...) de promover a certeza jurídica”.

Em sentido contrário, vide António Menezes Cordeiro que considerando ter sido este o desígnio primitivo das exigências formais, julga não serem cumpridos quaisquer destes escopos, justificando-as apenas em razões históricas e advogando a sua revogação. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português – Parte geral*, 3. ed., vol. I, t. I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 569.

121. No ensinamento de Luís Carvalho Fernandes, op. cit., p. 234, a *forma* é o modo de exteriorização da vontade, ao passo que a *formalidade* constitui o conjunto de operações executado na sua expressão. Assim, numa escritura pública a *forma é escrita*, embora a *formalidade* equivalha às operações a do oficial público nos termos da lei notarial.
122. Segundo Joaquim Barata Lopes, a segurança jurídica conferida pela actividade notarial reside na certificação que o negócio é conforme à lei. Cf. Joaquim Barata Lopes, op. cit., p. 3.
Não discutiremos nesta sede a bondade da autenticação de documentos por advogados, solicitadores e Câmaras de Comércio e Indústria, que não são oficiais públicos e cujos actos não gozam de fé pública.
123. Cf. Heinrich Ewald Hörster, op. cit., p. 443.

Nessa medida, a maior facilidade de celebração, conquanto se mantenha o controlo imposto pela *formalidade imposta*, é uma consequência favorável que em nada coloca em causa o fundamento da solenidade prescrita. A ser possível a sua realização em suporte electrónico, quer o escopo da segurança jurídica quer o desígnio da reflexão das partes seriam plenamente efectivados, não se colocando o óbice de uma desformalização negocial, porquanto sempre existe uma entidade a garantir ambos os objectivos. Sublinhe-se, pois, que não está em causa a *substituição das formalidades legais* (escritura pública ou documento particular autenticado nos termos do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho) por outra forma – uma “formalidade electrónica” – como parecem sugerir alguns autores.¹²⁴ Ao invés, o que está em causa é o *suporte* do documento, a qual importa indagar se deve ser assente forçosamente em papel ou se é admissível a sua existência em electronicamente.¹²⁵

7. O PRINCÍPIO COMUNITÁRIO DA ADMISSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA

Consciente do impulso que a contratação electrónica pode dar ao estabelecimento de um mercado comum no espaço comunitário, desenvolvendo o comércio jurídico independentemente de fronteiras ou distâncias, o legislador europeu adoptou em 2000 a Directiva sobre comércio electrónico,¹²⁶ depositando neste domínio esperanças de impulso do desenvolvimento económico europeu.¹²⁷ Assim, as autoridades comunitárias assumiram um claro propósito: “generalizar o recurso à contratação electrónica, afastando os obstáculos à sua concretização”.¹²⁸

124. É o caso de Sebastião Nóbrega Pizarro, op. cit., p. 76, que argumenta serem formas diferentes e inconciliáveis: “Tratando-se de um negócio sujeito a uma solenidade formal – a escritura pública – a sua celebração por meios electrónicos será nula, nos termos do art. 220.º do Código Civil”.

125. Este entendimento encontra claramente apoio no n. 1 do art. 3.º RJDEAD, que não cria uma *forma electrónica* mas afirma que a *forma escrita* tanto é satisfeita por documentos assentes em papel como por documentos em suporte electrónico.

126. Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 08 de junho de 2000, publicada no JOUE em 17.07.2000.

127. Vide considerandos n. 2.º e 3.º do preâmbulo da dita Directiva.

128. José de Oliveira Ascensão, op. cit., p. 47.

Uma intervenção comunitária neste domínio surge plenamente justificada, já que a harmonização ou uniformização das regras aplicáveis à contratação electrónica im-

O normativo comunitário estabelece um princípio de *admissibilidade da contratação electrónica*, impondo aos Estados-membros que o regime jurídico aplicável confira efeitos jurídicos aos contratos celebrados electronicamente.¹²⁹ Entre nós, esta regra é absolutamente inócua, atendendo à vigência do princípio da liberdade de forma (art. 219.º do Código Civil), que aceita qualquer modalidade de contratação e, assim, também o encontro de declarações de vontade através de meios telemáticos. O problema coloca-se, sim, se em dado negócio não vigorar o princípio de liberdade de forma mas se impuser o cumprimento de uma dada forma legal; por outras palavras, importa questionar se é possível recorrer a documentos electrónicos para formalizar negócios solenes.

Ora, relativamente a esse problema, a Comunidade não impõe que seja conferida à emissão de declarações de vontade por documentos electrónicos o valor de uma dada forma legal, não prescrevendo, por exemplo, se esta se equipara à *forma escrita*; nessa medida, serão os Estados-membros quem, no acto de transposição, definirão se a contratação electrónica basta nos negócios formais ou solenes. Assim, deve recordar-se que o legislador português, como já dissemos *supra*, foi particularmente receptivo, já que no acto de transposição veio sublinhar que o valor de *documento escrito* que atribuía aos documentos electrónicos implica que os contratos celebrados electronicamente cumpram

plica simultaneamente a redução das disparidades das opções legislativas dos ordenamentos jurídicos nacionais – efectivando as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços – e uma regulação internacional de um modo de contratar que, as mais das vezes, atravessa fronteiras, conferindo assim maior dose segurança aos operadores económicos. Todavia, se é inquestionável a pertinência da regulação comunitária do problema da contratação electrónica, é por outro lado muito criticável a técnica legislativa que se encontra na Directiva sobre comércio electrónico, pois trata de seis disciplinas avulsas que não apresentam sequer grande homogeneidade (como sejam o acesso à actividade de prestação de serviços na sociedade de informação e a responsabilidade civil dos operadores). Neste sentido, cf. José de Oliveira Ascensão, op. cit., p. 44.

129. Assim dispõe o seu art. 9.º: “Os Estados-membros assegurará o que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-membros assegurará o, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos”.

Por outro lado, e como bem nota Oliveira Ascensão, este princípio é claramente reforçado pela previsão expressa das excepções onde este princípio pode ser afastado. Cf. José de Oliveira Ascensão, op. cit., p. 47.

a exigência de forma escrita,¹³⁰ o que vem claramente permitir a celebração de contratos formais através de meios telemáticos.¹³¹

Todavia, o normativo comunitário não obriga a que *todos* os contratos sejam abrangidos pelo *princípio da admissibilidade*, permitindo excluir, designadamente, aqueles que careçam de intervenção de entidade com funções públicas e os que constituam ou transfiram direitos reais sobre imóveis. Quanto a esta faculdade, o nosso legislador foi expresso e aceitou-a inequivocamente, não estendendo a aplicação do princípio a tais contratos¹³² e gerando a dúvida quanto à viabilidade de emissão de declarações de vontade por via electrónica neste domínio.

8. DOCUMENTOS AUTÊNTICOS EM SUPORTE ELECTRÓNICO

O problema que aqui concitamos – a questão de saber se são admissíveis documentos *autênticos* em formato electrónico – não é claramente resolvido pelo Regime Jurídico do Documento Electrónico e da Assinatura Digital.

Para a sua resolução, deve começar por notar-se que em lugar algum, o legislador se pronuncia sobre a classificação dos documentos electrónicos na *summa divisio* operada pela lei civil entre documentos autênticos ou particulares. Nessa sequência, não parece haver razão para arguir a inaplicabilidade do regime estatuído pelas normas do Código Civil: um documento autêntico é aquele que é exarado, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência, pelos notários, ou por outros oficiais públicos (cf. o n. 2 do art. 363.º do Código Civil). Ora, não suscitando dificuldades a questão de saber se as autoridades públicas e os notários podem exarar documentos em suporte electrónico, porquanto o art. 5.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) o admite

130. Assim dispõe o art. 26.º do Dec.-lei 7/2004, de 07 de janeiro, alterado pelo Dec.-lei 62/2009, de 10 de março: “As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação”.

131. Como vimos, o mesmo já resultava do n. 1 do art. 3.º do RJDEAD, que expressamente equiparava o documento electrónico a documento em forma escrita conquanto o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita.

132. Cf. n. 2 do art. 9.º da Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 08.06.2000, publicada no JOUE em 17.07.2000 e o n. 2 do art. 25.º do Dec.-lei 7/2004, de 07 de janeiro, alterado pelo Dec.-lei 62/2009, de 10 de março.

expressamente,¹³³ conquanto se submeta às regras gerais (apesar de, como se percebe, dever a autoridade pública submeter-se, para a respectiva emissão, às regras constantes do Dec.-lei 116-A/2006, de 16 de junho, que cria o Sistema de Certificação Electrónica do Estado – Infra-Estrutura de Chaves Públicas) –, parece que a questão se resolverá no que tange à viabilidade da aplicação das “formalidades legais” de emissão de um documento autêntico à formalidade electrónica.

Entendamo-nos: se é certo que as autoridades públicas podem exarar documentos electrónicos (art. 5.º do RJDEAD) e que a assinatura digital se equipara à assinatura notarialmente reconhecida (n. 2 do art. 3.º do RJDEAD), o documento electrónico que for exarado por notário ou outro oficial público nos limites da sua competência e ao qual seja aposta a respectiva assinatura digital será considerado *documento autêntico* se forem cumpridas “as formalidades legais” a que se refere o n. 2 do art. 363.º do Código Civil. Estas formalidades compreendem, nomeadamente, as obrigações relativas à sua constância em livros, índices e arquivos, nos termos dos arts. 7.º a 34.º do Código de Notariado que, como se percebe, estão pensadas em exclusivo para os documentos exarados em suporte de papel. Nessa medida, *a doutrina tem recusado a viabilidade prática de geração de documentos electrónicos autênticos*.¹³⁴

Antes de nos pronunciarmos sobre o problema, deve sublinhar-se que a questão que se coloca não é propriamente a de estar normativamente proibida a utilização, para cumprimento destas obrigações, de documentos electrónicos; o óbice radica no facto da legislação em causa ter sido produzida “in a era when technologies did not exist to replace documents ‘in writing’ with electronic mail or ‘signatures’ with encrypted data blocks”.¹³⁵ Isto é, não está em causa uma *proibição* de exarar escrituras públicas em suporte electrónico mas uma *incerteza* quanto a essa viabilidade, em face de as normas aplicáveis serem historicamente datadas.

Por nossa parte, julgamos que a mera prescrição pelo Código de Notariado de obrigações de organização de livros e arquivos não preclui, só por si, essa

133. Neste particular, acompanhamos expressamente Miguel Pupo Correia quando defende que esta norma, que admite a emissão por entidades públicas de documentos electrónicos, compreende quer os actos administrativos, quer os que relevem das suas relações de natureza jurídico-privada. Cf. Miguel Pupo Correia, *Assinatura electrónica e certificação digital* cit., p. 25.

134. Vide Miguel José de Almeida Pupo Correia, *Documentos electrónicos e assinatura digital...* cit., p. 27; Joel Timóteo Ramos Pereira, op. cit., p. 631.

135. Ian Walden, op. cit., p. 21.

viabilidade, uma vez que, numa interpretação actualista, é possível entender os ditos livros e arquivos como documentos que, com conteúdo idêntico, revistam natureza electrónica. Efectivamente, não deve olvidar-se que inexistem obstáculos de natureza técnica à organização de livros, índices e arquivos em suporte informático, assegurando-se a sua inviolabilidade e autenticidade recorrendo à assinatura digital do notário autor do documento. Aliás, mesmo a norma do art. 9.º do Código do Notariado admite esta interpretação, já que, por um lado, desde que não existam modelos aprovados (por despacho do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado), cabe ao notário adoptar os modelos de livros que lhe aprouver, e por outro, admite-se expressamente a submissão ao tratamento informático dos livros notariais.¹³⁶ Nessa medida, e como posição de princípio, cremos que não será a obrigação de os actos notariais constarem de livros que impedirá a opção do notário por um documento autêntico em suporte electrónico.

Posição similar tem a Ordem dos Notários Portugueses que, de acordo com Joaquim Barata Lopes, criou uma entidade certificadora com vista à criação de escrituras electrónicas, “em que as partes podem estar em locais físicos diferentes, mas proferem a declaração negocial na presença do notário, que, com o seu certificado digital, garante a segurança técnica ao mesmo tempo que garante a segurança jurídica certificando, nomeadamente, a capacidade das partes”.¹³⁷

Porém, certo é que se colocam importantes obstáculos à efectivação prática desta realidade.

Em primeiro lugar, e no que respeita à viabilidade de exaração de escrituras públicas sem a presença simultânea das partes, recorde-se que a norma do art. 46.º do mesmo código, impõe a *presença simultânea* dos outorgantes e do notário, a eliminar qualquer vantagem que pudesse decorrer da celebração de escrituras públicas electrónicas.¹³⁸

Por outro lado, é duvidoso que um instrumento público exarado sem a *presença simultânea das partes* possa garantir, com fé pública, a sua vontade livre e esclarecida, já que aquela é precisamente um dos requisitos inerentes ao seu conceito.¹³⁹ Com efeito, e ainda que cada uma das partes se apresente (em

136. Cf. n. 6 do art. 21.º do Código do Notariado.

137. Cf. Joaquim Barata Lopes, op. cit., p. 14.

138. Cf. alínea l do art. 46.º do Código do Notariado.

139. Não estando definida legalmente a *escritura pública*, certo é que “o conceito está suficientemente firmado no ordenamento jurídico há longa data”. Ora, este abrange

locais distintos) perante um notário diferente, que recolha as respectivas manifestações de negociais, o facto de as partes poderem ser desconhecidas entre si e de a explicação do conteúdo provir de oficiais públicos diferentes pode atentar contra uma das finalidades que o legislador quis impor na modelação da formalidade dotada da maior solenidade.

Ademais, e mesmo quanto à celebração de uma escritura pública electrónica na presença simultânea dos outorgantes, deve atentar-se que algumas das normas do Código de Notariado revelam de forma quiçá inultrapassável a sua ligação ao suporte de papel: basta pensar nas disposições relativas ao desdobramento de livros, à sua encadernação e às folhas soltas constantes dos arts. 20.º e 21.º do Código do Notariado, a qual parece enfrentar sério óbice à utilização de suporte electrónico para os documentos autênticos. Lembre-se, ainda, que a legislação só autoriza o *tratamento informático* dos livros¹⁴⁰ mediante despacho favorável do Presidente do IRN, o que, por maioria de razão, parece impor a dedução de que se o *tratamento* dos actos através de mecanismos electrónicos se sujeita a autorização, também a substituição do seu suporte o será.

Por outro lado, não deve negligenciar-se que, como vimos *supra*, o facto de a lei ser anterior à viabilidade de documentos electrónicos como perfeitos substitutos dos seus congêneres em papel gera uma situação de incerteza jurídica. Ora, *incerteza jurídica* será porventura um dos mais graves obstáculos que aqui se concitam, já que a utilização de formas solenes na celebração de negócios jurídicos (prescrita pelo legislador ou decorrente da vontade dos outorgantes) tem como escopo a geração de uma maior segurança jurídica, sem a qual o recurso a instrumentos autênticos perderá sentido.

Por fim, deve notar-se que, aquando da transposição da Directiva sobre comércio electrónico,¹⁴¹ o legislador nacional utilizou a faculdade que as instituições comunitárias lhe haviam conferido de excluir do princípio da admissibilidade dos contratos em forma electrónica os negócios “legalmente sujeitos a

necessariamente como requisitos, pelo menos actualmente, “a exigência de a mesma ser escrita em língua portuguesa, devendo nela observar-se também as exigências da ‘simultaneidade da presença de todos os intervenientes, o controlo da identidade das partes, a validade da sua representação, a legalidade do acto (...)’”. Cf. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30.07.2009, processo 67/2009, p. 5.

140. Cf. n. 6 do art. 21.º do Código do Notariado. Não discutiremos o conteúdo ou significado desta referência.

141. Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 08.06.2000, publicada no *JOUE* em 17.07.2000.

reconhecimento ou autenticação notariais” e, para que dúvidas não restassem, todos os negócios “reais imobiliários, com excepção do arrendamento”.¹⁴² Ora, se este argumento não é determinante (uma vez que apenas estabelece a não sujeição daqueles negócios ao *princípio geral da admissibilidade da contratação electrónica* e não excluindo expressamente aquela faculdade), é certo que a lei portuguesa deu um sinal contrário à aceitação desta via de formalização negocial, gerando (pelo menos) incerteza quanto à viabilidade da sua utilização. Esta *incerteza* da viabilidade de utilização de meios electrónicos é um factor de repúdio, entre os operadores, desta via negocial, principalmente num domínio onde a segurança jurídica assume primordial importância; com efeito, julgamos que qualquer ameaça que se coloque neste âmbito implica a sua rejeição pelos operadores económicos.¹⁴³

Nessa medida, julgamos que, na senda do que defende a doutrina dominante, sem uma intervenção do legislador ordinário no sentido da aceitação expressa de escrituras públicas electrónicas, não pode concluir-se outra coisa que não seja a ainda impossibilidade de lançar mão de escrituras públicas electrónicas, estando tal facto dependente de uma cirúrgica intervenção do Código de Notariado.

9. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS E DOCUMENTOS PARTICULARES AUTENTICADOS

Neste ponto, sumariamente, concitamos um problema que é divisível em duas questões. Por um lado, importa saber se uma entidade com funções notariais pode autenticar um documento particular em suporte electrónico que titule a constituição ou transmissão de um direito real sobre um imóvel sito em Portugal. Por outro, há que indagar se o termo de autenticação de um documento particular pode ser exarado em suporte informático e não em papel.

Sublinhe-se que nos referimos ao *documento particular autenticado* instituído pelo Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho, e regulamentado pela Portaria 1.535/2008, de 30 de dezembro, cuja validade depende da promoção do seu depósito electrónico¹⁴⁴, ao invés do que sucede com a clássica autenticação

142. Cf. alíneas *b* e *c* do n. 2 do art. 25.º do Dec.-lei 7/2004, de 07 de janeiro, na redacção que lhe foi conferida pelo Dec.-lei 62/2009, de 10 de março.

143. Nesta senda, Alexandre Dias Pereira, *op. cit.*, p. 27, declara que “a promoção do comércio electrónico depende não apenas da segurança técnica mas também da confiança jurídica dos intervenientes”.

144. Cf. n. 2 do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho.
Duas notas a este respeito. Em primeiro lugar, importa sublinhar que *este documento particular autenticado*, que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre

de documentos particulares, exclusivamente regulada nos arts. 150.º e ss. do Código de Notariado.¹⁴⁵

Nestes actos normativos, não obstante se regular o *depósito electrónico*, não está resolvido o problema de saber se os títulos a submeter podem constituir *documentos electrónicos em sentido estrito* (armazenados em memória digital e apenas descodificáveis através de meios informáticos) ou apenas *documentos electrónicos derivados* (documentos originariamente em papel e introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização).¹⁴⁶ Na verdade, quanto ao formato, o legislador dispõe tão somente que os documentos submetidos “devem adoptar os formatos *jpeg*, *tiff* ou *pdf* e ter uma dimensão máxima de 5 MB”.¹⁴⁷ Em face desta disposição, se podemos concluir que é viável o depósito electrónico de *digitalizações de documentos em papel* (já que os formatos *tiff* e *jpeg* se reportam exclusivamente a imagens gráficas), subsiste a dúvida quanto à exequibilidade de submissão de documentos em formato *pdf*, pois estes ficheiros podem conter quer uma imagem do documento em papel (subscrito por assinatura autógrafa), quer um documento electrónico gerado com a aposição de uma assinatura electrónica qualificada.¹⁴⁸ Assim, importa

imóveis é bastante diferente da figura similar que conhecíamos, pelo que a necessidade de depósito electrónico apenas se verifica nestes e não em todos os demais (como, por exemplo, o documento a que se refere o n. 1 do CRPred relativo ao cancelamento da hipoteca). Neste sentido, vide Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30.07.2009, processo 67/2009, p. 7.

Em segundo lugar, importa sublinhar que a disposição em causa tem gerado as maiores dúvidas na doutrina, uma vez que é difícil conciliá-la com o princípio da consensualidade (art. 408.º Código Civil). No fundo, surge a dúvida sobre se o contrato é suficiente para a transmissão do direito ou se a este deve acrescer um *modo*, concretizado no depósito electrónico do documento.

145. Obviamente, é possível que os notários titulem igualmente negócios jurídicos de constituição, transmissão ou extinção de direitos reais sobre imóveis através deste documento particular autenticado. Simplesmente, como se percebe, não terão quaisquer vantagens em fazê-lo, já que podem materializá-los em escrituras públicas, conferindo uma maior segurança aos outorgantes e prescindindo da necessidade de depósito electrónico.
146. Sobre as classificações dos documentos electrónicos, vide o que dissemos supra na nota n. 11.
147. Cf. art. 10.º da Portaria 1.535/2008, de 30 de dezembro.
148. De facto, no formato PDF, já desde a sua versão 1.3 (do ano 2000), quer o ficheiro contenha informação visual ou electrónica, é possível ligar uma assinatura digital ou outra assinatura electrónica qualificada.

tratar da ligação entre os documentos electrónicos (*stricto sensu*) e a figura do *documento particular autenticado*, que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis.

Começemos pelo primeiro problema: saber se, num contrato de constituição de um direito real sobre imóveis (principalmente, na constituição de uma garantia real imobiliária, que prescinde as mais das vezes de uma ligação do seu titular ao lugar da situação da coisa e) é possível que as partes reduzam o contrato a escrito através de um documento electrónico, apondo cada uma delas uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada* (ou com efeito equivalente, nos termos do art. 38.º do RJDEAD), e depois o submetam para autenticação, cumprindo assim a forma legal.

A importância prática da eventual viabilidade de autenticação de documentos electrónicos é directamente proporcional à dimensão da sua aceitação, já que um seu acolhimento *restrito* pouco acrescenta do ponto de vista do incremento da constituição de garantias imobiliárias numa relação internacional e uma aceitação *alargada* da medida admitiria que os sujeitos mais facilmente acessem a crédito prestado por entidades estrangeiras, oferecendo hipotecas sobre os imóveis sitos em Portugal. Isto é, a ser plenamente possível, abrir-se-ia a porta a uma constituição entre ausentes e desconhecidos de direitos reais sobre imóveis, o que, no que respeita às hipotecas, incrementaria consideravelmente a concorrência entre as instituições de crédito, já que o potencial devedor poderia oferecer a sua garantia a entidades não sedeadas no estado da situação da coisa e contratar a respectiva constituição à distância.

Entendamo-nos: a autenticação de documentos particulares,¹⁴⁹ nos termos do art. 150.º do Código do Notariado, pode ocorrer quando as partes confir-

Sobre o tema, vide Adobe Systems Incorporated, PDF Reference, 6. ed., nov. 2006, p. 725. Disponível em: [www.adobe.com/devnet/acrobat/pdfs/pdf_reference_1-7.pdf]. Acedido em: 04.09.2009: “A digital signature (PDF 1.3) can be used to authenticate the identity of a user and the document’s contents. It stores information about the signer and the state of the document when it was signed. The signature may be purely mathematical, such as a public/private-key encrypted document digest, or it may be a biometric form of identification, such as a handwritten signature, fingerprint, or retinal scan”.

O processo de aposição é muito simples, podendo seguir-se o método explicado pelos serviços informáticos da Universidade do Minho. Disponível em: [www.sapia.uminho.pt/uploads/assinar_AReader.pdf]. Acedido em: 04.09.2009.

149. E, recorde-se que, uma vez autenticado, o documento passa a gozar da mesma força probatória de um documento autêntico, nos termos do art. 377.º do Código Civil.

mem o respectivo conteúdo perante uma entidade com funções notariais.¹⁵⁰ Nessa medida, colocam-se aqui duas questões.

Em primeiro lugar, concita-se o problema de saber se, ao receber um documento electrónico com as *assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada*, pode considerar-se que as partes confirmaram “o seu conteúdo perante o notário”.¹⁵¹ Este quesito (que podemos apelidar do problema da *aceitação ampla* da autenticação de documentos electrónicos), liga-se a perceber se a utilização de uma assinatura electrónica confirma à entidade com funções notariais o conteúdo do documento electrónico. A ser possível, como se percebe, viabilizar-se-ia que um potencial devedor, titular de um imóvel sito em Portugal, pudesse contratar electronicamente e de modo particular com uma entidade bancária estrangeira a constituição de uma hipoteca e que, apondo ambos os outorgantes a sua *assinatura electrónica*, remetendo-se depois o documento a uma entidade com funções notariais para proceder à sua autenticação.

Em segundo lugar, suscita-se a questão da *aceitação restrita* da autenticação de documentos electrónicos (menos útil mas igualmente pertinente) que se concretiza em saber se as partes podem, confirmando presencialmente o conteúdo de um documento electrónico junto de uma entidade com funções notariais, obter a sua autenticação.

Por nossa parte, parece-nos claro que a *aceitação ampla* da autenticação de documentos electrónicos é *de iure condito* absolutamente inviável. De facto, a *autenticação de um documento particular* implica que as partes hajam garantido à entidade que exerce funções notariais o conhecimento e aceitação do conteúdo do documento, o que se deduz não apenas da própria noção da *autenticação*¹⁵² mas do requisito legal de o notário (ou equiparado) declarar solenemente que as partes leram e estão inteiradas do conteúdo do documento. Ora, a mera cognição de que foi aposta uma assinatura digital,¹⁵³ equiparada à assinatura autógrafa notarialmente reconhecida, apenas faz prova de que o titular *decla-*

150. Com efeito, manda o n. 1 do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho, aplicar subsidiariamente as normas do Código do Notariado, apelidando-o estranhamente de “Código aprovado pelo Dec.-lei 207/1995, de 14 de agosto”.

151. Desde o Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho, em vez de “notário”, deverá ler-se “entidade com funções notariais”, já que há hoje um conjunto alargado de sujeitos capazes de autenticar os documentos particulares que titulam a constituição, transmissão ou extinção de direitos reais sobre imóveis.

152. Cf. Seabra Lopes, op. cit., p. 403.

153. Ou outra assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

rou o seu conteúdo, mas não que está elucidado sobre o respectivo teor, já que se exige “à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado”,¹⁵⁴ por força da norma do n. 3 do art. 23.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho, que faz impender sobre as entidades autenticadoras todas as “obrigações de verificação, comunicação ou participação” relacionadas com a constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis. Nessa sequência, deve recordar-se que o Conselho Técnico do IRN estabeleceu que “a confirmação do conteúdo do documento particular perante a entidade autenticadora tem que ser feita simultaneamente por todos os declarantes, porquanto se trata de negócio para cuja validade (existência jurídica) a lei exige documento particular autenticado”.¹⁵⁵ Isto é, aceitar a vertente *ampla* da autenticação de documentos particulares equiparar-se-ia a prescindir do controlo do terceiro imparcial, fiscalização essencial entre nós.

Ademais, e ainda que assim não fosse, colocam-se obstáculos legais intransponíveis; recorde-se que o termo de autenticação se sujeita às regras do documento público, pelo que devem ocorrer uma série de formalidades impossíveis de ter lugar no arquétipo aqui desenhado. Efectivamente, se a autenticação ocorre na ausência das partes, é impossível ocorrer, “em voz alta e na presença simultânea de todos os intervenientes, a leitura do instrumento lavrado e a explicação do seu conteúdo”.¹⁵⁶ Por fim, atendendo à equiparação legal dos documentos electrónicos subscritos com assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada aos documentos cuja assinatura foi notarialmente reconhecida, a sustentação desta solução implicaria aceitar que a mesmo a autenticação de documentos em papel poderia ocorrer sem a presença das partes, bastando remeter ao notário um documento escrito e com as assinaturas reconhecidas. Ora, se a lei, mesmo no âmbito do tradicional suporte de papel, distingue claramente as figuras da *autenticação* e do *reconhecimento*, não pode advogar-se que este bastará para se produzir aquela.

A *aceitação restrita* da autenticação de documentos electrónicos, não obstante ser menos atractiva do ponto de vista da constituição de relações jurídi-

154. Cf. Parecer de 30.07.2009 do Conselho Técnico do IRN, processo 67/2009, p. 7.

155. Cf. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30.07.2009, processo 67/2009, p. 8. Trata-se, assim, de uma formalidade *ad substantiam* e não *ad probationem*.

156. Formalidade imposta pela alínea *l* do art. 46.º do Código do Notariado, aplicável aos termos de autenticação por força do n. 1 do art. 151.º do mesmo código, por sua vez mobilizável em razão da norma do n. 1 do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho.

cas à distância, coloca menos problemas. Aqui, o que está em causa é saber se as partes se podem apresentar junto de uma entidade com funções notariais munidas de um documento electrónico digitalmente assinado,¹⁵⁷ confirmando aí o seu conteúdo para que esta exare o competente termo de autenticação.

Quanto a este problema, não se colocam os óbices que identificámos a propósito dos instrumentos públicos nem as dificuldades inerentes à autenticação sem a presença dos outorgantes. Ademais, equiparando-se legalmente um documento electrónico a um documento escrito,¹⁵⁸ para todos os efeitos o notário estará presente a um documento particular. Assim, pareceria que a única dificuldade prática suscitada à autenticação de documentos electrónicos é a da agregação do termo de autenticação (porventura necessariamente assente em papel) ao documento electrónico, que tem natureza incorpórea, embaraço que não parece relevar.¹⁵⁹

No entanto, e chegados a este ponto sem encontrar óbices de maior, é o vector do regime jurídico que pareceria ser mais propício à aceitação de documentos particulares electrónicos na titulação da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis que acaba por colocar os maiores obstáculos à sua aceitação.

Entendamo-nos. Vimos existirem dois factores que nos fariam propender para, neste caso, aceitar a viabilidade do formato electrónico do título consti-

157. Ou com outra assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

158. Nos termos do n. 1 do art. 3.º do RJDEAD.

159. De facto, nenhuma norma positiva ou suprapositiva impõe que o termo de autenticação tenha o mesmo suporte do que o documento particular a que se refere. Na verdade, a imposição legislativa (obviamente pensada exclusivamente para a autenticação de documentos com existência física e assentes em papel) basta-se pela indicação de que sejam lavrados “no próprio documento a que respeitam ou em folha anexa”. Cf. n. 4 do art. 36.º do Código do Notariado.

Ora, uma interpretação actualista desta regra permite concluir ser possível que a entidade com funções notariais identifique, no termo de autenticação, o documento a que se refere (com os tradicionais elementos identificativos – data, local, outorgantes e seu conteúdo sumário), anexando-se o documento electrónico digitalmente assinado em qualquer outro suporte (um CD, uma disquete, uma *pen-drive*), já que a presença da assinatura electrónica qualificada dos outorgantes sempre garantirá, como *supra explicámos*, a integridade do documento. Claro que, como obviamente se deduz, não existe qualquer vantagem na autenticação em papel destes documentos, uma vez que não apenas se exige a presença das partes nos mesmos termos em que ocorreria uma tradicional autenticação de documento em papel, como há uma desvantagem prática da anexação, que é menos funcional e mais dispendiosa.

tutivo ou translativo do direito real: *por um lado*, é patente um certo favor do legislador em torno do formato electrónico, porquanto faz depender a validade desta autenticação do seu *depósito electrónico* em formato digital (*pdf*, *tiff* ou *jpeg*); *por outro*, o termo de autenticação (e o documento particular) não está sujeito, nos termos do Código do Notariado, às normas relativas à encadernação dos instrumentos públicos em livros, constantes dos arts. 20.º e 21.º e que nos suscitaram dúvidas quanto à viabilidade de operar delas uma interpretação actualista.

O entusiasmo com que encarámos estes dois factores foi, todavia, rapidamente esquecido, já que o carácter progressista do legislador é traído por um ainda excessivo arreigamento ao suporte de papel. De facto, um mais cuidadoso olhar sobre as normas reguladoras deste especial *documento particular autenticado* permite descobrir que o n. 6 do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho, faz impor sobre as entidades autenticadoras a obrigação de arquivo dos *documentos originais*.

Só por si, esta norma denota que o legislador, quando construiu o depósito electrónico, não vislumbrou a eventualidade de utilização de documentos electrónicos *stricto sensu*, pois a formulação só faz perfeito sentido quando é perspectivada a existência de um original em papel e de uma digitalização electronicamente submetida,¹⁶⁰ prática que aliás não é nova.¹⁶¹ O argumento isolado não seria porém determinante, já que sempre podia advogar-se existir a obrigação de armazenamento do documento electrónico original, em suporte idêntico ao que foi submetido.¹⁶²

Porém, não sendo definidos os contornos da obrigação de *arquivo* dos documentos originais que recai sobre as entidades autenticadoras, e perante a remissão operada pelo n. 1 do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008, de 04 de julho,

160. É esta a convicção do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado que, no seu Parecer do de 30.07.2009, processo 67/2009, p. 12, determina que tem de existir um documento em papel, “um documento escrito que (...) é arquivado pela entidade autenticadora”.

161. Basta recordar-se que o Dec.-lei 66/2005, de 15 de março, relativo à transmissão por via electrónica de documentos com valor de certidão, se refere *sempre* a digitalizações de documentos em papel (portanto, *documentos electrónicos derivados*) e nunca a documentos electrónicos em sentido próprio, incorpóreos e sujeitos a assinatura electrónica.

162. Este argumento encontraria algum apoio no facto de o art. 4.º RJDEAD estabelecer que as cópias de documentos electrónicos podem constar de idêntico ou de diferente suporte.

parece que é nos arts. 27.º e ss. do Código do Notariado que deve procurar-se o respectivo conteúdo. Ora, como se espera, é manifestamente desolador o quadro normativo: os documentos devem ser arquivados em livros ou em maços, sendo extensas as normas relativas à sua destruição física e à sua arrumação, demonstrando que nunca o legislador concebeu a hipótese da natureza incorpórea de tais títulos.

Nessa medida, e tal como vimos suceder no campo das *escrituras electrónicas*, ainda que reconheçamos a viabilidade de interpretação actualista de tais normas, regista-se uma enorme *incerteza* na aceitação destas figuras, a retirar qualquer vantagem aos outorgantes de recorrer a esta figura: não só a autenticação, como vimos, deve ocorrer na presença simultânea das partes como parece que esta foi pensada exclusivamente para suportes físicos, pelo que a opção por um formato electrónico *stricto sensu* sempre implicaria uma incerteza capaz de suscitar problemas aquando do registo do direito. Ora, *qualquer incerteza* dos operadores económicos relativa à utilização de meios electrónicos de contratação extingue qualquer hipótese de sucesso na sua utilização.¹⁶³

Isto é, as razões que aduzimos no sentido do afastamento da viabilidade de escrituras públicas electrónicas (ou, pelo menos, da sua vantagem) valem igualmente neste quadro, arrastando assim qualquer relevância prática da possível formalização electrónica de documentos particulares; de facto se pelas razões que acima explicitámos melhor, a autenticação não poderá ocorrer sem a presença simultânea das partes, não só é duvidosa a aceitação do suporte electrónico (apontando a lei – e o Conselho Técnico do IRN¹⁶⁴ – para um sentido negativo) como inexistente qualquer vantagem que este poderia oferecer.

Concluindo pela inviabilidade (ou pelo menos inutilidade) da transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis através de documentos electrónicos *stricto sensu*, perde relevância o problema de saber se o termo de autenticação lavrado pela entidade com funções notariais pode revestir formato electrónico.

A resposta a este problema não poderia, no entanto, ser outra: na verdade, porque o termo de autenticação está, por um lado, submetido a obrigações notariais muito próximas das de uma escritura pública¹⁶⁵ e, por outro, sujeito a

163. Cf. Alexandre Dias Pereira, op. cit., p. 18.

164. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30.07.2009, processo 67/2009, p. 12.

165. De facto, o termo de autenticação é sujeito a todos os requisitos prescritos pelo art. 46.º do Código de Notariado. Neste sentido, cf. Seabra Lopes, op. cit., p. 403.

depósito electrónico (e *arquivo do original*)¹⁶⁶ conjuntamente com o documento particular, são razões bastantes para impor a mesma conclusão: o formato electrónico é hoje inviável ou, pelo menos, absolutamente inútil. Ademais, a necessidade de os termos de autenticação constarem “no próprio documento a que respeitam ou em folha anexa”¹⁶⁷ aponta invariavelmente para que, não podendo estes ser desmaterializados, deverem igualmente aqueles concretizar-se em suporte físico.

10. CONCLUSÕES

Terminada a análise e confrontação do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura electrónica, por um lado, e das exigências formais na titulação de direitos reais sobre imóveis, por outro, avultam duas importantes conclusões.

Em primeiro lugar, no que respeita à posição da legislação nacional em face do valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas electrónicas, não pode deixar de elogiar a postura progressista do legislador pátrio, não apenas aceitando a sua utilização sempre que a lei imponha forma escrita, como conferindo um valor qualificado a todos os documentos dotados de certo tipo de assinatura. Ademais, deve ser sublinhado que as últimas intervenções no RJDEAD vieram não apenas adoptar a via tecnológica imposta pela legislação comunitária (através da sua *relativa neutralização técnica*), como mantiveram a originalidade portuguesa de, perante uma credenciação facultativa das entidades certificadoras, permitir atribuir às assinaturas electrónicas a força de *assinaturas notarialmente reconhecidas*.

A segunda conclusão – inferida depois de trazer o progressista regime português dos documentos electrónicos ao campo da constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis – é a de que não parece ser ainda possível (ou pelo menos útil) a substituição do suporte papel naquele tipo de negócios, já que a função *preventiva* do notariado português exige sempre a presença simultânea dos outorgantes, a que acresce alguma desactualização insanável das normas do Código do Notariado.¹⁶⁸

166. Cf. n. 2 do art. 24.º do Dec.-lei 116/2008.

167. Cf. n. 4 do art. 36.º do Código do Notariado.

168. Ademais, a titulação solene da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis parece ser dever ser *sempre respeitada no que concerne aos imóveis situados em Portugal* – forçando inclusive a celebração daqueles negócios em Portugal.

As consequências desta segunda conclusão são evidentes: estamos perante um importante obstáculo à criação de garantias internacionais sobre imóveis sítos em Portugal. Simplesmente, a sua superação constitui um difícil problema jurídico: haverá forma de afiançar a *guarda avançada* da função notarial através de meios telemáticos que prescindam da presença simultânea das partes? A busca do êxito na combinação de dois interesses que parecem apontar em sentido contrário constitui, assim, um sério desafio que se coloca à doutrina e aos órgãos legiferantes.

11. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Ana Costa. *Direito e Internet*. Minerva: Coimbra, 2002.
- ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco de. A assinatura dinâmica face ao regime jurídico das assinaturas electrónicas. *Scientia Iuridica*. t. LIII. n. 299. p. 347-367. Gualtar: Universidade do Minho, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Contratação electrónica. Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. vol. IV.
- BIRNBAUM-SARCY, Laurence; DARQUES, Florence. La signature électronique – Comparaison entre les législations française et américaine. *Revue du Droit des Affaires Internationales*. n. 5. ano 2001. Disponível em: [www.signelec.com/content/download/articles/la_signature_electronique_comparaison_fr_us_vf.pdf]. Acedido em: 02.09.2009.
- CAMMARATA, Manlio; MACCARONE, Enrico. I problemi del recepimento della direttiva 1999/93/CE. Disponível em: [www.interlex.it/docdigit/recep1.htm]. Acedido em: 20.07.2009.
- CASERO MEJÍAS, Manuel. La eurohipoteca. Tradução de “Die eurohypothek”, de O. Stöcker. *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*. n. 620. ano LXX. p. 91-182. Madrid: Colégio de Registradores da Espanha, jan.-fev. 1994.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – Parte geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. vol. I. t. I.
- CORRALES, Marcelo. Mercosur: e-signatures in Mercosur countries. *Revista de Derecho Informático*. n. 116. p. 9 e ss. 2008.
- CORREIA, António Ferrer. A codificação do direito internacional privado – Alguns problemas. Separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1979.
- _____. *Lições de direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CORREIA, Miguel Pupo. Documentos electrónicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas. *Revista de Derecho Informático*. n. 23. Lima: Alfa-Redi, jun. 2000. Disponível em: [www.alfa-redi.org/]. Acedido em: 09.06.2009.

- _____. Assinatura electrónica e certificação digital. 2003. Disponível em: [www.apdi.pt]. Acedido em: 17.07.2009.
- _____. Sociedade de informação e Direito: a assinatura digital. *Revista de Direito Informático*. n. 12. Disponível em: [www.alfa-redi.org/]. Acedido em: 09.06.2009.
- FERNANDES, Luís Carvalho. *Teoria geral do direito civil (fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica)*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2001. vol. II.
- GONÇALVES, Pedro. O acto administrativo electrónico. *Scientia Iuridica*. n. 265 e 267. p. 47-95. Coimbra: Almedina, jan.-jun. 1997.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2003.
- JARDIM, Mónica. A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial. Disponível em: [https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314]. Acedido em: 08.09.2009.
- _____. A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_eurohipoteca.pdf]. Acedido em: 16.04.2009.
- LOPES, Dulce; PEREIRA, Mafalda Seabra; DIAS, Rui Manuel Pinto Soares; RIBEIRO, Geraldo; SOUSA, Luís Verde de. Sumários desenvolvidos de direito internacional privado – Parte especial: Estatuto Negocial. Disponível em: [http://woc.uc.pt/fduc]. Acedido em: 10.09.2009.
- LOPES, J. de Seabra. *Direito dos registos e do notariado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- LOPES, Joaquim Barata. A segurança jurídica – Registos e notariado, factores de estabilidade económica. *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*. jul. 2007.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento electrónico como meio de prova. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. n. 52. p. 3-23. Rio de Janeiro: ABPI, mai.-jun. 2002.
- MARQUES, Mário Castro. O comércio electrónico – Algumas questões jurídicas. In: TEIXEIRA, Glória (coord.). *O comercio electrónico – Estudos jurídico-económicos*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de. *Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas*. *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Ed. 2004. vol. V.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. Assinatura electrónica e certificação (a Directiva 1999/93/CE e o Dec.-lei 290-D/99, de 2 de agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano. 133. n. 3918. p. 261-272. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- MUÑIZ ESPADA, Esther. *Bases para una propuesta de eurohipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

- NASARRE-AZNAR, Sergio. The eurohypothec: a common mortgage for Europe. *The Conveyancer and the Property Lawyer*. p. 32-52. London: Thomson Sweet & Maxwell, jan.-feb. 2005.
- OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002.
- OTERO, Paulo. Normas administrativas de conflitos: as situações jurídico-administrativas transnacionais. PINHEIRO, Luís de Lima et al (coords.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005. vol. II.
- PEREIRA, Alexandre Dias. *Comércio electrónico na sociedade de informação: da segurança técnica à segurança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Compêndio jurídico da sociedade da informação*. Lisboa: Quid iuris, 2004.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet. Direito da sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. VII.
- _____. *Direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. vol. II.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.
- PIZARRO, Sebastião Nóbrega. *Comércio electrónico: contratos electrónicos e informáticos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- RAMOS, Rui Moura. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991.
- ROCHA, Manuel Lopes; CORREIA, Miguel Pupo et al. *As leis do comércio electrónico*. Matosinhos: Centro Atlântico, 2000.
- SAGGIO, Antonio. Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario. *Rivista di Diritto Europeo*. n. 2. p. 215-263. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, apr.-giu. 1996.
- SCHAUB, Martien. *European legal aspects of e-commerce*. Amesterdão: Europa Law Publishing, 2004.
- SILVA, Paula Costa e. *Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos. Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. vol. I.
- _____. *A contratação automatizada. Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. vol. IV.
- WALDEN, Ian. Regulating electronic commerce: Europe in the global economy. In: Teixeira, Glória (coord.). *O comercio electrónico – Estudos jurídico-económicos*. Almedina: Coimbra Ed., 2002.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos, de Davi Monteiro Diniz – *RDPriv* 6/52;
- Penhora on-line – Arisp – Registro de imóveis – ICP-Brasil – Documento eletrônico – Firma digital – Manual – Aprovação – Operações – Início – Autorização, de Ruy Pereira Camilo – *RDI* 67/327; e
- Seminário Internacional de Direito Registral e Notarial: firmas digitais – Documentos eletrônicos – Contratação eletrônica a segurança jurídica: um problema real num mundo virtual?, de João Caupers – *RDI* 50/11.

A (JURIS)PRUDÊNCIA DO REGISTRADOR INTÉRPRETE

2

MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil; Administrativo

RESUMO: Analisar, sob a perspectiva da legislação concernente aos registros públicos delegados e dos objetivos que a informam, o poder discricionário, os limites e a independência do oficial registrador na interpretação de normas jurídicas e elementos normativos que caracterizam os chamados tipos "abertos".

PALAVRAS-CHAVE: Registros públicos – Oficial registrador – Interpretação da lei – Elementos normativos – Independência.

RESUMEN: Análisis, desde la perspectiva de la legislación relativa a los registros públicos y de los objetivos que informan, independencia, los límites de la interpretación del registrador de la propiedad de las normas jurídicas y elementos normativos que caracterizan los tipos llamados "abiertos".

PALABRAS CLAVE: Los registros públicos – Registrador de la propiedad – Interpretación de la ley – Elementos de regulación – Independencia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Perspectiva ética do "justo" na visão do registrador intérprete – 3. Atividade jungida pelos princípios que informam a Administração Pública – 4. Direito formal e os elementos normativos do tipo – 5. O registrador intérprete, a prerrogativa da independência e seus limites – 6. Princípio da proporcionalidade – 7. Técnicas de interpretação: 7.1 Critério sociológico ou teleológico. Fins sociais e o bem comum; 7.2 Equidade; 7.3 Princípio da subsunção e as lacunas legislativas – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

"Quando a lei cai no silêncio, podemos dizer – (...) – que esse silêncio está povoado de vozes... Quando o juiz dita sua sentença, não é só um intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e ocultas" (Couture).

1. INTRODUÇÃO

A primeira dimensão¹ em que se deve realizar o estudo em foco, busca compreender, conceitualmente, o emprego da expressão jurisprudência.

Proveniente do latim *jus* (justo) e *prudencia* (prudência), jurisprudência é um termo jurídico que significa um conjunto das decisões e interpretações das leis. Sua origem vem da *Common Law* do direito inglês, cuja criação nasce da necessidade de combater os costumes locais que não eram comuns.

O direito inglês ou anglo-saxão tem por fonte principal a jurisprudência, como um direito casuístico, ou *case law*, em que predomina a regra do precedente, temperada pela aplicação do princípio da equidade.

O significado mais comum refere-se à aplicação de estudo de casos jurídicos na tomada de decisões judiciais.

Tecnicamente, jurisprudência significa “a ciência da lei”. Estatutos articulam as regras da lei com raras referências a situações factuais. Assim, “jurisprudência” pode-se referir à “lei baseada em casos”, ou às decisões legais que se desenvolveram e que acompanham estatutos na aplicação de leis em situações de fato.

A aplicação real destes estatutos para fatos é deixada pelos Juízes que consideram não só o estatuto, mas também outras regras legais relevantes para se chegar a uma decisão judicial: por isso, a “ciência”.

A obediência à jurisprudência² é tradição dos países que seguem a tradição anglo-saxônica do direito, de que são exemplo os sistemas jurídicos inglês e americano e é menos frequente nos países que seguem a tradição romano-germânica, casos da Europa Continental e América Latina, entre outros, nos quais a norma escrita tem hegemonia.

No exercício de sua atividade, incumbe ao oficial registrador a tarefa de assimilar, valorar e integrar elementos normativos abertos, vagos e imprecisos ou mesmo legislações conflitantes, no intuito de garantir os objetivos da

-
1. Texto apresentado no XXXVIII Encontro Nacional dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Fortaleza, 20.09.2011.
 2. Quanto à forma, a Constituição costumeira (não escrita ou consuetudinária) seria aquela Constituição que, ao contrário da escrita, não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por textos esparsos, reconhecidos pela sociedade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudência, convenções. Exemplo clássico é a Constituição da Inglaterra. Pedro Lenza. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva.

autenticidade, publicidade, eficácia e, sobretudo, da segurança jurídica, desincumbindo de tal ônus atento à ética, no exercício do poder discricionário que a Administração Pública lhe confere e nos limites da prerrogativa de independência que a lei lhe atribui.

2. PERSPECTIVA ÉTICA DO "JUSTO" NA VISÃO DO REGISTRADOR INTÉRPRETE

Diferentemente de outros ramos do saber, a conclusão do curso de Direito, embora ensinando um único ofício – o de *jurista* –, habilita o acadêmico para inúmeras e diversas opções profissionais. Ainda assim, um traço marcante de todo e qualquer jurista, mais do que um estudioso neutro e atemporal do direito positivo; exige-se, sobretudo, um importante aspecto prático, vale dizer, alguém que, por ofício, tem o dever de buscar o que é justo, o que é o direito objetivo.

O processo evolutivo na busca do justo, longe de estar finalizado, entretanto, é ofício de todos os genuínos juristas, variando desde a justiça dos magistrados até as profissões derivadas, como a dos notários e as dos registradores.

Dos juízes, diferem os registradores, entre outros aspectos, pelo motivo fundamental de que àqueles cabem diretamente *dizer o direito*, ou seja, declarar o direito enquanto justo, ao passo que os registradores buscam diretamente a segurança jurídica.

Na tríplice dimensão do direito, encetada na teoria pura de Kelsen – *fato*, *valor* e *norma* – na dimensão valorativa que expressa o conteúdo ético das normas jurídicas é que se contém o valor do *justo*. Valorar razoavelmente, tendo em conta uma ordem de equilíbrio, definir o ético e o justo, compreende a noção de justiça.

É neste cenário que se desenha o esforço do *jurista*, ao aplicar o direito, ficar atento à eficácia de vida que resultará da interpretação e aplicação prática que conferir à norma. Se o resultado for antiético ou injusto, imperioso verificar se o conteúdo ético da norma encontra correspondência no fato da vida em julgamento. O verdadeiro *pressuposto de incidência* se dá pela avaliação do conteúdo ético da norma jurídica e sua correspondência com o fato da vida. Inexistindo coincidência entre a norma e fato na dimensão valorativa, deixa de possuir a norma pressuposto de incidência.

Prenuncia-se, deste modo, a concepção de que ou o direito serve à ética e à justiça ou a nada serve.

3. ATIVIDADE JUNGIDA PELOS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os registros públicos delegados fazem parte da Administração como atividade jurídica. Integrados ao direito administrativo, vertente do direito público, sujeitam-se, portanto, aos seus princípios.

Antes, porém, importa salientar que ao Estado cabe, por suas autoridades e daqueles que exercem funções públicas, agir no propósito de dar efetividade aos critérios da ética e da justiça que sejam geradores do bem-estar e respeito comum como padrão adequado de proceder destinado a todo corpo social. Neste descortino, ao declarar instituído o Estado Democrático de Direito (art. 1.º),³ se vale a Constituição fortemente desse balizamento ético, reiterado na advertência de constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, a redução das desigualdades sociais e regionais e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I e III). E um dos substratos em que se decompõe o princípio da solidariedade, reside precipuamente na eticidade, da qual deriva a cláusula geral da boa-fé, que prima pela ética, moral, bons costumes e conduta idônea.

A natureza da Administração Pública corresponde a de um múnus público para quem a exerce. Equivale a um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. O titular da delegação deve cumprir estritamente os princípios da moral e das leis administrativas que regem sua atividade, uma vez que ao ser investido de tal poder assume junto à coletividade o dever de bem servi-la, pois outro não é o legítimo anseio do povo como principal destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.

Dado que se na administração particular, o administrador recebe do proprietário instruções de como administrar as coisas que lhe são confiadas, na Administração Pública, essas ordens e instruções estão concretizadas nas leis, regulamentos e atos especiais, dentro da perspectiva ética do Estado. Nisso reside o dever indeclinável de o administrador público agir segundo os preceitos do direito e da moral administrativa, que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos, o povo, e condiciona os atos a serem praticados no desempenho do múnus público que lhe é confiado. Ou seja, nunca no interesse particular, sempre no interesse da coletividade.

3. A noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. Marcelo Novelino. *Direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2010.

Os fins da Administração Pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Como assinala Hely Lopes Meirelles, se o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

Para Rui Cirne Lima:

“O fim, e não a vontade do administrador domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”

Genericamente, cinco princípios básicos e permanentes norteiam obrigatoriamente todas as atividades da Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: a *legalidade*, a *moralidade*, a *impressoalidade*, a *publicidade* e a *eficiência* (art. 37, *caput*, da CF/1988).

Esses são os fundamentos de validade da ação administrativa.

A *legalidade* priva o administrador de atuar discricionária e vinculadamente fora do que prevê a lei em sentido amplo. Imperioso, assim, que a determinação no agir esteja positivada. É necessário que a lei expresse especificamente o que deve ser feito pelo administrador. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (Hely Lopes Meirelles).

Ainda que a atividade registrária seja gerida em caráter privado, essa peculiaridade não desbota sua natureza intrinsecamente pública. Portanto, não há que se falar em autonomia da vontade, pois no direito público só se pode fazer aquilo que a lei expressar. Na função pública não é porque a lei não proíbe que se pode fazer.

A moral jurídica exige um elemento ético no agir, uma conduta honesta. O administrador terá de viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu, princípios do direito natural.

Por meio da *publicidade* os registradores conferem forma e eficácia modificadora à causa jurídica já existente; seja ela constitutiva, ou requisito de mais ampla eficácia, se é declarativa ou de mera notícia. No que toca aos registradores imobiliários, a difusão da publicidade imobiliária guarda íntima correspon-

dência com o direito de propriedade privada, na direta razão em quanto esse direito, o instrumento de sua efetivação e garantia é reclamado pela lei natural. Ao longo da história, independentemente de qualquer outro fator, o direito de propriedade privada exige sempre alguma forma publicitária. Apenas será dispensável a instituição registral quando se entenda suprimível o direito de propriedade privada – e com sua supressão, admissível o aviltamento da dignidade humana.

Impessoalidade é praticar o ato exclusivamente para o seu fim legal, que é unicamente aquele que a norma de direito indica, expresso ou virtualmente, como seu objetivo. Vedado é ao agente público promover-se ou desviar-se da finalidade da norma ao praticar atos reclamados pela sua função.

Do último e não menos importante princípio, *eficiência*, resulta que a atividade seja prestada com rapidez, qualidade satisfatória e com condutas adequadas e proporcionais às necessidades do serviço, ponderada com a quantidade e complexidade da clientela, de forma a satisfazer suas necessidades.

Neste sentido, importa averbar que os “serviços notariais e de registro são os de *organização técnica e administrativa*, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (art. 1.º da Lei 8.935/1994 – LNR; grifou-se). Organização técnica e administrativa são conceitos extraídos da ciência econômica a partir do desenvolvimento de três princípios essenciais a ela inerentes: do método, da técnica e da definição de tarefas e que por sua relevância foram sumulados no texto constitucional.

4. DIREITO FORMAL E OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

A legislação concernente aos registros públicos é de ordem pública, natureza cogente e preceptiva e essencialmente de índole instrumental, em que pese aprese, por vezes, um ou outro dispositivo contendo normas de direito material.

O fundamento da publicidade imobiliária reside na ideia de segurança, cujo eixo foi deslocado da órbita individual ou de grupos privilegiados para assumir a preservação de interesses privados não apenas das partes senão, sobretudo, de terceiros e da sociedade como um todo. Essa publicidade, para não ser enganadora, deve ser integral.

O Registro de Imóveis, no tocante às normas que o regulam, pode ser classificado em direito material e direito formal. “O direito material do registro imobiliário compreende os efeitos do direito civil ligados às inscrições do registro, princípios da inscrição, os da publicidade e lugar dos direitos reais. O direito formal do registro imobiliário regulamenta a organização, o estabelecimento

do registro e outras instituições, assim como o processo a seguir em matéria de inscrição” (Miguel Maria de Serpa Lopes, p. 196).

Diz-se ainda formal esse direito como alusão a um de seus objetivos principais que é o de assegurar e promover a segurança jurídica. Retratando essa preocupação, suas normas, em geral, caracterizam-se pela feição “fechada” dos tipos que a encerram, deixando pouca ou nenhuma margem à interpretação, como sucede, por exemplo, na redação do art. 221, *caput*, da LRP, com o emprego, enfático, do advérbio “somente” ao referir-se aos títulos admitidos a registro, advérbio esse empregado também no art. 207 da mesma lei. Seus comandos são imperativos, raramente facultativos e as exceções, quase sempre, antecipadamente previstas e delimitadas no alcance pelo legislador (exemplo: arts. 169, *caput* e I, II e III e 204 da LRP). Esmiuçam a matéria, às vezes, com redundância (exemplo: parágrafo único do art. 212 da LRP, dispensável diante do direito fundamental previsto textualmente no art. 5.º, XXXV, da CF/1988) etc.

Pode-se então afirmar que a matéria prima instrumental da atividade concernente à legislação concernente aos registros públicos é, tanto quanto possível, regulada e disciplinada por normas de cunho público e natureza cogente, erigidas em tipos normativos “fechados”, nos quais pouco ou nenhum espaço é deixado ao alvedrio do intérprete.

Todavia, mesmo diante deste cenário peculiar, encontram-se normas de tipo “aberto”, vale dizer, aquelas que exigem atividade valorativa do intérprete, que demandam pesquisa no caso concreto. São normas que apresentam elementos normativos nos quais a *ratio decendi* de casos anteriores não tem, necessariamente, carga hermenêutica suficiente para ser universalizada.

Nos dispositivos normativos abertos, o intérprete tem o poder de fechar o tipo, ou seja, em razão da ausência de descrição ou de esta estar incompleta, é transferida a ele a tarefa de completá-la, integrá-la ao caso concreto. Tidos como janelas abertas, que demandam para a sua eficácia o esclarecimento sobre o significado da expressão contida no elemento descritivo.

Expressões abstratamente previstas como, por exemplo: *indevidamente*; *documento*; *termo*; *funcionário público*; *equivalente*; *racional*; *linha*; *momento posterior*; *certidão atualizada*; *outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro*; *adotarão o melhor regime interno*; *os serviços notariais e de registro serão prestados de modo eficiente e adequado...* etc.; por designarem termos de sentido genérico, devem ser valoradas e integradas no caso concreto.

Além disso, importa salientar que o exercício da atividade não se esgota na aplicação da legislação a ela pertinente, ao menos em seu caráter substancial,

dado que ao registrador cumpre a análise e qualificação dos títulos cujo ingresso no registro público perseguem. Os registradores examinam a autenticidade e a higidez dos atos próprios do notariado, dos quais são os principais destinatários, assimilam seu sentido e como conservadores dos direitos alheios, conferem forma e eficácia modificadora à causa jurídica já existente, por meio da publicidade, seja ela constitutiva, ou requisito de mais ampla eficácia, se é declarativa ou de mera notícia. Com maior intensidade assim procedem em relação aos títulos particulares, quando em tese admitidos a registro.

Assim, no interminável cipoal legislativo brasileiro, os registradores põem-se a moer os grãos das normas civis, tributária, previdenciária e empresarial, repletas de inconsistências, ambiguidades, antinomias e incoerências, ajustando-as entre si, umas em relação a outras, bem como no que concerne ao próprio texto constitucional, que por sua extensão mais lembra um regulamento.

É nessa confluência que se colocam a independência, o bom senso e o descortino do delegado imobiliário são especialmente importantes, notadamente em atividade cujo objetivo primário é proporcionar segurança jurídica.

5. O REGISTRADOR INTÉRPRETE, A PRERROGATIVA DA INDEPENDÊNCIA E SEUS LIMITES

Na qualificação dos títulos que tomam o protocolo e almejam o fôlio real, o juízo prudencial é exclusivo do oficial registrador. Nesse sentido, diz-se que o registrador é o juiz natural do título cujo ingresso é reclamado pelo interessado.

Natural, portanto, que no desempenho deste juízo prudencial veja-se o registrador compelido a integrar normas jurídicas, inclusive algumas daquelas próprias da legislação concernente aos registros públicos, cujos elementos normativos, de tipo “aberto”, demandam o emprego de técnicas de interpretação e valoração de normas.

Partindo-se da percepção de Miguel Reale de que “o ato das subsunções ou subordinação do fato à norma, não é reflexo e passivo, mas sim um ato de participação criativa do intérprete” (Miguel Reale, p. 100-101 e 297), exige-se do jurista o exercício da função criativa da interpretação, nisso que reside no ponto de convergência entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, próprio da ideologia de interpretação jurídica dinâmica – no direito anglo-saxão presume-se que toda a lei possui lacunas.

Cumpra então indagar se, na premência de dar vida ao direito, será o registrador um mero aplicador das normas, já que todo ato de aplicação é, ao

mesmo tempo, um ato de criação normativa? Diante da dificuldade de valorar elementos normativos indeterminados sucumbirá ao apelo indiscriminado da suscitação de dúvida?

A idoneidade profissional exige estudo e exercício inteligente e constante da profissão. No que concerne às profissões jurídicas, o estudo deve abranger: (a) a normatividade; (b) aos fatos e situações concretas; e (c) a peculiar aplicação das normas a esses fatos e situações (*interpretação*).

A profissão, como dito acima, deve ser exercitada de modo inteligente, visando, o melhor possível, à realização prática ou técnica ou artística a que se volte; sempre tendo em conta a moralidade dos atos, no exercício profissional devem buscar-se, em caráter permanente, modos que produzam resultados mais eficazes.

Decidir os pedidos de inscrição, com independência, bom senso, equilíbrio, segurança, coerência e presteza. Imprimir conduta eficiente, que objetivamente permita, no menor prazo e com a melhor qualidade, realizar o fim específico da função. Formular apenas as exigências absolutamente necessárias, dentro do que é razoável e adequado (proporcional e compatível à necessidade do caso concreto).

Lembro que a razão de ser do cartório é acolher os títulos.

O dever moral do registrador é adquirir sempre mais conhecimentos. Dedicado a um ofício que abarca extensa gama de exigências, o registrador tem por dever de consciência aumentar sua ciência por um trabalho diário e disciplinado.

O melhor perfil do registrador público é daquele que, no conjunto, esteja acima da média no domínio cotidiano e equilibrado de tais atributos.

Mas, sobretudo, resulta da função criativa da interpretação outra faceta da prerrogativa legal da independência no exercício da atividade, que se destina a ser preservada e exercitada no cumprimento da missão que a lei lhe atribui (art. 28 da Lei 8.935/1994 – LNR).

Há, decerto, limites, dado que se absoluta fosse a independência, inconstitucional seria, em razão mesmo de duas condições subordinadoras, incidindo uma em razão da outra: a de delegados públicos e a de fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Além disso, na tarefa de interpretação, outro balizamento deve ser levado em conta, também de natureza estrutural, de sorte que no sistema da *Civil Law*, da longa tradição romano-germânica, a rigor, o intérprete não assume propriamente a função de um *law making power*... É que na Europa continental, por

razões históricas peculiares, sempre se tentou elaborar um sistema ordenado, coerente e completo de normas escritas, onde predomina uma concepção racionalista do direito, cujo vigor resulta do desenvolvimento lógico de conceitos abstratos.

Todavia, mesmo no âmbito da *Civil Law*, as doutrinas contemporâneas sobre interpretação e argumentação jurídica flexibilizaram essa posição original, de modo que, hoje, o debate está centrado a uma posição mais concreta, que é a questão dos valores. Fundamental para alcançar o justo, atender ao fim social e às exigências do bem comum, a disposição e capacidade de o intérprete compreender, sopesar e ponderar valores.

De qualquer forma, submetida fica essa independência ao poder discricionário do Poder Público.

Ora, discricionariedade é a opção, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito (e não somente perante a lei), entre várias hipóteses legais e constitucionalmente possíveis ao caso concreto. Essa escolha se faz segundo critérios próprios como oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no chamado mérito do ato administrativo. A discricionariedade implica em liberdade de atuação do registrador, porém dentro de certos parâmetros específicos e limitados de atuação.

6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em que pese não previsto textualmente na Constituição da República, o princípio da proporcionalidade dela pode ser extraído, como permite o art. 5.º, LIV (devido processo legal) e art. 1.º, III (dignidade da pessoa humana). Aliás, o § 2.º do art. 5.º da CF/1988, embora não acate expressamente o princípio da proporcionalidade, diz que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ou seja, a existência de um direito ou garantia constitucional não exclui a aplicação de outros, acolhendo, implicitamente, a possibilidade de conflito entre valores constitucionais.

Esse princípio, que equivale à proibição do excesso, decorre de uma interpretação sistemática de normas constitucionais, que permite o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional. A doutrina brasileira, baseada no direito alemão, tem aceitado a aplicação do princípio (ou teoria) da proporcionalidade para solucionar questões envolvendo conflitos entre normas constitucionais. Preconiza o princípio da proporcionalidade a possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia cons-

titucional em prol de outro de igual ou superior valia, notadamente quando está em jogo interesse público relevante.

A propósito desse tema, a Corte Constitucional Alemã, em decisão proferida em 16.03.1971, devidamente traduzida, dispôs:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (conforme BverfGE, 30, 316)” (Willis Santiago Guerra Filho, p. 75).

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subpostulados: o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. O meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores em confronto e havendo adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia.

Pelo princípio da proporcionalidade as normas constitucionais estão articuladas em um sistema.

Há valores constitucionais que se sobrepõem a outros em matéria de importância. O direito à vida é o mais importante e, mesmo assim, pode ser sacrificado em casos expressamente previstos em lei, como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Ocorrem situações em que um direito deverá ser sacrificado em prol de outro de igual ou superior valia, dada à relatividade dos direitos e garantias constitucionais.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, havendo conflito entre valores constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto.

Destarte, em nosso ordenamento jurídico, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada à relatividade dos direitos e garantias constitucionais.

Seu mais valioso fundamento, portanto, é conter o excesso de poder, restringir os atos, decisões e condutas dos agentes públicos que ultrapassam os limites adequados, tendo em conta os objetivos colimados pela Administração ou mesmo pelos Poderes do Estado.

7. TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO

As funções da interpretação são: (a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; (b) estender o pedido da norma a relações inéditas e inesperadas; e (c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.

Quando se interpretar uma norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir, conforme preceitua o art. 5.º da LICC (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e não resumir o exercício interpretativo em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, olvidando-se do coeficiente axiológico e social nelas contido.

No exercício da integração normativa ou não exclusão de qualquer contradição, imprescindível observar os seguintes dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

7.1 Critério sociológico ou teleológico. Fins sociais e o bem comum

Sem desprezar os demais processos interpretativos, referido dispositivo consagra o critério teleológico, compreendido na “busca da finalidade social e valorativa da norma, ou seja, o resultado que se pretende alcançar na sua atuação prática” (Maria Helena Diniz, p. 138).

O processo sociológico ou teleológico objetiva adaptar a finalidade da norma às exigências sociais, ao bem comum, conforme prescreve o art. 5.º da LICC e neste mister deve penetrar nas necessidades práticas da vida e da realidade social, ao invés de limitar-se à dialética num círculo de abstrações. Busca o fim, a *ratio* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido, ou seja, o resultado que ela precisa alcançar com a sua aplicação.

O intérprete tem o dever de manter-se intimamente conectado com a vida e “segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se, o que resulta assim que a norma se destina a um fim social, de que o aplicador do direito deve participar ao interpretar o preceito normativo” (Maria Helena Diniz, p. 157).

Nesse contexto, cabe ao intérprete entender as mudanças socioeconômicas e valorativas, examinando a influência do meio social e as exigências da épo-

ca, o desenvolvimento cultural do povo e os valores exigente na sociedade, concluindo-se assim que as expressões “fins sociais” e “bem comum” do art. 5.º da LICC devem ser assimiladas como sínteses éticas da vida em sociedade, pressupondo uma unidade de objetivos na conduta social do homem. Trata-se de critérios idôneos à adaptação das leis às novas exigências sociais e seus valores, constituindo uma espécie de janela da norma, pois propicia a norma a ser aplicada respirar atmosfera fático-social e valorativa que a envolve, sendo dever do intérprete aplicador abrir essa janela perscrutando as necessárias práticas da vida social, a realidade sócio-cultural e seus valores. Fazendo isto, estaremos injetando vida a norma, atualizando-a para que se compatibilize com os anseios vigentes da sociedade.

Por outro lado, inexistente norma que não contenha uma finalidade social imediata, do contrário, seria uma reunião de palavras vazias. Sendo assim, o conhecimento do fim é uma das preocupações precípua da ciência jurídica, como deve ser do aplicador do direito.

O princípio da finalidade da norma deve nortear toda a tarefa interpretativa, senão, a aplicação da norma em desconformidade com seus fins, constitui ato de burlar a norma, pois quem desatende ao fim normativo está desvirtuando a própria norma. “Destaca-se que esse fim (telos), não poderá ir de encontro ao bem comum, nem ser antissocial” (Silvio de Macedo, p. 391).

Ausente a definição legal de “fim social” o intérprete em cada caso concreto deverá averiguar se a norma a ser aplicada atende a finalidade social, que varia no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos.

Considerar-se-á assim como fim social o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituíram a razão de sua composição, abrangendo assim o útil, a necessidade social, seus anseios, o equilíbrio de interesses etc.

No que toca ao bem comum, sua noção é complexa, metafísica e de difícil compreensão, cujo conceito dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Esta noção se compõe de diversos elementos ou fatores, o que dará origem a várias definições. Em regra se reconhecem como elementos do bem comum a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social e a solidariedade.

Contudo, para alguns doutrinadores as exigências do bem comum são os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhes a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento.

O bem comum não é o somatório dos interesses individuais, como pretendia o individualismo, mas sim a coordenação do bem dos indivíduos, segundo um prin-

cípio ético. Todo sistema jurídico se inspira numa concepção do bem comum, isto é, nos fins pelos quais a sociedade optou, porque ela os considera bons.

Para Telles Júnior bem comum é “a ordem jurídica, por ser o único bem rigorosamente comum, que todos os participantes da sociedade política desejam necessariamente, que ninguém pode dispensar. Sem ordem jurídica não há sociedade; logo somente a ordem jurídica é um bem comum” (Goffredo da Silva Telles Júnior).

A bem ver, a expressão “exigências do bem comum” contida no art. 5.º da LICC, antes de sugerir mera ociosidade do legislador – pois é evidente que as normas jurídicas se destinam ao bem comum – refere a uma diretriz para a solução de casos duvidosos. Portanto, na escolha entre duas ou mais opções o intérprete deve optar por aquela que mais entrega utilidade comum dos cidadãos, pois se trata não de uma mera orientação interpretativa, mas de um dever que se impõe ao aplicador da norma.

7.2 Equidade

Da mesma forma, pode-se dizer que o art. 5.º da LICC está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto. A equidade, em diversas acepções, é encarnada como suprema regra de justiça que os homens devem obedecer, confundindo-se com a própria ideia de justiça.

A equidade apresenta-se como elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto, a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, moldando-se ao caso concreto. Nesta sua função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas adaptá-la às circunstâncias sócio-valorativas do fato concreto no instante de sua aplicação.

Em contraponto ao antigo brocardo *dura lex, sed lex*, vale registrar que a finalidade da norma não é ser dura, mas *justa*; daí o dever do intérprete ao aplicar a norma ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições e torcer sua direção, arredondar as suas arestas e adaptar sua rigidez.

Ferindo atávicas visões positivistas, Ráo já pontuava ao tratar da equidade e o julgamento contra a lei:

“Adaptar a lei aos casos concretos, suprir-lhe os erros e as lacunas, mitigar-lhe a rigidez com o escopo de humanistas, de benignitas, não significa ser lícito ao juiz, em princípio, julgar *contra legem*.”

Sem dúvida, casos ocorrem, raríssimos, nos quais pode o juiz encontrar-se em face de lei obsoleta, ou manifestamente iníqua, não mais correspondente

às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e forma possa causar dano à ordem pública, ou social. Nesta hipótese, melhor será considerar-se a lei inadaptável ao caso concreto, por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se, para a solução do conflito, das demais fontes do direito.

Inquestionável que o art. 5.º da LICC permite ao intérprete-aplicador corrigir a inadequação da norma à realidade fático-social e aos valores positivados, harmonizando o abstrato e o rígido caráter da norma à realidade, mitigando seu rigor, corrigindo-lhes os desacertos, ajustando-a do melhor modo possível ao caso emergente (Vicente Rão).

7.3 Princípio da subsunção e as lacunas legislativas

A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. A aplicação do direito, dessa forma concebida, denomina-se subsunção.

A subsunção revela a tenacidade do aplicador do direito em se aproximar mais da realidade fática, completando a ideia abstrativa contida na norma, vez que a norma de direito é um modelo funcional. Esse raciocínio ganha brilho na seguinte lição:

“Deveras, o direito nunca é, mas a todo momento pode vir a ser, e, logo que é, deixa de ser: fora da decisão judicial não há direito, mas a todo momento, dessa decisão, o direito pode surgir, e, logo que surge, desaparece porque o direito objetivo, confeccionado para o julgamento de um fato, só serve para esse julgamento; e consome-se pela aplicação” (Maria Helena Diniz, p. 4).

Contudo, a realização da subsunção apresenta problemas face à ausência de informação sobre os fatos ocorridos e pela indeterminação semântica dos conceitos normativos, ou seja, são as lacunas normativas: de conhecimento e de reconhecimento.

As lacunas de reconhecimento são oriundas da zona de incerteza, do problema da penumbra, dos conceitos plurissignificativos (isto é, vagos, imprecisos, indeterminados ou fluidos), pois se originam, não da completude ou da incompletude do direito, mas sim de certas propriedades semânticas da linguagem.

Carlos Maximiliano atentou que: “A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente: enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se con-

chegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto” (Carlos Maximiliano, p. 29).

Por vezes, o aplicador do direito se depara diante de uma situação onde não encontra norma que seja aplicável, pelo menos aparente, devido a um defeito do sistema normativo que pode consistir na ausência de uma solução, ou na existência de várias soluções incompatíveis. Trata-se de um problema de lacuna normativa, no primeiro caso, ou de lacuna de conflito, no segundo. Diante de um, ou de outro caso, o aplicador do direito deverá lançar mão da interpretação sistemática a fim de colmatar essa lacuna.

A lacuna constitui um estado incompleto ou imperfeito do sistema, que deve ser preenchido ou corrigido utilizando-se do princípio da plenitude do ordenamento jurídico e da unidade da ordem jurídica.

Pode-se definir sistema jurídico (cada sistema jurídico) como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito, sendo o sistema jurídico um sistema aberto.

Aberto no sentido de incompleto, que evolui (pois é histórico e cultural) e se modifica; decorrente da provisoriedade do conhecimento científico. “Cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão ligados” (Eros Grau, p. 19).

Em obediência aos princípios mencionados “a primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema” (Tercio Sampaio Ferraz Junior).

Assim, não há espaço no nosso ordenamento jurídico para as lacunas e antinomias, até pelas disposições legais citadas, pois o jurista ao aplicar os preceitos jurídicos, a fim de criar uma norma individual, deverá interpretá-los, integrá-los e corrigi-los, mantendo-se nas balizas estipuladas pelo ordenamento jurídico.

8. CONCLUSÃO

Mesmo no sistema da *Civil Law*, da longa tradição romano-germânica, de hegemonia das normas escritas, cabe ao jurista a tarefa de interpretá-la, especialmente quando se depara com expressões ou conceitos imprecisos, indeterminados ou fluídos, os chamados elementos normativos ou tipos “abertos”.

Na busca incessante e interminável do “justo”, em simetria com a evolução do sistema da *Civil Law*, proveniente da longa tradição romano-germânica, o intérprete “deve *descobrir* o direito e não (propriamente) criá-lo” (Ronald

Dorwkin), com disposição e capacidade para ponderar valores, com frequência, antagônicos.

Ao assimilar o significado de tais elementos no caso concreto, cumpre ao intérprete atentar-se, antes de tudo, que o Direito é vida, possui dinâmica própria e, como tal, em estado latente, está em constante mutação e evolução. Cada norma não é um dispositivo estanque e isolado, mas sim parte de um todo, engrenagem que impulsiona e formata um sistema.

A ética, o fim social, o bem comum e a equidade, devem nortear o intérprete na valoração da norma no caso concreto, adaptando a lei às novas exigências sociais e seus valores, expressos na Carta Política.

No trato permanente da segurança jurídica, principal orientação do registrador imobiliário na realização do “justo”, cabe-lhe, com independência, alcançar a definição de conceitos “abertos” mediante o equilibrado emprego das regras de interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade, orientado na vocação natural dos cartórios que é a de acolher os títulos.

9. BIBLIOGRAFIA

- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EROS, Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- MACEDO, Silvio de. Fim social. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva. vol. 37.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1967.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. vol. 2.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: USP, 1972.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A competência do oficial do registro de imóveis no exame de títulos judiciais, de Elvino Silva Filho – *RDI* 8/45;
- A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 68/62;
- Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores, de Ricardo Henry Marques Dip – *RDI* 53/81;
- O registrador e sua jurisdição nos loteamentos urbanos: fiscalização e poder urbanístico, de Arthur Rios – *RDI* 29/115; e
- Responsabilidade civil dos notários e registradores, de Jéverson Luís Bottega – *RDI* 59/86.

O SISTEMA REGISTAL FRANCÊS

3

MÓNICA JARDIM

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Regente das aulas teórico-práticas de Direito dos Registos e do Notariado e Assistente das aulas práticas de Direito das Coisas na licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito de Coimbra. Membro da Direcção do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR) e Membro cooptado, por reconhecido mérito científico, do Conselho Superior do Notariado Português.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Estudo que visa proporcionar uma perspectiva geral do sistema registral francês. Características do sistema francês (autonomia privada e consensualismo). Análise do sistema de transmissão da propriedade imobiliária francês através de três perspectivas: sua evolução histórica, características da publicidade predial e seu confronto com o instituto da usucapião; o domínio e as consequências decorrentes da ausência de registro; e finalmente analisando a organização dos registros na França.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de transmissão da propriedade imobiliária – Contrato – Consensualismo – Registro de Imóveis.

ABSTRACT: Study that proportionate a general perspective of the French real estate register system. Characteristics of the French real estate register system (private autonomy and Consensualism). Analysis of the French system of transmission of real estate property through three perspectives: its historic evolution, characteristics of the real estate publicity and its confrontation with the adverse possession institute; dominion and the consequences of the lack of registration; and finally the analysis of the organization of the register in France.

KEYWORDS: System of transmission of real estate property – Contract – Consensualism – Real estate register.

Sumário: 1. Nota prévia – 2. Nota introdutória – 3. Breve resenha histórica: 3.1 O direito antigo; 3.2 O direito intermédio; 3.3 O Code Civil de 1804; 3.4 A Lei de 23.03.1855; 3.5 O

Decreto-lei de 30.10.1935 e o Decreto-lei de 17.06.1938; 3.6 O Decreto de 04.01.1955 e a Lei de 06.04.1998 – 4. Características da *publicité foncière* actual – 5. Usucapião e *publicité foncière* – 6. Nota introdutória sobre o âmbito da *publicité foncière* e sobre as consequências decorrentes da ausência de registo: 6.1 Direitos, actos e decisões sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade: 6.1.1 O registo facultativo dos privilégios e hipotecas; 6.1.2 O registo obrigatório de actos e decisões judiciais que envolvam a constituição, transmissão ou extinção, *inter vivos*, de (outros) direitos reais sobre imóveis; 6.1.3 O registo obrigatório de actos constitutivos de certos direitos pessoais; 6.1.4 O registo obrigatório das cláusulas de inalienabilidade, das restrições ao poder de disposição, das cláusulas susceptíveis de gerar a resolução ou a revogação de actos sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade e das decisões judiciais que constatem a existência de tais cláusulas ou restrições; 6.1.5 Actos diversos expressamente submetidos ao registo obrigatório sob pena de inoponibilidade; 6.1.6 O registo facultativo de actos constantes de documentos particulares (art. 37, 2.º, do Decreto); 6.2 Inoponibilidade e sanções complementares: 6.2.1 A inoponibilidade do acto em face de terceiros; 6.2.2 Regimes particulares da inoponibilidade; 6.2.3 Dimensão da inoponibilidade; 6.3 Actos, acções e decisões judiciais cuja ausência do registo não conduz à inoponibilidade: 6.3.1 Registo obrigatório; 6.3.2 O registo facultativo – A publicidade a título de mera informação; 6.4 Carácter limitativo da enumeração legal – 7. Condições que hão-de estar verificadas para que ocorra o registo: 7.1 Forma autêntica dos actos submetidos à publicidade; 7.2 O princípio do efeito relativo – 8. Estruturas da *publicité foncière*: 8.1 Suportes da *publicité foncière*: permanência e evolução: 8.1.1 O ficheiro imobiliário; 8.1.2 Os registos; 8.2 O conservador – 9. Pressupostos e modo de realização do registo de formalidades ou do registo propriamente dito: 9.1 O registo de inscrições; 9.2 O registo de publicações ("transcrições"); 9.3 O registo de penhoras – 10. Recusa do depósito e recusa do registo de formalidades: 10.1 Hipótese de recusa devida do depósito ou do registo de formalidades, bem como da falta de recusa quando esta devia ter ocorrido; 10.2 Hipótese de recusa indevida do depósito ou do registo de formalidades e correspondente recurso – 11. Medidas que visam assegurar a eficácia da *publicité foncière*: 11.1 Ausência de meios substitutos; 11.2 Forma autêntica dos actos submetidos à publicidade; 11.3 Regras que asseguram a exactidão das menções.

1. NOTA PRÉVIA

O presente¹ estudo visa proporcionar uma perspectiva geral do sistema registral francês. Visando tal objectivo, o estudo encontra-se dividido em três secções:

-
1. Participamos, através deste estudo, na homenagem que a Faculdade de Direito de Coimbra prestou ao Senhor Prof. Dr. Henrique Mesquita, porque não podíamos deixar de testemunhar a admiração, o apreço e a gratidão que sentimos por um Professor com quem tanto aprendemos, quer enquanto tivemos o privilégio de ser sua aluna, quer durante os anos em que tivemos a honra de ser sua assistente e, depois dessa data, em todas as ocasiões em que lhe podemos prestar a nossa parca colaboração ou lhe solicitamos o seu inestimável auxílio.

I – Evolução histórica, características da *publicité foncière* e seu confronto com o instituto da usucapião;

II – Domínio da *publicité foncière* e consequências decorrentes da ausência de registo;

III – Organização da *publicité foncière*.

Na primeira secção, após uma sucinta nota introdutória, faremos uma breve resenha histórica da evolução ocorrida em França em matéria de *publicité foncière*. De seguida, indicaremos as actuais características do sistema registal francês. Por fim, apresentaremos as duas figuras da usucapião, consagradas no ordenamento jurídico francês, que desempenham uma função distinta e até contrária àquela que é própria do sistema registal.

Na segunda secção, analisaremos o âmbito da *publicité foncière*, distinguindo o grupo de direitos, actos e decisões sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade do grupo dos actos, acções e decisões judiciais cuja ausência de registo não conduz a inoponibilidade.

A propósito dos direitos, actos e decisões pertencentes ao primeiro grupo indicaremos o conflito pressuposto pela inoponibilidade ou as condições que devem estar reunidas para se ser considerado terceiro, bem como, os regimes particulares da inoponibilidade e as hipóteses em que esta é limitada ou excluída.

Dentro do grupo formado pelos actos, acções e decisões judiciais cuja omissão do registo não conduz à inoponibilidade, distinguiremos aqueles que estão sujeitos a registo obrigatório – indicando as eventuais consequências decorrentes da ausência do correspondente registo – daqueles que podem ser registados a título de mera informação, sendo o respectivo registo, meramente, facultativo.

Na terceira e última secção, indicaremos as condições que têm de estar verificadas para que ocorra o registo. De seguida, faremos referência às estruturas da *publicité foncière*: os suportes (o ficheiro imobiliário; o registo de depósitos; o registo de formalidades) e a entidade competente para realizar o registo – o conservador (seu estatuto, função e poderes). Apresentaremos, também, os pressupostos e o modo de realização dos registos das formalidades (o registo de inscrições, o registo de publicações/transcrições e o registo de penhoras). Depois, analisaremos a hipótese de recusa (devida e indevida) do registo de depósito ou do registo de formalidades. Terminaremos fazendo referência às medidas que visam assegurar a eficácia da *publicité foncière*.

Secção I

Evolução histórica, características da *publicité foncière* e seu confronto com o instituto da usucapião

2. NOTA INTRODUTÓRIA

Nos sistemas jurídicos nos quais a constituição ou transmissão dos direitos reais não ocorre com base no mero acordo de vontades das partes, dependendo da verificação de um modo (acto de execução do acordo de vontades previamente firmado), a situação jurídica dos bens é susceptível de ser facilmente conhecida por parte dos terceiros. Acontece que o direito francês, desde 1804, consagra um sistema de título e, portanto, a transferência da propriedade e a constituição de outros direitos reais realiza-se por mero efeito do consentimento das partes (cfr. arts. 1.138 e 1.583, ambos do Código Civil); por isso, a transferência da propriedade é, em princípio, ignorada pelos terceiros – sobretudo quando a coisa fica (por exemplo, até ao pagamento do preço) nas mãos do vendedor que a pode ceder a um segundo adquirente, ao qual será posteriormente, oposta a primeira aquisição; o mesmo ocorrendo em relação à constituição de um direito real menor (por exemplo: uma servidão non aedificandi) que é, em regra, ignorada pelo subadquirente do direito de propriedade.

Tentando obviar a estes inconvenientes:

a) No domínio dos bens móveis, a posse é assumida como instrumento de publicidade e de entre dois adquirentes sucessivos do mesmo móvel é preferido, não o primeiro, mas aquele que tiver obtido a posse da coisa, mesmo que o seu título tenha data posterior, desde que prove que adquiriu a posse de boa-fé (cfr. arts. 2.279, 1, 1.141, ambos do Código Civil) – princípio da posse vale título.

b) Em matéria imobiliária, ao invés, a posse não confere o direito, consequentemente, é necessário que os terceiros sejam informados sobre a situação dos imóveis através de outro meio de publicidade. Tal é conseguido (ou tentado) através do registo, na medida em que a transmissão e a constituição de direitos reais, enquanto não inscritas são inoponíveis a terceiros.²

O registo não é condição de existência ou de validade do acto; ele não é pressuposto para que ocorra a constituição ou transmissão do direito cujo facto aquisitivo é publicado; ele não cobre os vícios do acto publicado; mas é condição de oponibilidade do acto em face de terceiros (para efeitos de registo), protegendo, assim, o titular inscrito perante terceiros que não hajam registado direitos conflituantes adquiridos anteriormente e cumprindo, nessa medida, o seu papel enquanto instrumento de informação e protecção que assegura a prevenção de conflitos.

2. O afirmado vale também quando em causa estejam bens móveis sujeitos a registo.

Não obstante, cabe desde já referir que existem hipóteses em que o registo não é condição de oponibilidade em face de terceiros (por exemplo, há actos e decisões judiciais que não podem deixar de ser oponíveis em face de terceiros mesmo que não sejam registados). Mas, como em tais hipóteses se continua a considerar essencial que os terceiros tenham a possibilidade de conhecer a situação jurídico-real dos imóveis, atribui-se ao registo um outro efeito e à sua omissão uma outra consequência.

3. BREVE RESENHA HISTÓRICA

A *publicité foncière*³ foi introduzida no ordenamento jurídico francês por etapas, e as sequelas desta formação sucessiva não desapareceram completa-

-
3. Sobre o sistema registal francês *vide*, entre outros: SAVATIER, René. *Cours de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1947. vol. 1 e Usage et avenir de la publicité foncière. *Recueil Dalloz*, 1959, *Chroniq.*, p. 221 e ss.; HIL, De la nouvelle *publicité foncière*. *Journal des Notaires et des Avocats*, 1955. p. 737 e ss.; Becqué. La Réforme de la *publicité foncière*. *Juris Classeur Périodique*. n. 1226. 1955; Nerson. La réforme de la *publicité foncière*. *Recueil Dalloz*, 1955, *Chroniq.* p. 151 e ss.; Becqué, Les modalités d'application de la réforme de la *publicité foncière* et les récentes innovations en droit hypothécaire. *Juris Classeur Périodique*, 1956, n. 1287; Page, *Réforme de la publicité foncière*. Paris, 1956; Guyenot, La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières, *Juris Classeur Périodique*, n. 1435. 1958; Becqué, Les modifications apportées à la nouvelle législation de la *publicité foncière*. *Juris Classeur Périodique*, n. 1497, 1959; Esmein, La réforme de la *publicité foncière*. *Recueil Gazette du Palais*, 1955, 1, Doctrine, 30; Chenu, De la "transcription à la *publicité foncière*", Th Bordeaux, 1960; Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*. t. III. *Sûretés, publicité foncière, principaux contrats*. Paris, 1960; M. Dagot, *La publicité foncière*, Thémis, 1981; LAFOND/STEMMER, *Dictionnaire de la publicité foncière*. vol. 4, Litec, 1983; Gabriel Marty/Pierre Raynaud. *Les Biens*, Paris: Sirey, 1980; Gabriel Marty/Pierre Raynaud/Philippe Jestaz, *Les Sûretés – La Publicité Foncière*. 2. ed. Paris: Sirey, 1987; H. Lemaire. Formalité foncière (publicité ou inscription): Études des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE, quant à leurs effets. *JCP* n. 1991, I, 447; R. Tendler. La *publicité foncière* française face à l'harmonisation européenne. *JCP G*, 1991, I, 3544; Simler/Delebecque. *Les sûretés, la publicité foncière*. 2. ed. Précis, Dalloz, 1995; Salvage-Gerest. *Les sûretés, la publicité foncière*. Pug, 1996; Jacques Mestre/Emmanuel Putman/Marc Billiau. *Traité de Droit Civil – Droit spécial des sûretés Réelles*, sob a direcção de Jacques Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1996; Théry, *Sûretés et publicité foncière*. RUF, coll. *Droit fondamental*. 2. ed. 1998; Henri Mazeaud/Jean Mazeaud/François Chabas. *Leçons de Droit Civil – Sûretés – Publicité Foncière*. 7. ed., por Yves Picod, Paris: Montchrestien, 1999; Pascal Ancel, *Droit des sûretés*. 2. ed., Paris, Litec, 2000; Marie-Nôele Jobard-Bachellier, *Droit civil – Sûretés, publicité foncière*. 13. ed., Paris: Dalloz, 2000; STÉPHANE PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*. Paris: L.G.D.J., 2000; *Les sûretés*. Paris: Armand Colin, 2002; Dominique

mente com a reforma operada pelos Decretos de 04.01.1955 e de 14.10.1955. Tendo em conta esta realidade, cumpre apresentar, embora brevemente, a evolução histórica ocorrida em França em matéria de *publicité foncière*.

3.1 O direito antigo

No direito antigo, em princípio, não eram publicadas as mutações jurídicas de direitos reais de gozo tendo por objecto imóveis nem, sequer, as constituições de hipotecas.

Salvo:

a) No norte de França onde estava consagrada a “*nantissement*”: aí a transmissão da propriedade, que devia ser constatada por um oficial de justiça, tinha de ser publicada num registo público a cargo do tribunal e tal inscrição purgava o imóvel de todos os direitos reais não inscritos anteriormente.

b) Na Bretanha, onde vigorava o sistema da “*appropriation par bannies*”, anúncios públicos de transmissões de imóveis através de três proclamações feitas, em três domingos seguidos, pela “*grand-messe*”, permitiam que os titulares de direitos reais anteriores viessem deduzir oposição, num curto espaço de tempo, perante o tribunal; na ausência de tal oposição, os direitos incompatíveis anunciados prevaleciam (refira-se que, depois do Édito de Nantes de 1626, a publicação passou a ser feita num “registo” denominado “*insinuation*”).

c) A inscrição das doações *inter vivos*, em virtude da *Ordonnance de Villers-Cotterets* de 1539 prescrever que o donatário não podia opor o seu direito em face de terceiros se não fosse inscrita a doação no arquivo público do tribunal.⁴

3.2 O direito intermédio

O período intermédio foi marcado por duas leis: a *Loi du 9 messidor an III* (de 27.06.1795), e a *loi du 11 brumaire an VII* (de 01.11.1798).

A primeira, denominada Código Hipotecário, teve exclusivamente por objecto o regime hipotecário; através dela pretendeu-se instituir uma publicidade

Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002; Michel Cabrillac/Christian Mouly, *Droit des sûretés*. 6. ed. Paris: Litec, 2002; Laurent Aynès/Pierre Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*. Paris: Defrénois, 2003.

4. Curiosamente, desta forma, não se pretendia proteger os terceiros, mas sim frear as doações, ao submeter os doadores a uma publicidade que os poderia sujeitar a um julgamento desfavorável, uma vez que eles apareciam como estando ansiosos por espolar a sua família.

sistemática de todas as hipotecas. A sua principal originalidade residiu no facto de ter instituído uma técnica de mobilização do crédito hipotecário, mediante a criação de títulos hipotecários, não acessórios em face de um crédito determinado, transmissíveis por simples endosso (*cédules hypothécaires*); este dispositivo foi abolido no ano VII, pela *Loi du 11 brumaire*, por ser considerado demasiado perigoso.

A segunda lei (*Loi du 11 brumaire an VII*) é, em geral, considerada como aquela que verdadeiramente deu origem ao sistema francês da *publicité foncière*. Foi ela, com efeito, que criou as estruturas de base do sistema registal que perduraram.

Esta lei previu a par da publicidade das hipotecas a publicidade da constituição ou transmissão *inter vivos* de outros direitos reais sobre bens imóveis, mas apenas nos casos em que em causa estivessem direitos reais susceptíveis de serem objecto de hipoteca, sem distinguir entre actos onerosos e gratuitos.

Com a Lei de 11 *brumaire* foi criada, em cada distrito, uma conservatória de hipotecas, onde deviam ser efectuados dois registos diferentes: o registo de inscrições, para as hipotecas e privilégios, cuja publicidade já estava organizada pela Lei do ano III; o registo de transcrições, no qual deviam ser literalmente transcritos – esta foi a grande inovação – os actos *inter vivos* constitutivos ou translativos, gratuitos ou onerosos, de direitos reais susceptíveis de hipoteca – ou seja, os actos susceptíveis de interessarem aos credores hipotecários.

Por último, esta lei prescreveu como efeito decorrente da falta de publicidade a inoponibilidade a terceiros e consagrou o princípio da prioridade registal.

3.3 O Code Civil de 1804

O Código de Napoleão deu um passo atrás não dando continuidade aos princípios da Lei de *brumaire*. De facto, este código conservou o sistema de publicidade para as hipotecas voluntárias mas admitiu, também, as hipotecas legais gerais e os privilégios não submetidos à inscrição. Quanto à transcrição da constituição e transmissão *inter vivos* de direitos reais sobre bens imóveis, o Código em apreço só manteve o sistema da publicidade para as doações “de bens susceptíveis de hipoteca” (art. 939).⁵ Ou seja, abandonou-o para a constituição e para a transmissão a título oneroso de direitos reais sobre imóveis.

5. A lei *brumaire an VII* deixou subsistir as antigas disposições sobre a *insinuation* destes actos mas impôs, também, a sua transcrição. O Código Civil realizou a fusão destas duas formalidades.

Acresce que a publicidade assegurava apenas a prioridade em face de hipotecas voluntárias, sem garantir o credor perante hipotecas ocultas (por exemplo, a favor de mulher casada ou de filhos menores, art. 2.134), ou perante a possibilidade do proprietário ter alienado onerosamente a coisa hipotecada. Existindo, consequentemente, uma enorme insegurança: o adquirente (ou o credor hipotecário) nunca estava seguro que aquele com quem contratará não havia previamente vendido a outrem ou que o imóvel não tinha já sido onerado com uma hipoteca legal. Refira-se que, por força de uma decisão do Conselho de Estado de 29.08.1805, a venda, mesmo que posterior, impedia a transcrição da hipoteca. Este estado de coisas foi, relativamente, alterado pelo Código de Procedimento que veio permitir, no seu art. 834, aos credores hipotecários, que não tivessem inscrito o seu direito antes da alienação do imóvel, virem ainda fazê-lo antes que o comprador transcrevesse o seu contrato de compra e durante os 15 dias seguintes a essa transcrição.

O sistema do Código de Napoleão e do Código de Procedimento era, notoriamente, insuficiente e as queixas doutrinárias eram unânimes. Não existia segurança quanto à propriedade do devedor, podiam existir direitos ocultos sobre os bens comprados e, em consequência, não existia segurança para os credores que beneficiassem de hipotecas voluntárias.

3.4 A Lei de 23.03.1855

O desenvolvimento do crédito territorial em França levou a que fosse restabelecida a publicidade da constituição e transmissão de direitos reais susceptíveis de hipoteca, quando adquiridos a título oneroso, e que se ampliasse o domínio da publicidade.

Na origem da lei esteve a criação, em 1852, da Sociedade do *Crédit foncier* destinada a conceder aos proprietários dos imóveis, através de empréstimos, as somas necessárias para edificar ou cultivar. De facto, foi esta realidade que gerou a necessidade de ampliar o âmbito da publicidade para além das hipotecas.

Mais pormenorizadamente, através desta lei ficaram sujeitos à transcrição:

- os actos *inter vivos*, a título oneroso ou gratuito, constitutivos ou translativos de direitos reais – mesmo que não susceptíveis de hipoteca – (excepção feita aos privilégios e às hipotecas que continuaram sujeitos ao regime da inscrição) e os actos que envolvessem a renúncia a tais direitos.

- as decisões judiciais translativas de direitos reais sobre imóveis.

- certos actos relativos a direitos pessoais de gozo: o arrendamento de duração superior a 18 anos; as cessões e quitações de rendas por mais de três anos;

Estes actos e decisões eram registados mediante cópia (transcrição) na conservatória das hipotecas da situação dos bens, havendo a possibilidade de qualquer pessoa obter uma certidão das transcrições existentes.

Esta lei conservou o princípio segundo o qual a constituição e a transmissão de direitos reais ocorria com base no mero acordo das partes e, consequentemente, o efeito decorrente da falta de publicidade traduzia-se na inoponibilidade a terceiros que tivessem adquirido direitos conflituantes sobre o mesmo imóvel e os tivessem conservado conformando-se à lei, ou seja, os tivessem registado; por isso, no caso de dupla alienação, prevalecia aquele que primeiro tivesse registado.

Por outro lado, o grau hipotecário determinava-se pela data da inscrição e não pela data da constituição da hipoteca.

Foi, sem dúvida, uma importante melhoria no sistema da publicidade, mas ainda insuficiente. Uma vez que:

- a transcrição tinha apenas carácter facultativo;
- o sistema não garantia nem a identidade nem a consistência material do prédio;
- o sistema não assegurava a propriedade do vendedor ou onerante; de facto, como o registo não expurgava o acto de vícios, o adquirente do imóvel corria o risco de não ser considerado titular do direito – não obstante a transcrição – caso o alienante não fosse o proprietário, só lhe restando, eventualmente, a possibilidade de reconstituir toda a cadeia de antepossuidores para, assim, invocar a usucapião;
- muitos actos jurídicos translativos permaneciam à margem do registo: todos os actos *mortis causa*; os actos e julgamentos declarativos ou confirmativos; as hipotecas legais e os privilégios imobiliários gerais;
- os actos eram publicados por referência aos nomes das partes e não ao imóvel; tal dificultava, e muito, a investigação do trato sucessivo e, consequentemente, o acesso à informação fornecida pelo registo, reduzindo a segurança do adquirente, uma vez que este, caso não conseguisse determinar todos os sucessivos titulares do imóvel, podia não tomar conhecimento de actos e de direitos previamente registados que produziam efeitos contra si.

3.5 O Decreto-lei de 30.10.1935 e o Decreto-lei de 17.06.1938

O Decreto-lei de 30.10.1935, completando a Lei de 1855, submeteu à transcrição os actos e julgamentos declarativos e as transmissões *mortis causa*, sem, no entanto, fixar consequências para a ausência do respectivo registo.

Um novo alargamento do âmbito da *publicité foncière* ocorreu com o Decreto-lei de 17.06.1938 que sujeitou ao registo o despacho judicial que ordenasse a penhora de um imóvel; desta forma, os credores comuns obtiveram a possibilidade de, com a penhora, beneficiarem dos efeitos da *publicité foncière*, uma vez que a transcrição do despacho judicial tornava indisponível o imóvel e inoponível ao credor exequente qualquer novo registo, mesmo que este dissesse respeito a direitos nascidos anteriormente.

Posteriormente, o Decreto de 07.01.1959 ampliou a eficácia do registo do despacho judicial que ordenasse a penhora ao fazer remontar ao dia do depósito os efeitos do registo.

3.6 O Decreto de 04.01.1955 e a Lei de 06.04.1998

A reforma mais significativa surgiu com o Decreto-lei de 04.01.1955 (posteriormente ampliado pelo Decreto de 14.10.1955). Esta reforma manteve os princípios de base e as estruturas existentes: a ausência de controlo da validade dos actos registados, a dualidade de regimes do registo, o papel do conservador das hipotecas etc. O seu objectivo essencial foi o de colmatar as lacunas da publicidade quanto ao leque de direitos publicados, para que a instituição se tornasse numa fonte completa de informação, fiável e de fácil acesso.

As inovações mais relevantes introduzidas pelo Decreto-lei de 04.01.1955 – ainda hoje substancialmente em vigor – foram as que de seguida se enunciam:

- substituiu as hipotecas gerais tácitas e ocultas⁶ por hipotecas legais de constituição expressa (cujo grau se determinava pela data da inscrição);
- completou a lista de actos submetidos à publicidade;
- adoptou medidas visando assegurar a exactidão da publicidade: redacção em forma notarial dos actos submetidos à publicidade; precisões destinadas a identificar as pessoas e os imóveis;
- estabeleceu um detalhado ficheiro imobiliário;
- impôs a coordenação do registo e do cadastro;
- adoptou o princípio do efeito relativo da inscrição, em virtude do qual nenhum registo pode ser efectuado se o título do disponente não tiver sido anteriormente registado;
- fixou outras consequências para a falta de publicidade para além da inoponibilidade.

6. Só manteve as que asseguravam a satisfação de créditos relacionados com salários, despesas de justiça e tributos.

Mais recentemente, a Lei de 06.04.1998 introduziu as seguintes alterações ao regime da *publicité foncière*:

- um documento escrito informaticamente passou a poder ser registado (art. 2.201, al. 2 do Código Civil);
- as condições de inscrição dos privilégios e das hipotecas foram reduzidas (art. 2148 do Código Civil);
- foi organizado um recurso contra as decisões de recusa em efectuar o depósito (art. 26 do Decreto de 04.01.1955).

Apesar da reforma de 1955 e de 1998, nem todas as garantias imobiliárias estão submetidas à publicidade: tal é o caso, nomeadamente, dos privilégios imobiliários gerais.

Por outro lado, certos acontecimentos particularmente importantes para as garantias imobiliárias continuam a não ser mencionados na conservatória das hipotecas.

Acresce que os critérios de identificação dos prédios continuam a ser relativamente inseguros, especialmente quanto à propriedade rústica.

No entanto, devido à reforma de 1955 e às disposições complementares posteriores, o sistema deixou de padecer de vícios e defeitos que o faziam alvo de múltiplas críticas, tornando-se digno de uma consideração bem mais favorável.

4. CARACTERÍSTICAS DA *PUBLICITÉ FONCIÈRE* ACTUAL

1) O registo é efectuado em repartições públicas – dependentes do Ministério das Finanças – com competência territorial delimitada (*Bureau des hypothèques*).

2) O conservador, dotado de um estatuto particular, é um agente da administração fiscal.

3) Não se toma o prédio como unidade registal; o registo não é feito por prédios mas por pessoas que são o fulcro da actividade do conservador.

Não obstante, desde o Decreto de 04.01.1955, o sistema francês mistura uma publicidade pessoal com uma publicidade real, uma vez que, apesar das inscrições e das transcrições se fazerem a partir das pessoas (do nome das pessoas), uma busca pode ser feita a partir do ficheiro imobiliário relacionado com o cadastro.

4) Não estão sujeitos a registo todos os actos referentes a direitos reais, mas apenas aqueles casuisticamente assinalados pela lei.

5) O registo das hipotecas e dos privilégios faz-se por “inscrição”; o registo de actos e julgamentos é feito por “publicação/transcrição”;

6) A inscrição das hipotecas e dos privilégios imobiliários não é condição de eficácia *inter partes* e é facultativa, portanto, quem não a solicite não se sujeita a outra consequência para além da inoponibilidade do seu direito em face de terceiros. No entanto, a verdade é que a referida inoponibilidade torna as garantias em apreço inúteis para os beneficiários.

O registo de actos e decisões judiciais é, regra geral, obrigatório, devendo ser requerido dentro de determinado prazo; no entanto, o conservador não pode recusar o registo após o decurso desse prazo e, portanto, o seu cumprimento não é condição legal para o registo.

7) A falta de realização do registo gera consequências diversas consoante os casos: inoponibilidade; impossibilidade de registar um acto posterior, responsabilidade civil, inadmissibilidade do pedido em certas acções judiciais etc.⁷

8) O funcionário encarregue do registo não faz a prévia qualificação do acto, limitando-se a examinar os requisitos que lhe são extrínsecos e fá-lo somente de acordo com as regras da *publicité foncière*. Não vigora, assim, neste sistema, o princípio da legalidade.

9) O registo não gera qualquer presunção “*iuris tantum*” de exactidão do seu conteúdo: o que é conforme com a modalidade da sua execução, a qual, envolvendo apenas um controlo formal dos títulos não pode, mesmo por via da presunção, atestar a existência do direito na esfera jurídica do titular aparente. Consequentemente, o registo apresenta uma fraca força probatória impedindo que o sistema consagre o princípio de legitimação.

10) A publicidade serve, apenas, para informar terceiros sobre actos já ocorridos e para solucionar conflitos entre titulares de direitos reais concorrentes

7. Até 1935 a única consequência decorrente da falta de registo era a inoponibilidade do acto não registado; desta forma, na realidade, o registo era facultativo: o adquirente era livre, por sua conta e risco, de não proceder ao registo. Ninguém o podia censurar pelo facto de não ter registado. Entretanto, com o Decreto-lei de 30.10.1935, como referimos, o legislador ampliou o âmbito da *publicité foncière* abrangendo actos e decisões cuja oponibilidade em face de terceiros não podia, sequer, ser questionada caso o registo não fosse efectuado (v.g. as aquisições *mortis causa* e os actos declarativos); não tendo, no entanto, fixado qualquer consequência para a ausência de registo, continuando, por isso, tais actos sem serem registados.

O Decreto de 04.01.1955 veio aumentar o leque de actos sujeitos à *publicité foncière* e reparar a falha do Decreto-lei de 1935, prevendo outras consequências, para além da inoponibilidade, caso o registo não fosse requerido, quando em causa estivessem actos oponíveis não obstante a ausência de publicação. E tais sanções passaram a aplicar-se, também, às hipóteses em que a falta de registo conduzissem à inoponibilidade. Desta forma, o adquirente deixou de ser o julgador da oportunidade de publicação.

sobre o mesmo imóvel; por isso, a consequência para a falta de publicidade é, em regra, a inoponibilidade.

11) É um sistema de informação sobre os actos que não é aquisitivo ou criador de direitos; a publicidade protege o titular inscrito perante actos não inscritos, mas, a publicidade não expurga os eventuais vícios de actos inscritos, consequentemente, o registo não garante o adquirente contra o risco de vir a sucumbir em face do *verus dominus*.

Na verdade, o sistema de publicidade não está concebido para funcionar contra o tradicional princípio expresso na máxima *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, que por sua vez está intimamente relacionado com o princípio da consensualidade que rege a transmissão e a constituição dos direitos reais. De facto, considerando-se o efeito real como causado pelo acto em que se manifesta a vontade de constituir ou transmitir, com exclusão de qualquer outra “formalidade” ulterior, afirma-se, também, o princípio da causalidade – não o princípio da abstracção da justa causa de atribuição. Assim, por um lado, a constituição ou transmissão de qualquer direito real depende da validade da causa jurídica que precede essas mesmas consequências. E, por outro, o registo não é, em regra, condição necessária nem suficiente para que as mesmas ocorram.

Portanto, o interesse da indiscutibilidade é sacrificado ao interesse da regularidade, ficando a existência do direito em questão enquanto estiver em questão o próprio acto que o titula,⁸ não vigorando, consequentemente, o princípio da fé pública registal.

12) Está consagrado, obviamente, o princípio da prioridade;

13) Vigora o princípio denominado de “efeito relativo da publicidade”, nos termos do qual, nenhum acto ou julgamento pode ser publicado no ficheiro imobiliário “se o título do disponente ou anterior titular não tiver sido previamente registado” (art. 3.º, 1, do Decreto de 14.01.1955). E todo o documento depositado, quer com o intuito de inscrever uma hipoteca quer com o intuito de publicar outro acto ou julgamento, deve conter uma referência (data, volume e número) ao registo de que foi objecto o título do disponente ou anterior titular do direito (art. 33 do Decreto de 14.10.1955). Desta forma, assegura-se uma publicidade contínua, ou seja o conhecimento de toda a cadeia de transmissões que afectaram o imóvel e a cadeia dos sucessivos titulares de direitos.

14) Como a publicidade imobiliária não oferece plena segurança aos adquirentes, tal segurança apenas é obtida, em definitivo, através do instituto da prescrição aquisitiva ou da usucapião.

8. Cfr. Orlando de Carvalho, *Direitos da coisas*. Coimbra: Centelha, 1977. p. 268 e ss.

5. USUCAPÃO E *PUBLICITÉ FONCIÈRE*

No ordenamento jurídico francês, estão consagradas duas figuras de usucapião que se distinguem pela duração e requisitos inerentes à posse: a “*prescription abrégée*” ou “de favor” e a “*prescription trentenaire*”, “*de droit commun*” ou “*de principe*”.

Ambos os tipos de usucapião supõem que a posse tenha sido exercida sobre um bem determinado,⁹ de forma contínua, pacífica, pública, inequívoca e a título de propriedade (ou de outro direito real) – cfr. art. 2.261 do Código Civil.

A “*prescription trentenaire*” diz respeito à hipótese de posse (de duração mais prolongada) obtida sem título ou sem boa-fé.¹⁰

A “*prescription abrégée*” (que supõe uma posse de dez anos) diz respeito à hipótese na qual alguém adquiriu a posse de um imóvel de boa-fé e com base num acto negocial – que pode denominar-se por justo título (*iustus titulus*, *juste titre*) – em abstracto idóneo a transferir a propriedade ou a constituir um

9. No ordenamento jurídico francês, a universalidade é considerada excluída do campo de aplicação da prescrição aquisitiva porque é havida, enquanto tal, como insusceptível de posse. De facto, como afirma: WEILL, *Droit civil, les biens*. Paris, 1974. p. 323: “La possession s’entend de l’exercice d’un pouvoir de fait sur une chose déterminée. Elle ne peut pas porter sur une universalité”.

10. Antes da entrada em vigor da Lei 2008-561, de 17.06.2008, que introduziu múltiplas alterações ao Código Civil Francês, a “*prescription trentenaire*” encontrava-se prevista no art. 2.262 do CC.

De acordo com o anterior art. 2.262 do Code Civil: “Toute les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d’en rapporter un titre ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi”.

Em face da letra da lei, não se podia deixar de referir que a prescrição ordinária, ou de trinta anos, era apenas prevista na forma de prescrição extintiva de acções. De facto, a norma transcrita não contemplava de forma expressa a prescrição aquisitiva de longo período mas, apenas, a possibilidade de o possuidor contestar, através de excepção, uma eventual acção de reivindicação tardiamente intentada (*exceptio longe possessionis*). Não obstante, a interpretação unânime do preceito em apreço era no sentido de considerar que a posse mantida, ininterruptamente, durante aquele espaço de tempo, por um lado, extingua a pretensão adversária, valendo, assim, como excepção; e, por outro, fazia com que o possuidor adquirisse o direito real sobre a coisa, valendo, portanto, também em via de acção.

Discutia-se sobre a cronologia de tais eventos: se um era consequência do outro ou vice-versa. Mas, independentemente dessa polémica, era unânime a afirmação do carácter ambivalente da *prescription trentenaire*, uma vez que o efeito extintivo e aquisitivo, em matéria de direitos reais susceptíveis de posse, se acompanhavam.

direito real menor, mas que em concreto é incapaz de produzir tal efeito, desde logo, porque nele interveio quem não era o verdadeiro titular do direito. Neste caso, a posição jurídica daquele que pretendeu adquirir pode ser salva através da usucapião abreviada que, assim, surge como um meio de sanar, retroactivamente, o defeito do acto tendente à constituição ou transmissão do direito real (cfr. arts. 2.272 e 2.273 do CC).

Em resumo, a prescrição de 30 anos aplica-se à generalidade dos casos e, assim, constitui a regra nesta matéria – por isso, é denominada como *prescription de droit commun* ou *prescription de principe*.

A prescrição de prazo mais reduzido (*abrégee*) ou “de favor” representa, ao invés, uma excepção à regra.¹¹

De acordo com o art. 2.272 do Código Civil francês, o possuidor de um imóvel, de boa-fé e com justo título,¹² adquire a propriedade (*en prescript la propriété*) decorrido o termo de dez.¹³⁻¹⁴

11. Por isso, a doutrina e a jurisprudência consideram que está limitada aos casos previstos na lei e defendem uma interpretação restritiva da norma que a consagra.
12. De acordo com a letra do art. 2.273 do CC francês, só é havido como *juste titre* o título nulo por defeito de forma. Não obstante, o referido preceito tem redacção idêntica ao anterior art. 2.267 e este sempre foi interpretado no sentido de considerar também inidóneo o título que padecesse de vícios substanciais que gerassem a “nulidade absoluta” (*nullité absolue*), ou seja, aquela que pode ser invocada por quem quer que tenha interesse e, em particular, pelo verdadeiro proprietário. Assim, somente se considera justo título aquele que apenas padece de “nulidade relativa” (*nullité relative*), ou seja, de nulidade que só pode ser invocada por aquele em cujo interesse foi estabelecida.
13. A usucapião, para ser eficaz, necessita de ser invocada; mas o possuidor, verificados que estejam os pressupostos para a invocação da usucapião, pode renunciar expressa ou tacitamente à faculdade de invocar a usucapião.
14. Antes da entrada em vigor da Lei 2008-561, de 17.06.2008, o tempo de posse necessário variava 10 ou 20 anos) consoante o domicílio do *verus dominus* fosse ou não no distrito do tribunal de recurso onde se situava o imóvel (cfr. o art. 2.265 do CC; podendo, ainda variar entre esses dois extremos quando existissem períodos de presença e de ausência do *verus dominus* durante o período prescricional. A doutrina referia-se a este propósito, no primeiro caso, à prescrição “entre presentes” e, no segundo, “entre ausentes”.

Como resulta do exposto, o significado de tais expressões distanciava-se daquele mais antigo e tradicional, originalmente conexo à aplicação da *praescriptio longi temporis* do direito romano e conservado pelo direito comum, uma vez que no direito romano as expressões *inter praesentes ed inter absentes* eram usadas para indicar a posição dos sujeitos entre si, consoante habitavam ou não num mesmo lugar.

No que diz respeito ao justo título, um dos problemas que se tem suscitado é o de saber se, para beneficiar da usucapião abreviada, o título negocial, que esteja em abstracto sujeito a registo, tem ou não de estar transcrito. A este propósito, cabe referir que, no ordenamento jurídico francês, a autonomia da usucapião, enquanto instituto nitidamente distinto e separado da *publicité foncière*, é entendida no seu grau máximo, de tal forma que quer a doutrina quer a jurisprudência consideram, em princípio, pacífico que o registo não é necessário para que possa operar a *prescription abrégée*. Argumenta-se que a transcrição apenas é condição de eficácia em face de “terceiros” e que o verdadeiro proprietário do bem, embora estranho ao negócio concluído entre o alienante *non dominus* o adquirente possuidor, não é “terceiro”, mas parte interessada na aquisição do direito mediante o exercício da posse continuada.¹⁵

Controverso é o problema que pode surgir quando um adquirente do verdadeiro proprietário não registre e depois pretenda opor a prescrição a um segundo adquirente, do mesmo proprietário, que haja procedido ao registo. Segundo Baudry-Lacantinerie e Tissier,¹⁶ em tal caso, o direito daquele que não registou deve sucumbir, pois a publicidade tem por fim, precisamente, o de dirimir o conflito entre vários adquirentes, do mesmo *dante causa*, por acto *inter vivos* de direitos idênticos ou incompatíveis, e a prescrição aquisitiva não pode a ela substituir-se. No entanto, a opinião actualmente dominante, quer na doutrina quer na jurisprudência, vai em sentido contrário.¹⁷ O que implica evidentes e importantes consequências sobre a noção de *justo título*; uma vez que admitir que a usucapião seja invocada por aquele que concluiu validamente um negócio com o verdadeiro proprietário (ou titular do direito), mas que não registou, no confronto de um sucessivo adquirente que tenha registado, implica abrir uma excepção ao princípio segundo o qual apenas a posse fundada em título viciado conduz à usucapião.

15. Ao invés, o ordenamento jurídico belga – que também limita a aplicação da prescrição abreviada à hipótese em que existe posse de bens imóveis, de boa-fé, com justo título que dure entre 10 a 20 anos – considera que não existe justo título – nem sequer em face do *verus dominus* – se o título não tiver sido registado. Isto suscita algumas dúvidas, porque a solução que parece destinada a favorecer e a reforçar, na prática, o fim da publicidade (declarativa) – salvaguardar o interesse de terceiros – acaba por gerar uma incoerência do instituto, dada, como é evidente, a dificuldade de considerar o verdadeiro proprietário como terceiro em face de quem possui publicamente o imóvel.

16. Cfr. Baudry-Lacantinerie e Tissier, *De la prescription. Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV. Paris, 1889, p. 676.

17. Por todos, vide: Mazeaud, *Leçons de droit civil*. n. 1.504. H/2 (ao cuidado de Juglart). Paris, 1996, com varias referências jurisprudenciais; Gabriel Marty/Pierre Raynaud/Philippe Jestaz, *Les Sûretés – La Publicité Foncière*, ob. cit., p. 531 e nota 4 da mesma página.

Em resumo, o sistema jurídico francês, por um lado, exclui a relevância do registo como requisito do justo título e, por outro, considera irrelevante o registo, quando feito a favor do segundo adquirente do mesmo *dante causa*, em face daquele que primeiro celebrou o negócio jurídico, não registou, mas efectivamente possuiu o bem durante o tempo necessário para invocar a usucapião. Desta forma, o ordenamento jurídico francês permite que a usucapião desempenhe uma função contrária à visada pelo sistema registal.

Secção II

Domínio da publicité foncière e consequências decorrentes da sua ausência de registo

6. NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE O ÂMBITO DA *PUBLICITÉ FONCIÈRE* E SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE REGISTO

O facto de o direito registal francês se ter formado através de intervenções legislativas sucessivas deu origem a uma diversidade de regimes e de soluções consoante o direito, acto ou decisão judicial, sujeito a registo.

Tentando explicar tal diversidade, cumpre, antes de mais, lembrar que de acordo com a lei existem dois grandes grupos de direitos aos quais o registo dá publicidade: o primeiro diz respeito a todos os privilégios imobiliários especiais e hipotecas, de acordo com as modalidades previstas no código civil, em relação aos quais o registo é, sempre, facultativo e é realizado por inscrição; o segundo, a direitos reais sobre imóveis (para além dos privilégios e hipotecas) e alguns direitos pessoais; de entre este segundo grupo existem factos sujeitos a registo obrigatório e outros que podem ser registados a título de mera informação, sendo o respectivo registo facultativo, mas quer num caso quer noutro o registo é realizado por publicação/“transcrição”.

Por outro lado, enquanto que a ausência de inscrição dos privilégios e hipotecas conduz sempre à sua inoponibilidade em face de terceiros, a falta de publicação/“transcrição” de factos relativos a direitos integrados no segundo grupo pode ou não ter como consequência a sua inoponibilidade.

Posto isto, examinemos, com mais pormenor, o âmbito da *publicité foncière* e as consequências decorrentes da não realização do registo.¹⁸ No intuito

18. Sempre que indicarmos um determinado artigo sem fazermos referência ao diploma a que pertence estaremos a referir-nos ao Decreto de 04.01.1955, com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Dec. 59-89 de 07.01.1959; Dec. 560-963 de 05.09.1960; Ord. 67-839 de 28.09.1967; Loi 72-650 de 11.07.1972; Loi 77-1447 de

de facilitar a exposição distinguiremos dois grupos: o primeiro formado pelos direitos, actos e decisões sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade; o segundo formado pelos actos, acções e decisões judiciais cuja ausência de registo não conduz à inoponibilidade. Dentro de cada um destes grupos indicaremos as hipóteses em que o registo é facultativo ou obrigatório.

6.1 *Direitos, actos e decisões sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade*

6.1.1 *O registo facultativo dos privilégios e hipotecas*

Segundo o art. 2.146, 1.º, do Código Civil, são inscritos no *bureau des hypothèques* da situação dos bens:

1. os privilégios imobiliários especiais – o que exclui, obviamente, os privilégios imobiliários gerais – (cfr. art. 2.107 que remete para o art. 2.104, ambos do Código Civil);

2. as hipotecas legais, judiciais e convencionais (cfr. art. 2.146, 2.ª, do Código Civil);

A referida inscrição, como já se referiu, é facultativa, mas na sua ausência os privilégios e as hipotecas são inoponíveis em face de terceiros. E embora a inoponibilidade seja a única consequência decorrente da falta de registo é aqui mais radical do que em geral, uma vez que, segundo a jurisprudência, opera mesmo a favor de uma pessoa que tenha tido prévio conhecimento, por qualquer meio, da existência da hipoteca não registada.¹⁹

6.1.2 *O registo obrigatório de actos e decisões judiciais que envolvam a constituição, transmissão ou extinção, inter vivos, de (outros) direitos reais sobre imóveis*

São publicados no *bureau des hypothèques* da situação dos imóveis, sob pena de inoponibilidade, os documentos dos quais constem os actos e decisões judiciais que a seguir se referem.

28.12.1977; Loi 98-261 de 06.04.1998; Dec. 98 516 de 23.06.1998; Dec. 98 516, de 23.06.1998; Ordonnance 2006-346, de 23.03.2006; Dec. 2008-1055, de 10.10.2008.

19. Neste sentido, vide a decisão da Cour de Cassation Civ. 3.º, 17 .07.1986, in *RTD civ.*, 1987, p. 368, onde se pode ler: “la circonstance (...) que les tiers (...) aient eu une connaissance personnelle des prêts consentis pas la banque et des sûretés les ayants garantis, ne pouvait suppléer à l’inscription, seul mode légal de publicité”.

a) Os actos *inter vivos* (mesmo que sujeitos a uma condição quer resolutiva quer suspensiva) – de acordo com o art. 28, 1.º, a, do Decreto de 04.01.1955:

– constitutivos de direitos reais sobre imóveis (por exemplo constituição de um usufruto ou de uma servidão convencional);

– que envolvam a transmissão, modificação ou extinção de direitos reais sobre imóveis (por exemplo: venda; dação em pagamento; troca; doações que tenham por objecto direitos não susceptíveis de hipoteca; um acto unilateral que envolva a renúncia);

– que contenham uma doação de bens susceptíveis de serem hipotecados, bem como a aceitação de uma doação deste tipo ou a notificação da aceitação quando ela ocorra através de acto autónomo – cfr. art. 939 do Código Civil;

– que contenham uma substituição fideicomissária admitida por lei – cfr. art. 1.049 do C.C.²⁰

Refira-se que o registo não é requerido em relação à aquisição de um direito que derive directamente da lei, sendo este, portanto, sempre oponível e prevalecendo em face de direitos registados; tal é o caso: das servidões legais; da aquisição derivada restitutiva da propriedade plena em caso de extinção de um direito de usufruto em virtude da morte do usufrutuário; da acessão imobiliária; do direito de retenção; da aquisição mediante a usucapião (*prescription acquisitive*).²¹⁻²²

b) As decisões judiciais translativas ou constitutivas de direitos anteriormente registados (por exemplo, uma decisão judicial proferida numa acção de

20. O registo dos actos que contenham substituições justifica-se, plenamente, tendo em conta que quem recebe o bem, a título de doação ou de legado, fica encarregue de o conservar durante toda a sua vida e de o transmitir à hora da morte a determinada pessoa; o bem permanece, assim, indisponível dentro do património do beneficiário e é natural que tal indisponibilidade não possa ser oposta aos eventuais subadquirentes do onerado se o registo não ocorrer.

21. O titular de um direito não inscrito pode, assim, ver o seu direito prevalecer em face daquele que registou um direito concorrente. Por exemplo, se preencher os requisitos legais da prescrição aquisitiva.

22. O registo em França assegura a publicidade dos actos, o que supõe a existência de escritos revelando as operações que suportam os direitos. Ora, nestes casos, a aquisição do direito não pode ser constatada através de um escrito, não havendo, por isso, qualquer possibilidade de a publicitar, excepção feita à usucapião, uma vez que a prática criou uma forma de reconhecimento notarial da usucapião, denominada “*notoriété acquisitive*”, cujo registo é possível, mas não obrigatório.

execução específica de um contrato-promessa), de acordo com o art. 28, 1.º, *a*, do Decreto de 04.01.1955.

c) Os títulos de ocupação do domínio público do estado, bem como a cessão, transmissão ou perda desses títulos, de acordo com o art. 28, 1.º, do Decreto 595 de 06.05.1995.

d) Os legados a título particular – por excepção ao princípio aplicável às transmissões *mortis causa*, os legados a título particular de um bem imóvel ou de um direito sujeito à publicidade devem ser publicados sob pena de inoponibilidade. Assim, caso surja um conflito entre um legatário a título particular e um credor hipotecário do *de cuius*, ou outro subadquirente anterior que não tenha inscrito o seu direito, o legatário, se a certidão notarial que constatou o seu legado tiver sido registada, verá o seu direito prevalecer.²³

6.1.3 O registo obrigatório de actos constitutivos de certos direitos pessoais

a) O arrendamento de duração superior a doze anos, conforme prescreve o art. 28, 1.º, *b*, do Decreto de 04.01.1955.

b) A quitação ou cessão de rendas correspondentes a um período não inferior a três anos, mesmo que digam respeito a arrendamentos de duração inferior a 12 anos, de acordo com o art. 28, 1.º, *b*, do Decreto de 04.01.1955.

c) Os contratos de concessão imobiliária (quando a duração é de pelo menos 20 anos), por força do art. 48 da Lei de 03.12.1967;

d) Os contratos de locação financeira imobiliária, por imposição dos arts. 10 e 11, do Decreto de 04.07.1972.

23. A legislação francesa que distingue entre *legs universel* e *legs particuliers* (o primeiro é aquele que tem por objecto a universalidade de bens do testador enquanto o segundo tem por objecto um bem certo e determinado), quanto ao *legs particuliers*, no art. 30, 4.º, 2 e 3, do Dec.-lei 55-22 de 04.01.1955, determina:

“(…) le légataire particulier de droit immobiliers peut, sous réserve de l'application des arts. 1.035 et suivants du Code civil, se prévaloir de la publication de l'attestation notariée à l'égard des ayants cause du défunt qui n'ont pas publié antérieurement les actes ou décisions judiciaires établissant, à leur profit, des droits concurrents”.

Assim, em face do legatário particular que regista, é ineficaz a anterior aquisição não registada da coisa objecto do legado. O legatário não subingressa na posição do *cuius*, não assumindo, portanto, as obrigações deste; ele encontra-se numa situação idêntica à de um donatário e apresenta-se tal como este perante terceiros. Cfr. Yves Picod, *Leçons de Droit Civil – Sûretés Publicité foncière*. 7. ed. Montchrestien, 1999. p. 610; Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, *Droit Civil – Sûretés, publicité foncière*. 13. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 178-179.

Não obstante os direitos nascidos destes contratos serem direitos pessoais, a sua publicidade é prevista em virtude da oneração e desvalorização que envolvem para o direito de propriedade.

6.1.4 *O registo obrigatório das cláusulas de inalienabilidade, das restrições ao poder de disposição, das cláusulas susceptíveis de gerar a resolução ou a revogação de actos sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade e das decisões judiciais que constatem a existência de tais cláusulas ou restrições*

6.1.4.1 Inalienabilidade e restrições ao poder de disposição

– Os actos (distintos e autónomos das convenções translativas ou constitutivas de direitos) que estipulem cláusulas de inalienabilidade temporária²⁴ e qualquer outra restrição ao poder de disposição (por exemplo, o *pacte de réméré* – cláusula através da qual o vendedor se reserva a faculdade de reaver a coisa reembolsando o preço e as despesas feitas (art. 1.639 e ss.) – cfr. o art. 28, 2.º, do Decreto de 04.01.1955.

– A inalienabilidade imposta por decisão judicial, nos termos do art. 70 da Lei de 25.01.1985, no âmbito de um processo de recuperação de empresa.

– As restrições ao direito de dispor, que assim são reputadas pelo art. 48 da Lei de 16.07.1971 e pelo art. 4.º da Lei de 12.07.1984, respectivamente, para o contrato de promoção imobiliário, e para o contrato de *location-accession*.

6.1.4.2 Cláusulas convencionais susceptíveis de gerar a resolução ou a revogação de actos sujeitos ao registo sob pena de inoponibilidade

– Os actos (distintos e autónomos das convenções translativas ou constitutivas de direitos) que contenham cláusulas susceptíveis de gerar a resolução ou a revogação de actos submetidos à publicidade em virtude do art. 28, 1.º (por exemplo, a cláusula de *retour conventionnel*, pela qual um doador estipula que em caso de pré-decesso do donatário readquirirá a propriedade) – cfr. art. 28, 2.º, do Decreto de 04.01.1955.²⁵

24. A cláusula de inalienabilidade é necessariamente temporária, uma vez que as cláusulas de inalienabilidade perpétuas são nulas.

25. Quando tais cláusulas são inseridas na convenção translativa ou constitutiva são registadas ao mesmo tempo que a referida convenção.

É claro que as causas de resolução ou revogação que derivem directamente da lei, que são supostamente conhecidas, não estão sujeitas a registo.

a) *Decisões judiciais que constatem a existência de cláusulas convencionais de inalienabilidade, restrições ao poder de disposição, cláusulas resolutivas e de revogação.*

De acordo com o art. 28, 2.º, do Decreto de 04.01.1955, estão sujeitas a registo as decisões judiciais constatando a existência das cláusulas supra referidas (por exemplo, as decisões visadas pelo art. 70 da Lei de 25.01.1985).²⁶

6.1.5 Actos diversos expressamente submetidos ao registo obrigatório sob pena de inoponibilidade

a) O despacho que ordene a penhora e os actos do processo com ela relacionados (art. 35, 1.º do Decreto).

Refira-se que, neste caso, a oponibilidade em face de terceiros é limitada no tempo, uma vez que o despacho deixa de produzir efeitos se não for seguido, dentro de um período de três anos, por um julgamento que adjudique o bem ou amplie o prazo.

b) Os actos constitutivos de um bem de família impenhorável (art. 35, 2.º, do Decreto e art. 9.º da Lei de 12.07.1909).

c) Os regulamentos da compropriedade de imóveis e de conjuntos imobiliários (art. 35, 6.º, do Decreto e art. 13 da Lei de 10.07.1965).

Segundo o art. 13 da Lei de 10.07.1965, o regulamento da compropriedade e as modificações que lhe podem ser introduzidas só são oponíveis aos subadquirentes a título particular dos comproprietários a partir do registo. Não obstante, convém recordar que o art. 4.º do Decreto de 17.03.1967 prevê a possibilidade de o regulamento ser oponível não obstante a ausência de registo. De facto, segundo a alínea 3 deste preceito: “le règlement de copropriété, l'état descriptif de division et les actes qui les ont modifiés, même s'ils n'ont pas été publiés au fichier immobilier, s'imposent à l'acquéreur ou au titulaire du droit

26. Mas as decisões judiciais que constatem a resolução, a revogação etc. são oponíveis a terceiros, independentemente de registo, se a referida resolução, revogação etc. se fundar numa cláusula convencional previamente registada.

Por outro lado as decisões que constatem a resolução revogação, rescisão ou anulação do direito são oponíveis a terceiros, independentemente de registo, se a referida resolução, revogação, etc., derivar da lei, uma vez que a inoponibilidade contrariaria a eficácia retroactiva da resolução, revogação etc., constatada pela decisão judicial.

s'il est expressément constaté aux actes visés au présent article qu'il en a eu préalablement connaissance et qu'il a adhéré aux obligations qui en résultent".

6.1.6 O registo facultativo de actos constantes de documentos particulares (art. 37, 2.º, do Decreto)

Por vezes, uma pessoa torna-se titular de um direito real com base num acordo de vontades não constante de um acto autêntico, consequentemente, não obstante pretender assegurar a oponibilidade do seu direito em face de terceiros, através do registo, não o pode fazer, uma vez que a lei apenas admite o registo de actos que assumam a forma autêntica. Nestes casos, na falta de colaboração do co-contratante, o titular do direito real pode, de acordo com o art. 37, 2.º, do Decreto de 04.01.1955, solicitar o registo provisório:

a) da acção judicial tendente à realização na forma autêntica do acto constante do documento particular;

b) do processo-verbal notarial de carência, feito pelo notário, que constate a falta ou a recusa do co-contratante em proceder à referida repetição ou realização do acto na forma autêntica;

c) da declaração de vontade (do beneficiário do acto) no sentido de pretender exigir a realização na forma autêntica do contrato, declaração esta que, por sua vez, há-de constar de acto autêntico.

A estes documentos deve ser anexado, a menos que seja literalmente reproduzido, o acto desprovido de forma autêntica que fundamenta o direito do requerente.

O registo é lavrado como provisório e mantém-se apenas durante três anos, salvo prorrogação judicial (art. 37, 2, última alínea).

A finalidade desta publicidade facultativa consiste em reservar o grau para a futura publicação do acto autêntico ou da decisão judicial que julgue procedente o pedido (sistema dito de prénotação),²⁷ uma vez que a inscrição provisória atribui à inscrição definitiva, feita dentro do prazo legal, eficácia retroactiva em face de terceiros.

27. Sobre a prénotação vide: Nezger, *Rôle comparé de la transcription immobilière française et de la prénotation du droit allemand*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1949, p. 331 e ss.; Paul Roché, *La prénotation ou inscription provisoire est-elle compatible avec le système français de la publicité foncière*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1965. p. 22.

Na falta de inscrição definitiva, dentro do prazo legalmente prescrito, a inscrição provisória caduca.

6.2 Inoponibilidade e sanções complementares

Para os direitos, actos e decisões judiciais até agora enumerados, a consequência mais nefasta que decorre da ausência do registo é a inoponibilidade. São válidos e eficazes *inter partes* mas não podem ser opostos aos terceiros que, sobre o mesmo imóvel, tenham adquirido, do mesmo autor, direitos concorrentes, em virtude de actos ou decisões submetidas à mesma obrigação de registo, e os tenham registado (art. 30, 1.º, do Decreto de 04.01.1955). Refira-se, ainda, que este artigo assimila formalmente o registo tardio à falta de registo, ao prescrever que são igualmente inoponíveis os actos ou decisões judiciais que sejam registados após o registo, feito a favor de um terceiro, de um acto, decisão, privilégio ou hipoteca.

Mas, à ausência de registo dos actos até agora enumerados, podem somar-se outras consequências, a saber:

- não podem ser registados quaisquer actos posteriores constitutivos, translativos ou modificativos que tenham por objecto o mesmo imóvel, em virtude do princípio do efeito relativo;

- aqueles a quem a lei imponha o dever de requerer o registo podem incorrer em responsabilidade civil;²⁸

- o titular do direito fica sujeito ao pagamento de uma multa fiscal sempre que o acto submetido ao registo esteja abrangido pela “formalidade única” (fusão da formalidade da *publicité foncière* com a formalidade cadastral e fiscal, ocorrida através pela Lei de 26.12.1969).²⁹

Estas consequências são meramente acessórias ou complementares, tendo em conta que em causa estão actos e decisões judiciais sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade.

28. Refira-se que desde 1955 e até à entrada em vigor da Lei de 06.04.1998, as mesmas pessoas ficavam sujeitas ao pagamento de uma multa no valor de 50 francos, de acordo com a última alínea do art. 33 do Decreto de 04.01.1955.

29. Por razões de simplificação das formalidades cadastrais e fiscais e da *publicité foncière* a Lei de 26.12.1969 veio impor a formalidade única para os actos obrigatoriamente submetidos ao cadastro e à *publicité foncière* (salvo algumas excepções, como as decisões judiciais e os actos a título gratuito).

Analisaremos estas consequências, com o pormenor que merecem, quando apreciarmos as hipóteses em que a falta de realização do registo não conduz à inoponibilidade.

6.2.1 *A inoponibilidade do acto em face de terceiros*

A inoponibilidade supõe um conflito entre um terceiro titular de um direito registado e aquele que não efectuou o registo.

Por outro lado, a inoponibilidade não decorre automaticamente da lei, nem é de conhecimento oficioso, devendo ser invocada pelo terceiro interessado.

Para se ser considerado terceiro várias condições devem estar reunidas, como a seguir se indica.

a) Ser terceiro perante o acto – o que exclui as partes, os herdeiros e os legatários a título universal, salvo os que tenham repudiado a sucessão. Assim, o acordo de vontades das partes, tendente à transmissão ou constituição de um direito real – mesmo que apenas conste de documento particular (excepção feita ao caso da hipoteca que supõe sempre acto notarial) –, produz efeitos *inter partes*.

b) Não ser responsável pela falta de registo (art. 30, 1, al. 2).

Por exemplo, uma mesma pessoa pode intervir nos actos conflituantes sujeitos à publicidade em duas qualidades distintas: por si própria e na qualidade de representante de outro adquirente do mesmo autor mas, neste caso, o facto de não solicitar o registo a favor do seu representado e solicitar o seu próprio registo, não o faz assumir a qualidade de terceiro.

Também o mandatário encarregue, apenas, de registar o facto aquisitivo a favor do primeiro adquirente que não cumpra o mandato e que, de seguida, adquira do mesmo *dante causa*, requerendo o registo a seu favor, não é havido como terceiro.

c) Ter adquirido, sobre o mesmo imóvel, um direito submetido, também, a registo sob pena de inoponibilidade e tê-lo conservado de acordo com a lei, ou seja, tê-lo registado.

Os terceiros, em face de quem são inoponíveis os actos sujeitos a registo e não registados ou registados tardiamente, são aqueles que são titulares de direitos também sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade e que tenham obtido o correspondente registo com prioridade.

Não são, assim, terceiros, aqueles que adquiram meros direitos de crédito não sujeitos a registo, uma vez que um direito real sujeito a registo mesmo que não registado prevalece, sempre, sobre tais direitos de crédito. Consequente-

mente, os credores comuns não são terceiros, mas tal tem pouca relevância, uma vez que, na prática, lhes basta intentar a acção executiva e obter o registo do despacho que ordene a penhora para adquirirem um direito sobre o imóvel e se tornarem terceiros.

É claro que não são terceiros aqueles que tendo adquirido direitos sujeitos a registo do mesmo autor ou causante também tenham omitido o registo; neste caso as normas da *publicité foncière* não se aplicam, sendo o conflito resolvido com base no princípio substantivo “*prior tempore, potior jure*”.

Por último, como já referimos, não são terceiros, aqueles que adquiram por força da lei (por exemplo mediante a usucapião),³⁰ uma vez que a aquisição de direitos por força da lei não está sujeita a registo e o direito assim adquirido prevalece, sempre, mesmo em face de direitos registados.

d) Existir um conflito entre adquirentes do mesmo autor.

Sempre que o conflito não se trave entre adquirentes de um autor comum é evidente que um dos autores não era, efectivamente, titular do direito que visou transmitir e, portanto, o que há a fazer é determinar qual deles o era; depois, é evidente que o conflito entre os subadquirentes se resolve dando prevalência àquele que adquiriu do verdadeiro titular, quer este tenha solicitado e obtido o registo quer não. O sistema só protege o terceiro em face da falta de direitos do seu alienante numa hipótese: aquela em que o alienante à data da alienação já não era proprietário porque, anteriormente, havia disposto do imóvel; quando, por qualquer outra causa, o direito não tenha sido transmitido, o registo em nada altera a situação jurídica.

e) Não existir conluio fraudulento entre o autor comum e o terceiro – *fraus omnia corrumpit*; ou seja, o fim comum das partes que intervêm no segundo acto aquisitivo não pode ser o de espoliar o primeiro adquirente.³¹

30. Mesmo quando exista um conflito que oponha dois adquirentes do mesmo *dante causa*, as regras da *publicité foncière* perdem relevância se um dos antagonistas invoca a usucapião e não o título de aquisição derivada.

O possuidor não é um terceiro que possa invocar a inoponibilidade de um direito não registado pertencente a outrem mas, inversamente, aquele que não pode invocar o seu título por não o ter registado, ou por o ter feito tardiamente, pode, como vimos, invocar a usucapião.

31. Rouast, *La fraude en matière de mesures de publicité dans le droit français*. Mél. Simonius, 1957, p. 133; Mazeaud, L'adage “*fraus omnia corrumpit*” et son application dans le domaine de la *publicité foncière*, *Defrénois*, 1962, art. 28.265, p. 481; Du Pontavice, *Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963. p. 649.

Refira-se que a exigência de um verdadeiro concerto fraudulento tem vindo a ser abandonada pela jurisprudência que parece bastar-se, actualmente, com o simples conhecimento por parte do segundo adquirente da ocorrência da primeira alienação; o terceiro, segundo adquirente, será então privado do seu direito de invocar as regras da *publicité foncière*; no entanto, segunda a referida jurisprudência, o conhecimento da primeira alienação por parte do terceiro só releva se já existir à data da sua aquisição,³² sendo irrelevante o conhecimento obtido entre a aquisição e a data do registo.

6.2.2 Regimes particulares da inoponibilidade

O benefício de invocar a inoponibilidade é atribuído a alguns sujeitos que não podem ser considerados terceiros em sentido estrito. Como se verá de seguida.

a) O art. 941 do CC, para o qual remete o art. 30, 2.º, do Decreto de 04.01.1955, atribui o direito de se prevalecer da inoponibilidade das doações de bens susceptíveis de hipoteca a todas as pessoas que tenham interesse, excepção feita àquelas que estavam incumbidas de requerer o registo, aos seus

32. Quando o segundo adquirente de boa-fé aliena a alguém de má-fé, este subadquirente deve ser protegido pelas regras da publicidade, uma vez que “l’inopposabilité du droit en quelque sort s’est transmise”; quando, ao invés, o segundo adquirente está de má-fé e aliena a alguém de boa-fé a jurisprudência francesa, durante algum tempo, considerou que a aquisição deste não podia prevalecer face à do primeiro adquirente, em virtude do princípio “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Ou seja, durante algum tempo, a jurisprudência considerou que a fraude do segundo adquirente privava o registo, feito a favor do seu subadquirente de boa-fé, dos respectivos efeitos e que, consequentemente, o acto celebrado por eles devia ser havido como um acto de alienação ou oneração de coisa alheia (Civ. 10.05.1949, S. 1949.1.189; Civ. 1.º, 17.10.1961, *Bull. Civ. I*, n. 467). No entanto, a *Cour de Cassation*, revendo a sua anterior posição, por arresto de 11.06.1992, afirmou que o subadquirente de boa-fé, desde que tenha registado antes do primeiro adquirente, deve ser protegido, não sendo contaminado pela má-fé do seu alienante.

Refira-se que, entre nós, quem entender que a boa-fé é requisito do art. 5.º do C.R.Pred. e que este artigo consagra uma condição legal resolutiva, nesta última hipótese, terá de afirmar que o registo feito a favor do segundo adquirente de má-fé não operou tal resolução e que o seu subadquirente tem de ser considerado como adquirente à *non domino*, não protegido, face ao primeiro adquirente, pelo referido art. 5.º, uma vez que não beneficia de qualquer protecção intercorrente, nem adquiriu do mesmo autor ou causante, mas, que o subadquirente pode, eventualmente, ser protegido pelo art. 291. do CC, se estiverem preenchidos os requisitos legalmente previstos.

subadquirentes e ao doador. Restam, aparentemente, todas as demais pessoas com interesse em invocar a inoponibilidade, mesmo que não beneficiem de um registo anterior, nomeadamente os credores comuns.

O facto de o Código Civil legitimar todas estas pessoas a invocar a inoponibilidade é explicável tendo em conta as razões históricas que motivaram a obrigação de registar estas doações, ou seja o desejo de proteger os membros da família e os credores do doador e não o desejo de proteger os terceiros adquirentes.

Tais razões foram perdendo, ao longo do tempo, a sua antiga importância, por isso, a jurisprudência, que sempre exigiu que os interessados fossem adquirentes do doador, actualmente, por um lado, nega a possibilidade de invocar o benefício concedido pelo art. 941 aos herdeiros do doador, na medida em que subingressam na posição jurídica deste, e, por outro, manifesta algumas hesitações quanto à questão de saber se se podem prevalecer da inoponibilidade os locatários e os credores comuns – não obstante, poderem ter interesse em invocar a falta de publicidade –, uma vez que são titulares de meros direitos de crédito.

b) Quando em causa estejam actos (distintos e autónomos das convenções constitutivas ou translativas de direitos) que contenham cláusulas convencionais susceptíveis de gerar a resolução ou a revogação de um acto sujeito a registo, o subadquirente que regista primeiro o seu título prevalece sobre o alienante inicial que negligenciou o registo do acto que continha a cláusula de resolução (art. 30, 1, al. 4);³³ ora, nesta hipótese, o conflito não opõe dois adquirentes de um autor comum, mas o disponente inicial e o subadquirente.

A mesma solução está consagrada para os actos (distintos e autónomos das convenções constitutivas ou translativas de direitos) que estabeleçam uma cláusula de inalienabilidade ou uma restrição ao poder de disposição;³⁴ e também nesta hipótese não há um conflito entre adquirentes do mesmo autor, mas sim entre o subadquirente e o beneficiário da inalienabilidade.

d) Como referimos, o art. 13 da Lei de 10.07.1965 prevê que o regulamento de propriedade e as modificações que lhe sejam introduzidas só são oponíveis aos subadquirentes a título particular dos proprietários após o registo.

33. Por força deste artigo a cláusula de resolução ou revogação produz efeitos em face do primeiro adquirente mas não em face do seu subadquirente, sendo, assim, derogada a regra “*resoluto yure dantis, resolvitur jus accipientis*”.

34. Refira-se que, desta forma, são postos em cheque os efeitos retroactivos da nulidade.

Ora, como é evidente, também neste caso não se verifica um qualquer conflito entre adquirentes do mesmo *dante causa*.

6.2.3 Dimensão da inoponibilidade

Em princípio a inoponibilidade decorrente da falta de registo é total, o acto não publicado é completamente inoponível ao terceiro. Não obstante, tal inoponibilidade é limitada ou excluída nos casos que passamos a referir.

a) O arrendamento por mais de doze anos e as quitações ou cessões de rendas por tempo não inferior a três anos se não forem publicados são, não obstante, oponíveis aos terceiros por um período pelo menos igual a doze anos ou a três anos, respectivamente; ou seja, dentro dos limites temporais durante os quais nenhum registo é imposto por lei, os actos produzem plenamente os seus efeitos e são oponíveis mesmo a terceiros titulares de direitos inscritos. Esta inoponibilidade limitada decorre do art. 30, 3, do Decreto de 04.01.1955.

A relevância prática desta inoponibilidade limitada depende do momento a partir do qual se conte o período de 12 anos ou de três anos durante o qual o acto produz plenamente os seus efeitos. Duas soluções são concebíveis: ou se considera a data do acto que devia ter sido publicado ou a data do registo do direito do terceiro. O legislador não apresentou a solução, a jurisprudência, por seu turno, curiosamente, adoptou a primeira solução para o arrendamento e a segunda para a quitação ou cessão das rendas, expondo-se, assim, à crítica de ser incoerente.

b) A inoponibilidade é afastada, em benefício do simples direito a ser indemnizado atribuído ao legatário que registou o seu direito e que se encontre em conflito com um terceiro que haja adquirido o imóvel legado através de um título posterior ao testamento, pois esta alienação gera a revogação do legado. De facto, se o *de cuius*, após o testamento, alienou a coisa legada, prevalecerá o direito do terceiro mesmo que não tenha ocorrido o registo correspondente, uma vez que a alienação posterior revoga tacitamente o legado (art. 1.038 do CC); não obstante, se o legatário tiver registado a sua aquisição ignorando a referida alienação e se a aquisição do direito por parte do terceiro lhe causar prejuízos, este, pelo facto de não ter registado atempadamente a sua aquisição, incorre em responsabilidade civil face àquele.³⁵

35. De facto, o art. 30, 4, al. 3 do Decreto prescreve: “Le légataire particulier en vertu des art. 1.035 et suivants du Code civil peut, dans le cas où la transmission qui le prive

6.3 *Actos, acções e decisões judiciais cuja ausência do registo não conduz à inoponibilidade*

Como já referimos, as sucessivas reformas legislativas, *maxime* a de 1955, visaram erigir a *publicite foncière* num instrumento centralizador de todas as informações úteis relativamente à situação dos imóveis, mas nunca pretendiram sujeitar, uniformemente, à inoponibilidade todos os actos e factos, quando não fossem registados.³⁶

O registo nem sempre visa assegurar a posição jurídica daqueles que procederam ao registo, por vezes visa apenas fornecer informação útil quer aos privados quer às autoridades públicas; e, nestes casos, é claro que a sua omissão não conduz à inoponibilidade.

Acresce que, nas hipóteses em que a omissão do registo não gera a inoponibilidade, ele pode ser obrigatório – o que corresponde à regra – ou facultativo e, como é óbvio, é necessário distinguir estas duas situações, uma vez que as consequências decorrentes da ausência de registo são, necessariamente, diferentes.

6.3.1 *Registo obrigatório*

A enumeração dos actos que devem ser publicados obrigatoriamente é longa e heterogénea. Ainda assim, vamos tentar agrupá-los.

de l'objet du legs n'a pas été publiée, obtenir des dommages et intérêts s'il a lui-même publié son propre droit”.

36. O exemplo da sucessão *mortis causa* prova, plenamente, a afirmação feita. Por um lado, é claro que ninguém poderia afirmar que na ausência da publicidade tudo se passaria como se o bem continuasse no património do *de cuius*. Por outro, em caso de conflito entre uma disposição testamentária realizada após uma transmissão *inter vivos*, o herdeiro, como já anteriormente referimos, nunca seria considerado um terceiro para efeitos da *publicite foncière*, uma vez que, sendo um sucessor pessoal do *de cuius* que subingressa na sua posição jurídica, é parte da aquisição *inter vivos*. Por último, quanto a eventuais conflitos entre sucessivas disposições testamentárias, ou entre uma deixa testamentária e uma disposição *inter vivos* realizada posteriormente, é evidente que a sua solução não poderia derivar das normas registais, tendo de resultar da norma substantiva que admite a revogação tácita do testamento. Assim, quando foi reconhecida a utilidade de uma futura informação, fornecida pelo registo, quanto às aquisições *mortis causa*, perante a evidência de que a consequência decorrente da omissão do referido registo não poderia ser a inoponibilidade, houve que diversificar as consequências decorrentes de tal omissão, na tentativa de, assim, assegurar a efectiva realização do registo. Foi o que ocorreu em 1955.

a) As certidões notariais que constatem a transmissão, constituição e modificação *mortis causa* de direitos reais sobre imóveis (art. 28, 3.º, do Decreto).

Os direitos cuja transmissão, constituição ou modificação *mortis causa* é submetida a registo são os mesmos que podem ser registados quando são objecto de actos *inter vivos*.

As aquisições *mortis causa* podem ser legais ou testamentárias, quer umas quer outras estão submetidas a registo obrigatório,³⁷ sendo irrelevante o facto de haver apenas um ou vários sucessíveis (a menos que, havendo uma pluralidade de sucessíveis, a partilha seja publicada nos dez meses posteriores à morte – cfr. art. 29, última alínea, do Decreto). No entanto, o registo só pode ocorrer – de acordo com a tradição existente na matéria – se um acto jurídico (que assuma a forma de documento autêntico) constatar a transmissão, a constituição ou a modificação *mortis causa*. O art. 29 do Decreto de 04.01.1955, com este objectivo, prescreve que qualquer transmissão, constituição ou modificação por morte, de direitos reais sobre bens imóveis, deve ser constatada por uma certidão notarial que indique, obrigatoriamente, que os sucessíveis aceitaram e precise, eventualmente, a modalidade dessa aceitação.³⁸

O registo é, assim, feito com base em certidão notarial que constate a transmissão, a constituição ou a modificação por morte de direitos reais sobre imóveis.

Para que o registo seja realizado, os sucessíveis devem, nos seis meses posteriores à morte, sob pena de incorrerem em responsabilidade de acordo com o art. 30-4, al. 1, solicitar a certidão notarial, indicando que aceitaram a sucessão e precisando a modalidade de aceitação; o notário deve requerer o registo da certidão (art. 29) nos quatro meses seguintes à solicitação (art. 33, A).³⁹

b) *Actos e julgamentos declarativos que reconheçam direitos pré-existent*s

37. Quando em causa está uma aquisição *mortis causa* ocorrida por força da lei a certidão notarial constata uma mutação resultante do facto jurídico que é a morte; quando em causa está uma aquisição *mortis causa* testamentária a certidão notarial constata a mutação resultante de um acto jurídico: o testamento.

38. As certidões (ditas hereditárias) são realizadas exclusivamente pelo notário, mas com a participação dos titulares de direitos sempre que se torne necessário proceder à avaliação dos direitos transmitidos.

39. À obrigação de publicitar as certidões iniciais pode juntar-se, eventualmente, a obrigação de publicitar as certidões rectificativas, sempre que a devolução da sucessão sofra modificações (por exemplo em virtude da descoberta de um testamento), nos termos do Decreto de 04.01.1955, art. 69, 2.º.

Também estão sujeitos ao registo obrigatório os actos e julgamentos declarativos, ou seja os actos e os julgamentos que reconheçam uma situação preexistente de que derive um direito submetido à publicidade, de acordo com o art. 28, 4.º, e).

A sua inoponibilidade não seria admissível, porque tais actos e julgamentos se limitam a constatar um direito preexistente que é oponível desde a data em que foi registado⁴⁰; não envolvem a constituição ou transmissão de qualquer direito, não podendo, portanto, gerar um conflito entre adquirentes sucessivos de direitos incompatíveis sobre o mesmo bem.

c) *Operações ou actos diversos*

Nesta categoria agrupamos um conjunto heterogéneo de actos ou operações submetidos ao registo, dentre os quais alguns se destacam.

– Actos confirmativos de convenções que padeçam de nulidade relativa ou que sejam susceptíveis de serem rescindidas – cfr. art. 28, 4.º, a, do Decreto.

Se o interessado confirma a convenção, tal confirmação opera retroactivamente, tudo se passando como se a convenção sempre tivesse sido válida e firme, consequentemente a inoponibilidade não poderia ser a consequência decorrente da falta de registo.

– Actos que constatem a verificação de uma condição suspensiva – cfr. art. 28, 4.º, b.⁴¹

– Acções judiciais através das quais se pretenda a resolução, a revogação, a anulação ou a rescisão de uma convenção *inter vivos* ou de uma disposição *mortis causa*, sob pena de inadmissibilidade da demanda – cfr. art. 28, 4.º, c.⁴²

40. Ponto é saber o que ocorre caso o tal direito não tenha sido até ali registado, Léon Mazeaud/Jean Mazeaus/François Chabas, *Leçons de Droit Civil – Sûreté Publicité Foncière*. 7. ed. Paris: Montchrestien, p. 561, afirmam que, não obstante a sanção para a falta de registo dos actos e julgamentos declarativos não ser a inoponibilidade, o dito registo nem sempre é inútil, pois se disser respeito a um direito cujo acto translativo não foi previamente registado o registo do julgamento tornará oponível esse direito que até ali não o era, uma vez que o registo ao publicar o julgamento publica o acto translativo.

41. Mas, como referimos, os actos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis quando sujeitos a uma condição suspensiva estão sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade; consequentemente, o acto que constate a verificação da condição suspensiva só é oponível a terceiros, independentemente de registo, se o anterior acto constitutivo ou translativo do direito real tiver sido registado.

42. A jurisprudência interpreta restritivamente as condições exigidas para que o registo destas acções seja obrigatório, afirmando que é necessário que o pedido, caso seja

E, logicamente, também, as decisões judiciais que constatem a resolução, a revogação, a invalidade ou a rescisão de tais convenções ou disposições *mortis causa* (cfr. art. 28, 4.º, c),⁴³ bem como a decisão judicial que indefira tais pedidos e a desistência da acção ou da instância (cfr. art. 28, 4.º, d), sob pena de os obrigados a requererem o registo poderem incorrer em responsabilidade civil.

– Os pactos de indivisibilidade – art. 28, 6.º, do Decreto de 1955 e art. 1.873-2 do CC.⁴⁴

– Os actos interruptivos da prescrição aquisitiva (arts. 2.241 e 2.244), aplicáveis em virtude da remissão feita pelo art. 2.259 do CC), e os actos de renúncia à prescrição adquirida (art. 28, 8.º, do Decreto de 1955); tais actos produzem efeitos retroactivos, tudo se passando como se nunca tivesse decorrido qualquer tempo de posse relevante ou como se nunca tivesse existido o benefício de invocar a prescrição; por outro lado, também não implicam, em regra, a constituição, transmissão ou modificação de qualquer direito sujeito a registo; consequentemente a falta de registo não poderia conduzir à inoponibilidade. Mas, tais actos estão sujeitos à publicidade sob pena de inoponibilidade

julgado procedente, elimine retroactivamente um direito previamente registado (tal não é o caso de uma acção de resolução de um contrato de arrendamento por mais de doze anos, uma vez que a resolução, neste caso, só produz efeitos para o futuro, como referiu: Civ. 1ª, a 01.06.1964, Dec.1964.590, JCP, 1964.II.13802).

43. A consequência decorrente da falta de registo não poderia ser a inoponibilidade, uma vez que tal contrariaria a eficácia retroactiva da resolução, revogação, etc., constatada pela decisão judicial.

No entanto, cumpre recordar que, segundo o art. 30, 1, al. 4, a resolução, a revogação, etc. de um direito objecto de um acto sujeito a registo, quando não encontre a sua causa na lei, mas resulte de uma cláusula convencional e produza efeito retroactivo, não é oponível aos subadquirentes a título singular do titular do direito aniquilado se tal cláusula não tiver sido previamente registada. Como consequência, rigorosamente, as decisões judiciais que constatem a resolução, a revogação, etc. do direito só são oponíveis a terceiros, independentemente de registo, se a referida resolução, revogação, etc. derivar da lei ou se fundar numa cláusula convencional previamente registada.

Em face de terceiros que pretendam adquirir após o trânsito em julgado, tais decisões já são oponíveis e a sanção para a omissão do registo é apenas a eventual responsabilidade civil daquele ou daqueles que estavam incumbidos por lei de o requerer.

44. A ausência de publicidade dos pactos de indivisibilidade (art. 28, 6.º, do Decreto de 04.01.1955 e o art. 1.873-2 do CC) deveria conduzir, na perspectiva de parte da doutrina francesa, à inoponibilidade (Henri Mazeaud/Jean Mazeaud/François Chabas, *Leçons de Droit Civil...* cit., p. 560).

sempre que importem uma mutação na situação jurídico-real existente, nos termos do art. 28, 1.º.

d) *Actos administrativos que afectem imóveis de privados ou direitos submetidos ao registo.*

Nomeadamente:

– as decisões impositivas e as cessões amigáveis em matéria de expropriação por utilidade pública (art. 35, 3.º);

– os processos verbais e os actos relativos ao emparcelamento rural (art. 35, 4.º);

– as decisões de emparcelamento prévio à reconstrução (art. 35, 4.º);

– as decisões de classificação e desclassificação dos monumentos e lugares históricos (art. 35, 7.º);

– os processos-verbais realizados pelo serviço de cadastro para constatar as alterações ocorridas na designação de ruas e de números de polícia, as construções e demolições que afectem imóveis inscritos no ficheiro imobiliário e situados na parte aglomerada de uma comunidade urbana (art. 36, 1.º);

– as limitações administrativas ao direito de propriedade e as derrogações de tais limitações (art. 36, 2.º).

e) *As mudanças de nomes e apelidos de pessoas físicas e de denominação, natureza jurídica ou sede de pessoas morais, a favor das quais tenha sido efectuado um determinado registo (art. 28, 9.º).*

6.3.1.1 Consequências decorrentes da falta de registo obrigatório

Em todas as hipóteses acabadas de enumerar, o facto de o registo obrigatório não ser realizado nunca conduz, como começámos por referir, à inoponibilidade; ou porque tal seria inconcebível (por exemplo, para as aquisições *mortis causa*), ou porque a referida consequência seria inoportuna ou excessiva ou, ainda, simplesmente, porque a lei não a previu.

Mas, para assegurar o respeito pela lei, que sujeitou tais hipóteses ao registo, não deixando às partes a possibilidade de decidir sobre a sua oportunidade, tornou-se necessário imaginar outras consequências para a falta de realização do registo. Algumas dessas consequências são comuns a todas as hipóteses ou a um grande número delas, outras são particulares de uma determinada categoria de actos. Dentre elas, encontram-se aquelas que no domínio da *publicité foncière* regida pelo princípio da inoponibilidade, apenas aparecem como consequências acessórias ou complementares.

– *Amende civil (revogada pela Lei de 06.04.1998)*

Por força do art. 33 do Decreto de 04.01.1955, e até à entrada em vigor da Lei de 06.04.1998, as pessoas obrigadas por lei a requerer o registo – notários, advogados, autoridades administrativas, *huissiers* etc. – que não o fizessem, bem como os sucessíveis que não solicitassem a certidão notarial imposta por lei, ficavam sujeitos ao pagamento de uma multa no valor de 50 francos.

– *Multa fiscal*

Quando o acto submetido ao registo está abrangido pela “formalidade única” (fusão da formalidade da *publicité foncière* com a formalidade cadastral e fiscal, ocorrida através da Lei de 26.012.1969), o titular do direito fica sujeito ao pagamento de uma multa fiscal.

– *Inadmissibilidade de certas acções judiciais*

Esta é uma consequência específica decorrente da falta de registo das acções tendentes a obter a resolução, a revogação, a anulação ou a rescisão de actos, a título oneroso ou gratuito, relativos a direitos registados (art. 28, 4.º, c, e 30, 5, do Decreto).

Esta consequência, decorrente da falta de registo, apresenta-se, teoricamente, como particularmente eficaz, uma vez que é capaz de neutralizar, de forma simples e radical, a iniciativa de quem devia ter requerido o registo.⁴⁵

Por último, refira-se que, segundo a *Cour de Cassation*, a inadmissibilidade tem de ser invocada, não sendo de conhecimento oficioso.

– *Responsabilidade civil*

Em consonância com o direito substantivo, o art. 30, 4, do Decreto de 04.01.1955, prevê que o não cumprimento da obrigação de proceder ao registo pode gerar a responsabilidade daquele ou daqueles que estavam incumbidos por lei de o requerer e, independentemente da vontade das partes, não o tenham feito ou o tenham feito fora do prazo previsto na lei.

De acordo com a lei, o dever de solicitar o registo impende sobre: os notários, os advogados, os *huissiers*, as autoridades administrativas (cfr. art. 32) e sobre os herdeiros que não solicitem a certidão notarial necessária ao registo das aquisições *mortis causa*. Consequentemente, quanto a estas pessoas, não há dúvidas de que podem incorrer em responsabilidade civil. Mas, na ausência

45. Segundo a *Cour de Cassation* o registo das supra referidas acções pode ser solicitado até ao termo da discussão mesmo que em via de recurso, o que reduz, substancialmente o rigor e a dimensão da consequência em apreço; correlativamente, a excepção da inadmissibilidade pode ser invocada em qualquer estado da causa.

de disposição legal, existem dúvidas se as partes de um acto *inter vivos* podem ser responsabilizadas em face de terceiros caso o notário, o advogado, ou outro, não cumpra o dever que sob si impende de requerer o registo. Parece líquido, na doutrina, que quem transmite o seu direito não é responsável; a questão está em saber se o é quem adquire o direito; este deve verificar se o notário ou o advogado actuou conforme à lei? Parece difícil do ponto de vista prático impor-lhe tal obrigação. Por outro lado, como o legislador impôs directamente a obrigação aos sucessíveis, não resultará, assim, indirectamente, que apenas nessa situação os interessados incorrem em responsabilidade?

Estas são algumas das questões que a doutrina e a jurisprudência têm suscitado.

O dever de indemnizar os danos causados, em virtude da ausência do registo, só existe quando estejam reunidas determinadas condições, para além das que decorrem das normas substantivas gerais. Nomeadamente:

- não ter sido efectuado o registo dentro do prazo imposto por lei, ou ter sido de forma incompleta ou irregular;
- a falta de registo ter causado prejuízo ao sujeito de um dos actos visados pelo art. 28, 3.º a 9.º do mesmo Decreto, ou seja, ao sujeito de um dos actos que devem ser registados sob pena de inoponibilidade em face de terceiros;
- o prejuízo ter sido causado a uma pessoa que registou o seu direito (ex: subadquirente que ignora a existência de uma decisão judicial que declarou nulo o acto de aquisição do seu *dante causa*).

Cumprе lembrar que, quando o acto não registado não puder ser oposto aos terceiros, regra geral, a falta de registo não causa qualquer prejuízo ao terceiro estando, assim, afastada a responsabilidade civil. Assim sendo, esta consequência assume especial relevância no domínio dos actos que estando sujeitos a registo, e não sendo registados, continuam a ser oponíveis a terceiros.

Na prática, a escassa jurisprudência existente atesta que as condições para que se incorra em responsabilidade, especialmente as relativas ao prejuízo e ao nexo de causalidade, raramente estão reunidas.

6.3.2 O registo facultativo – A publicidade a título de mera informação

O art. 37 do Decreto de 04.01.1955 prevê que certos actos possam ser registados visando a mera informação dos utilizadores.

Na redacção de 1955, o art. 37 apenas mencionava as promessas unilaterais de venda e as convenções relativas ao exercício de servidões legais. Um Decreto de 07.01.1959 acrescentou uma série de actos destinados a suprir a falta de

celebração na forma autêntica de um negócio *inter vivos* translativo, constitutivo ou modificativo de direitos, forma esta que é indispensável para que possa ser lavrado o registo. Mas os efeitos atribuídos ao registo, nesta hipótese, vão muito além da mera publicidade-notícia; de facto, como vimos, estes registos, embora facultativos, permitem assegurar prioridade à futura publicação do acto autêntico ou da decisão judicial que julgue procedente o pedido do requerente; foi por essa razão que fizemos referência a esta hipótese quando analisámos as hipóteses em que o registo funciona como condição de oponibilidade em face de terceiros.

Vejamos agora, as promessas unilaterais de venda ou de arrendamento por mais de 12 anos e as convenções relativas ao exercício de servidões legais.

a) *As promessas unilaterais de venda ou de arrendamento por mais de doze anos (art. 37, 1, do Decreto)*

As promessas unilaterais de venda ou de arrendamento por mais de 12 anos, obviamente, não transferem nem constituem direitos sujeitos a registo. Elas apenas geram direitos pessoais.⁴⁶

46. Quando o titular de um direito submetido a registo promete transmiti-lo ou onerá-lo a um terceiro, simultaneamente, auto-limita o seu poder de transmitir ou onerar tal direito a outra pessoa. Por seu turno, quando o titular de um direito submetido a registo subscreve um pacto de preferência obriga-se a dar preferência ao beneficiário caso decida transmitir ou onerar o seu direito. Estes dois tipos de negócios parecem enquadrar-se na definição de restrição ao direito de disposição e deveriam, assim, estar sujeitos a registo obrigatório, sob pena de inoponibilidade, em virtude do art. 28, 2.º, do Decreto de 1955; e a *Cour de Cassation*, quanto ao pacto de preferência, a 04.03.1971, já se pronunciou nesse sentido.

No entanto, segundo o art. 37-1, 1.º, as promessas unilaterais de venda ou de arrendamento por mais de doze anos não estão sujeitas a registo obrigatório; o registo é meramente facultativo e visa, apenas, fornecer informação aos utilizadores ou interessados. Ora, em face da lei, perante uma promessa deste tipo, a jurisprudência sempre afirmou o carácter facultativo do respectivo registo.

Desta forma, a supra referida decisão da *Cour de Cassation* gerou uma incoerência flagrante, uma vez que a promessa unilateral vincula de forma muito mais firme do que o pacto de preferência. De facto, enquanto que este pacto deixa imune a liberdade, daquele que por ele se vincula, de alienar (onerar) ou não o bem ou o direito, a promessa vincula o promitente à futura alienação ou oneração. Assim, a doutrina considerava incompreensível como é que se podia defender que o registo da promessa era meramente facultativo, a título de mera informação, sem tornar o acto oponível em face de terceiros, enquanto o pacto de preferência estava sujeito a registo obrigatório, sob pena de inoponibilidade. Por forma a eliminar tal incoerência, a *Cour de Cassation*, a 16.03.1994, veio afirmar que o pacto de preferência se traduz numa promessa

Não obstante, o seu beneficiário tem um interesse evidente em levá-las ao conhecimento de terceiros: primeiro, para os desincentivar de concluírem com o promitente actos incompatíveis; segundo, porque se, ainda assim, tais actos incompatíveis vierem a ser concluídos, o beneficiário poderá demonstrar, com mais facilidade, a má-fé dos terceiros e, dessa forma, fazê-los incorrer em responsabilidade civil, tendo em conta os prejuízos que lhe forem causados, ou até obter – segundo uma larga corrente jurisprudencial – a invalidação de tais actos a título de reparação *in natura*.

Mas se o terceiro adquirente de um direito sujeito a registo e registado estiver de boa-fé, a promessa é-lhe inoponível, mesmo que registada, uma vez que um registo obrigatório prevalece em face de um meramente facultativo que apenas é autorizado a título de simples informação.

b) *Convenções relativas ao exercício das servidões legais (art. 37, 1, do Decreto)*

As servidões legais, por natureza, não estão sujeitas a registo, ao contrário do que ocorre com as servidões convencionais. Mas, frequentemente, os proprietários de prédios onerados por uma servidão legal, especialmente por uma servidão de passagem, acordam com os proprietários dos prédios dominantes alguns aspectos relacionados com o seu exercício (percurso, condições de utilização etc.). Tal acto, que não é, obviamente, criador do direito de servidão, não cabe dentro de nenhuma das categorias de actos submetidos ao registo

unilateral sob condição – o que, como se sabe, não corresponde à verdade – e que, consequentemente, não devia ser considerada uma restrição ao poder de dispor, não se lhe aplicando o art. 28 e não estando sujeito a registo obrigatório, mas sim o art. 37 que regula o registo facultativo a título de mera informação. Desta forma, artificiosa, foi restabelecida a unidade e a coerência do regime. Em ambos os casos, em causa estão actos criadores de direitos meramente pessoais sendo, por isso – diz-se – razoável que apenas estejam sujeitos ao registo facultativo, a título de mera informação, do qual não deriva a oponibilidade em face de terceiros.

No entanto, parte da doutrina entende que, do ponto de vista do direito a constituir, o mais razoável seria sujeitar estes actos ao registo facultativo sob a forma de prenotação, tal como acontece, como vimos, com os negócios translativos ou constitutivos de direitos reais que não tenham sido celebrados através de acto notarial. Desta forma a inscrição no registo seria provisória, mas asseguraria prioridade ao futuro acto translativo ou constitutivo do direito real, ou seja a inscrição provisória atribuiria à inscrição definitiva, feita dentro do prazo legal, eficácia retroactiva em face de terceiros. (Por todos, vide: Philippe Simler/Philippe Delebecque, *Droit civil – Les sûretés ... cit.*, p. 635; Piédelièvre, *Promesse unilatérale de vente et prénotation. Defrénois*, 1975, p. 973; Stéphane Piédelièvre, *La publicité foncière... cit.*, p. 234 e 235).

obrigatório. Mas o seu conhecimento por parte de terceiros, *maxime*, por parte de eventuais adquirentes do prédio serviente ou dominante, é de evidente utilidade, o que justifica pelo menos que se admita um registo facultativo.

6.4 *Carácter limitativo da enumeração legal*

Tendo em conta o carácter limitativo da enumeração legal dos direitos, actos, acções e decisões judiciais sujeitos a registo obrigatório, é ponto assente que apenas ao legislador compete ampliar o âmbito do referido registo.

Mas existem dúvidas quanto à questão de se saber se pode ou não ser requerido o registo facultativo de actos ou de direitos não mencionados pela lei e, correlativamente, sobre a questão de se saber se existe ou não a cargo do conservador uma obrigação de deferir tal pretensão, caso ela surja.

As raras decisões judiciais revelam que a jurisprudência se divide. O mesmo acontecendo com a doutrina.⁴⁷

De qualquer forma, lembramos que, caso tais actos ou direitos sejam registados, a publicidade produzirá apenas os efeitos de uma publicidade-notícia feita com o intuito de informar terceiros, com os efeitos referidos em 6.3.2.

Secção III

Organização da *publicité foncière*

7. CONDIÇÕES QUE HÃO-DE ESTAR VERIFICADAS PARA QUE OCORRA O REGISTO

7.1 *Forma autêntica dos actos submetidos à publicidade*

Até 1935,⁴⁸ foi possível a transcrição de actos celebrados através de documentos particulares, tal como a dos actos celebrados sob a forma autêntica. Consequentemente, certos actos mal redigidos acabavam por ser publicados sem fornecer aos terceiros um perfeito conhecimento da situação jurídica dos bens. Em 1935 o legislador não exigiu que os actos sujeitos a registo assumis-

47. A favor da admissibilidade do registo facultativo de actos ou de direitos não mencionados pela lei vide: Dagot, *La publicité foncière*... cit., p. 201. Contra esta posição vide: Simler/Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*... cit., n. 776; Henri Mazeaud/Jean Mazeaud/François Chabas, *Leçons de Droit Civil – Sûretés – Publicité Foncière*, n. 683; Stéphane Piedelièvre, *La publicité foncière*... cit., p. 240.

48. P. Masounabe-Puyanne, *De l'authenticité des pièces déposées à l'appui des mentions hypothécaires*. *J.C.P.*, 1963, I, 1754.

sem a forma autêntica, mas condicionou o registo de actos celebrados através de documento particular a prévio depósito (que podia ser feito apenas por uma das partes do acto) junto a um notário, esperando, assim, que o notário informasse o depositante das eventuais irregularidades do acto.

Foi o Decreto de 04.01.1955 que veio prescrever que qualquer acto sujeito à publicidade no *bureau des hypothèques* devia assumir a forma autêntica (cfr. art. 4.º, al. 1, do Decreto).

Esta exigência nada acrescentou à hipótese de inscrição de uma hipoteca convencional, uma vez que, de acordo com o art. 2.127 do CC, o negócio constitutivo da hipoteca deve obedecer à forma autêntica sob pena de invalidade. O mesmo ocorrendo com as doações (cfr. art. 931 do CC), com as vendas de coisa futura ou a termo (cfr. art. 1.601-1 a 1.601-4 do CC). Ao invés, para os outros actos translativos ou constitutivos de direitos sujeitos a registo, em relação aos quais valia (e vale) o princípio do consensualismo quanto à forma, um acto constante de mero documento particular gerava os seus efeitos típicos; por isso, a exigência de forma autêntica para que pudesse ser realizado o registo foi revolucionária, impondo às partes de um acto celebrado mediante documento particular a sua repetição na forma autêntica.

No entanto, a jurisprudência sempre admitiu o depósito notarial do acto celebrado através de documento particular. E sempre afirmou que, desde que todas as partes reconhecessem a letra e as assinaturas, confirmando, assim, a sua vontade de concluir o acto, o depósito elaborado pelo notário podia ser registado. Foi esta jurisprudência que acabou por ser consagrada no art. 68 do Decreto de 14.10.1955, disposição legal esta que é objecto de múltiplas críticas por parte da doutrina, uma vez que nem sempre o notário conduzirá as partes a alterarem o acordo previamente firmado (por exemplo, por forma a eliminarem eventuais nulidades), sendo depois, muitas vezes, registados actos nulos ou susceptíveis de interpretações divergentes.

Cumprе, ainda, lembrar que a autenticidade não é apanágio exclusivo do acto notarial, mas também das decisões judiciais transitadas em julgado, dos actos do *huissier* (v.g. o despacho que ordena a penhora) e dos actos administrativos em certos casos.

Por fim, recordamos que em relação às transmissões ou constituições de direitos *mortis causa*, quer se trate de sucessão legal ou testamentária, os sucessíveis devem requerer uma certidão notarial de devolução sucessória.

Prevendo a hipótese de os sucessíveis ignorarem a obrigação legal de requererem a certidão notarial, o Decreto de 04.01.1955 (art. 32, 2.º) impôs aos notários a obrigação de a elaborarem, independentemente de qualquer pedi-

do, quando devam intervir em qualquer acto relativo à sucessão; o Decreto de 14.10.1955 (art. 69, 4.º), por seu turno, obrigou os notários, que devam intervir num desses actos, a informar as partes da necessidade de ser elaborada a certidão notarial e impediu-os de redigir actos notariais enquanto não existir a referida certidão. Como resulta do exposto, a obrigação imposta aos notários pelo Decreto de 14.10.1955 não é a mesma que resulta do Decreto de 04.01.1955, e a falta de concordância entre os dois textos não tem sido gerida de forma pacífica, conforme informa a doutrina francesa.⁴⁹

7.2 *O princípio do efeito relativo*

Nenhum acto ou decisão judicial sujeito a registo pode ser publicado no ficheiro imobiliário se o título do disponente ou anterior titular não tiver sido previamente registado (art. 3, al. 1 do Decreto de 14.01.1955).

O princípio também se aplica aos privilégios e às hipotecas, de acordo com o art. 2.427, § 1.º, do CC.

Por disponente ou anterior titular entende-se a pessoa a partir da qual o direito foi transferido, modificado, confirmado, onerado ou extinto – ou é susceptível de vir a ser – independentemente do facto da referida pessoa ter ou não prestado o seu consentimento (cfr. o art. 32 do Decreto de 14.10.1955).

Para permitir o controlo da aplicação da regra do efeito relativo, o documento depositado, quer com o intuito de inscrever uma hipoteca, quer com o intuito de publicar um acto ou julgamento, deve conter uma referência ao registo (data, volume e número) de que foi objecto o título do disponente ou anterior titular do direito (art. 33 do Decreto de 14.10.1955).

Desta forma, assegura-se uma publicidade contínua, ou seja, o conhecimento de toda a cadeia de transmissões que afectou o imóvel, bem como da cadeia de sucessivos titulares do direito, evitam-se lacunas e assegura-se a possibilidade de um eventual interessado obter uma informação completa. Este princípio visa incitar a publicação rápida dos actos, mesmo quando, ou mais rigorosamente, sobretudo quando, a falta de publicidade não conduz à inoponibilidade; ele constitui um poderoso incentivo a que se proceda ao registo. De facto, se a pessoa que quer vender o seu imóvel (ou onerá-lo com uma hipoteca) não publicou o acto através do qual adquiriu a propriedade, o pretendo adquirente não poderá publicar o seu próprio direito, consequentemente, a

49. Por todos, vide: Henri Mazeaud/Jean Mazeaud/François Chabas. *Leçons de Droit Civil – Sûretés – Publicité Foncière...* cit., p. 571.

prudência aconselhá-lo-á a não adquirir enquanto o pretenso disponente não tiver registado (da mesma forma ninguém se tornará credor se não puder inscrever a sua hipoteca); desde modo, o imóvel fica bloqueado no património daquele que não requereu o registo. Assim, por paradoxo, é a necessidade de registar alguns actos sob pena de inoponibilidade que assegura o registo de actos que se não fossem registados nem por isso deixariam de ser oponíveis.

Mas, cumpre acrescentar que, o Decreto de 14.10.1955 (art. 32, 2.º, al. 2) veio aligeirar o rigor do princípio, ao admitir que o registo a favor do adquirente possa ocorrer ao mesmo tempo que o registo, até ali em falta, a favor do disponente.

A regra do efeito relativo comporta duas excepções. A saber:

– Quando o título do depositante ou do último titular é anterior a 01.01.1956 – data da entrada em vigor do princípio –, a menção do efeito relativo é substituída por uma declaração de anterioridade a 1956.

– No caso de o alienante ter adquirido originariamente o direito (por usucapião ou acessão) ou ter consolidado a propriedade plena por extinção de um direito de usufruto, o documento depositado deve conter uma declaração que indique o modo ou as condições de aquisição ou de consolidação do direito daquele que agora dispôs; uma vez que, naturalmente, estas formas de aquisição são inconciliáveis com princípio do efeito relativo.

Por outro lado, o modo como se efectua o controlo da aplicação da regra do efeito relativo também sofre uma excepção. De facto, segundo os arts. 36 e 37 do Decreto de 14.10.1955, quando em causa estejam actos translativos ou constitutivos de direitos sem a intervenção ou mesmo contra a vontade do último titular (exemplo: registo de penhora, de expropriação ou de acção judicial tendente à resolução, revogação, anulação ou rescisão de um acto), o depósito do documento é efectuado mesmo que ele não contenha uma referência ao registo (data, volume e número) de que foi objecto o título do anterior titular do direito.⁵⁰ Mas, uma vez efectuado o depósito, o Conservador, antes de proceder ao registo da formalidade, deve realizar todas as verificações que se revelem necessárias para assegurar o respeito pelo princípio do efeito relativo (cfr. art. 36, 2.º, do Decreto de 14.10.1955).

50. Tal justifica-se, plenamente, tendo em conta a improvável colaboração do anterior titular. E quando em causa esteja uma acção judicial através do qual se pretenda por em causa um acto sujeito a registo sob pena de inoponibilidade e que não tenha sido registado, a esta razão junta-se uma outra: a manutenção ou não do acto, a sua validade ou invalidade, é indiferente aos terceiros, tendo em conta que o acto nunca pôde ser oposto a terceiros.

Consequências decorrentes da inobservância do princípio.

- Recusa do depósito ou recusa do registo da formalidade (inscrição ou publicação).

- Quando não ocorra a recusa, o conservador pode incorrer em responsabilidade perante o titular do direito irregularmente publicado que em virtude de tal facto pode sofrer danos, uma vez que não poderá opor o seu direito registado – mesmo que regularmente constituído – a terceiros.

8. ESTRUTURAS DA *PUBLICITÉ FONCIÈRE*

Todo o sistema registal supõe estruturas constituídas, por um lado, por suportes e, por outro, por órgãos encarregues da sua realização. São as estruturas do sistema registal francês que vamos de seguida analisar.

8.1 *Suportes da publicité foncière: permanência e evolução*

A *loi de brumaire an VII* criou em cada distrito:

- um registo de depósitos que constituía um elemento complementar essencial, uma vez que aí eram mencionados pela ordem da sua apresentação – atributiva de prioridade – os documentos entregues;

- dois registos, propriamente ditos: um denominado registo de inscrições: para os privilégios e para as hipotecas; outro designado registo de transcrições, no qual eram integralmente transcritos os actos submetidos à publicidade (mutações e constituições *inter vivos* de direitos reais imobiliários susceptíveis de hipoteca);

- um repertório alfabético dos titulares de direitos publicados que permitia aceder às informações existentes nos registos pela ordem cronológica da apresentação dos documentos.

Estas estruturas foram integralmente conservadas pelos redactores do Código Civil, embora, como vimos, a transcrição dos actos onerosos translativos ou constitutivos de direitos reais sobre imóveis tenha sido abandonada, só tendo ficado submetidas a esta formalidade as doações *inter vivos* de tais direitos.

A transcrição dos actos onerosos *inter vivos* e os julgamentos translativos ou constitutivos de direitos reais sobre imóveis apenas foi (r)estabelecida, como referimos, em 1855, sem que para tal se tenha revelado necessário modificar os suportes da *publicité foncière*.

E os decretos de 04.01.1955 e de 14.10.1955 que, como vimos, alteraram profundamente o sistema da *publicité foncière* mantiveram as estruturas do sis-

tema (o registo de depósitos; o registo de inscrições; o registo de transcrições, embora sob a denominação de registo de publicações). Mas, ao lado dos registos já existentes, o Decreto de 04.01.1955 criou o ficheiro imobiliário, traduzindo-se tal criação numa das inovações mais relevantes introduzidas pelo referido decreto.

Vejamos, agora, com mais pormenor os actuais suportes da *publicité foncière* (o ficheiro imobiliário; o registo de depósitos; o registo de formalidades).

8.1.1 O ficheiro imobiliário

O ficheiro imobiliário tem um eminente valor prático, uma vez que permite estabelecer o historial jurídico de cada prédio,⁵¹ podendo dizer-se que constitui, hoje, uma peça matriz do sistema registal, não obstante ser desprovido de valor probatório.⁵²

“Il est tenu, pour chaque commune, par les conservateurs des hypothèques un fichier immobilier sur lequel, au fur et à mesure des dépôts, sont répertoriés, sous le nom de chaque propriétaire et par immeuble, des extraits des documents publiés avec référence à leur classement dans les archives” (art. 1, al. 1, do Decreto de 04.01.1955 – modificado pelo Dec. 98-516 de 23.06.1998).

O ficheiro imobiliário comporta, assim, um ficheiro pessoal (que desempenha as funções do antigo repertório alfabético) e um ficheiro real.

Para cada município existe um ficheiro pessoal onde constam as fichas pessoais dos proprietários dos imóveis bem como dos titulares de outros direitos registados. Em caso de indivisão ou de compropriedade é criada uma ficha para cada consorte ou comproprietário.⁵³

A ficha pessoal, para além de conter o nome do município e a identidade da pessoa a que diz respeito, contém, também, uma lista dos imóveis urbanos e uma lista dos imóveis rurais pertencentes àquela pessoa ou em relação aos quais esta tenha um outro direito sujeito a registo; em relação aos imóveis

51. “O ficheiro imobiliário apresenta, tal qual ela resulta dos documentos publicados, a situação jurídica dos imóveis” (art. 1.º, § 2.º).

52. O ficheiro imobiliário, não obstante o eminente valor prático, não tem, no plano da publicidade, valor jurídico próprio, de modo que os erros nele contidos podem prejudicar quem os consulta, sem prejuízo de o conservador poder incorrer em responsabilidade, caso entregue uma cópia de uma ficha que contenha erros a um interessado e tal cause danos a este.

53. Refira-se que as hipotecas e os privilégios constam, apenas, da ficha do titular do bem onerado, não dando origem a uma ficha em nome do credor.

rurais, a ficha pessoal contém, ainda, a indicação dos actos através dos quais aquela pessoa adquiriu os direitos sobre o imóvel em questão, bem como os ónus, privilégios e hipotecas existentes, sobre o referido imóvel, a favor de terceiros.

O ficheiro real, por sua vez, envolve duas espécies de fichas, que têm por base uma classificação dos imóveis em rurais e urbanos.

Os primeiros constituem a regra, os segundos são definidos através de critérios precisos. São qualificados como urbanos todos os imóveis situados nos municípios que pertenceram ao antigo departamento de *Seine*, todos os imóveis situados nas partes aglomeradas dos distritos com mais de 10.000 habitantes e, enfim, todos os imóveis, qualquer que seja a sua situação, que façam parte de conjuntos imobiliários dotados de cadernos de encargos ou de um regulamento colectivo.

Todos os imóveis são objecto de uma ficha parcelar; os imóveis urbanos dão, ainda, origem a uma ficha do imóvel.

Na ficha parcelar consta, em relação a cada prédio, a lista de mutações de que ele foi objecto, por referência aos actos e documentos registados. Ela permite identificar o proprietário e assim aceder à ficha pessoal de onde constam também, como referimos, as informações sobre os ónus, privilégios e hipotecas que impendem sobre o imóvel. Nos imóveis urbanos, a ficha parcelar, que é necessária para manter a harmonia entre o sistema registal e o cadastro, contém apenas a referência cadastral, reenviando, quanto ao resto, para a ficha do imóvel.

Na ficha do imóvel, dos imóveis ou fracções de imóveis urbanos, consta o nome da comuna e a identificação do imóvel através das suas referências cadastrais (secção e número do plano cadastral). Para as fracções também deve ser indicado o número do lote.

A ficha do imóvel é dividida em três partes. Da primeira consta a natureza do imóvel e, quando seja o caso, o número do lote ou da fracção do imóvel objecto da ficha; da segunda parte consta, em caso de loteamento, compropriedade ou divisão do imóvel, a identificação do lote ou da fracção pela sua situação e suas características; e na terceira parte são inscritas as mutações e servidões activas, bem como os ónus, privilégios, hipotecas etc. que têm por objecto o imóvel ou a fracção do imóvel.

Quanto ao ficheiro imobiliário, cumpre ainda lembrar que a lei assegurou a sua concordância com o cadastro, da seguinte forma: os oficiais públicos, os advogados e as autoridades administrativas encarregues de requerer o registo, aquando da designação dos imóveis, têm de se conformar com o extracto

cadastral – que não pode ter sido emitido há mais de seis meses (art. 7, última alínea, do Decreto de 04.01.1955, com as modificações introduzidas pelo Dec. 98-516 de 23.06.1998) –, devem completar esse extracto introduzindo-lhe as informações essenciais relativas ao acto ocorrido (art. 22 do Decreto de 14.10.1955, com as alterações introduzidas pelo Dec. 98-553 de 03.07.1998) e remetê-lo ao conservador como suporte da requisição de registo; o conservador verifica a conformidade do extracto com o acto em si e menciona a realização do registo devolvendo o extracto ao serviço de cadastro (Idem art. 23 e ss.) que depois introduz as modificações na matriz cadastral.

Reciprocamente, de acordo com o art. 2.º do Decreto de 04.01.1955, nenhuma modificação da situação jurídica de um imóvel pode dar origem a uma modificação fiscal e/ou cadastral se o acto ou a decisão judicial que constate essa modificação ainda não tiver sido publicado no ficheiro imobiliário.

Por último, refira-se que, tal como o registo de depósitos e os registos das formalidades – dos quais falaremos de seguida –, o ficheiro imobiliário tem sido progressivamente informatizado. Não obstante, conserva, no essencial, a mesma estrutura, o mesmo conteúdo e a mesma dimensão que os ficheiros manuais.

8.1.2 Os registos

A *publicité foncière* resulta do cumprimento de uma “formalidade” que consiste, essencialmente, na menção do acto no registo de depósitos e na inserção desse acto noutro registo: no das inscrições ou no das publicações (transcrições).

– O registo de depósitos

O registo de depósitos menciona dia a dia os depósitos efectuados; de facto, segundo o art. 2.200, al. 1.º e 2.º, do CC, red. Dec. 59-89 de 07.01.1959, os conservadores devem ter um registo no qual mencionem, dia a dia, e por ordem numérica, as entregas que lhe sejam feitos de actos, decisões judiciais, requisições e, em geral, dos documentos depositados com vista à execução da inscrição ou publicação (“transcrição”). Os conservadores só podem proceder a uma inscrição ou publicação de acordo com a data e a ordem de entregas que lhes sejam feitas.

O registo de depósitos, que é cronologicamente o primeiro instrumento a funcionar no processo de publicidade, é de uma importância capital, uma vez que um eventual conflito entre dois adquirentes do mesmo autor é resolvido tendo em conta a data do depósito, sempre que estejam em causa direitos, actos ou decisões judiciais sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade.

Refira-se que, como forma de eliminar qualquer risco de perda ou destruição do registo de depósitos, uma reprodução (através de microfilme ou de um suporte digital) dos registos concluídos no ano precedente deve ser depositada no tribunal de grande instância ou num tribunal de primeira instância de um distrito diverso daquele em que reside o conservador (cfr. art. 2.453, § 3.º, do CC).

Até há relativamente pouco tempo, o registo só podia ser efectuado manualmente sobre um suporte de papel, no qual as menções deviam ser feitas pelos conservadores, de forma sequencial, sem espaços em branco nem entrelinhas, e deviam ser numeradas e rubricadas, página a página, pelo juiz do tribunal de primeira instância. Mas a Lei de 06.04.1998 veio autorizar o tratamento informático dos depósitos.

Cumpra acrescentar que a menção do depósito apenas atribui prioridade por dias e não em função da ordem numérica do registo, não sendo relevante a hora do depósito.

No caso de serem feitos vários pedidos de registo, no mesmo dia, relativamente ao mesmo imóvel, rege o art. 31 do Decreto de 1955, segundo o qual:

1. tem prioridade a solicitação requisitada com base no título mais antigo (independentemente da ordem do registo) – art. 31, 1, do Decreto;

2. se os títulos tiverem a mesma data, os registos terão, em princípio, o mesmo grau (cfr. o art. 31, 3.º, do Decreto e, para as hipotecas, o art. 2.425, al. 2.º, do CC);

3. mas, se o registo do despacho que ordena a penhora é requerido no mesmo dia em que é solicitada a inscrição de uma hipoteca ou a transcrição de um outro acto, e os actos ou títulos têm a mesma data, tem prioridade o registo do despacho que ordena a penhora (art. 31, 4.º, do Decreto);

4. se a inscrição de uma hipoteca é requerida no mesmo dia em que é solicitada a publicação de um acto (excepção feita ao despacho que ordena a penhora), e os actos ou títulos têm a mesma data, tem prioridade a inscrição da hipoteca (art. 31, 2.º, do Decreto);

5. por fim, a inscrição do privilégio da separação de patrimónios (cfr. Dec. 98-516 de 23.06.1998) ou de uma hipoteca legal prevista no art. 2.121, 1.º, 2.º e 3.º (hipoteca legal de esposos, de incapazes, do Estado ou de colectividades públicas) tem prioridade em face de qualquer inscrição de uma hipoteca convencional ou judicial solicitada no mesmo dia (art. 31, 5.º, do Decreto e art. 2.134, al. 3.º, do CC).

– *Os registos das formalidades ou registos propriamente ditos*

Os registos das formalidades são três: o das inscrições, para os privilégios e hipotecas, o das “transcrições” (ou segundo a nova denominação: das publicações), para os outros actos submetidos à *publicité foncière* e o das penhoras (que é realizado da mesma forma que o registo de “transcrições” ou publicações).

Inicialmente a denominação destes registos correspondia à realidade; o conservador das hipotecas «inscrevia» no registo correspondente, de acordo com a ordem da sua menção no registo de depósitos, os privilégios e as hipotecas cuja publicação era requerida. E “transcrevia”, por reprodução integral no segundo registo, pela mesma ordem, os actos apresentados com vista à publicação. Esta técnica ancestral tornou-se impraticável em virtude da multiplicidade de actos sujeitos a registo e da sua crescente complexidade. Duas leis, a de 01.03.1918 (para as inscrições) e a de 24.07.1921 (para as transcrições) consagraram a técnica de *l'enlissement*, de acordo com a qual o documento a publicar, ao qual é aposto o número de ordem do registo de depósitos, é compilado, por essa ordem, em volumes constitutivos dos registos.

8.2 O conservador

Desde o início da *publicité foncière* que o serviço público encarregue de efectuar os registos – denominado como *bureau des hypothèques* ou como *conservation des hypothèques*⁵⁴ – é confiado a um agente do Estado: o conservador das hipotecas. O facto da publicidade das hipotecas ter sido o primeiro objectivo visado e o hábito de linguagem que foi adquirido explicam a sobrevivência destas denominações que não correspondem à realidade, sobretudo desde 1955.

Inicialmente, foi criada uma conservatória para cada distrito mas, depois, as referidas conservatórias foram agrupadas, nas regiões de fraca densidade populacional, ou subdivididas, nas zonas de forte densidade.

O conservador é um funcionário do ministério das finanças, qualificado como oficial público, de tal forma que os registos e demais actos por si praticados têm valor de actos autênticos.

A função do conservador das hipotecas é tripla:

– ele procede, com base em prévia requisição, ao registo e ao seu cancelamento;

54. Tais secretarias, que foram criadas originariamente pela lei 21 ventôse ano XII, dependem do ministério das finanças e são administradas pelo conservador das hipotecas.

- ele assegura a conservação dos registos, fichas e arquivos;
- ele fornece ao público as informações contidas nos registos e nos ficheiros.

Acessoriamente, o conservador é também um agente do fisco. Esta dualidade de funções é, particularmente, evidente no domínio da “formalidade única”.

No que diz respeito aos poderes do conservador, refira-se que este não tem qualquer poder jurisdicional,⁵⁵ o conservador não pode apreciar a validade do acto ou do julgamento nem o poder de dispor ou a capacidade das partes.⁵⁶

O conservador controla, somente, a regularidade formal e apenas tendo em conta as regras da *publicité foncière*.

Assim, o conservador deve recusar o depósito se constata uma das irregularidades graves e aparentes, enumeradas na lei, nomeadamente, no art. 34, 2.º, do Decreto: falta de autenticidade do acto a publicar; falta de menção nos documentos da identidade das partes ou da designação individualizada do imóvel; falta de registo a favor do disponente etc.).

Por outro lado, o conservador pode recusar o registo de publicação após ter aceite o depósito, nas hipóteses previstas no art. 34, 3.º, do Decreto e no art. 2.428, § 5.º, do CC, se se aperceber de irregularidades que teriam justificado a recusa de depósito ou de outras irregularidades, como por exemplo, a discordância entre o documento apresentado e os documentos anteriormente publicitados, erros relativos à designação das pessoas ou do imóvel etc.

55. A determinação dos poderes do conservador das hipotecas em França é reveladora da diferença entre o sistema registal francês e os sistemas do livro fundiário. Estes assentam na responsabilidade de um juiz que exerce o controlo da validade dos actos e/ou da realidade dos direitos registados. Ao invés, o sistema registal francês assenta na actuação do conservador que, como referimos, não detém qualquer poder jurisdicional.

56. No entanto, cumpre referir que o conservador tem um poder de controlo mais amplo na hipótese de cancelamento (*radiation*) da inscrição da hipoteca. De facto, neste caso, o conservador, para além de fazer o controlo da regularidade formal, verifica a capacidade e os poderes das partes. Tal justifica-se porque um cancelamento da inscrição da hipoteca pode vir a ser invalidado, por exemplo, se o consentimento do credor tiver sido viciado; o carácter retroactivo da invalidade opõe-se às regras da *publicité foncière* sendo, por isso, nesse caso, a retroactividade apenas parcial, não afectando os direitos que terceiros hajam adquirido entre a data do cancelamento e a data da declaração de invalidade, tornando-se, assim, necessária uma nova inscrição. Esta ausência parcial de retroactividade e o perigo que ela representa para o credor explica que o conservador, que não pode ser juiz da eficácia das garantias imobiliárias, assuma tal papel quando em causa esteja um cancelamento.

Questão interessante é a de se saber se o conservador pode ou não recusar o registo de um acto ou direito quando o *dante causa* haja registado mas já não conste como actual proprietário no registo. Tradicionalmente os conservadores não recusavam o registo em tal hipótese. Por um lado porque, aparentemente, a regra do efeito relativo não impede um registo sucessivo desde que o título do disponente ou anterior titular do direito tenha sido, efectivamente, registado – não impondo assim a consagração do princípio da prioridade como incompatibilidade formal; por outro, porque esta solução está consagrada no art. 34, 2.º, do Decreto de 14.10.1955 (na redacção que lhe foi dada pelo Decreto de 22.12.1967), segundo o qual não há “discordance lorsque le titre de la personne indiquée comme disposant ou dernier titulaire, au sens du 1.º de l’article 32, a cessé, postérieurement à sa publication au fichier immobilier, de produire tout ou partie de ses effets en raison d’un acte ou d’une décision judiciaire, ultérieurement publiée”.

Esta posição tradicional foi posta em causa pela decisão de 12.06.1996, através da qual a *Cour de Cassation*, dando razão ao tribunal recorrido, afirmou que o conservador tem o dever de assegurar a concordância do documento depositado com os documentos anteriormente publicados.

Segundo a melhor doutrina só a posição adoptada pela *Cour de Cassation* assegura um sistema de *publicité foncière* credível e coerente, pois é inconcebível que um conservador, tendo conhecimento da ausência de direito do requerente, com base nos ficheiros existentes, ainda assim efectue o registo que lhe é solicitado.⁵⁷

9. PRESSUPOSTOS E MODO DE REALIZAÇÃO DO REGISTO DE FORMALIDADES OU DO REGISTO PROPRIAMENTE DITO

9.1 O registo de inscrições

Tem legitimidade para requerer o registo⁵⁸ o titular da hipoteca ou do privilégio a registar (art. 2.426, al. 2.º), os seus sucessores, o seu mandatário ou gestor de negócios. Na prática, quando em causa está uma hipoteca convencional, em regra, é o notário, redactor do acto, que solicita a inscrição; isto porque, não obstante nenhuma disposição legal o obrigar expressamente, a jurispru-

57. Neste sentido vide: Stéphane Piedelièvre, *La publicité foncière...* cit., p. 53.

58. Para uma análise pormenorizada desta matéria vide: Stéphane Piedelièvre, *La publicité foncière...* cit.

dência admite a existência de um mandato que legitima o pedido do notário, sempre que as partes não manifestem a vontade de não efectuar o registo.

Em qualquer caso a inscrição nunca é feita oficiosamente, mesmo que em causa esteja uma hipoteca legal. De facto, o Decreto de 04.01.1955 eliminou os casos excepcionais de inscrição oficiosa existentes na legislação anterior.

A solicitação do registo supõe a apresentação de duas requisições⁵⁹ (que obedecem à forma de um modelo aprovado); das requisições têm de constar, necessariamente, segundo o art. 2.428 do CC:

- a designação do credor, do devedor e do proprietário do imóvel;
- a indicação da data e da natureza do título constitutivo da garantia, bem como da causa da obrigação garantida;
- a indicação do capital, acessórios e data de exigibilidade;
- a designação do imóvel sobre o qual a inscrição é feita;
- a indicação da data, do volume e do número sob o qual foi registado o título de propriedade do devedor;
- a certificação de que o montante do capital indicado não é superior àquele que figura no título constitutivo da garantia ou do crédito;
- etc.

O conservador menciona o depósito no registo de depósitos, depois entrega o título apresentado ao requerente (caso este tenha sido apresentado) e devolve-lhe uma das requisições,⁶⁰ insere a outra no registo de inscrições e introduz uma anotação no ficheiro imobiliário (cfr. art. 2.150 do CC).

A inscrição, porque facultativa, pode ocorrer desde a data de constituição da hipoteca ou do privilégio até à extinção do crédito.⁶¹ Não obstante, o credor tem, evidentemente, interesse em solicitá-la o mais rapidamente possível, por-

59. O art. 2.148 do CC, com a redacção que lhe foi dada pela Lei 98-261 de 06.04.1998, o qual corresponde, *grossa modo*, ao actual art. 2.428, deixou de fazer depender a inscrição, em regra, da apresentação do título constitutivo da garantia.

60. Com a data do depósito, o número de ordem e a indicação do volume onde foi compilada.

61. Excepcionalmente, a lei prevê hipóteses em que a falta da inscrição dentro de um determinado prazo é causa de extinção da hipoteca. Por exemplo: a hipoteca legal dos esposos casados no regime de participação nos bens adquiridos deve ser inscrita até um ano após a dissolução do casamento (cfr. art. 2.136, al. 4, do CC); a inscrição da hipoteca legal de pessoas sob tutela deve ocorrer durante o ano seguinte ao termo da tutela (cfr. art. 2.144, al. 1, do CC).

que é tal inscrição que determina a prioridade e, ainda, porque certos eventos podem impedir a inscrição ou pelo menos torná-la inútil. Assim:

– se o devedor vende o seu imóvel a um terceiro antes da hipoteca ser registada, e o adquirente inscreve o seu direito, deixa de ser possível inscrever a hipoteca (cfr. art. 2.427, § 1.º, do CC), uma vez que o credor já não poderá exercer o seu direito de sequência; esta solução resulta apenas da aplicação da regra segundo a qual, entre dois titulares de direitos concorrentes sobre um imóvel é o primeiramente inscrito que prevalece;

– se um outro credor regista uma penhora sobre o mesmo bem, a penhora prefere à hipoteca que é face a si ineficaz (cfr. art. 2.200, § 3.º, do CC); mas a hipoteca pode ser registada, não obstante ser ineficaz face à penhora, pois é oponível perante os credores não exequentes; acresce que o executado pode consignar uma soma suficiente que satisfaça o exequente, perdendo este o interesse na penhora e, nessa hipótese, deixa de haver qualquer entrave à eficácia plena da hipoteca;

– a mesma ideia de bloqueio de património explica que, caso os herdeiros aceitem a benefício de inventário, ou a herança seja declarada vaga, tal obste a futuras inscrições de hipotecas a favor de credores do *de cuius* (art. 2.427, § 2.º, do CC).

No entanto, cabe referir que estes quatro casos conhecem exceções, nomeadamente:

– se o credor anteriormente tiver obtido o registo de uma hipoteca judicial conservatória, ele pode, após o acontecimento considerado, inscrever a hipoteca definitiva;

– se o titular de um privilégio imobiliário especial obtiver o registo dentro do prazo previsto na lei (dois a quatro meses, consoante o privilégio) verá os efeitos da inscrição retroagirem ao dia do acontecimento que fez nascer a referida garantia (cfr. art. 2.379 e ss. do Código Civil) e, conseqüentemente, o privilégio torna-se oponível aos eventos anteriormente referidos.⁶²

Por outro lado, cumpre referir que os credores beneficiários de um privilégio imobiliário especial, quando pretendam beneficiar da retroactividade da inscrição ao dia do acontecimento gerador da sua garantia, devem requerer o registo no prazo de dois a quatro meses, consoante o privilégio. Decorrido tal prazo, perdem a vantagem inerente à retroactividade e, assim, o privilégio como que degera numa hipoteca legal ordinária, de acordo com o art. 2.134, al. 5, do CC.

62. Excepção feita ao processo de recuperação de empresa e de falência (cfr. art. Lei 621 a Lei 650 do Código do Comércio), a não ser que o privilégio seja a favor do Tesouro Público ou do vendedor do estabelecimento comercial.

9.2 O registo de publicações ("transcrições")

Para a publicação de actos, julgamentos e documentos, em princípio, tem legitimidade para requerer o registo qualquer pessoa que nele tenha interesse ou seja seu mandatário. Mas, quando este registo é obrigatório, certas pessoas, como referimos, têm o dever de o requerer, independentemente da vontade das partes (o notário, o advogado, o *huissier* ou a autoridade administrativa, consoante os casos).

De acordo com o art. 67-3 do Decreto de 14.10.1955, o requerente deve apresentar dois exemplares do título (acto, decisão judicial ou certidão notarial), o conservador menciona o depósito no registo de depósitos e insere o documento no registo de publicações, depois restitui um dos exemplares ao requerente, fazendo nele constar que foi cumprida a formalidade, actualiza o ficheiro imobiliário e envia um extracto do acto ao serviço do cadastro (art. 34, 1.º, do Decreto).

Como, também, já referimos, os herdeiros devem solicitar ao notário a certidão notarial de devolução sucessória nos seis meses posteriores à morte e o notário deve requerer o registo da certidão nos quatro meses seguintes à referida solicitação (art. 33-A do Decreto); no entanto, como vimos, os sucessíveis estão dispensados de solicitar a referida certidão quando seja registada, nos dez meses seguintes à morte, uma partilha de todos os bens imóveis herdados (art. 29, § 4.º).

Para os outros actos, o prazo para requerer o registo obrigatório é de três meses a partir do dia em que o acto foi praticado ou em que a decisão judicial transitou em julgado (art. 33, B e C, do Decreto).

Tal prazo é reduzido a um mês para as decisões que pronunciem a resolução, a revogação, a anulação ou a rescisão de um acto sujeito a registo; quanto ao registo das acções através das quais se pretenda obter uma destas decisões, elas podem ser registadas até ao termo da discussão, mesmo que em via de recurso (art. 33, B, do Decreto).

Para os actos e julgamentos em virtude dos quais pode ser requerida a inscrição de um privilégio a favor do vendedor ou de um compartilhante, o prazo é de dois meses, a partir da data do acto ou do julgamento (art. 33, C, do Decreto).

Quando os documentos a registar estão submetidos ao regime da formalidade única o prazo é, uniformemente, de dois meses a partir da data do acto (art. 647, § 3.º, do *Code général des impôts*).

No entanto, refira-se que o decurso do prazo não obsta ao registo tardio, excepção feita à hipótese em que se pretende um registo de uma acção tendente à resolução, revogação, anulação ou rescisão de um acto sujeito a registo obrigatório, uma vez que a recusa de registo, após o decurso do prazo imposto

por lei, contrariaria o objectivo de organizar um registo tão completo quanto possível e, ainda, a regra do efeito relativo.

9.3 *O registo de penhoras*

O registo de penhoras é realizado da mesma forma que o registo de publicações, mas os títulos são compilados em volumes que constituem um registo particular.

10. RECUSA DO DEPÓSITO E RECUSA DO REGISTO DE FORMALIDADES

10.1 *Hipótese de recusa devida do depósito ou do registo de formalidades, bem como da falta de recusa quando esta devia ter ocorrido*

Em caso de decisão de recusa de depósito, que deve ser notificada num prazo de 15 dias (cfr. art. 74, 1.º, do Decreto de 14.10.1955, modificado pelo Decreto de 03.07.1998), o conservador restitui ao requerente os documentos apresentados fazendo uma menção sucinta da causa de recusa. O requerente pode apresentar um novo pedido, completado ou rectificado para, assim, obter um “novo” depósito; este depósito apenas produzirá efeitos em face de terceiros após a sua própria data.

Em caso de recusa de registo propriamente dito, o conservador notifica as partes de uma recusa provisória, convidando as partes a regularizar o acto no mês seguinte à recusa; se ocorrer a regularização, o registo conserva a prioridade do dia do depósito; na ausência de regularização em tempo devido, o Conservador notifica, num prazo de oito dias, o interessado da recusa definitiva (cfr. art. 74, 2.º, do Decreto de 14.10.1955).

Quando não ocorra a recusa do conservador, devendo esta ter ocorrido, o acto registado (independentemente da sua validade) pode ser declarado inoponível em face de terceiros. Nesta hipótese, resta ao titular do direito, assim, inoponível, porque irregularmente publicado, voltar-se contra o conservador, que incorre em responsabilidade caso tenha causado prejuízos.⁶³

10.2 *Hipótese de recusa indevida do depósito ou do registo de formalidades e correspondente recurso*

O art. 26 do Decreto de 04.01.1955 apenas previa um recurso contra a decisão definitiva de recusa de registo, que devia ser apresentado, no prazo de oito

63. Refira-se que, não obstante o conservador ser um agente do estado, a sua responsabilidade é pessoal, sendo aplicáveis os princípios gerais consagrados no Código Civil.

dias, ao presidente do Tribunal de Grande Instância. Nada era previsto para o caso de recusa de depósito. Actualmente, e desde a Lei 98-261 de 06.04.1998 que alterou o art. 26 do Decreto de 04.01.1955, é possível recorrer da decisão de recusa de depósito sob o mesmo regime do recurso da decisão de recusa de registo. No entanto, sendo os recursos julgados procedentes, os seus efeitos são bem diversos: procedendo o recurso contra a decisão de recusa de registo, o registo que venha a ser efectuado beneficia da prioridade do dia do depósito inicial; procedendo o recurso contra a decisão de recusa de depósito, será efectuado um “novo” depósito cuja prioridade depende da sua própria data.

11. MEDIDAS QUE VISAM ASSEGURAR A EFICÁCIA DA *PUBLICITÉ FONCIÈRE*

11.1 *Ausência de meios substitutos*

A publicidade não pode ser substituída pelo simples conhecimento pessoal do direito não publicado por parte de um terceiro, a não ser que ele tenha sido incumbido da redacção do acto.

O afirmado vale, sem reservas, como referimos, em matéria de inscrição de hipotecas; ao invés, é preciso ter em conta que em matéria de publicação de actos *inter vivos* a jurisprudência, actualmente, como já referimos, parece bastar-se com o conhecimento da alienação anterior por parte do segundo adquirente, para lhe negar o benefício de invocar a falta de publicidade.

11.2 *Forma autêntica dos actos submetidos à publicidade*

Como vimos, todo o acto sujeito à publicidade no *bureau des hypothèques* deve assumir a forma autêntica (art. 4.º, al. 1, do Decreto de 04 de janeiro).

11.3 *Regras que asseguram a exactidão das menções*

A própria finalidade da *publicité foncière* exige que as pessoas e os bens imóveis objecto dos actos sejam identificados com a máxima precisão.

– Quanto às pessoas o art. 5.º do Decreto de 04.01.1955 prescreve: “Qualquer acto ou decisão judicial sujeito à publicidade (...) deve conter os nomes, apelidos, estado civil, domicílio, data e local de nascimento e profissão das partes, bem como o nome do seu cônjuge” e todas estas menções devem ser certificadas pelo notário, *huissier*, advogado ou autoridade administrativa; as certidões notariais de devolução sucessória devem comportar as mesmas indicações, certificadas pelo notário, relativas ao *de cuius* e a cada um dos herdeiros.

De acordo com o art. 6, do diploma em apreço, as mesmas indicações devem ser feitas, com as devidas adaptações, quando em causa esteja uma pessoa moral (denominação, forma, sede social, etc.), sendo elas também objecto de certificação.

– Em relação aos imóveis, o art. 7.º do mesmo Decreto, estabelece que qualquer acto ou decisão judicial sujeita à publicidade deve indicar a natureza, a situação, a área, a designação cadastral (secção, número do plano e nome do local onde se encontra situado) etc. Na prática, a designação do imóvel é feita através do extracto cadastral que é, como vimos, obrigatoriamente anexado à requisição de registo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica, de Décio Antônio Erpen – *RDI* 36/37;
- Do conceito de direito imobiliário registral, de Ricardo Henry Marques Dip – *RDI* 27/53;
- Hermenêutica registral, de Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior – *RDI* 70/405; e
- La evolución de los sistemas registrales en Europa, de Nicolás Nogueroles Peiró – *RDI* 61/221.

ALCANCES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y EL EXCESO CALIFICATORIO

4

WILSON GÓMEZ RAMÍREZ

Doctor en Derecho en la Universidad Autónoma de Santo Domingo – UASD. Diplomado del III Curso de Derecho Registral en la Universidad Ramón Llull-Esade y Colegio de Registradores de Barcelona, España. Ex Presidente de la Asociación Dominicana de Abogados – Adoma, del Colegio de Abogados de la República Dominicana, de la Federación Centroamericana y del Caribe de Colegios y Asociaciones de Abogados, del Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados. Ex Registrador de Títulos del Distrito Nacional y de San Cristóbal y Coordinador Nacional de los Registradores de Títulos. Director Nacional de Registro de Títulos.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: Alcance e limites da qualificação registral na República Dominicana. Importância do registrador imobiliário que, ao realizar o exame do título que se pretende registrar, deverá decidir se a nova situação jurídico-imobiliária cumpre todos os requisitos para o ingresso no registro. Análise da natureza jurídica do registrador dominicano, que mescla características de correntes distintas. O excesso na qualificação representa afronta à segurança jurídica, à segurança das transações imobiliárias e publicidade registral.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis – Qualificação registral – Segurança jurídica.

RESUMEN: Alcances y límites de la calificación registral en la República Dominicana. Importancia del Registro de la Propiedad que, al analizar el título debe decidir si la nueva situación jurídica y patrimonio cumple todos los requisitos para el ingreso en el folio. El análisis de la naturaleza jurídica de la República Dominicana, registro, que combina las características de corrientes distintas. El exceso en la calificación representa afronta a la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario y publicidad registral.

PALABRAS CLAVE: Registro de la propiedad – Calificación registral – Seguridad jurídica.

Lo que se persigue en el sistema registral dominicano con una escrupulosa calificación, es evitar el ingreso al Registro de documentos deficientes que puedan conspirar con el esfuerzo originario que se hizo con el saneamiento, se

adoptaron todos los cuidados para garantizar que los derechos ingresaran con toda limpieza, absolutamente saneados, lo que debe mantenerse como manera de mantener la seguridad.

En su interesante tratado *Instituciones de derecho registral inmobiliario*, los autores españoles Antonio Manzano Solano y María del Mar Manzano Fernández, citan a Peña Bernardo de Quiroz y dicen que “calificar es decidir si el hecho del cual se solicite el asiento, llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable. Es decir, se trata de determinar si, conforme a la ley, procede o no practicar el asiento solicitado”.

En su obra *Derecho Registral Aplicado*, los tratadistas argentinos Raúl G. García Coni y Ángel Agustín Frontini, citan Edgardo O. Scotti, también tratadista argentino, quien a su vez había citado Ruiz Martínez, en su trabajo *Algunas consideraciones sobre la calificación registral*, que opina: “La calificación, alma máter de la biología jurídica, como la llamó Monasterio, es consecuencia directa del principio de legalidad. En el registro solo deben ingresar negocios jurídicos de disposición perfectamente sanos, o al menos aparentemente sanos; no existen rayos X en los registros con que poder examinar las enfermedades internas y ocultas, que pueden escapar a toda mirada inquisitiva; pero basta con aquella apariencia para que la institución cumpla con su cometido y llene su misión de garantía para cuantos a ella se acogieron con un deseo y un afán justísimo de tranquilidad”.

El tratadista español Javier Gómez Gállico, en su trabajo *La calificación registral*, señala que “calificar, en Derecho hipotecario o registral, es determinar si el acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que sólo tengan acceso, y por tanto la protección del sistema, los títulos válidos, perfectos”.

En nuestro país el art. 43 del Reglamento General de Registros de Títulos, modificado, define la función calificadora: “Es la facultad que el Registrador de Títulos tiene para examinar, verificar y calificar los actos, sus formas y demás circunstancias”.

En nuestro sistema, de fe pública, existe una fuerte presunción de exactitud y el Registrador de Títulos es un intérprete autorizado de la legalidad del documento, nuestro más elevado Tribunal, la Suprema Corte de Justicia, ha dicho que el Registrador “es juez de la legalidad del documento” que le es presentado.

Entre nosotros la calificación entraña una delicada labor profesional de orden jurídico, se precisa tomar en consideración todos los elementos constituti-

vos de los derechos reales que recaen sobre los inmuebles, el Registrador tiene la obligación de examinar esos elementos de existencia y validez del documento presentado, verificar que efectivamente los requisitos establecidos para la plena eficacia, han sido satisfechos por el interesado, por tanto tiene que depurar la documentación que se le ha presentado.

El Notario dominicano, oficial público sobre el que debe recaer una parte importante de la tarea calificatoria ha declinado en buena medida la misma porque al momento de instrumentar sus actos ha privilegiado el documento bajo firma privada en desmedro del acto público o auténtico.

En nuestro sistema la primera calificación la hacen la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales, sus Direcciones Regionales, los Tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria y los Registros de Títulos, con motivo del saneamiento, lo que da lugar a la genuina inmatriculación o primer registro.

Luego, en los actos posteriores, en las actuaciones que siguen al primer registro, corresponde a los Registros de Títulos calificar los documentos, salvo las modificaciones parcelarias, la regularización parcelaria y el deslinde, donde la Dirección de Mensuras tiene la facultad de calificar la fase puramente catastral.

Una parte importante de la doctrina iberoamericana levanta la posición de que la calificación registral tiene un estrecho vínculo con el trabajo judicial.

Dicen los sustentadores de esta tesis que esto es así por cuanto una decisión del Registrador tiene un amplio valor y eficacia en las esferas administrativa y judicial, pues contra la calificación del Registrador se puede interponer recursos ante los tribunales y estos tienen que pronunciarse al respecto.

Gómez Gállego refuta esta posición, y en tal sentido expresa que “aunque el Registrador decide con total independencia sobre una cuestión que afectará de manera decisiva los derechos de las personas interesadas en la situación inscribible, la calificación no es una función judicial. Su finalidad no es la de resolver una situación contenciosa, sino la de decidir si se incorpora o no al Registro de la Propiedad, con eficacia *erga omnes* –y en ocasiones con eficacia constitutiva– una nueva situación jurídica inmobiliaria”.

Por su parte Caicedo Escobar opina que “la función jurisdiccional se realiza mediante un proceso, mientras que la función registral se desenvuelve por medio de un mero procedimiento compuesto de una serie de actos mediante los cuales ejerce su actividad un órgano público. Tal función no tiene por objeto el examen de pretensiones, ya que no se pide nada frente a la otra parte”.

Un grupo de tratadistas de gran incidencia en el Derecho Registral, encabezados por Ramón María Roca Sastre y Jerónimo González, entre otros, manifiestan que el Registrador es un funcionario de la jurisdicción voluntaria.

La actuación está determinada por instancia de parte, existe un indiscutible predominio del interés privado, la actuación de oficio resulta muy excepcional, está determinada por la comisión de un error puramente material en que incurre el Registro o por motivo del interés público.

Javier Gómez Gállico en su trabajo citado, afirma que “la función calificadora se encuadra dentro de la jurisdicción voluntaria, se rige por un procedimiento especial y no por el procedimiento administrativo común, está dirigida a la atribución de derechos reales frente a terceros, y produce efectos *erga omnes*”.

Se critica a los que consideran que la función calificadora cae en la órbita de la jurisdicción voluntaria, los críticos consideran que se trata de una categorización desacertada, por cuanto solo existe la jurisdicción contenciosa.

Otros autores entienden que la función calificadora es de carácter administrativo, pues es practicada por un funcionario del orden administrativo que se maneja con un procedimiento de esa misma naturaleza y que su decisión está sometida a la posibilidad de ser revisada.

En el caso de nuestro país las características del sistema y el rol que desempeña el Registrador de Títulos como calificador del documento, inclusive con la facultad de poder inmiscuirse en la parte intrínseca del documento privado, que efectivamente puede atribuir derechos reales ante los terceros con efectos ante todo el mundo y que está gobernado por un procedimiento administrativo especial, sitúa, en principio, la función calificadora en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, resulta incontrovertible que la calificación registral nuestra está vinculada a la función judicial, y es que muchas veces la decisión emanada del Registrador puede afectar derechos que están fuera de la órbita de lo administrativo, y, además, contra tal decisión eventualmente se puede interponer el recurso jurisdiccional ante el Tribunal Superior de Tierras.

Hay que señalar que la función calificadora también participa de la naturaleza administrativa del orden judicial, el Registrador de Títulos depende de la Dirección Nacional de Registro de Títulos, que constituye un órgano de la Jurisdicción Inmobiliaria, y, ésta a su vez del Consejo del Poder Judicial, es pon tanto parte integrante de este Poder del Estado.

Hay que convenir en que la función calificadora de nuestro Registrador asume una singular naturaleza, intervienen características propias de las tres tesis sustentadas hasta ahora: voluntaria, administrativa y judicial. Por tanto entre nosotros se verifica una conciliación doctrinaria, vale decir que se configura un indiscutible eclecticismo.

Son varios los caracteres que se pueden verificar en la calificación registral, así se puede asegurar que la función calificadora revela una exclusividad a cargo del Registrador de Títulos, quien la realiza con libertad, absoluta independencia, total autonomía y sin que pueda delegarla.

El art. 46 del Reglamento General de Registros de Títulos, modificado, indica que la función calificadora es responsabilidad exclusiva del Registrador de Títulos. Ahí queda retratado el expreso carácter de exclusividad.

Los argentinos García Coni y Ángel Frontini, autores de la obra *Derecho registral aplicado*, apuntan que “ya no se discute que el registrador debe calificar los documentos, pues no es un amontonador de papeles que mecaniza su labor, sino un especialista que cumple una tarea intelectual”.

El Registrador tiene la obligación de calificar, se cumple el carácter de obligatoriedad en el contenido del art. 47 del antes indicado Reglamento: “La función calificadora es obligatoria, indelegable y se ejerce con independencia funcional, en el marco de la Ley de Registro Inmobiliario, del presente Reglamento, y de otras normas jurídicas aplicables”.

La calificación tiene aplicación sobre todo documento inscribible presentado en el Registro, empero los sistemas registrales no le otorgan los mismos alcances, ni iguales límites, ni la misma amplitud a este principio.

Ya hemos dicho que en nuestro sistema el alcance de la calificación con respecto al documento privado es bastante amplio, comprende las facultades de comprobar que la documentación presentada esté completa y que cumpla con los requisitos de fondo y forma establecidos para la actuación registral de que se trate; puede examinar y verificar la legalidad de los documentos, la ratificación o rectificación documental, apreciar la legitimación de firmas, establecer la capacidad de los otorgantes.

Es vista del rigor que implica la función calificadora en nuestro sistema, se debe estudiar exhaustivamente el expediente, cada uno de los documentos que lo integran, pues, desde el punto de vista de la inscripción el efecto es constitutivo y convalidante, más aún porque, como hemos dicho, el notario nuestro por lo general no instrumenta el acto público o auténtico.

Por supuesto, el Registrador al calificar también tiene sus límites, y, por ejemplo, no está facultado para subsanar deficiencias u omisiones importantes que pudieren revelarse en los documentos que les son presentados, tampoco puede presumir lo que no está expresamente consignado en los mismos.

Así mismo en lo concerniente a la calificación del acto administrativo el Registrador tiene una facultad intermedia, restringida con respecto al documento privado; en tanto que con mayor limitación que en lo que tiene que ver con el

documento de orden judicial, caso en que la misma se contrae a los elementos extrínsecos.

En lo que tiene que ver con la calificación de los actos que emanan de la autoridad judicial, el art. 51 del Reglamento General de Registros de Títulos, modificado, señala “(...) la función calificadora del Registrador de Títulos se limita a constatar que no existan vicios de forma sustanciales”.

Álvarez Caperochipi, apunta que “en la calificación de los actos y mandamientos jurisdiccionales, la función de la calificación registral está drásticamente restringida”.

En nuestro sistema registral si el Registrador de Títulos se encontrare en la imposibilidad de ejecutar una decisión de un Tribunal de la Jurisdicción Inmobiliaria, debe comunicar la situación, mediante escrito motivado, al Juez o Tribunal que dictó la decisión, solicitando impartir las instrucciones expresas y escritas que estime convenientes, de acuerdo con el art. 52 del Reglamento General de Registros de Títulos, modificado.

En el párrafo único del referido artículo se refiere que “mientras el Registro de Títulos no reciba instrucciones expresas y escritas del Juez o Tribunal no deberá ejecutar la decisión”.

Nada parece oponerse para que los alcances y el contenido de los arts. 51 y 52 del Reglamento General de Registros de Títulos, modificado, puedan ser aplicados por el Registrador, cuando se trate situaciones similares, pero generadas por decisiones provenientes de otras jurisdicciones.

Nadie puede discutir la trascendencia, gravedad y delicadeza de la función calificadora, y, el responsable de vigilar el correcto y equilibrado desenvolvimiento de la oficina registral inmobiliaria es el Registrador de Títulos.

Su esfuerzo tiene que dirigirlo con mucha prudencia, con esmerado tacto y marcada ecuanimidad, evitando, en su exigente función de calificador, que nada le haga incurrir en excesos o que, en sentido contrario, pueda llegar al defecto que puede impulsar cualquier asomo de ligereza.

Si el Registrador se excediere podría contravenir el alto propósito del Registro de Títulos o Registro de la Propiedad, podría atacar directamente la seguridad jurídica, la seguridad de tráfico inmobiliario, el crédito territorial, la publicidad registral y la prioridad.

Con la caprichosa calificación registral, generadora de retrasos, se abre paso un estado de incertidumbre que trastorna el clima de inversión, afecta la economía nacional y frena el movimiento de los capitales.

Muchas veces el Registrador se ve tentado a desbordar su competencia y hasta le otorga importancia a cuestiones que verdaderamente son intrascen-

dentes, tal es el caso de un acto notarial auténtico que consigna la pérdida, empero no se ha dicho en circunstancia se ha extraviado; o impedir el ingreso al Registro del expediente porque la copia fotostática del pasaporte o de la cédula de identidad de un contratante no han sido aportados, no obstante tratarse de convenios suscritos hace mucho tiempo, o por haber estado en la imposibilidad material de procurárselo etc.

La calificación requiere de madurez, inteligencia, ecuanimidad y rectitud, esa delicada actividad tiene que orientarse hacia la realización del ideal de justicia, es preciso procurar ser justo, se requiere hacer un esfuerzo básico por entender al usuario que concurre a esta oficina, casi siempre bajo el influjo de verdaderos apremios, por tanto la respuesta tiene que ser oportuna, evitando dilaciones innecesarias y, en todo momento ofreciendo a los interesados información sobre el estado de su expediente o documento.

Al referirse a la calificación desmedida el autor mexicano Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su libro *Derecho registral*, afirma: “Con frecuencia algunos registradores tienden a considerarse ‘juez de jueces’ y se introducen al estudio de un documento en los aspectos más insignificantes... Esta actitud propicia el entorpecimiento y dilación en el proceso registral, así como el innecesario congestionamiento de los documentos, y en algunas ocasiones puede fomentar la corrupción”.

Esta consideración resulta clara y cierta, las personas que concurren al Registro por lo general están urgidas, necesitan hacen cesar una turbación, se encuentran ante una ejecución crediticia, una intervención médica inminente, una oferta cuya oportunidad no parece desaprovechable y no admite espera etc., si en una de estas circunstancias se obstaculiza la respuesta registral, la gente se ve tentada a procurar soluciones non sanctas, se le puede estar empujando a convertirse en sujeto activo del fomento de la corrupción.

El autor alemán Víctor Ehrenberg, en su trabajo *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, señala: “(...) la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico solamente pueden alcanzarse a costa de la celeridad del tráfico: en cada inscripción registral, en cada expedición de un documento habitual, existe un obstáculo para la conclusión de un negocio. De la misma manera, antes de la ejecución de un acto jurídico es necesario informarse en el Registro acerca de las circunstancias que concurren (...)”.

El Registrador tiene que procurar certeza y confianza, el llamado *ius certum* o seguridad del derecho, actuar en todo momento como un celoso centinela de los derechos registrados, pero al hacerlo no puede perder de vista que tiene que armonizar ese buen propósito, que no es más que la seguridad jurídica, con la necesidad de agilizar el despacho del expediente a fin de que la respuesta

sea oportuna y satisfaga al mismo tiempo que la seguridad jurídica también la seguridad de tráfico inmobiliario.

En definitiva, estamos conscientes de que el procedimiento registral resulta inevitablemente riguroso y que ahí descansa la eficacia de la función, pero también es sabido que el ejercicio del Registrador entraña rectitud y coraje, tiene que decidir con el más elevado sentido de oportunidad y bajo la convicción de que su dependencia juega un rol importante en la vida económica del país.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 68/62;
- Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade, de Vicente de Abreu Amadei – *RDI* 31-32/22;
- O registrador e sua jurisdição nos loteamentos urbanos: fiscalização e poder urbanístico, de Arthur Rios – *RDI* 29/115;
- Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario, de Fernando P. Méndez González – *RDI* 61/155; e
- Sobre a qualificação no registro de imóveis, de Ricardo Henry Marques Dip – *RDI* 29/33.

AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS POR EMPRESAS BRASILEIRAS SOB CONTROLE ESTRANGEIRO

5

EDUARDO AUGUSTO

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Fadisp. Diretor de Assuntos Agrários do Irib. Registrador Imobiliário em Conchas/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário

RESUMO: O artigo trata da polêmica gerada pelo recente Parecer da Advocacia-Geral da União que considerou constitucional, e, portanto em vigor, o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971, que trata da subordinação das empresas brasileiras sob controle estrangeiro às rígidas regras para a aquisição de imóvel rural por estrangeiro. Esse novo entendimento foi aprovado pelo Presidente da República e, após determinação do Conselho Nacional de Justiça, passou a ser vinculante para todos os notários e registradores imobiliários do País, que agora estão inibidos de elaborar escrituras e de registrar títulos em desacordo com esse dispositivo legal. Considerando que muitas das grandes empresas do Brasil estão sob controle estrangeiro, entre elas várias instituições financeiras, esse novo entendimento causou um enorme problema a toda a sociedade, pois afetou a liberação de crédito à população e inibiu o interesse em investimentos no país, colocando o Brasil na contramão do tão desejado desenvolvimento nacional.

ABSTRACT: The article addresses the controversy generated by the growing opinion of the Attorney General's Office that found constitutional, and therefore in effect, the first paragraph of the first article of Law 5.709/1971, which deals with the subordination of Brazilian companies under foreign control for the rigid rules for the acquisition of rural property by foreigners. This new understanding was approved by the president and, after determination of the National Council of Justice, became binding on all notaries and real estate records of the country, who are now inhibited from preparing deeds and titles to register in violation of this legal provision. Considering that many major companies in Brazil are under foreign control, including various financial institutions, this new understanding has caused a huge problem throughout society, because it affected the release of credit and inhibited the population's interest in investments in the country, putting the Brazil at odds with much desired national development.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Propriedade – Direito Registral Imobiliário – Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro – Lei 5.709/1971 – Dec. 74.965/1974 – Módulo de exploração indefinida – Parecer da AGU.

KEYWORDS: Property Rights – Real Estate Records Law – Acquisition of Rural Property by Foreigners – Law 5.709/1971 – Dec. 74.965/1974 – Undefined Exploration Module – The opinion of the AGO (Attorney General's Office).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Análise constitucional – 3. Restrições para a aquisição de imóvel rural – 4. Capital estrangeiro – 5. Controle efetivo da empresa – 6. Controle estrangeiro indireto – 7. Inaplicabilidade da norma – 8. Efeitos do descumprimento da norma – 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A aquisição de imóvel rural por estrangeiro está regulada pela Lei 5.709/1971, que estabelece o seguinte:

“Art. 1.º O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.”

Da leitura do *caput* do art. 1.º, chega-se à conclusão de que estão proibidos de adquirir imóvel rural no Brasil o estrangeiro residente no Exterior e a pessoa jurídica estrangeira com sede no Exterior.

Portanto, a pessoa jurídica estrangeira somente poderá adquirir imóvel rural se tiver sede aqui no Brasil, ou seja, essa empresa deve possuir autorização expressa do Governo Brasileiro para funcionar em território nacional e efetivar seu registro na Junta Comercial do Estado em que se localizar sua nova sede.

No entanto, o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971 amplia o conceito de empresa estrangeira, para os fins da submissão às suas regras:

“§ 1.º Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.”

Tanto a doutrina como a jurisprudência consideravam que esse dispositivo não havia sido recepcionado pela Constituição Federal. No entanto, a Advocacia-Geral da União (AGU) mudou seu entendimento sobre a matéria, tendo emitido o Parecer CGU/AGU 1/2008 – RVJ. Por ter sido aprovado pelo Presidente da República e publicado em diário oficial (DOU 23.08.2010), o novo entendimento passou a ser vinculante para toda a administração pública federal, nos termos dos arts. 40 e 41 da LC 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União).

2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL

É duvidosa a constitucionalidade da sujeição da “empresa brasileira sob controle estrangeiro” às mesmas regras impostas à empresa estrangeira para a aquisição de imóvel rural.

Tal dispositivo legal não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em decorrência da literalidade de seu art. 190:

“Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.”

Poderia a lei ordinária ampliar a restrição às empresas brasileiras sob controle estrangeiro? Parece-me que não.

Outra questão levantada foi a possível incompatibilidade com o art. 171 da CF/1988. Esse artigo, que foi revogado pela EC 6/1995, previa o seguinte:

“Art. 171. São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.”

Em 1994, o entendimento da AGU era que tal dispositivo não havia sido recepcionado pelo texto constitucional. O Parecer da AGU faz expressa menção a essa passagem histórica:

“30. Por essa manifestação, o dispositivo em questão – § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971 – não havia sido recepcionado em face da redação do art. 171, I, da CF/1988 que constitucionalizara o conceito de empresa brasileira e não admitia restrições à atuação de empresa brasileira, somente aquelas expressas no texto constitucional.

31. Essa situação, segundo o Parecer, era diversa da vivenciada no ordenamento constitucional anterior, em que não havia a constitucionalização do conceito de empresa brasileira e que admitia restrições à sua atuação com base na lei ordinária.”

No entanto, a EC 6/1995 (publicada em 16.08.1995) revogou expressamente o art. 171 da CF/1988, que concedia à lei a possibilidade de criar benefícios para a “empresa brasileira de capital nacional”.

A EC 6/1995 tem origem na PEC 5/1995, de iniciativa do Presidente da República. Essa PEC tinha por objetivo dar nova redação ao art. 171, para

considerar “empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País”. Na Exposição de Motivos 37, de 16.02.1995, assinada por seis ministros e encaminhada ao Presidente da República, ficou clara a intenção de acabar com a discriminação entre empresas brasileiras de “capital nacional” e de “capital estrangeiro”:

“2. A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito de empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

3. A discriminação no capital estrangeiro perdeu o sentido na contexto de eliminação das reservas de mercado, maior intercalação entre as economias e necessidade de atrair capitais estrangeiros para complementar a poupança interna (...).”

No entanto, o Congresso Nacional optou por revogar o art. 171 da CF/1988, situação esta que gerou o seguinte impasse:

– para quem entendia que o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971 não havia sido recepcionado pelo art. 171 da CF/1988, a desconstitucionalização do conceito de empresa brasileira pela EC 6/1995 possibilitou ao legislador ordinário criar distinções por lei ordinária;

– para quem entendia que o texto original do art. 171 não gerava incompatibilidade, a sua revogação eliminou a distinção entre “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, o que tornaria o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971 não recepcionado pelo novo formato constitucional.

Na época, a AGU chegou à primeira conclusão, de que o dispositivo era inconstitucional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, com a revogação do art. 171 da Carta Magna, tal restrição passou a ser compatível com a Constituição. No entanto, como o nosso ordenamento jurídico não permite a repristinação de normas revogadas, haveria necessidade de uma nova lei para impor às empresas nacionais sob controle estrangeiro restrições para a aquisição de imóveis rurais.

No entanto, o atual Parecer da AGU defende uma tese ainda mais diversa, de que o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971 nunca contrariou o texto constitucional e que continua válido, devendo ser cumprido à risca.

3. RESTRIÇÕES PARA A AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RURAL

As restrições impostas pela Lei 5.709/1971 para a aquisição de imóvel rural são distintas para estrangeiros pessoas físicas e pessoas jurídicas.

Somente para as pessoas físicas há a hipótese de aquisição livre (até três módulos de exploração indefinida) e a aquisição, entre três e cinco módulos, requer apenas a prévia autorização do Incra, mediante um procedimento administrativo.

“Art. 3.º A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1.º Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.”

Para as pessoas jurídicas estrangeiras, a lei é muito mais rígida, pois exige prévia autorização do Incra, independentemente da dimensão do imóvel, e tal autorização somente poderá ser concedida em situações específicas.

As pessoas jurídicas estrangeiras (e, agora, também as nacionais sob controle estrangeiro) somente poderão adquirir imóvel rural numa das hipóteses legais do art. 5.º, que são: implantação de projetos agropecuários, industriais ou de colonização, desde que tais projetos estejam vinculados aos seus objetivos estatutários.

Se a aquisição pretendida não se enquadrar numa dessas limitadas situações, a aquisição é proibida; portanto, o Incra não poderá emitir a autorização.

Com a abertura de mercado iniciada no Governo Collor e ampliada nos governos seguintes, muitas das grandes empresas de nosso País passaram a estar, direta ou indiretamente, sob controle de alguma empresa estrangeira. Isso engloba uma grande parte das instituições financeiras, concessionárias de telefonia, energia elétrica etc.

Essas empresas, que não atuam no ramo rural, costumavam adquirir imóvel rural como investimento ou, o que era muito mais frequente, como única forma de ver seu crédito saldado (dação em pagamento, adjudicação de bem penhorado em execução etc.).

Após o Parecer da AGU, tudo isso mudou, pois essas empresas não podem mais adquirir livremente imóveis rurais e, como já foi explicado, a lei não permite que o Incra autorize a aquisição que não se enquadre numa das limitadas hipóteses legais. O Banco Santander (Brasil) S.A., por exemplo, por não atuar em nenhum desses setores, não pode mais adquirir imóvel rural, nem em dação em pagamento em decorrência de um crédito não recebido, conforme lhe possibilitava o art. 35 da Lei 4.595/1964:

“Art. 35. É vedado ainda às instituições financeiras:

(...)

II – Adquirir bens imóveis não destinados ao próprio uso, salvo os recebidos em liquidação de empréstimos de difícil ou duvidosa solução, caso em que deverão vendê-los dentro do prazo de um ano, a contar do recebimento, prorrogável até duas vezes, a critério do Banco Central da República do Brasil.”

A Lei 5.709/1971 traz outra restrição à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, que é o limite percentual da área territorial de cada Município que pode estar sob domínio estrangeiro. Nos termos do art. 12, a soma das áreas pertencentes a estrangeiros não pode ultrapassar 25% da superfície do Município onde se situam. O limite para uma mesma nacionalidade é de 10% do referido território.

Compete ao Registro de Imóveis efetuar esse controle (cadastro especial) em um livro auxiliar das aquisições de imóveis rurais por pessoas estrangeiras (art. 10) e comunicar, trimestralmente, ao Incra e à respectiva CGJ, as aquisições havidas no período, “sob pena de perda do cargo” (art. 11).

Em decorrência dessas regras, o controle deve ser preciso não apenas quanto à dimensão do imóvel adquirido pelo estrangeiro, mas também quanto à nacionalidade do adquirente. Nem sempre é fácil definir essa “nacionalidade” no tocante à pessoa jurídica brasileira controlada por estrangeiro, nas hipóteses em que o controle societário é composto por capitais de origens diversas.

4. CAPITAL ESTRANGEIRO

O Parecer da AGU aponta o art. 172 da CF/1988 como amparo constitucional para a inclusão da empresa brasileira sob controle estrangeiro às restrições da Lei 5.709/1971.

“136. Se o art. 172 da CF dispõe que lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, e se capital estrangeiro é aquele que pertence aos que residem no exterior, ou às empresas sediadas no exterior, *ex vi* da parte final do *caput* do art. 1.º da Lei 4.131/1962, forçoso é concluir que o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971, disciplina, a bem do interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro realizados por empresa brasileira controlada por estrangeiros não residentes, no que concerne à aquisição ou arrendamento de imóveis rurais.

(...)

141. Ora, se o art. 172 refere-se aos investimentos de capital estrangeiro, feitos por empresas brasileiras, aquelas, à luz do texto original de 1988, previstas no art. 171, I, parece-me óbvio que o § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971, foi recepcionado e agasalhado, também, por este dispositivo constitucional.”

A Constituição Federal subordina os investimentos de capital estrangeiro ao interesse nacional, delegando ao legislador ordinário a sua disciplina.

“Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

A lei que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior é a Lei 4.131/1972. O seu art. 1.º conceitua o que vem a ser capital estrangeiro:

“Art. 1.º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.”

Sendo assim, somente é considerado capital estrangeiro o capital introduzido no País para a aplicação em atividade econômica, de titularidade de pessoa natural ou jurídica residente ou com sede no Exterior. Uma vez investido no Brasil, esse capital perde a característica de “capital estrangeiro”, tanto que o art. 2.º prevê sua isonomia com o capital nacional:

“Art. 2.º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.”



Figura 1 – Investimento de Capital Estrangeiro.

Portanto, a limitação imposta à empresa brasileira sob controle estrangeiro para adquirir imóvel rural não tem fundamento no art. 172 da CF/1988, uma vez que a aquisição não é feita pelo estrangeiro controlador (com uso de capital estrangeiro), mas sim pela empresa brasileira, com recursos já nacionalizados (capital nacional).

5. CONTROLE EFETIVO DA EMPRESA

“§ 1.º Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a *maioria do seu capital social* e residam ou tenham sede no Exterior” (§ 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971).

A caracterização pela simples análise da titularidade da “maioria do capital social” estava coerente com a legislação da época. No entanto, com a vigência da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), que permitiu a desvinculação da quantidade do capital investido na sociedade com o seu efetivo controle, a doutrina tem afirmado que essa situação mudou. Isso porque a Lei das S.A. permite a emissão de ações preferenciais para a obtenção de capital, conferindo a seus titulares prerrogativas na percepção dos lucros, mas sem direito a voto. As decisões, portanto, ficam restritas aos titulares das ações ordinárias. Além disso, definiu expressamente o que é “acionista controlador” em seu art. 116:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

O Parecer da AGU defende esse novo entendimento, ou seja, a empresa brasileira que se submete às restrições da Lei 5.709/1971 é aquela em que o estrangeiro, residente ou sediado no Exterior, tem o “controle efetivo da empresa”. O controle efetivo é caracterizado pela titularidade da maioria de seu capital votante e pelo exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades:

“223. Assim, para que se entenda presente a norma contida no § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971, a pessoa física ou jurídica estrangeira deve preencher,

cumulativamente, os requisitos de que cuidam as alíneas *a* e *b* do art. 116 da Lei 6.404/1976.”

Essa interpretação da AGU, apesar da aparente coerência com a legislação em vigor, é impraticável. O art. 116 da Lei das S.A. trata de definir a situação da empresa num dado momento, que pode variar nos termos do acordo de vontade de seus acionistas-eleitores. Não pode uma situação tão precária servir de base para definir se a empresa pode ou não adquirir imóvel rural.

É óbvio que o “acordo de voto” resulta em favor do “beneficiário” o efetivo controle da empresa (critério previsto na alínea *b*). Mas o acionista que exerce esse controle não o faz com o poder exclusivo de suas ações. Ele exerce o controle pela utilização de um mandato conferido por outros acionistas que lhe garante a maioria. Esse acordo não é permanente, podendo ser revogado nos termos nele pactuados. É certo que os “verdadeiros controladores” (titulares da maioria dos votos) não assinarão um acordo em que não possam revogá-lo em determinadas situações. Não parece ter sido essa a *mens legis* do § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971.

O art. 116 da Lei 6.404/1976 traz apenas um critério objetivo, previsto na alínea *a*, que é a titularidade da maioria dos votos. É o critério que deve prevalecer (“maioria do capital social” = “maioria dos votos”). Os demais critérios não podem ser utilizados na interpretação da Lei 5.709/1971, pois são subjetivos e coloca a vontade dos acionistas acima da norma.

Portanto, o controle da empresa deve ser analisado objetivamente, identificando quem possui a titularidade da maioria do capital votante (controle potencial), não importando se ele exerce ou não efetivamente o seu poder.

Diante disso, estão submetidas às restrições para a aquisição de imóvel rural apenas as pessoas jurídicas brasileiras cuja “maioria do capital votante” seja de titularidade de pessoa natural estrangeira residente no Exterior ou de pessoa jurídica estrangeira com sede no Exterior.

6. CONTROLE ESTRANGEIRO INDIRETO

Para compreender melhor a questão, vamos analisar a estrutura societária do Banco Santander (Brasil) S.A., uma das maiores instituições financeiras do Brasil.

Verifica-se, pela figura 2, que grande parcela do capital social do Santander Brasil (82,1%) está sob controle estrangeiro, sendo 46,8% de titularidade de uma empresa holandesa e 35,2% de uma empresa espanhola. Nessa primeira análise, percebe-se a primeira dificuldade: quem é o controlador?

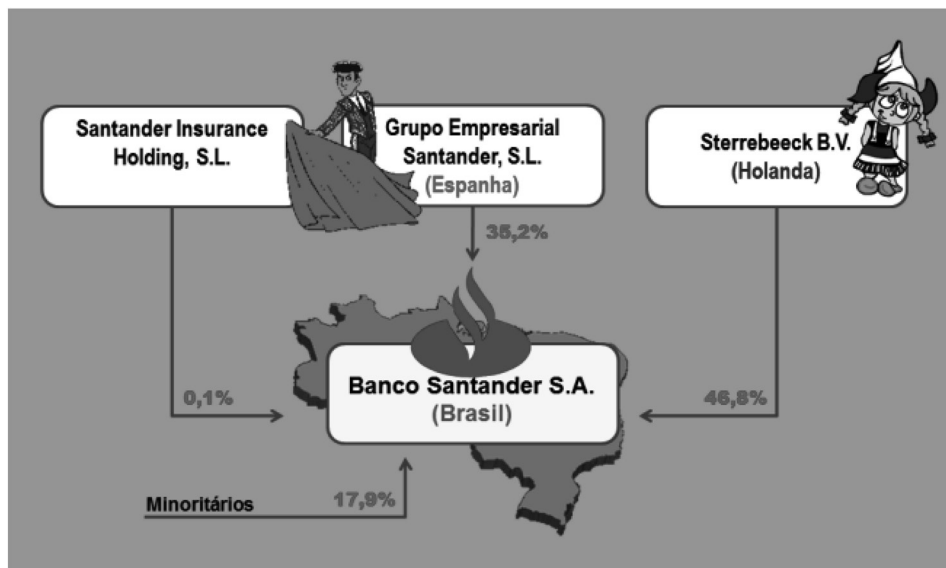


Figura 2 – Estrutura societária do Santander do Brasil.

Mesmo não tendo a maioria absoluta das ações, a empresa holandesa tem maiores chances de ser a controladora do Banco Santander (Brasil) S.A., pois basta que obtenha dos minoritários uma quantidade de votos superior a 3,2% do capital votante. Apesar dessa aparente facilidade, tal resultado não é garantido, pois isso depende de acordo entre os acionistas; e tais acordos podem ser alterados a qualquer momento.

Para facilitar a questão, voltemos ao ano de 2009, antes da oferta global de ações feitas pelo Banco Santander (Brasil) S.A., quando a sua composição societária era a seguinte: Santander Insurance Holding, S.L. (2,6%); Grupo Empresarial Santander, S.A. (40,7%); Sterrebeeck B.V. (54,7%); e minoritários (2%). Como o sócio majoritário era a empresa Sterrebeeck, a maioria do capital estrangeiro investido no Santander Brasil era obviamente holandês; portanto, o controle do banco brasileiro, em 2009, era holandês.

No entanto, numa análise mais profunda, verifica-se que esses três acionistas são empresas controladas pelo Banco Santander S.A. (da Espanha). A empresa holandesa é uma subsidiária integral daquela empresa espanhola. Portanto, 82,1% das ações ordinárias do Santander do Brasil estão sob controle indireto do Santander da Espanha.

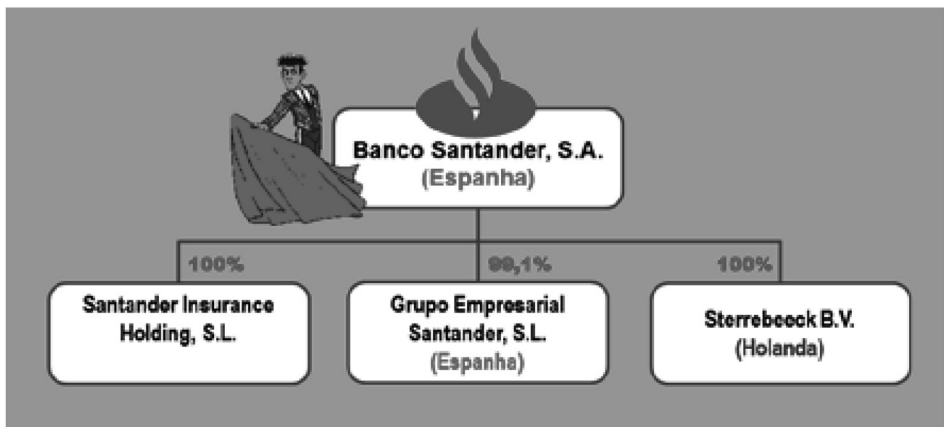


Figura 3 – Estrutura societária do Santander espanhol.

Diante dessa segunda constatação, pergunta-se: como ficaria o controle do Banco Santander (Brasil) S.A. se a empresa holandesa continuasse titular de 54,7% das ações com direito a voto?

Se a resposta for “controle espanhol”, surge uma segunda dificuldade: deve-se, então, analisar a estrutura societária do Santander da Espanha para verificar se seu controle não é de outra nacionalidade? Quantos patamares deverão ser investigados? Esta não parece ser a melhor resposta, pela sua total inaplicabilidade.

A remessa de lucros do Santander Brasil deverá obedecer a sua estrutura societária; portanto, a parcela dos lucros gerados pela empresa devidos pela participação societária da empresa Sterrebeeck B.V. deverá ser remetida a ela, na Holanda, e não diretamente ao Santander espanhol. Esta empresa espanhola somente terá acesso aos resultados, por intermédio de sua subsidiária holandesa, segundo as regras contidas em seu Estatuto Social e pela legislação vigente na Holanda. Portanto, o controle do Santander Brasil em 2009 (maioria absoluta do capital votante em poder de Sterrebeeck B.V.) era, sem dúvida nenhuma, holandês.

Seguindo esse mesmo raciocínio, o Banco Santander (Brasil) S.A. é uma empresa brasileira sob controle estrangeiro, uma vez que a maioria de seu capital votante é de titularidade de empresa estrangeira sediada no Exterior. No entanto, a empresa Santander Leasing S.A., uma subsidiária integral do Banco Santander (Brasil) S.A., não se enquadra nesse conceito, uma vez que, em seu quadro societário há apenas um acionista, a empresa brasileira Santander, que aplicou ali um capital integralmente nacional. Portanto, a empresa Santander Leasing S.A. não se submete a nenhuma das restrições da Lei 5.709/1971.

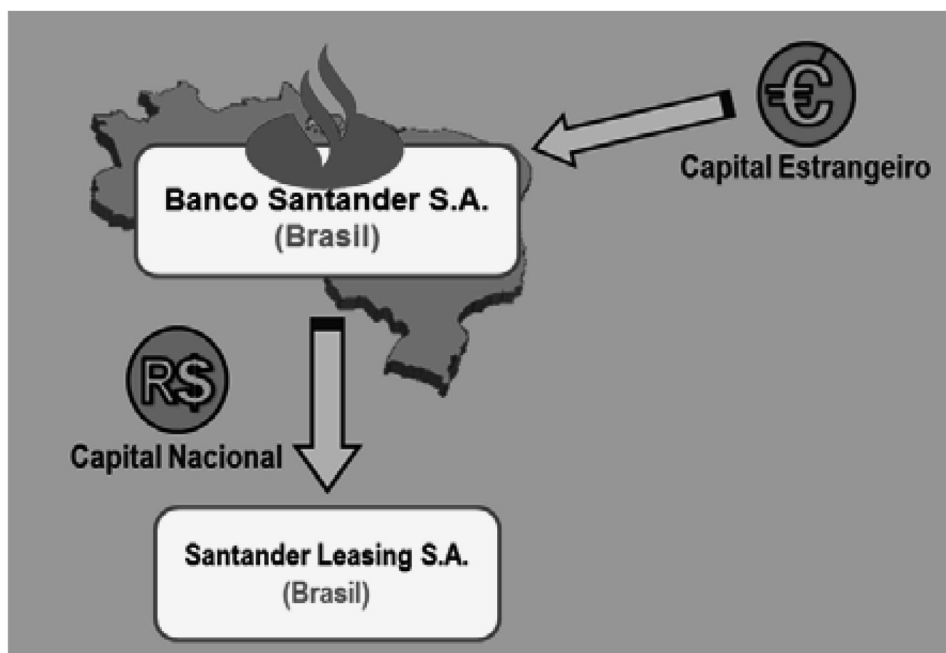


Figura 4 – Subsidiária integral do Santander do Brasil.

Não há como interpretar de forma diversa. Se, para ser equiparada à pessoa estrangeira, a lei exige que a pessoa jurídica controladora da empresa brasileira tenha sede no Exterior, é óbvio que essa análise deve ser feita apenas no quadro societário da empresa que pretende adquirir o imóvel rural e não em patamares ou graus superiores. Se não fosse assim, a exigência de “sede no Exterior” para o controlador estrangeiro perderia todo o sentido, pois toda empresa estrangeira autorizada a funcionar no Brasil (sede no Brasil) é uma simples filial integralmente controlada pela matriz sediada no Exterior e seus sócios controladores são, também, estrangeiros.

Portanto, as empresas controladas pelo Banco Santander (Brasil) S.A. e as controladas pelas suas subsidiárias brasileiras não estão subordinadas às restrições para aquisição de imóveis rurais. O fato de todas elas estarem, indiretamente, sob total controle do Banco Santander S.A. da Espanha não é suficiente para enquadrá-las na regra do § 1.º do art. 1.º da Lei 5.709/1971.

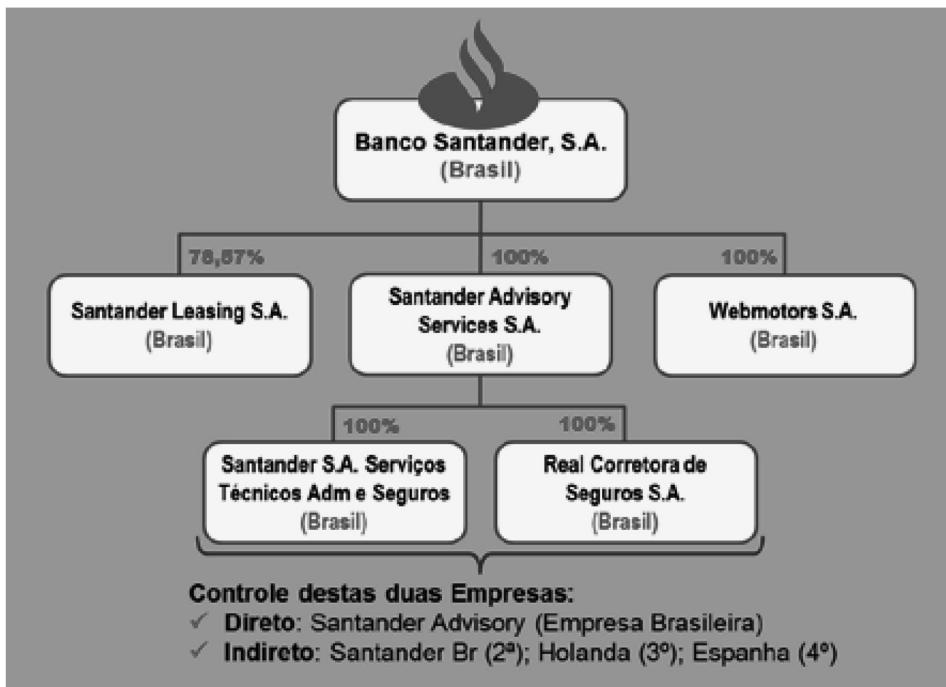


Figura 5 – Controles em graus variados.

7. INAPLICABILIDADE DA NORMA

O objetivo da lei é propiciar um controle minucioso das áreas rurais sob domínio estrangeiro, controle este que, para ser efetivo, deve ser permanente.

No tocante as pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras o controle funciona com certa precisão (uma das dificuldades na atualização de dados está no controle das “baixas” de imóveis em poder de estrangeiros, em que o adquirente brasileiro não é obrigado a registrar seu título em um determinado prazo).

No entanto, no tocante às empresas brasileiras equiparadas à pessoa jurídica estrangeira, o controle somente será possível no momento da aquisição, pois a atualização dos dados será impraticável e o cadastro especial existente no Registro Imobiliário perderá toda a sua utilidade.

Vamos utilizar um exemplo para melhor explicar a inaplicabilidade desse controle.

- Agropecuária Brasil-Canadá S.A. (empresa brasileira sob controle canadense);
- imóvel de 50 hectares (5 MEI em Conchas/SP);

- uso em projeto agropecuário aprovado pelo Incra em 14.09.2010;
- escritura de aquisição em 21.09.2010 e registro em 30.09.2010;
- registro do direito de propriedade na matrícula do imóvel e “registro especial” no livro auxiliar de aquisição de imóveis rurais por estrangeiros.

Em função das necessidades do mercado, a empresa Agropecuária Brasil-Canadá S.A. sofreu algumas alterações em sua estrutura societária. Tais alterações não foram comunicadas ao Registro de Imóveis, pois não há obrigação legal nesse sentido. Eis as principais ocorrências:

– Setembro de 2010: aquisição do imóvel rural – 50 hectares creditados na conta genérica “estrangeiros” (controle do limite de 25% do território municipal) e da conta específica “canadenses” (controle do limite de 10%);

– Janeiro de 2011: o acionista canadense vendeu sua participação societária a uma empresa mexicana, que passou a ser a controladora da empresa Agropecuária Brasil-Canadá S.A. – o Registro de Imóveis não foi notificado dessa mutação societária (que resultaria na necessidade de transferir os 50 hectares da conta “canadenses” para a conta “mexicanos”); e

– Junho de 2011: um grupo brasileiro compra parcela das ações do acionista mexicano e passa a controlar a empresa – o Registro de Imóveis não foi notificado dessa outra mutação societária (que resultaria na necessidade de “dar baixa” dos 50 hectares da conta “estrangeiros” e da conta “mexicanos”).

Além disso, quem fará o controle nas hipóteses de empresa brasileira que, já sendo titular de imóveis rurais, tem seu controle acionário adquirido por estrangeiro? Não há como controlar essas aquisições indiretas, por vários motivos, dos quais se destacam:

– a Lei 5.709/1971 restringe e disciplina as aquisições diretas, não havendo previsão legal para as aquisições indiretas, que ocorrem no caso do controle de uma empresa brasileira ser adquirido por acionista estrangeiro domiciliado no Exterior;

– nessas hipóteses, a lei não exige a alienação do bem imóvel, ficando a empresa, agora controlada por estrangeiro, numa situação delicada na hipótese de incorporação de alguma subsidiária que possua imóveis rurais em seu ativo;

– no caso das sociedades por ações, o controle da titularidade não é registrado na Junta Comercial, mas apenas nos livros de registro de ações nominativas e nos livros de transferência de ações nominativas, que ficam em poder da própria empresa;

– nas sociedades abertas, em que há negociação de ações, a empresa deve comunicar à Comissão de Valores Mobiliários as mudanças de controle, mas a

CVM não tem como averiguar (nem lhe compete isso) se a empresa que passou a ser controlada por estrangeiro possui imóvel rural;

– a empresa controlada por uma pessoa natural estrangeira domiciliada no Brasil (residência permanente) não se submete às restrições da lei; mas nada impede que esse controlador mude-se definitivamente para seu país de origem, deixando um mandatário cuidando de seus interesses aqui no Brasil; diante dessa hipótese, como fica o controle dos imóveis adquiridos quando ele residia no Brasil? ou apenas as novas aquisições se submetem à legislação?

Todas essas questões são apenas alguns exemplos da inaplicabilidade desse dispositivo legal.

8. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA NORMA

No caso de aquisição de imóvel rural que viole as disposições da Lei 5.709/1971, o art. 15 prevê as seguintes consequências:

- o negócio jurídico é nulo de pleno direito;
- o tabelião e o registrador responderão civilmente pelos danos, sem prejuízo da responsabilidade criminal; e
- o alienante deverá restituir ao adquirente o preço do imóvel.

Mais uma vez o legislador foi incoerente. A lei traz severas punições ao tabelião e ao registrador (acrescente-se que o art. 11 prevê a perda do cargo na hipótese da não comunicação trimestral ao Incra e à CGJ das aquisições havidas no período), mas não prevê nenhuma punição a quem verdadeiramente descumpriu a lei.

A nulidade do negócio jurídico não é punição; é mera consequência da prática de qualquer ato ilegal. A restituição do preço também não é punição, pois apenas restabelece o *status quo ante*, uma vez que o imóvel retorna ao patrimônio do alienante. Ou seja, a lei não traz nenhuma consequência gravosa para aqueles que efetivamente burlam a lei.

O ideal é que a lei punisse tanto o vendedor como o comprador com pesada multa, a ser paga por ambos em valores iguais, de forma a desestimular a alienação de imóveis rurais em desacordo com a lei.

9. CONCLUSÃO

No desempenho de sua atividade, não cabe ao registrador imobiliário discutir o mérito desse novo entendimento, mas apenas seus efeitos práticos, pois esse parecer vincula todos os escalões do Executivo Federal (AGU, Incra e

outros) e, após expressa decisão do CNJ, passou também a vincular os serviços notariais e de registro.

As empresas brasileiras que passam a estar subordinadas às restrições da lei são apenas as que estão sob controle direto de pessoa natural ou jurídica estrangeira, que resida ou tenha sede no Exterior. Não há que se fazer o controle do quadro societário da empresa controladora, nem da controladora desta. O comando legal restringe a análise apenas ao controlador direto, ou seja, deve-se verificar a nacionalidade e o domicílio/sede somente do titular da maioria do capital votante.

Compete ao Registro de Imóveis efetuar o controle da extensão territorial de cada Município que esteja em poder dos estrangeiros. Com a inclusão das empresas nacionais sob controle estrangeiro nessa estatística, o controle deixou de ter coerência e efetividade, pois inexistia obrigação por parte das empresas de comunicar ao registro imobiliário a mutação de sua situação societária. Em decorrência, o controle do registro imobiliário levará em conta apenas o momento da aquisição, mas não representará a realidade diante das constantes mutações acionárias, numa incontável “troca de cadeiras” que ocorrerá segundo as necessidades do mercado. Em suma, o controle que compete ao registrador imobiliário passa a ser artificial, pois não é possível acompanhar as mutações do dia-a-dia dessas empresas.

A inclusão das empresas nacionais sob controle estrangeiro às restrições da Lei 5.709/1971 poderá gerar sérios prejuízos ao nosso País, não sendo, portanto, uma boa política de governo. Considerando que as grandes empresas (principalmente as instituições financeiras) estão nessa situação, todas as dificuldades e prejuízos a elas impostos serão, de uma forma ou de outra, repassados ao consumidor. A instituição financeira controlada por estrangeiro já saberá, de antemão, que o imóvel rural dado em garantia não poderá ser por ela arrematado para satisfazer seu crédito na hipótese de inadimplemento; consequência: a população terá maiores dificuldades para obter novos empréstimos quando a garantia que se pretende ofertar seja o seu imóvel rural.

Diante tudo disso, pergunta-se: qual é a vantagem para o nosso Brasil em discriminar a empresa brasileira sob controle estrangeiro? Se a lei permite a criação e o funcionamento dessas empresas como pessoas jurídicas brasileiras, elas devem e merecem ser tratadas como tal.

PESQUISA DO EDITORIAL

Vide também Doutrina

- Imóvel rural. Arrematação por empresa brasileira. Capital majoritário de pessoa jurídica estrangeira, de Márcio Martins Bonilha – *RDI* 44/156;
- Imóvel rural – Estrangeiros – Aquisição – Pessoa física estrangeira – Pessoas jurídicas estrangeiras – Constitucionalidade – Controle – Decisões administrativas – Caráter normativo, de Márcio Martins Bonilha – *RDI* 37/260; e
- Registro de imóveis – Aquisições de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras com participação majoritária estrangeira – Necessidade de observância das restrições constantes da Lei 5.709/1971 também para empresas, de Gilson Dipp – *RDI* 69/379.

Vide também Jurisprudência

- Mandado de segurança denegado, com entendimento do STJ de que, convolvendo núpcias com estrangeiro, se sujeita o cônjuge brasileiro ao procedimento administrativo perante o Incra, em caso de aquisição de imóvel rural: *RDI* 41/114.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The overall color palette is light gray and white.

Trabalhos Forenses



RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS E CONFLITO COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

1

FÁBIO RIBEIRO DOS SANTOS

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Campos do Jordão.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

Exmo. Sr. Dr. Gustavo Dall'Olio

MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Campos do Jordão

Processo 116.01.2011.002239-1

(Ordem n. 627/2011)

Ofício n.

MM. Juiz,

Em atendimento ao r. despacho de f., proferido nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Campos do Jordão, venho respeitosamente manifestar-me a respeito do tema *sub judice*, nos seguintes termos:

1. Trata-se de ação civil pública que tem por objeto, entre outros, a condenação da municipalidade na obrigação de fazer consistente em “respeitar (nos projetos de autorização para construir) as restrições convencionais” estipuladas nos contratos-padrão de loteamentos arquivados no Registro de Imóveis, com a decorrente anulação ou revogação dos atos autorizativos já praticados em desconformidade com tais restrições.

2. Pretende, ainda, o *Parquet* o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 147 da Lei municipal 3.049/2007, que dispõe sobre o zoneamento e uso do solo no Município de Campos do Jordão. Este dispositivo legal procura afastar a incidência das restrições convencionais e sua redação original afirmava que “as restrições impostas pelos loteadores quanto às subdivisões e unificações de lotes, nos loteamentos aprovados até esta data não prevalecem se mais onerosas que as posturas municipais impostas por esta lei”.

3. A ensejo da solicitação deste MM. Juízo, gostaria de externar algumas posições e fornecer subsídios para o deslinde do feito.

4. As restrições convencionais têm como fundamento o art. 26, VII, da Lei 6.766/1979, que relaciona como um dos elementos mínimos do contrato-padrão de loteamento, a ser depositado no registro de imóveis, a “declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente”.

5. A principal questão, na interpretação do citado art. 26, VII, é o entendimento da natureza “supletiva” das restrições convencionais, principalmente quando confrontadas com legislação municipal lacunosa. Os termos da questão são assim postos por José Afonso da Silva:

“As relações entre essas convenções urbanísticas particulares e as leis urbanísticas suscitaram controvérsia, quanto a saber qual deveria prevalecer. Houve quem entendesse que as convenções urbanísticas particulares, constantes do memorial de loteamento previsto no art. 1.º, I, do Dec.-lei 58/1937 (agora do art. 26, VII, da Lei 6.766/1979) e figurantes na cláusula do compromisso de compra e venda, devidamente aprovadas pela prefeitura e registradas no registro de imóveis na forma da lei, passariam a constituir normas urbanísticas integrantes do plano municipal de desenvolvimento urbano e, como tal, valeriam no âmbito de sua incidência, na qualidade de normas de exceção, afastando aí a aplicação das leis urbanísticas gerais. Outros entenderam que, no confronto entre estas e aquelas, predominariam as que fossem mais restritivas” (*Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 256).

6. Há uma primeira constatação, que pode ser tomada como premissa: no momento de sua instituição, as restrições convencionais apenas têm sentido se mais gravosas do que a lei municipal. A restrição de loteamento posterior não revoga a lei municipal já existente, para torná-la menos gravosa. Com isso, afasta-se a igualdade hierárquica entre a lei municipal e a restrição convencional, porque se isso fosse verdade a restrição convencional posterior revogaria a lei municipal anterior, independentemente de ser mais ou menos gravosa. Supletividade, portanto, tem um primeiro sentido de aumento das restrições de caráter urbanístico.

7. O aumento das restrições é imposto inicialmente em benefício da cidade e também dos adquirentes dos lotes. Há identidade original entre o interesse individual e o coletivo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“São restrições de ordem urbanística, e por isso atendem não só ao interesse individual dos contratantes como ao de todos os moradores do bairro. (...) Na verdade, o que se tem por objetivo destas restrições gerais ao direito de construir é o interesse de todos na formação e manutenção do bairro com as condições de conforto e bem-estar idealizadas e procuradas por seus moradores” (*Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 71).

8. Como entender, porém, a supletividade face às leis municipais supervenientes? Vale dizer, o que ocorre se, uma vez registrado o loteamento, sobrevém nova lei municipal sobre a matéria? Semelhante lei, se omissa quanto aos temas disciplinados no registro de loteamento, teria o condão de afastar as restrições ali contidas? Ou, do contrário, haveria a necessidade de manifestação, quando não revogação expressa, quanto à superação das restrições convencionais?

9. No plano estritamente registral, o E. Conselho Superior da Magistratura reiteradamente afirma a necessidade de os cartórios de registro de imóveis fazerem prevalecer as restrições convencionais de loteamento sobre os atos administrativos municipais.

10. A experiência mostra que o Município não exerce, na prática, controle das restrições urbanísticas convencionais.

11. Ainda que os Municípios, portanto, expeçam licenças e autorizações para a prática de atos relacionados ao desenvolvimento urbanístico, sempre que os atos daí resultantes ingressem no registro de imóveis, deverão eles ser submetidos a uma análise adicional, à luz das restrições convencionais próprias ao loteamento respectivo.

12. Recente acórdão do E. Conselho Superior da Magistratura, oriundo desta Comarca de Campos do Jordão, confirmou o entendimento esposado pelo MM. Juízo Corregedor Permanente e bem demonstra a independência do registro de imóveis nessa matéria, relativamente às posturas urbanísticas municipais (doc.):

“Registro de imóveis – Escritura de doação – Ingresso obstado – Prevalência da restrição convencional imposta em cláusula de contrato-padrão do loteamento – Autorização pela Prefeitura Municipal – Irrelevância – Recurso não provido” (CSM, Ac 990.10.163.993-9, j. 05.10.2010, v.u., rel. Des. Munhoz Soares, DJ 26.11.2010).

13. Esta orientação, pacífica, é complementada por parecer da E. Corregedoria-Geral da Justiça, de autoria do MM. Juiz auxiliar José Marcelo Tossi Silva,

que admite a revogação da restrição urbanística por lei municipal superveniente, desde que expressa (doc.):

“Registro de imóveis – Desdobro – Lote – Aprovação pelo Município que faz presumir o respeito à legislação urbanística – Restrição urbanística prevista no contrato padrão, arquivado com o registro do loteamento, por outro lado, que foi expressamente revogada por legislação municipal posterior – Recurso provido para afastar a recusa da averbação do desdobro” (processo CG 2009/79569, Parecer 356/2009-E, DOE 17.12.2009).

14. Na Comarca de Campos do Jordão, há inúmeros loteamentos com restrições convencionais, que versam sobre matérias como tamanho mínimo de lote, permissão para unificação e desdobro, uso predominante do lote, manutenção de servidões para águas e esgotamento sanitário, entre outras. Especificamente quanto a construções, há também disposições quanto à área máxima da edificação relativamente à área do lote (taxa de ocupação), número de edificações por lote, permissão para construção de dependências, tipo da edificação (residencial ou comercial), número de famílias a que a edificação se destina (unifamiliar ou multifamiliar), recuos mínimos entre edificações e entre estas e a via pública ou lotes vizinhos, e assim por diante.

15. Enfim, as restrições urbanísticas convencionais, em Campos do Jordão, formam um mosaico variado. No contexto do desenvolvimento urbano voltado para habitações de veraneio, com finalidade turística, considero que a imposição de semelhantes cláusulas foi determinante para a consolidação dos bairros e atualmente exerce papel importante na manutenção das características da ocupação urbana.

16. Todavia, sobreveio a Lei municipal 3.049/2007, cujo art. 147, citado na petição inicial, cuidou de revogar expressamente as restrições convencionais mais gravosas do que a lei municipal. O texto legal foi alterado pela Lei municipal 3.119/2008 e atualmente vigora com a seguinte redação:

“Art. 147. As restrições impostas pelos loteadores quanto às subdivisões, unificações, bem como quanto ao tipo da edificação permitida no loteamento (residencial, comercial ou mista), não prevalecem sobre as aprovações efetuadas pela municipalidade, feitas de acordo com a Lei revogada 1.538/1985, bem como as aprovadas de acordo com a Lei 3.049/2007, até a data de promulgação e vigência desta alteração.”

17. Este dispositivo tem caráter excepcional e sua interpretação deve ser restritiva. Conduz à conclusão de que as restrições convencionais deverão ser tidas por afastadas apenas mediante o atendimento de dois requisitos, cumulativamente:

a) *Aspecto temporal*: as restrições convencionais são revogadas desde que os projetos submetidos a registro tenham sido aprovados a partir da vigência da Lei municipal 1.535/1985, “até a data de promulgação e vigência desta alteração”, ou seja, 21.02.2008. Projetos aprovados fora deste período não prevalecem sobre as restrições convencionais.

b) *Aspecto material*: apenas devem ser tidas por afastadas as restrições convencionais relativas a (a) subdivisões, (b) unificações e (c) tipo da edificação (residencial, comercial ou mista). Restrições de outras naturezas (dentre as diversas mencionadas no item 14 supra) permanecem íntegras.

18. Estes critérios são atualmente observados pelo Registro de Imóveis de Campos do Jordão, exemplificados por dois casos práticos.

19. O primeiro diz respeito a incorporação imobiliária promovida pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU, visando à construção de condomínio em lotes do loteamento “Vila Paulista” (protocolo 60.252, de 02.06.2010). A nota devolutiva aponta restrições quanto a habitação coletiva, recuo da edificação e ao aspecto temporal da aprovação (doc.).

20. O segundo também se refere a incorporação, promovida por Jatobá Assessoria Empresarial e Comércio Ltda. (protocolo 65.017, de 11.08.2011), no loteamento “Vila Inglesa – 2.^a Zona”. A nota devolutiva aponta, principalmente, a determinação de construção no lote de um único prédio, destinado exclusivamente à moradia da família e seus empregados, o que é incompatível com o condomínio horizontal (doc.).

21. Neste último caso, por mais que já existam edifícios destinados a condomínio nesse loteamento (Vila Inglesa – 2.^a Zona), o fato é que não compete ao Cartório de Registro de Imóveis detectar ou julgar a caducidade nem o desuso dessas restrições. Pelo contrário, não se pode acatar argumentos de isonomia na ilegalidade, de modo a permitir novas edificações apenas porque outras já existem no local. Nem mesmo a E. Corregedoria Permanente seria deferida competência para superar as restrições convencionais, visto que envolve a apreciação de matéria de fato própria da cognição em sede jurisdicional.

22. Não se nega, por outro lado, que se o Município já levasse em consideração as restrições convencionais no momento da aprovação dos projetos, as perplexidades geradas ao usuário do registro de imóveis pela recusa ao respectivo registro ou averbação seriam em muito minimizadas, evitando inclusive a realização de investimentos pelos particulares, posteriormente frustrados.

23. Esta afirmação se mostra razoável, na medida em que a própria legislação municipal trouxe para a esfera da administração pública a obrigação de

levar em conta as restrições convencionais (cf. art. 147 da Lei 3.049/2007, com a sua atual redação). Se há algumas restrições revogadas, a lei municipal considera, *a contrario sensu*, que outras permanecem em vigor. Isto é, se o Município reputa expressamente que *algumas* restrições não prevalecem face à lei municipal, automaticamente tem o poder-dever de respeitar as *demaís* restrições, que implicitamente ainda prevalecem sobre a lei municipal.

24. Por fim, cumpre informar que a praxe adotada por esta serventia, no tocante às informações relativas às restrições, é de sempre fornecê-las mediante certidão de documento arquivado, de acordo com portaria interna vigente desde maio de 2010 (doc.). Isto permite que o usuário tenha conhecimento do próprio teor do contrato e que possa conhecê-lo e interpretá-lo em sua totalidade, antes da realização do projeto. Evita-se, com isso, a prestação de informações parciais, mesmo que de boa-fé, que poderão prejudicar a prática do ato registral futuramente. Este procedimento já vem sendo assimilado pelos profissionais que habitualmente lidam com tais questões.

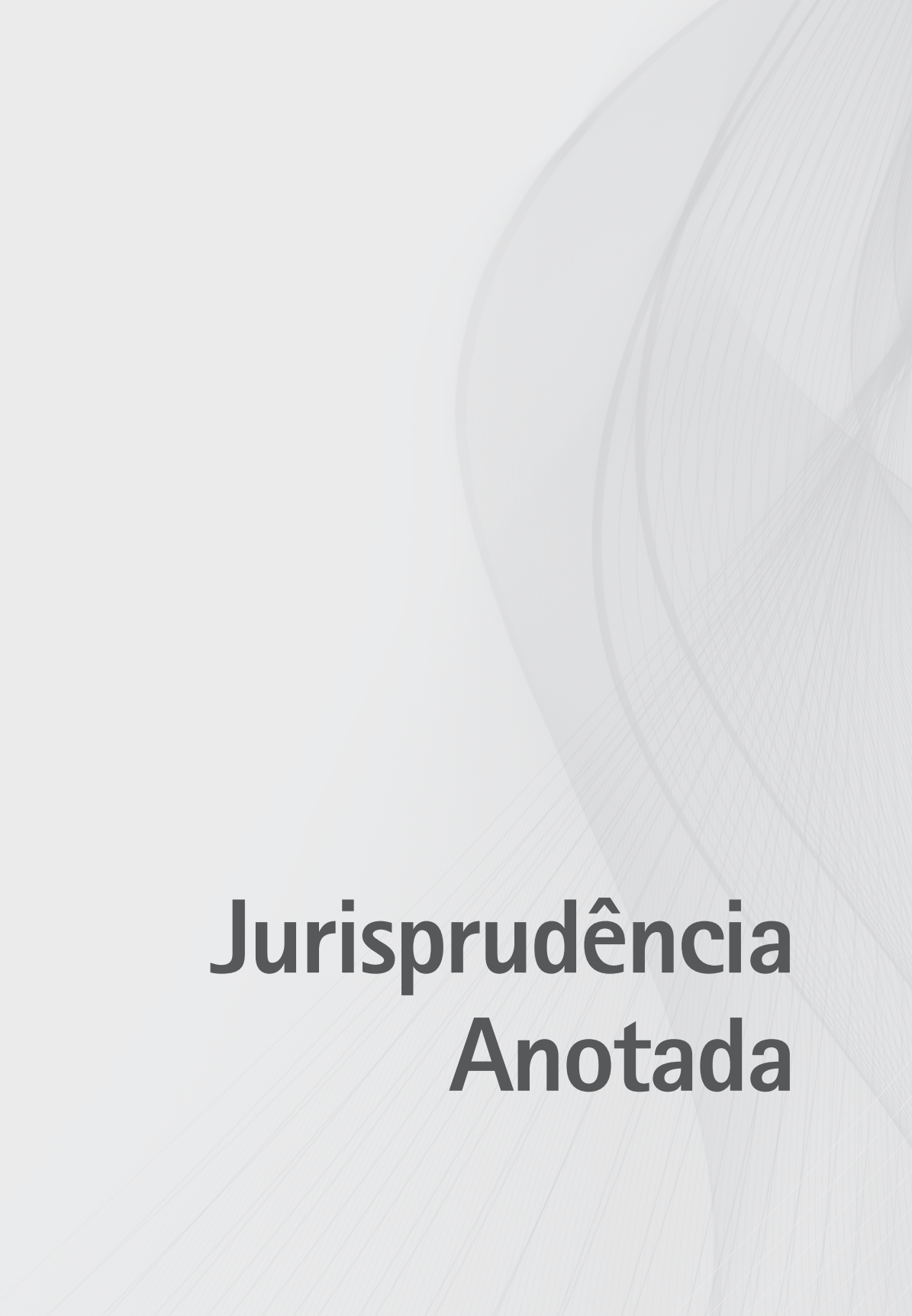
Sendo o que tinha para me manifestar até o presente momento, permaneço à disposição para qualquer esclarecimento adicional e aproveito a oportunidade para reiterar meus votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

Fábio Ribeiro dos Santos

Oficial

Campos do Jordão, 14 de setembro de 2011.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a network of fine, intersecting lines, creating a complex, geometric pattern. The colors are muted, consisting of various shades of gray and light blue.

Jurisprudência Anotada



ACÓRDÃOS

Superior Tribunal de Justiça

STJ – *REsp* 1.161.300/SC – 2.^a T. – j. 22.02.2011 – v.u. – rel. Min. Herman Benjamin – *DJe* 11.05.2011 – Área do Direito: Civil; Processual; Ambiental; Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Averbação – Ação civil pública ambiental – Admissibilidade – Demanda averbada, na matrícula do imóvel, como forma de informação sobre a real situação do empreendimento imobiliário – Ato que se coaduna com a finalidade do sistema registral e com os direitos dos consumidores – Inteligência dos arts. 167, II, e 246 da Lei 6.015/1973 e dos arts. 6.º e 31 da Lei 8.078/1990.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 861/203, *RT* 838/235 e *RT* 748/348.

Veja também Doutrina

- O registro de imóveis e a tutela do meio ambiente, de Anelise Grehs Stifelman – *RDI* 69/337;
- O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 63/53; e
- Presunção de má-fé nas transações imobiliárias?, de Marco Antonio Botto Muscari – *RDI* 63/287.

REsp 1.161.300 – SC (2009/0197645-0).

Relator: Min. Herman Benjamin.

Recorrente: *Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda.* – advogado: José Luiz Borges Germano da Silva e outros.

Recorrido: Ministério Público Federal.

Interessados: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, Fundação de Amparo ao Meio Ambiente – Fatma e Município de Florianópolis.

Ementa: Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Alegação de coisa julgada. Violação do § 3.º do art. 267 do CPC não configurada. Não demonstração da divergência. Averbação da demanda na matrícula do imóvel. Legalidade. Direito dos consumidores à informação e à transparência. Poder geral de cautela.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obstar a construção de empreendimento imobiliário de grande porte em Área de Preservação Permanente situada em Jurerê Internacional, sem licenciamento do Ibama. O acórdão recorrido limitou-se a manter decisão liminar que determinou a averbação da demanda no cartório de registro de imóveis.

2. As peculiaridades do Termo de Ajustamento de Conduta, mencionadas em Memorial, não foram analisadas pelo Tribunal a quo, nem debatidas nos Aclaratórios ou no Recurso Especial, sendo inviável, nessa oportunidade, o pronunciamento do STJ.

3. Não está configurada a alegada violação do art. 267, § 3.º, do CPC, porquanto o Tribunal de origem não afastou a possibilidade de reconhecimento, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, da coisa julgada. Sua recusa em apreciá-la está justificada no fato de que tal preliminar já havia sido rechaçada por decisão anterior, pendente de recurso, sendo descabida e inoportuna a renovação da mesma questão. Nesse ponto, tampouco ficou demonstrada divergência jurisprudencial.

4. Quanto ao mérito, observo que a recorrente carece de interesse jurídico tutelável porque a averbação, em si, obrigação alguma lhe impõe, servindo apenas para informar os pretensos adquirentes da existência de Ação Civil Pública na qual se questiona a legalidade do empreendimento.

5. Na verdade, o interesse implícito da empresa, que não se mostra legítimo, é de que inexistam prejuízo mediato à sua atividade comercial com a ampliação da publicidade acerca da demanda, em negativa ao direito básico à informação do consumidor, bem como aos princípios da transparência e da boa-fé, estatuídos pelo CDC.

6. Impende anotar que a averbação foi determinada na esteira de acórdão (questionado no REsp 1.177.692/SC) que deferira em parte a liminar pleiteada pelo Ministério Público para condicionar o prosseguimento das obras à prestação de caução imobiliária equivalente a 15% do valor comercial dos imóveis, para fins de compensação ambiental, bem como à ciência dos adquirentes.

7. Nesse contexto, o provimento encontra suporte no art. 167, II, item 12, da Lei 6.015/1973, que determina a averbação “das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados”.

8. Ressalto ainda que, ao contrário do que sustenta a recorrente, o amparo legal para proceder à averbação não se restringe ao art. 167, II, da Lei 6.015/1973, porquanto o rol nele estabelecido não é taxativo, e sim exemplificativo, haja vista a norma extensiva do art. 246 da mesma lei.

9. Na hipótese, a averbação serve para tornar completa e adequada a informação sobre a real situação do empreendimento, o que se coaduna com a finalidade do sistema registral e com os direitos do consumidor.

10. Ademais, tal medida está legitimada no poder geral de cautela do julgador (art. 798 do CPC), que, a par da decisão liminar, considerou-a adequada para assegurar a necessária informação dos adquirentes acerca do litígio existente.

11. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 2.^a T. do STJ: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Min. Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro relator.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro relator.

Não participou do julgamento o Sr. Min. Cesar Asfor Rocha, nos termos do Art. 162, § 2.º, do RISTJ.

Brasília, 22 de fevereiro de 2011 – HERMAN BENJAMIN, relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.161.300/SC; 2.^a T.; número de registro: 2009/0197645-0; números de origem: 200672000095330 e 200804000415120; pauta: 02.12.2010; julgado: 02.12.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Herman Benjamin; presidente da sessão: Exmo. Sr. Min. Humberto Martins; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; Secretária: bela. Valéria Alvim Dusi.

Autuação – Recorrente: Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda. – advogado: José Luiz Borges Germano da Silva e outros; recorrido: Ministério Público Federal; interessado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama; Fundação de Amparo ao Meio Ambiente – Fatma e Município de Florianópolis.

Assunto: Direito administrativo e outras matérias de direito público – Meio Ambiente – Revogação/Concessão de Licença Ambiental.

Sustentação oral – Dra. José Luiz Borges Germano da Silva, pela parte recorrente: Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Pronunciamento oral do Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos.

Certidão – Certifico que a E. 2.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Após a sustentação oral, pediu vista regimental dos autos o Sr. Min. Herman Benjamin.”

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 02 de dezembro de 2010 – Valéria Alvim Dusi, secretária.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Herman Benjamin* (relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (f.):

“Administrativo. Ação civil pública. Obras de drenagem, aterramento e construção. Impacto ambiental, medidas acautelatórias. Área de preservação. Empreendimento hoteleiro. Averbação da demanda no cartório de registro de imóveis. Proteção ao consumidor.

Tratando-se de obras com questionamentos ambientais, e tendo seu andamento sido condicionado à realização de medidas acautelatórias, a averbação da demanda em cartório de registro de imóveis é medida pertinente, em atenção ao direito de proteção do consumidor adquirente.

Interpretação dos arts. 125, III, do CPC, art. 247 da Lei 6.015/1973 e art. 6.º, IV, do CDC.”

Em suas razões, a recorrente suscita divergência jurisprudencial e violação dos arts. 125, III, e 267, § 3.º, do CPC; do art. 6.º, IV, da Lei 8.078/1990; e dos arts. 167, II, e 247 da Lei 6.015/1973. Aduz, em síntese, existência de coisa julgada e ausência de previsão legal para a averbação determinada (f.)

Contrarrazões apresentadas.

Parecer do MPF pelo não conhecimento do apelo (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Herman Benjamin* (relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 12.02.2010.

O feito foi distribuído por prevenção ao Ag 1.110.984/SC, em observância à regra do art. 71 do RISTJ, razão pela qual indefiro o pedido de redistribuição livre deduzido pela recorrente à f.

Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obstar a construção de *empreendimento imobiliário de grande porte em Área de Preservação Permanente situada em Jurerê Internacional, sem licenciamento do Ibama*.

O acórdão recorrido limitou-se a manter decisão liminar que determinou a averbação da demanda no cartório de registro de imóveis. O voto-vencedor possui o seguinte fundamento (f., grifei):

“Com a devida vênia, divirjo em parte do eminente relator, para negar provimento ao agravo no ponto em que pretende o agravante a exclusão da averbação da demanda no Cartório do Registro de Imóveis. E assim o faço porque recentemente

esta Turma apreciou o AgIn 2006.04.00.032821-4/SC em que, por voto médio, *foi deferido o prosseguimento das obras, todavia com reserva de cautela imobiliária equivalente a percentual do empreendimento, para eventual compensação ambiental, devendo, ainda, informar aos adquirentes a existência da ação civil pública*. De modo que a averbação da demanda em cartório de registro de imóveis tem pertinência complementar com o que já decidido pela Turma. Interpretação dos arts. 125, III do CPC, art. 247 da Lei 6.015/1973 e art. 6.º, IV do CDC.”

Com relação à coisa julgada, ficou decidido que “tal tema será apreciado por ocasião do julgamento do agravo retido, interposto contra anterior decisão que afastou tal prejudicial” (f.).

Em suas razões, a recorrente aduz, em síntese (f.):

a) o descabimento da aplicação do art. 125, III, do CPC, ante a ausência de ato atentatório à dignidade da Justiça;

b) negativa de vigência e divergência jurisprudencial quanto ao art. 267, § 3.º, do CPC, por não ter sido analisada a alegada ocorrência de coisa julgada;

c) negativa de vigência ao art. 6.º, IV, da Lei 8.078/1990 e aos arts. 167, II, e 247 da Lei 6.015/1973, sob o argumento de que falta amparo legal a determinada averbação da demanda em cartório de registro imobiliário.

Anoto que as peculiaridades do Termo de Ajustamento de Conduta, mencionadas em Memorial, não foram analisadas pelo Tribunal *a quo*, nem debatidas nos Aclaratórios ou no Recurso Especial, sendo inviável, nessa oportunidade, o pronunciamento do STJ.

Passo à análise das questões postas no apelo.

1. Alegação de coisa julgada

O art. 267, § 3.º, do CPC dispõe que “o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Ocorre que o Tribunal *a quo* não afastou a possibilidade de reconhecimento de ofício e em qualquer grau de jurisdição da coisa julgada, apenas asseverou que “tal tema será apreciado por ocasião do julgamento do agravo retido, interposto contra anterior decisão que afastou tal prejudicial” (f.)

Ora, a recusa do Tribunal de origem está embasada no fato de que a preliminar de coisa julgada já havia sido rechaçada por decisão anterior, pendente de Agravo, o que torna descabida e inoportuna a renovação da mesma preliminar em outro recurso. Não há, portanto, violação do art. 267, § 3.º, do CPC.

Também não está configurada a suposta divergência jurisprudencial, pois os trechos transcritos do acórdão paradigmático evidenciam apenas o entendimento de que a coisa julgada é matéria passível de ser reconhecida de ofício e em qualquer tempo ou grau de jurisdição, sem tratar da peculiaridade do caso concreto.

Legislação citada

- art. 105, III, c, da CF/1988; art. 167, II e 246 da Lei 6.015/1973; arts. 125, III, 267, § 3.º, 541, parágrafo único e 798 do CPC; arts. 2.º, 6.º, I, III, IV e VII, 31, 81, parágrafo único, III e 82, I, da Lei 8.078/1990; e art. 71 do RISTJ.

A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RISTJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c, III, do art. 105 da CF/1988.

2. Averbação da demanda em registro imobiliário, como forma de cumprir com o direito do consumidor à plena informação

Inicialmente, observo que a recorrente carece de interesse jurídico tutelável, porque a averbação em si não lhe impõe restrição alguma, servindo apenas para informar os pretensos adquirentes da existência de Ação Civil Pública em que se questiona a legalidade do empreendimento.

Na verdade, o interesse implícito da empresa é de que não haja prejuízo mediato à sua atividade comercial com a ampliação da publicidade acerca da situação do empreendimento, em negativa ao direito básico à informação dos consumidores, bem como aos princípios da *transparência* e da *boa-fé*, o que não se mostra legítimo.

Com efeito, o direito à informação adequada e precisa sobre o produto comercializado e à efetiva prevenção de danos está expressamente estatuído nos arts. 6.º e 31 do CDC (grifei), *in verbis*:

“Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III – a informação *adequada e clara* sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os *riscos que apresentem*;

(...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

(...)

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas

características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

É com esse legítimo escopo que se determinou, *in casu*, a ampla publicidade a respeito da existência de demanda judicial, mediante averbação no registro imobiliário.

Impende anotar que tal medida foi feita na esteira de acórdão que deferira em parte a liminar pleiteada pelo Ministério Público, para condicionar o prosseguimento das obras à prestação de caução imobiliária equivalente a 15% do valor comercial dos imóveis, com o fim de compensação ambiental, bem como à ciência dos adquirentes. Tal julgado é questionado no REsp 1177692/SC e possui a seguinte ementa (AG 2006.04.00.032821-4/SC):

“Agravado de instrumento. Administrativo e processual civil. Ação civil pública. Loteamento Jurerê Internacional. Empreendimento hoteleiro. Cana de drenagem. Impacto ambiental. Alterações históricas e por toda a comunidade de entorno. Área de preservação descaracterizada. Princípio da precaução. Medidas acautelatórias. Garantias pecuniárias.

1. Tratando-se de empreendimento hoteleiro de grandes proporções em área em que a lei impõe restrições à sua utilização – zona costeira e área de preservação permanente -, há necessidade de licenciamento pelo Ibama.

2. Evidenciado pela prova dos autos, fornecida pela Polícia Federal, a intensa alteração antrópica no ambiente, com reflexos em alegado antigo curso de água, transformado em área de drenagem, não praticada pelos Empreendedores. Nessa ótica, e infactível a recuperação por toda a comunidade de entorno, não cabe a paralisação da obra apenas do Empreendedor.

3. Hipótese na qual soa como relevante a plausibilidade jurídica de estabelecimento de compensações ambientais, a serem asseguradas mediante caução imobiliária equivalente a 15% do valor comercial do empreendimento, permitindo-se assim o prosseguimento da obra e comercialização dos imóveis mediante ciência, pelos adquirentes, do conteúdo da ação civil pública em tela.”

Nesse contexto, além das normas consumeristas, a averbação determinada pelo Tribunal de origem encontra respaldo no art. 167, II, item 12, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), *in verbis*:

“Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

(...)

II – a averbação:

(...)

12) das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados;”

Ressalto ainda que, ao contrário do que sustenta a recorrente, o embasamento legal para a averbação não se restringe ao art. 167, II, da Lei 6.015/1973, tendo em

vista que o rol nele estabelecido não é taxativo, e sim exemplificativo. Tal conclusão decorre da norma contida no art. 246 da mesma lei, de seguinte teor:

“Art. 246 – Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.”

Na hipótese, insisto, a averbação serve para tornar completa e adequada a informação sobre a real situação do empreendimento, o que se coaduna com a finalidade do sistema registral e com os direitos dos consumidores, conforme esclarecido alhures.

Ademais, tal providência tem amparo no poder geral de cautela do julgador, que, a par da decisão liminar, considerou-a adequada para assegurar a necessária informação dos adquirentes acerca do litígio. Trata-se de legítimo exercício da faculdade garantida pelo art. 798 do CPC, que assim dispõe:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

Confira-se, *mutatis mutandis*, o seguinte precedente:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Protesto contra alienação de bens. Medida deferida. Publicação de edital e averbação no registro de imóveis. Possibilidade. Inexistência de restrição negocial em relação ao bem imóvel. Poder geral de cautela do juiz.

1. O protesto contra a alienação de bens visa resguardar direitos e prevenir responsabilidade, mas não impede a realização de negócios jurídicos.

2. ‘A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes’ (Corte Especial, EREsp 440.837/RS).

3. Recurso ordinário desprovido.” (RMS 28.290/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.^a T., j. 05.05.2009, *DJe* 18.05.2009)

Há, portanto, fundamentos jurídicos mais do que suficientes para respaldar a averbação determinada cautelarmente pela instância ordinária.

Apenas para exaurir a questão, assevero a pertinência da observação feita em acréscimo pelo Min. Mauro Campbell, no sentido de que o art. 167, II, da Lei 6.015/1973 dá suporte ao próprio registro da Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I – o registro:

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;”

Embora haja sensível diferença entre averbação e registro – tanto que tais institutos são tratados separadamente no art. 167 da mencionada lei –, o fato é que, no caso concreto, a tutela dos terceiros interessados em adquirir lotes reputados irregulares pelo *Parquet* pode ser alcançada pela averbação da Ação Civil Pública na matrícula do imóvel, nos termos da fundamentação lançada alhures, ou pelo registro no RGI estabelecido no dispositivo acima transcrito.

Nesse diapasão, ainda que se entenda faltar respaldo legal para a averbação, a questão ora discutida resolve-se pela possibilidade de registro da ação, em consonância com a norma contida no art. 167, II, da Lei 6.015/1973.

Por fim, não é demais salientar o cabimento de tal medida no âmbito da Ação Civil Pública de que cuidam os autos, tendo em vista que, a par da defesa do meio ambiente, o Ministério Público também possui legitimidade para agir em prol dos consumidores potencialmente atingidos pela comercialização do imóvel supostamente irregular. A propósito:

“Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Legitimidade ativa do ministério público reconhecida.

1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública para pleitear nulidade de contratos imobiliários relativos a loteamento irregular.

2. No campo de loteamentos clandestinos ou irregulares, o Ministério Público é duplamente legitimado, tanto pela presença de interesse difuso (= tutela da ordem urbanística e/ou do meio ambiente), como de interesses individuais homogêneos (= compradores prejudicados pelo negócio jurídico ilícito e impossibilidade do objeto). Assim sendo, em nada prejudica ou afasta a legitimação do *Parquet* o fato de que alguns consumidores, mesmo lesados, prefiram manter-se na posse do lote irregular.

3. Recurso Especial provido.” (REsp 897.141/DF, rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 28.10.2008, *DJe* 13.11.2009)

3. Importância da medida

Afastadas as violações legais suscitadas pela recorrente, ressalto a importância da medida em tela para a tutela do meio ambiente e das relações de consumo.

Nesse intento, faço menção à situação tratada no Parecer 155/2006-E, elaborado pelos Juízes Álvaro Luiz Valery Mirra, Ana Luiza Villa Nova, Roberto Maia Filho e Vicente de Abreu Amadei, e aprovado pelo Corregedor-Geral de Justiça do TJSP, Desembargador Gilberto Passos de Freitas, em resposta à consulta formulada pelo Ministério Público e pela Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo – Cetesb.

Concluiu-se que é admissível e relevante averbar, em registro imobiliário, declaração emitida pela Cetesb de área contaminada por substâncias tóxicas, para o

fim de dar ampla publicidade da situação do imóvel, não só pelos problemas causados à saúde e ao meio ambiente, mas também ao patrimônio.

Em resumo, o valioso estudo assenta-se no *princípio da informação* que rege, simultaneamente, o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor; na ausência de rol taxativo da hipótese de averbação, ante a norma extensiva contida no art. 246 da Lei 6.015/1993; e na hodierna necessidade de integração do sistema de registro imobiliário com a tutela ambiental, seja pela função social da propriedade, pelas novas frentes de Direito Público (urbanístico e ambiental), seja pela “necessidade de fomento da segurança jurídica inerente ao próprio sistema de publicidade registral-imobiliária”.

Neste particular, está bem destacado no parecer em comento que “o registro de imóveis tem, hoje, múltiplas funções sociais: além de sua função precípua de proteção do direito de propriedade, assumiu, ainda, funções secundárias, mas de significativa relevância, atuando como instrumento protetivo-social e de controle urbanístico e ambiental, com feição integrativa a novos ramos do direito civil (direito agrário, direito urbanístico, direito ambiental etc)”.

4. Conclusão

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL – O Exmo. Sr. Min. Mauro Campbell Marques: Sr. Presidente e demais colegas, o caso ora em análise é importantíssimo.

Discute-se a legitimidade de decisão jurisdicional que determina a averbação da existência da presente demanda em Registro de Imóveis, de forma a dar-lhe mais publicidade, alertando-se aos terceiros interessados.

A meu sentir, o Min. Herman Benjamin, relator, corretamente entendeu cabível tal medida judicial, forte nos arts. 167, II, e 246 da Lei 6.015/1973. A relevância social do caso me faz querer acrescentar outras razões.

Em primeiro lugar, é digno de nota o art. 167, I, item 21, da Lei 6.015/1973, assim redigido:

“No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I – o registro:

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;”

Daí porque, mesmo não havendo previsão no art. 167, II, da Lei 6.015/1973 para a averbação da pendência de ação civil pública relativa a imóvel considerado irregular, há a possibilidade de registro da própria ação civil pública, como visto no dispositivo acima.

Ora, inobstante exista uma diferença entre o que seria a *averbação* de pendência de ação civil pública em matrícula de certo imóvel e o *registro* de uma ação civil pública no Registro Geral de Imóveis (RGI) – tanto que são institutos tratados separadamente no art. 167 da Lei 6.015/1973 –, a verdade é que, na hipótese em comento, a magistrada de primeiro grau buscava alcançar, pelo seu provimento, a tutela dos terceiros interessados na aquisição de lotes reputados ilegais pelo MPF, objetivo este alcançado seja pela averbação em matrícula da pendência da ação, seja pelo registro da ação no RGI.

Jurisprudência citada

- STJ: RMS 28.290, REsp 897.141, REsp 1.177.692, Ag 1.110.984 e REsp 783.195.

Isso porque é consabido que o simples registro da ação civil pública no RGI, relativa a determinados imóveis, será suficiente para que, em busca a ser realizada pelos interessados a comprar os lotes controversos, revele-se a existência da pendência da ação civil pública. Tanto é assim que a Lei 6.015/1973 determina, por exemplo, que as penhoras serão registradas, e não averbadas na matrícula do bem penhorado, mas, na prática, uma busca realizada em relação à matrícula do imóvel constrito revelará a existência da penhora.

Portanto, a finalidade da providência judicial pode ser atingida não só pela averbação (como queria a magistrada) – e, para este caso, não haveria, de fato, previsão legal –, como também pelo registro – e, para este caso, há dispositivo fundamentador.

Em segundo lugar, em recente precedente, esta Corte Superior, no âmbito desta Turma, firmou a convicção de que, nas situações de venda de lotes considerados irregulares ou clandestinos, o Ministério Público Federal funciona como defensor da qualidade de consumidor desses particulares, por incidência dos arts. 2.º, 81, parágrafo único, III, e 82, I, do CDC. A título de exemplo, confira-se o REsp 783.195/SP, de minha relatoria, j. 15.09.2009.

Pois bem. A relação travada entre a empresa recorrente e os terceiros interessados (possíveis compradores dos lotes reputados irregulares) é de natureza consumerista.

Se assim é (e me parece que não pairam dúvidas acerca do ponto), plenamente aplicáveis, aqui, o art. 6.º, I, III e VII, do CDC, que, lidos sistematicamente, demonstram a necessidade de que, sempre que possível, sejam adotadas medidas – legais, administrativas e (por que não?) judiciais – para prevenir possíveis danos que serão causados aos consumidores que vierem a adquirir lotes que podem, sim, ser reputados irregulares em caráter definitivo pelo provimento final da presente ação civil pública.

Impedir a empresa recorrente de negociá-los, isto feriria a proporcionalidade, por se tratar de restrição por demais gravosa ao bem jurídico propriedade (ofensa à necessidade). No entanto, fazer constar registro da pendência de ação civil pública

em registro de imóveis é uma medida salutar e protetiva, inclusive exigível ante ao ordenamento jurídico vigente.

Com essas considerações, acompanho a relatoria para negar provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.161.300/SC; 2.^a T.; número de registro: 2009/0197645-0; números de origem: 200672000095330 e 200804000415120; pauta: 22.02.2011; julgado: 22.02.2011; relator: Exmo. Sr. Min. Herman Benjamin; presidente da sessão: Exmo. Sr. Min. Humberto Martins; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão; secretária: bela. Valéria Alvim Dusi.

Autuação – Recorrente: Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda. – advogado: José Luiz Borges Germano da Silva e outros; recorrido: Ministério Público Federal; interessados: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, Fundação de Amparo ao Meio Ambiente – Fatma e Município de Florianópolis.

Assunto: Direito administrativo e outras matérias de direito público – Meio Ambiente – Revogação/Concessão de Licença Ambiental.

Certidão – Certifico que a E. 2.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Min. Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro relator.”

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro relator.

Não participou do julgamento o Sr. Min. Cesar Asfor Rocha, nos termos do Art. 162, § 2.º, do RISTJ.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJDF – *ApCiv 20100111441727APC* – 3.ª T. Civ. – j. 24.08.2011
– v.u. – rel. Des. João Mariosi – *DJe* 09.09.2011 – Área do
Direito: Constitucional; Civil; Imobiliário e Registral.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – Admissibilidade – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Usucapião – Instrução probatória considerada desnecessária pelo magistrado – Matéria enfrentada, na hipótese, que é exclusivamente de direito – Inteligência do art. 130 do CPC.

Veja também Jurisprudência

- *RT 866/277, RT 843/291, RT 730/218, RePro 122/257 e RDA 22/312.*

Veja também Doutrina

- Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais, de Humberto Theodoro Júnior – *RePro* 125/61; e
- O “ativismo” do juiz em tema de prova, de Trícia Navarro Xavier – *RePro* 159/172.

USUCAPIÃO – Inadmissibilidade – Imóvel particular – Parcelamento irregular – Parcela de terra usucapienda que deve, necessariamente, ser uma unidade imobiliária autônoma e vinculada a uma matrícula própria, sob pena de se violar os princípios da unitariedade e da especialização objetiva – Inteligência do art. 176, § 1.º, I e II, da Lei 6.015/1973, da Lei 6.766/1979 e da Lei 4.504/1964.

Veja também Jurisprudência

- *RT 875/145, RT 652/65, RDI 27/134 e RDI 27/138.*

Veja também Doutrina

- Georreferenciamento, de Alexandre Laizo Clápis – *RDI* 60/223; e
- Registro de imóveis. Princípio da unitariedade matricial. Descrição, de Oscar José Bittencourt Couto – *RDI* 50/358.

Processo ApCiv 20100111441727APC.

Órgão: 3.ª T. Civ.

Apelante: Eremito Lopes de Souza.

Apelado: Fibral Frigorífico Industrial de Brasília Ltda.

Relator: Des. João Mariosi.

Revisor: Des. Mario-Zam Belmiro.

Ac 532.624.

Data de Julgamento: 24.08.2011.

Disponibilização no DJe: 09.09.2011.

Ementa: Constitucional – Civil – Usucapião – Imóvel particular – Parcelamento irregular.

1. *A parcela de terra usucapienda deve ser uma unidade imobiliária autônoma e vinculada a uma matrícula própria, sob pena de se violar o princípio da unitariedade e da especialização objetiva (art. 176, § 1.º, I e II, 03, da Lei de Registro Público. A usucapião também não pode se referir a área encravada em parcelamento irregular, embora privado, sob pena de se afrontar a Lei 6.766/1979 e Lei 4.504/1964.*

2. *Apelação cível não provida.*

ACÓRDÃO – Acordam os Senhores Desembargadores da 3.^a T. Cível do TJDF, João Mariosi – Relator, Mario-Zam Belmiro – Revisor, Nídia Corrêa Lima – Vogal, sob a Presidência da Sra. Des. Nídia Corrêa Lima, em proferir a seguinte decisão: Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília, 24 de agosto de 2011 – JOÃO MARIOSI, relator.

RELATÓRIO – Adoto em parte o parecer do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (f.), *verbis*:

“Eremito Lopes de Souza ajuizou Ação de usucapião extraordinário em face do ‘Frigorífico Industrial de Brasília – Fibral’.

Segundo consta da inicial, o apelante, há mais de dezoito anos, seria senhor e possuidor da ‘casa 23, quadra 52, módulo A, Sobradinho’, com área total de 200m².

A Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Urbanística manifestou-se pela improcedência do pedido (f.) e a r. sentença dispôs literalmente:

‘Julgo improcedente a pretensão deduzida com a inicial e, assim, com fundamento no art. 269, I, do CPC, resolvo o processo com apreciação do mérito (f.).

Irresignado, Eremito Lopes de Souza interpôs este recurso de Apelação, sob os seguintes fundamentos jurídicos:

1 – suscita preliminar de cerceamento de defesa, vez que a sentença julgou antecipadamente a lide, sem oportunizar-lhe a produção de prova;

2 – no mérito, pugna para que o pedido inicial seja acolhido, de modo que a apelação seja provida (f.).

Após serem distribuídos, os autos foram remetidos a esta Procuradoria de Justiça para parecer.”

Sem preparo, vez que a parte litiga sob o pálio da gratuidade da justiça (f.).

O prazo para apresentação das contrarrazões transcorreu *in albis*, consoante se infere da certidão de f.

É o relatório.

VOTOS – O Exmo. Sr. Des. João Mariosi (relator):

Presentes os seus pressupostos, do recurso conheço.

Cuida-se de apelação cível interposta por Eremito Lopes de Souza em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, que julgou improcedente seu pedido para usucapião de imóvel localizado no Condomínio Fibril, Quadra 52, módulo A, casa 23, Sobradinho (DF).

Alega o autor que foi funcionário do Condomínio Fibril, pelo prazo de 03 meses durante o ano de 1993, ocasião em que lhe foi cedido o mencionado lote para residência.

Diz o requerente que o lote tem 200 metros quadrados e que mora no local com sua companhia e três filhos por mais de 16 anos.

Em seu recurso, o apelante sustenta, em síntese, o cerceamento de defesa, por falta de deferimento de perícia. No mérito, afirma-se que o bem é particular, que a metragem do lote está dentro da referência legal e constitucional, que o crescimento da cidade fez com que a natureza jurídica do imóvel fosse alterada substancialmente de rural para urbano.

O Ministério Público opina pela não procedência do recurso.

PRELIMINAR

O apelante alega, em preliminar, que a não realização da perícia configurou cerceamento de defesa.

Razão não lhe assiste.

O que o autor pretendia provar era de quem era a propriedade do bem e a avaliação das benfeitorias existentes (f.).

A matéria enfrentada pelo Magistrado foi exclusivamente de direito, o que descaracteriza a necessidade da perícia.

No caso, o Magistrado é o destinatário da prova, cabendo a ele averiguar sua indispensabilidade (CPC, art. 130)

Rejeito, pois, a preliminar.

MÉRITO

No mérito também não assiste razão ao apelante.

Legislação citada

- art. 5.º, XXXV, LIV e LV e 183 da CF/1988; art. 176, § 1.º, I e II, da Lei 6.015/1973; arts. 130, 269, I e 332 do CPC; art. 1.238 do CC/2002; art. 9.º da Lei 10.257/2001; Lei 6.766/1979; e Lei 4.504/1964.

O Magistrado julgou improcedente o pedido do autor porque o usucapião por ventura declarado atentaria contra a Lei 6.766/1979 e Lei 4.504/1964.

Esclareceu o Juiz que a parcela de terra pretendida pelo apelante está encravada em um imóvel rural, sem possuir registro autônomo, o que violaria o princípio da unitariedade e da especialização objetiva (art. 176, § 1.º, I e II, 03, da Lei de Registro Público).¹

Assim, a procedência do pedido é fraudar a Lei 6.766/1979. Nestes termos, consignou o Magistrado: “Desse modo, necessariamente deveria ter sido previamente desmembrado e o respectivo desmembramento vir a constituir unidade imobiliária autônoma e vinculada a uma matrícula própria, como ainda ter sido georreferenciado ao Sistema Geodésico Brasileiro (art. 225, § 4.º) e possuir Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR/Incra, a rigor da exigência expressa

contida no art. 176, § 1.º, II, 3, alínea *a*, da LRP. Se assim não fosse, restaria aberta a possibilidade de velada burla à Lei do Parcelamento do Solo para fins urbanos, 6.766/1979, enquanto exige a prévia aprovação do projeto de loteamento pela autoridade pública competente, que nesse ato de autorização terá possibilidade única de exame e

Jurisprudência citada

• TJDF: ApCiv 20040510056237.

controle quanto ao atendimento do projeto de parcelamento às exigências urbanísticas definidas na lei municipal/distrital, segundo preceito constitucional expresso assinalado no art. 182 e seus §§, da CF/1988.”

Frise-se que a área, embora privada, não é um parcelamento regularizado, conforme o próprio apelante declara (f.).

Em caso semelhante, este Tribunal julgou desta forma:

“Apelação – Usucapião – Parcelamento irregular – Terras particulares – Interesse jurídico na demanda – Não caracterizado – Impossibilidade jurídica do pedido – Extinção do feito – Recurso desprovido. 1 – O imóvel usucapiendo deve ser qualificado na peça exordial com a descrição de sua área e localização, de forma a não persistir uma indefinição quanto à sua propriedade e à sua situação regular, o que acarretaria a descaracterização do título no registro imobiliário. 2 – A autora não demonstrou exercer ou ter exercido a posse mansa e pacífica sobre o imóvel, eis que trata-se de loteamento irregular, que a priori requer regulamentação. 3 – Recurso desprovido. Unânime.” (20040510056237APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5.ª T. Cível, j. 22.04.2009, DJ 04.05.2009 p. 197).

1. Art. 176 – O Livro 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro 3. § 1.º A escrituração do Livro 2 obedecerá às seguintes normas: I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei; II – são requisitos da matrícula: 1) o número de ordem, que seguirá ao infinito; 2) a data; 3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação.

Ausente também comprovação de que o autor não possui outro imóvel em seu nome, conquanto tenha feito esta afirmação.

Não há, logo, qualquer violação ao art. 332 do CPC, ao art. 1238 do CC, ao art. 9.º da Lei 10.257/2001, aos arts. 5.º, XXXV, LIV e LV, e 183 da CF/1988.

Face o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

O Exmo. Sr. Des. Mario-Zam Belmiro – revisor

Com o relator.

A Exma. Sra. Des. Nidia Corrêa Lima – vogal

Com o relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta em face de decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, que julgou improcedente o pedido de usucapião de imóvel localizado no Condomínio Fibral. Na origem, o apelante ajuizou ação de usucapião em face do Frigorífico Industrial de Brasília – Fibral, alegando que seria possuidor e senhor do imóvel localizado no citado condomínio, por mais de 16 anos, tendo tal imóvel área total de 200 m². Alegou, ainda, que foi funcionário do referido condomínio por três meses, durante o ano de 1993, ocasião em que lhe foi cedido o mencionado imóvel para sua residência. Inconformado com a decisão interpôs o recurso em análise sob os fundamentos de que, preliminarmente, foi cerceado em seu direito de defesa, uma vez que a sentença *a quo* julgou antecipadamente a lide, sem que lhe fosse dada a oportunidade de produzir prova pericial e, no mérito, pedindo o acolhimento do pedido, pois o bem é particular, com metragem dentro da referência legal e constitucional e que o crescimento da cidade fez com que a natureza do imóvel fosse alterada de rural para urbano.

Analisada a questão preliminar, entendeu o Des. João Mariosi, relator do acórdão, que não assiste razão ao apelante, uma vez que o magistrado é o destinatário da prova que se pretendia produzir, cabendo a ele averiguar sua indispensabilidade, conforme art. 130 do CPC. No mérito, o relator entendeu que deve ser mantida a improcedência do pedido, pois a usucapião pretendida afronta a Lei 6.766/1979 e a Lei 4.591/1964, eis que, já na origem, ficou esclarecido que a parcela pretendida pelo apelante está encravada em imóvel rural, sem possuir registro próprio, violando o princípio da unitariedade e da especialização objetiva, previstos no art. 176, § 1.º, I e II, n. 3, da Lei 6.015/1973. Consignou o juízo *a quo* que, para ser usucapido, o imóvel deveria ter sido previamente desmembrado, constituindo-se como unidade imobiliária autônoma e vinculada à sua própria matrícula, além de possuir Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR e se submeter às regras do georreferenciamento. Por fim, aponta o relator que, embora a área seja privada, não se trata de um parcelamento regularizado e que o apelante não demonstrou não possuir outro imóvel em seu nome.

Assim, diante destes argumentos, o Tribunal entendeu que a parcela de terra usucapienda deve ser uma unidade imobiliária autônoma, com sua própria matrícula, em respeito aos princípios registra-
is anteriormente mencionados, além de não poder se referir à área encravada em parcelamento irregular. Admitir a usucapição pretendida é afrontar as Leis 6.766/1979 e 4.591/1964. Posto isto, decidiram os Desembargadores da 3.ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Mariosi – relator, Mário-Zam Belmiro – revisor, Nídia Corrêa Lima – vogal e Presidente, negar, por unanimidade, provimento ao recurso.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Tribunal de Justiça do Paraná

TJPR – ApCiv 756432-5 – 11.ª Câm. Civ. – j. 20.07.2011 –
v.u. – rel. Juiz de Direito substituto Osvaldo Nallim Duarte
– DJPR 04.08.2011 – Área do Direito: Civil; Imobiliário e
Registral.

SOCIEDADE COMERCIAL – Bem imóvel – Transmissão dominial – Necessidade de escritura pública – Ocorrência – Certidão da Junta Comercial que não é título hábil para transferência de bens imóveis, de uma sociedade, aos sócios que dela estão se retirando – Legislador que estabelece tratamento especial apenas na hipótese de composição ou aumento do capital social – Dispensa da formalidade, a bem com valor não superior a 30 salários mínimos, ademais, que só pode ser aferida mediante prévia avaliação do Fisco – Inteligência do art. 64 da Lei 8.934/1994 e do art. 108 do CC/2002.

Veja também Jurisprudência

- RDI 67/225 e RDI 39/345.

Veja também Doutrina

- Da integralização de quotas societárias com bens imóveis por sócio casado no regime da comunhão universal de bens, de Ana Paula Frontini – RDI 64/305.

ApCiv 756432-5, da Vara Cível e Anexos de São Mateus do Sul.

Apelantes: Sônia Maria Toppel Portes e outro.

Apelado: Edison Carlos Schramm.

Relator: Juiz de Direito Substituto em 2.º Grau Osvaldo Nallim Duarte (em substituição a Des. Vilma Régia Ramos Rezende)

Revisor: Augusto Lopes Cortes.

Data de Julgamento: 20.07.2011.

Publicação: DJ 04.08.2011.

Ementa: Apelação cível. Suspitação de dúvida. (1) Transferência de bens imóveis de sociedade empresarial a sócias retirantes. Necessidade de transmissão dominial por escritura pública. Bens que não compunham o capital integralizado pelas sócias. Exegese do art. 64 da Lei 8.934/1994. (2) Aplicação da regra geral do art. 108 do CC/2002. Ausência de avaliação do fisco que comprove o valor do imóvel. Insuficiência probatória.

1. *Certidão da Junta Comercial não é título hábil à transmissão de bens imóveis da sociedade para o sócio retirante, sobretudo quando não compunham o capital integralizado por ele.*

2. *A dispensabilidade da escritura pública para imóveis com valor que se alega inferior a 30 salários mínimos só pode ser aferida mediante prévia avaliação do fisco.*

Negado provimento.

I – Relatório

Trata-se de apelação cível em face da sentença que julgou improcedente o pedido inicial reconhecendo que para se transferir bem imóvel como forma de restituição do capital societário integralizado, o instrumento hábil para o registro é a lavratura de escritura pública, nos termos do art. 108 do CC/2002.

Irresignada, a parte autora apelou alegando, em síntese, que não deve prevalecer o entendimento segundo o qual o art. 64 da Lei 8.934/1994 seja aplicado restritivamente aos casos em que há composição ou aumento do capital social da empresa, assim como que o valor total dos imóveis ultrapassa o valor de 30 salários mínimos, pois tal dispositivo legal dispõe que as alterações societárias registradas e arquivadas perante a Junta Comercial possuem o condão de transferir os bens imóveis a que os sócios têm por direito, a título de restituição do capital societário.

Sustenta que o art. 167 da Lei 6.015/1973 estabelece que os cartórios de registro de imóveis realizarão o registro da transferência do imóvel quando este integrar o capital social de uma sociedade.

Aduz que da leitura dos artigos acima citados, é possível concluir que para a transferência de bens imóveis referente à transmissão de quotas de uma sociedade somente é necessária a certidão da Junta Comercial e a sua averbação perante o Registro de Imóveis, afastando-se a necessidade de escritura pública, sendo exigida somente uma alteração contratual devidamente registrada na Junta Comercial.

Sustenta, por fim, a título de argumentação, que caso seja aplicado o art. 108 do CC/2002, ainda assim os imóveis devem ser transferidos sem a necessidade de escritura pública, vez que possuem valor inferior a 30 salários mínimos.

Pugnou pelo provimento do recurso e reforma da decisão recorrida.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

O apelado apresentou contrarrazões às f., pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

O representante do Ministério Público pugnou pelo desprovimento do recurso.

Subiram os autos a esta Corte de Justiça.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de f., se manifestou no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo.

É a breve exposição.

II – Fundamentação

O recurso merece conhecimento, na medida em que estão presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

A divergência se estabelece em torno da forma de transferência de bens imóveis de uma sociedade aos sócios que dela estão se retirando.

O recurso, entretanto, não comporta provimento.

A Lei 8984/1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, estabeleceu, pelo art. 64:

“Art. 64. A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas juntas comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social.”

As apelantes pretendem que os bens imóveis sejam incorporados a seu patrimônio, como consequência de sua retirada do quadro societário e para tanto sustentam que não há necessidade de escritura pública como requer o apelado, bastando a simples apresentação de instrumento particular (alteração contratual arquivada na Junta Comercial) dividindo o patrimônio restituído entre os sócios.

As apelantes deixaram a sociedade, conforme se vê da décima quinta alteração de contrato social, recebendo os imóveis elencados às f. como restituição da sua participação societária, além de valores em dinheiro. Tal alteração foi arquivada na Junta Comercial (f.).

No caso, não houve extinção propriamente dita da pessoa jurídica, mas o que se poderia chamar de “extinção parcial”.

E, mais importante ainda, os bens imóveis recebidos na partilha do capital social não são os mesmos com que ingressaram na sociedade.

Com o art. 64, da Lei 8934/1994, quis o legislador estabelecer um tratamento diferenciado, como estímulo à atividade produtiva, isentando a pessoa jurídica de lavratura de escritura pública de transmissão e, por consequência, do pagamento de ITBI no caso de transferência a título de integralização do capital pelos sócios.

Correto, assim, o entendimento acolhido na sentença, no sentido de que a certidão expedida pela Junta Comercial é título hábil para, perante o registrador, “possibilitar a transferência de direitos reais incidentes sobre imóveis, mas sempre e unicamente para a composição ou o aumento do capital social, e nunca para sua redução ou dissolução, como é o caso dos presentes autos” (f. sentença, f.).

Legislação citada

- art. 64 da Lei 8.934/1994; art. 108 do CC/2002; art. 167 da Lei 6.015/1973; e art. 4.º da LICC.

Não há no ordenamento jurídico pátrio dispositivo estabelecendo forma diferenciada de transferência de bens imóveis de uma sociedade aos sócios que dela estão se retirando.

O legislador reservou aos casos de composição ou aumento do capital social um tratamento especial, silenciando a respeito da hipótese diversa, ou seja, redução do capital ou dissolução da sociedade.

O art. 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que a aplicação da analogia somente é possível quando determinada situação fática não possuir previsão legal no ordenamento jurídico.

No caso a premissa é falsa, porque existe a regra geral estabelecida no art. 108 do CC/2002 que dispõe acerca da necessidade da escritura pública.

A tese sucessiva de dispensa da escritura por terem os imóveis valor inferior a 30 salários mínimos igualmente não merece prosperar.

Esse valor não se presume, devendo ser devidamente comprovado pela parte que requer a sua escrituração.

Não há notícia nos autos acerca do valor dos imóveis; as apelantes não trouxeram aos autos avaliação de cada bem realizada pela repartição fiscal, nem requereram em juízo que tal ato fosse realizado.

No momento da transferência do bem no registro de imóveis, a guia do imposto de transmissão apresenta o valor da avaliação do imóvel, realizada pelo fisco. Se o valor constante na guia for menor do que 30 salários mínimos, não haverá exigibilidade de escritura pública; contudo, na hipótese contrária, esta deverá ser exigida.

Não tendo havido a efetiva avaliação dos bens a serem transferidos, não há como se presumir que seu valor seja inferior a 30 salários mínimos.

Pelos motivos acima fundamentados, acolho o parecer do Procurador de Justiça e nego provimento ao apelo, mantendo a sentença de primeiro grau.

III – Decisão

Acordam os integrantes da 11.ª Câm. Civ. do TJPR, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.

Participaram do julgamento, acompanhando o voto do relator o Des. Augusto Lopes Cortes (presidente) e o Juiz de Direito Substituto em 2.º grau Antonio Domingos Ramina Junior, substituindo o Des. Ruy Muggiati.

Publique-se.

Curitiba, 20 de julho de 2011 – OSVALDO NALLIM DUARTE, Juiz de Direito Substituto em 2.º Grau – relator Convocado.

RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de certidão expedida pela Junta Comercial como sendo título hábil para a transferência de bem imóvel, que não compunha o capital integralizado, como forma de restituição de capital social, sendo necessária a lavratura de escritura pública para esta finalidade. Irresignada, a apelante argumentou que não deve prevalecer o entendimento segundo o qual o art. 64 da Lei 8.934/1994 seja aplicado somente nos casos de composição ou aumento de capital social da empresa, assim como que o valor total dos imóveis ultrapassa 30 salários mínimos, pois o dispositivo legal mencionado dispõe que as alterações sociais registradas na Junta Comercial possuem o condão de transferir os imóveis a que os sócios têm por direito, a título de restituição do capital societário. Sustenta que o art. 167 da Lei 6.015/1973 estabelece que os Registros de Imóveis realizem o registro da transferência quando o imóvel integrar o capital social de uma sociedade, mediante apresentação da certidão expedida pela Junta Comercial, informando a alteração contratual, sendo desnecessária a escritura pública. Por fim, argumenta que, se admitida a aplicação do art. 108 do CC/2002, ainda assim a escritura pública seria dispensável, pois os imóveis possuem valor inferior a 30 salários mínimos.

Analizadas as alegações, entendeu o Juiz de Direito Substituto em 2.º Grau, Osvaldo Nallim Duarte, relator do acórdão, que houve "extinção parcial" da sociedade e que os bens imóveis recebidos em decorrência da partilha patrimonial não são os mesmos que ingressaram na sociedade, a título de integralização de capital. Por tal motivo, entendeu correta a sentença proferida pelo juízo *a quo*, onde se decidiu ser possível a transferência de direitos reais incidentes sobre imóveis, mediante a apresentação da certidão expedida pela Junta Comercial apenas nos casos de composição ou aumento de capital e nunca para sua redução ou dissolução. Isso porque, para o relator, o escopo do art. 64 da Lei 8.934/1994 é estimular a atividade produtiva, isentando a pessoa jurídica da lavratura de escritura pública e pagamento de ITBI no caso de transferência patrimonial para integralização ou aumento de capital, silenciando a respeito de hipótese diversa. Além disso, entendeu que a aplicação do art. 4.º da LICC (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) somente é possível quando a situação fática não possuir previsão legal, o que não ocorre no caso. Por fim, analisando a aplicabilidade do art. 108 do CC/2002, sustentou que os valores não podem ser presumidos, devendo ser devidamente comprovados pelo Fisco.

Por tais motivos, entendeu a 11.ª Câmara Cível do TJPR que a certidão expedida pela Junta Comercial não é título hábil para a transferência de imóvel para o sócio nos casos de diminuição ou dissolução de capital social, sobretudo quando tal bem não compunha o capital integralizado, bem como a necessidade de comprovação, pelo Fisco, de que os imóveis transmitidos possuem valor inferior a 30 salários mínimos, para a dispensa de escritura pública. Posto isto, acompanhando o relator, acoraram o Des. Augusto Lopes Cortes – Presidente, e o Juiz de Direito Substituto em 2.º Grau, Antonio Domingos Ramina Junior, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul

TJRS – ApCiv 70036035723 – 17.ª Câm. Civ. – j. 16.09.2010
– v.u. – rel. Des. Bernadete Coutinho Friedrich – DJRS
01.10.2010 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Carta de arrematação – Não inclusão de certidão negativa ambiental referente ao alienante – Admissibilidade – Direito à propriedade do arrematante, ou adjudicante, que não pode ser obstaculizado por infração, ao meio ambiente, cometida pelo antigo proprietário – Regra prevista no Código Florestal, ademais, não aplicável na hipótese em análise – Inteligência do art. 130, parágrafo único, do CTN.

Veja também Jurisprudência

- RT913/601, RDI 9/84 e RTrib 38/311.

Veja também Doutrina

- A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação – A teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à MedProv 2.221, de 04.09.2001, de Melhim Namem Chalhub – RDI 55/62;
- A proteção das florestas brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal. Da Medida Provisória 1.511/96 ao projeto de conversão do deputado Moacir Micheletto, de Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin – RDA 18/20;
- Aquisição de bem imóvel mediante arrematação judicial em hasta pública: um fato jurídico não subsumível ao arquétipo constitucional de incidência do ITBI, de Alexandre Macedo Tavares – RTrib 79/9;
- O meio ambiente e o registro de imóveis, de Marcelo Augusto Santana de Melo – RDI 57/111; e
- Responsabilidade tributária. Adquirente de bens em hasta pública. Créditos tributários e trabalhistas, de Agostinho Toffoli Tavoraro – RTrib 93/247.

Ementa: Apelação cível. Registro de Imóveis. Registros Públicos.

Carta de arrematação. Desnecessidade de apresentação da certidão de débito ambiental. Dúvida julgada improcedente.

Apelo provido. Unânime.

ApCiv 70036035723; Comarca de Nova Prata; apelante: Associação Literária São Boaventura; apelado: Oficial de Registro de Imóveis de Nova Prata.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da 17.^a Câ. Civ. do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Des. Elaine Harzheim Macedo (presidente e revisora) e Des. Luiz Renato Alves da Silva.

Porto Alegre, 16 de setembro de 2010 – BERNADETE COUTINHO FRIEDRICH, relatora.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Des. Bernadete Coutinho Friedrich (relatora):

Trata-se de recurso de apelação interposto por Associação Literária São Boaventura contra sentença que julgou dúvida suscitada por Oficial do Registro de Imóveis de Nova Prata.

Neusa Maria Cassol, oficiala do Registro de Imóveis de Nova Prata, suscita dúvida informando que Associação Literária São Boaventura pretende adquirir direito real de propriedade de imóvel rural mediante registro de carta de arrematação; deixando, todavia, de apresentar certidão negativa de multas ambientais expedida pela Secretaria Estadual da Fazenda, documento indispensável ao registro.

Transcorre *in albis* o prazo concernente à impugnação da dúvida pelo interessado (f.).

Após lançado parecer do Ministério Público, sobrevém sentença julgando procedente a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Nova Prata, sob o fundamento de que a não apresentação de certidão negativa ambiental estadual impede o registro da carta de arrematação apresentada pelo suscitante.

Inconformado, apela a impugnante. Afirma não haver logrado obter a certidão negativa ambiental do proprietário do imóvel porquanto este possuía débitos fiscais, motivo pelo qual a Secretaria Estadual da Fazenda deixou de confeccionar o documento.

Diz haver adquirido o direito à propriedade através de arrematação em leilão judicial, cujo edital informou se tratar de bem livre e desembaraçado de quaisquer ônus, não se afigurando justo que débito pessoal do devedor impeça a aquisição da propriedade pelo arrematante.

Postula o provimento do apelo, desacolhida a suscitação de dúvida.

Dada vista ao Ministério Público, sobrevém parecer opinando pelo conhecimento e provimento do apelo.

Intimada, a Oficiala suscitante informa da impossibilidade de apresentar contrarrazões, na medida em que a carta de intimação não se fez acompanhar dos documentos atinentes ao processo.

Observado o disposto nos arts. 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS – A Exma. Sra. Des. Bernadete Coutinho Friedrich (relatora):

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo.

Por primeiro, cumpre observar que a “dúvida”, incidente previsto nos arts. 198 e seguintes da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973), constitui procedimento administrativo, e não judicial.

A intimação do Oficial do Registro de Imóveis, outorgando-lhe prazo para apresentar contrarrazões, alcançou o intuito de cientificar o suscitante da dúvida quanto à interposição do recurso de apelação pelo suscitado.

Assim, o fato da carta de intimação não ter se feito acompanhar das cópias dos autos, mormente das razões de apelo, não dá azo a nulidade de qualquer espécie, mormente quando os fundamentos atinentes à impugnação do registro restam devidamente esclarecidos.

Legislação citada

- arts. 549, 551 e 552 do CPC; art. 198 da Lei 6.015/1973; art. 37 da Lei 4.771/1965; art. 130 do CTN.

Aprecio o apelo.

Trata a espécie de dúvida suscitada pela Oficial do Registro de Imóveis de Nova Prata, questionando registro de carta de arrematação desacompanhada de certidão negativa ambiental referente ao alienante.

Em seu turno, o suscitado-apelante diz insubsistente a impugnação ao registro, observado que o imóvel foi adquirido por arrematação em leilão judicial.

O apelo prospera.

A fundamentação legal pertinente à necessidade da apresentação de certidão negativa, de dívidas referentes a multas cominadas pela prática de infração ambiental, encontra-se no art. 37 do Código Florestal:

“Art. 37. Não serão transcritos ou averbados no Registro Geral de Imóveis os atos de transmissão ‘inter-vivos’ ou ‘*causa mortis*’, bem como a constituição de ônus reais, sobre imóveis da zona rural, sem a apresentação de certidão negativa de dívidas referentes a multas previstas nesta Lei ou nas leis estaduais supletivas, por decisão transitada em julgado.”

De dizer que os créditos correspondentes às multas ambientais constituem dívida ativa. Deste modo, em tratando de imóvel adquirido em hasta pública, deve-se observar a regra prevista no parágrafo único do art. 130 do CTN, pela qual os tributos, cujo fato gerador seja a propriedade do imóvel, se sub-rogam no respectivo preço.

E, como o observado no parecer ministerial exarado pela Procuradora Geral de Justiça (f.), a aquisição de bem imóvel em hasta pública “ocorre livre de ônus, respondendo o adquirente apenas pelos tributos cujos fatos geradores ocorram” posteriormente.

Deste modo, não se justifica que o arrematante ou adjudicante de bem em hasta pública tenha obstaculizado o direito à propriedade em razão de infração ambien-

tal cometida pelo antigo proprietário. De observar que a vontade do legislador, ao determinar a apresentação de certidão negativa de dívida referente a multas por infração ambiental, é a de servir de instrumento pedagógico, cerceando o exercício do direito de disposição do proprietário-infrator. Neste sentido:

“Este dispositivo tem uma importância que poucos avaliam. O seu efeito é imediato e tem grande influência em favor da fiscalização. Isto porque o proprietário de um imóvel rural não poderá transferi-lo a terceiro ou gravá-lo com ônus reais (como, por exemplo, hipotecá-lo) sem apresentar certidão negativa de débito por multa, em decorrência de infração florestal. Esta certidão será passada pelo IBDF ou por repartição estadual que tenha as mesmas funções deste. Diante de tal circunstância, o proprietário terá sempre o cuidado de evitar multas por infração florestal. É um dispositivo pedagógico. O seu conhecimento pode evitar a prática de infrações, pois o proprietário sabe que quando for vender o imóvel ou transmiti-lo por sucessão aos seus herdeiros, terá que apresentar certidão negativa de débito. E isto ele só conseguirá se não cometer infração na cobertura florestal de sua área.” (MAGALHÃES, Juraci Perez. *Comentário ao Código Florestal*. Brasília: Senado Federal, 1980. p. 121)

E, em sendo nulo o direito de disposição na alienação forçada, não se justifica a impossibilidade do registro da carta de arrematação em virtude de débito ambiental de responsabilidade do atual proprietário.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento ao apelo para julgar improcedente a dúvida suscitada.

A Exma. Sra. Des. Elaine Harzheim Macedo (presidente e revisora) – De acordo com a relatora.

Des. Luiz Renato Alves da Silva – De acordo com a relatora.

Des. Elaine Harzheim Macedo – Presidente – ApCiv 70036035723, Comarca de Nova Prata: “Deram provimento ao apelo. Unânime.”

Julgador de 1.º Grau: Carlos Koester.

RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de decisão que acolheu dúvida suscitada pelo Oficial Registrador, entendendo não ser possível a dispensa de Certidão Negativa de Débitos da Receita Federal e do INSS para o registro de carta de adjudicação de bem imóvel. Na origem, de acordo com as informações do Oficial Registrador, o Município alega a desnecessidade de apresentação das referidas certidões tendo em vista a revogação, pelo Prov. CGJ/RS 35/2008, dos arts. 465 a 469 da Consolidação Normativa Notarial e Registral, que exigia a apresentação destas. Julgada a dúvida suscitada, entendeu o juízo *a quo* que tais certidões não poderiam ser dispensadas, devendo ser mantida tal exigência. Irresignado com a decisão proferida, o apelante pugna pelo provimento recursal.

Examinada a questão, entendeu a Des. Walda Maria Melo Pierro, Relatora do acórdão, que as exigências formuladas pelo Oficial Registrador deverão ser mantidas, ainda que por diverso fundamento. Adotando os fundamentos lançados no parecer da Dra. Zuleika Pinto Costa Vargas, Procuradora de Justiça, apontou a Relatora que, ainda que seja possível o registro de ato de transferência de imóvel independentemente de apresentação, pelo vendedor, de certidões negativas, no caso analisado a situação é diversa, uma vez que, o apelante ajuizou ação de adjudicação compulsória contra o promitente vendedor, cuja sentença proferida determinou a apresentação das certidões mencionadas, com lastro no art. 47, I, b, da Lei 8.212/1991. Além disso, a revogação dos arts. 465 a 469 da Consolidação Normativa Notarial e Registral, não tem o condão de modificar o caso apresentado, pois a sentença que determinou a adjudicação mediante apresentação das certidões negativas o fez com base em lei federal ainda vigente.

Desta forma, havendo decisão com trânsito em julgado determinando a apresentação das referidas certidões, a exigência inicialmente feita deve ser mantida, sob pena de violação do Princípio Constitucional da Coisa Julgada. Neste sentido, decidiu a 20.ª Câm. Civ. do TJRS, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram deste julgamento os Des. Cini Marchionatti – Presidente e Glênio José Wasserstein Hekman – Revisor.

DANIELA DOS SANTOS LOPES

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

FÁBIO FUZARI

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

CSMSP – Conselho Superior de Magistratura de São Paulo
– ApCiv 990.10.027.101-6 – j. 14.09.2010 – m.v. – Comarca da Capital – rel. designado Des. Luis Ganzerla – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Bem de família – União civil entre pessoas do mesmo sexo – Intenção registral, como solteiro, sem indicação da entidade familiar beneficiada e sem a anuência, no ato notarial, daquele com quem o requerente afirma manter união informal – Inadmissibilidade – Requisito formal essencial não atendido – Omissão do demandante, ademais, que não pode ser suprida por instrumento particular de declaração de convivência homossexual – Observância ao princípio de instância que se impõe.

Veja também Jurisprudência

- RT 818/158.

Veja também Doutrina

- A repersonalização das relações de família, de Paulo Luiz Netto Lôbo – RDPriv 19/243;
- Bem de família no novo Código Civil e o registro de imóveis, de Ademar Fioranelli – RDI 59/13;
- Princípio da legalidade e registro de imóveis, de Flauzilino Araújo dos Santos – RDI 60/307; e
- Registros públicos, de Décio Antônio Erpen – RT 610/7.

Ementa: Registro de imóveis – Bem de família – Instituição – Ato notarial que não aponta a entidade de família beneficiada – Impossibilidade de suprimento da omissão em instrumento particular complementar – Ausência de elemento essencial do ato notarial – Dúvida julgada precedente – Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 990.10.027.101-6, da Comarca da Capital, em que é apelante Rubens José Palma e apelado o 5.º Oficial de Registro de Imóveis da referida Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, adotados os fundamentos constantes dos votos do desembargador relator designado e do desembargador revisor que

ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencidos os desembargadores Munhoz Soares e Maia da Cunha. Declarou voto o Des. Munhoz Soares.

Participaram do julgamento os Desembargadores Viana Santos, presidente do Tribunal de Justiça, Marco César, vice-presidente do Tribunal de Justiça, Munhoz Soares, Corregedor Geral da Justiça, Reis Kuntz, decano, Ciro Campos e Maia da Cunha, respectivamente, Presidentes da Seção Criminal e de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 14 de setembro de 2010 – LUIS GANZERLA, relator designado.

VOTO

Registro de imóveis – Instituição de bem de família – Princípio de instância – Aspecto material – Correlação entre pretensão registrária (extraída da apresentação contextualizada do título), qualificação e inscrição predial – Imperfeição da escritura pública – Falta de indicação da entidade de família beneficiada – Elemento essencial do ato notarial – Suprimento por declaração complementar, expressa em instrumento particular – Inadmissibilidade – Falta de comparecimento e anuência daquele que o instituidor afirma manter união informal, figurante necessário – *Unitas actus* desrespeitada – Registro inadmissível – Apelação não provida.

1 – Instituição de bem de família, sob pretensão registrária no escopo de beneficiar entidade coletiva (união homossexual) não autoriza qualificação e registro de bem de família para tutela de pessoa singular, ante o princípio de instância, em seu aspecto material, a exigir correlação.

2 – Rogação de bem de família voluntário, em benefício de entidade coletiva informal, reclama, na escritura pública (título), especificação da entidade de família beneficiada, elemento essencial do ato notarial, que não se pode suprir por declaração complementar, expressa em instrumento particular, bem como comparecimento e anuência daquele que o instituidor afirma manter união informal, observada a unitas actus.

Trata-se de apelação interposta por Rubens José Palma (f.) contra a r. sentença (f.) que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital e, portanto, negou o registro de instituição de bem de família na matrícula 36.894, por não ser outorgada por cônjuges ou por entidade familiar.

A rogação de registro foi expressa com a apresentação de escritura pública de instituição de bem de família acompanhada de declaração, em instrumento particular, de convivência homossexual, sob prenotação 222757.

Objetiva o apelo a reforma da r. sentença, para improcedência da dúvida suscitada e registro pretendido.

Sustenta ter havido, pela recusa de registro ao tempo de apresentação anterior da escritura pública (prenotação 219638), ofensa à Súmula 364 do STJ, que estende o conceito de impenhorabilidade do bem de família ao imóvel de propriedade de pessoas solteiras, separadas e viúvas. Então, em reapresentação do título, alega nova ilegalidade da recusa de registro, pois há cerca de 10 (dez) anos mantém

relação homoafetiva, residindo o casal no imóvel objeto da instituição do bem de família há mais de 5 (cinco) anos, configurando entidade familiar, anotada, ainda, a necessidade de resguardar o direito constitucional de moradia e que a família heterossexual não é distinguível da homossexual pela Constituição Federal.

Recebido o recurso em seus regulares efeitos (f.), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu improvimento (f.).

É o relatório.

De plano, observe-se a necessária correlação, em sede de bem de família voluntário, entre a rogação, a qualificação registrária e o eventual registro delas decorrente: aspecto material do princípio de instância.

Pretendido, pois, registro de bem de família no escopo de beneficiar conviventes de união homossexual, não se pode determinar registro de bem de família de exclusiva tutela da pessoa solteira do instituidor.

Embora sem rigidez formal, nosso sistema registral imobiliário acolhe o princípio de rogação ou de instância (art. 13, II, da Lei 6.015/1973) e recepciona a petição de registro *stricto sensu* na mera apresentação do título para o registro: “(...) o fato é que apenas *ut pluribus* a recepção dos títulos se confunde com a instância de seu registro. É que o direito normativo vigente reclama, para a averbação, requerimento do interessado, com firma reconhecida (parágrafo único, ao art. 246, da Lei 6015, de 31.12.1973), mas, quanto ao registro *stricto sensu*, basta a apresentação do título, contanto que não se excepcione a intenção registral” (DIP, Ricardo. “Sobre a qualificação registral”. In *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Irib-Safe, 2005. p. 195).

Se a “apresentação do título subentende ou implica o requerimento de inscrição” (CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 270), é no contexto desta apresentação que se deve extrair a pretensão de registro. Em outras palavras, porque “é necessário apresentar o documento em que se fundamente o direito que se pretende publicar” (GUERREIRO, Mouteira. *Noções de Registro Predial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 128) e porque, em nosso sistema, tal como no sistema espanhol, a apresentação do título, em si, é “circunstância que exterioriza a petição” (MONTES, Angel Cristóbal. *Direito Imobiliário Registral*. Porto Alegre: Irib-Safe, 2005. p. 277), sabe-se qual é a rogação de registro (e, dela, o direito que busca ver publicado) no exame conjugado de todos os documentos apresentados para o registro, atento não só ao principal (título), mas também ao acessório (de função complementar).

No caso, o apelante expressou sua pretensão de registro de bem de família no universo de união homossexual com terceiro (e não como solteiro): apresentou,

Doutrina citada

- VILAÇA, Alvaro. *Bem de família*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002; e
- Da instituição de bem de família no caso de união estável, de Mariana Ribeiro Santiago – *RDPriv* 18/176.

para o registro, não apenas a escritura pública em que ele consta como solteiro e sem especificação alguma da entidade familiar beneficiada, mas também a declaração de convivência homossexual. Ainda reiterou essa mesma pretensão registrária na impugnação (art. 198, III, da Lei 6.015/1973) e na apelação (art. 202 da Lei 6.015/1973).

Houvesse rogação tão somente para instituição voluntária de bem de família de solteiro, pelo registro, em benefício exclusivo do instituidor, bastava apresentar a referida escritura pública (e essa seria a discussão de admissibilidade, ou não, da inscrição rogada). Entretanto, porque se roga coisa diversa, apresentou-se, com aquela escritura pública, manca na indicação da entidade familiar beneficiária, declaração complementar, no intuito de se acolher, como entidade dessa natureza, a união homossexual expressa no documento acessório. E mais: esta rogação não só não equivale, mas exclui aquela, porque a abrangência e os efeitos jurídicos de bem de família de entidade coletiva são diversos daqueles de entidade individual, e, assim, não se pode aproveitar a rogação de uma para registrar a outra.

Bem de família voluntário (diverso, na fonte e nos efeitos, do bem de família legal) gera, em prol da entidade de família coletiva, não apenas impenhorabilidade (art. 1.715 do CC/2002), mas também inalienabilidade (art. 1.717 do CC/2002), afetação especial (art. 1.717 do CC/2002), regime de administração próprio (art. 1.720 do CC/2002) e projeção *post mortem* dos efeitos protetivos enquanto viver um dos cônjuges ou conviventes, ou, na falta destes, enquanto houver filhos menores ou incapazes (art. 1.716 c.c. art. 1722, ambos do CC/2002), impossibilitando até o inventário e a partilha do bem (TJSP, 4.^a Câ. de Direito Privado, AI 512.509.4/6-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 27.09.2007, com apoio doutrinário em Maria Helena Diniz, Alvaro Villaça de Azevedo e Zeno Veloso).

Legislação citada

- art. 6.º da CF/1988; arts. 13, II, 198, III, 202 e 246, parágrafo único, da Lei 6.015/1973; arts. 1.711, 1.715, 1.716, 1.717, 1.720 e 1.722 do CC/2002; e art. 1.º da Lei 8.009/1990.

Todavia, na eventual hipótese de bem de família voluntário em prol de pessoa solteira, considerada individualmente, seus efeitos são restritos à impenhorabilidade e à destinação domiciliar do prédio, pois os demais, a rigor, são próprios de entidade coletiva, que, nesse caso, não há.

Pretensão de registro de bem de família em sede de união homossexual, pois, traz consigo a de publicidade de situação jurídica do bem, suscetível até de projeção após a morte de um dos conviventes, na sobrevivência do outro, e de óbice à

partilha do prédio; situação essa, na raiz, própria de entidade coletiva, que não há em bem de família de pessoa solteira, ante sua tutela singular, individual.

Em suma, ante os registros diversos e excludentes por incompatibilidade de fins (um no escopo gerador de benefício comunitário; outro, de benefício individual), a rogação de um (instituição de bem de família para tutela de entidade coletiva) não autoriza registrar o outro (instituição de bem de família para tutela de pessoa singular).

A requalificação, em grau de apelação, entretanto, não pode ter solução diversa da negativa do registro pretendido, em razão da imperfeição do título de instituição de bem de família (não apontada, na escritura pública, a entidade familiar beneficiada), que não comporta complemento por declaração da parte em instrumento particular.

É certo que algumas omissões dos títulos podem ser supridas por documentos ou declarações complementares expressas em instrumento particular, inclusive para atos solenes, em que a escritura pública é da substância do ato jurídico, mas essa exceção somente é possível quando não incidir em elementos integrantes ou essenciais do ato notarial (Ap 2.543-0, rel. Des. Bruno Affonso de André, j. 04.08.1983, DOE 05.07.1983; Ap. 73.477-0/5, rel. Des. Luís de Macedo, j. 15.02.2001, DOE 28.03.2001).

Ora, em escritura pública destinada à instituição de bem de família voluntário, que é forma substancial do negócio jurídico, a especificação da entidade familiar é elemento integrante ou essencial do ato (art. 1.711 do CC/2002).

Assim, instituição de bem de família por “*cônjuges*” (sic), aponta automaticamente para tutela da família constituída pelo casamento dos instituidores, e, instituição por “*entidade de família*” (sic) diversa (v.g. união estável, família monoparental), reclama sua especificação na escritura pública.

Afinal, a teleologia do bem de família voluntário, inserto no título “*do direito patrimonial*” do livro “*do direito de família*” do novo CC, reside em “garantir um asilo à família” (VILLAÇA, Álvaro. *Bem de família*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 93), “assegurar um lar à família” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 5, p. 217; LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. vol. 1, p. 404), afetar bens “a um destino especial, que é ser a residência da família” (VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. XVII, p. 80; MARIO, Caio. *Instituições de direito civil*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. vol. 1, p. 311); “resguardar o domicílio da família e da entidade familiar” (SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Da instituição de bem de família no caso de união estável. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 18, p. 176).

E, assim, “Para que se constitua o bem de família voluntário, é necessária a configuração dos seguintes requisitos: propriedade do bem por parte do instituidor, destinação específica de moradia da família e a solvabilidade do instituidor” (MARIANA RIBEIRO SANTIAGO, ob. cit., p. 180).

Logo, abstração à matéria de admissibilidade, ou não, de bem de família em união homossexual, manifesta-se, no caso, óbice formal à pretensão registrária deduzida, pela deficiência do título de instituição consistente na omissão, no corpo da escritura pública, da entidade de família beneficiada, requisito essencial do ato solene, que não comporta suprimimento em instrumento particular complementar.

Outrossim, para além da indicação da entidade familiar beneficiada, que a escritura pública omite, seria indispensável, no ato notarial, o comparecimento,

como anuente, daquele que o apelante afirma manter união informal, pois não se pode interferir na esfera jurídica alheia sem a aquiescência do outro, que, de certo modo, seria não só beneficiado com os efeitos do bem de família, mas também ficaria em estado de sujeição ao que o novo regime jurídico lhe impõe (v.g. poder-dever de administração comum do bem de família, salvo disposição contrária do ato de instituição: art. 1.720 do CC/2002).

E, nesse particular, a *unitas actus*, própria da escritura pública – a exigir a “presença simultânea dos figurantes”, como “condição sine qua non de validade do ato” (PONTES DE MIRANDA, *Conceito e importância da unitas actus no direito brasileiro* (escrituras públicas, actos solenes, testamento). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1939. p. 10-11) –, também não está observada.

Deste modo, embora por fundamentos diversos da r. sentença, manifesta-se, no caso, a irregistrabilidade do título, em razão da imperfeição da escritura pública de instituição de bem de família, omissa em elementos essenciais para a pretensão registrária rogada (falta de indicação da entidade de família beneficiada com a instituição e falta de anuência, no ato notarial, daquele com quem o apelante afirma manter união informal), questão formal de precedência lógica à questão material antes ventilada (admissibilidade, ou não, de bem de família em união homossexual).

Resultado do julgamento: Nega-se provimento à apelação.

LUIS GANZERLA, presidente da Seção de Direito Público e relator designado.

VOTO

Com a devida vênia do eminente relator, acompanho o voto dissidente do douto Des. Luis Ganzerla.

Não mais se discute o direito à instituição de bem de família por parte de solteiro.

Ocorre que, *in casu*, o registro foi pretendido visando beneficiar a conviventes em união homossexual, o que desde logo estaria a exigir a presença na própria escritura pública, e não por declaração ou declarações complementares trazidas em instrumento particular, como aqui sucedeu, de ambos os conviventes, e a menção à entidade definida como família beneficiada.

Bom lembrar que a anuência do convivente, na escritura pública, tanto mais se imporia porque a instituição do bem de família lhe traria ônus próprios da administração comum, então criada.

Assim, como bem anotado no r. voto do eminente Des. Luis Ganzerla, não entra em linha de interesse discutir no caso presente e admissibilidade ou não da instituição de bem de família em união homossexual.

Em síntese, sigo os argumentos de tão qualificado voto, dissentindo, com o máximo respeito, da relatoria originária.

Des. Marco César Müller Valente, revisor.

VOTO

Registro de imóveis – Dúvida julgada procedente – Escritura pública de instituição de bem de família, com fundamento no art. 1.711 do CC/2002 – Proprietário solteiro – Admissibilidade – Proteção do imóvel destinado a finalidade residencial que visa à proteção da família e da dignidade da pessoa humana – Aplicabilidade da Súmula 364 do STJ – Recurso provido.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou a procedente dúvida suscitada pelo Oficial do 5.º Registro de Imóveis da Comarca da Capital e negou registro na matrícula 36.894 de escritura de instituição de bem de família, porque não outorgada por cônjuges ou por entidade familiar.

O apelante alega que a recusa do registro da instituição do bem de família contraria a Súmula 364 do STJ que estende a impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei 8.009/1990, em favor de pessoas solteiras, separadas e viúvas. Aduz que, embora solteiro, mantém relacionamento afetivo com outro homem, em companhia do qual coabita há cinco anos, o que originou entidade familiar e sociedade econômica. Assevera que a instituição do bem de família resguarda o direito constitucional de moradia. Afirmar que a Constituição Federal não distingue a família heterossexual da família homossexual. Requer a reforma da r. sentença para que seja promovido o registro da escritura pública de instituição do bem de família.

Súmula citada

- 364 do STJ.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso. É o relatório.

O apelante institui como bem de família, com fundamento no art. 1.711 do CC/2002, o imóvel objeto da matrícula 36.894 do 5.º Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

O apelante tem o estado civil de solteiro e não especificou, na escritura pública apresentada para registro (f.), a entidade familiar que será beneficiada pela instituição do bem de família.

Apesar de solteiro, porém, não há obstáculo à instituição do bem de família convencional.

A doutrina já admitia que o bem de família do art. 1.711 do CC/2002 fosse instituído por pessoa solteira, como se extrai das lições de Paulo Lôbo, *Famílias*, Saraiva, 2009, p. 381, e Rolf Madaleno, *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 381.

Na jurisprudência, a Súmula 364 do STJ consagrou o entendimento de que a impenhorabilidade do bem de família é assegurada também a pessoas solteiras, com amparo na Lei 8.009/1990. Entre os fundamentos que justificaram sua edição, está o de que “não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão” (Milton Paulo de Carvalho Filho, *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2009. p. 1899).

Jurisprudência citada

- STJ: EREsp 182.223; e
- TJSP: AgIn 512.509.4/6-00.

Assim sendo, incompreensível que a proteção dada pela Lei 8.009/1990 às pessoas solteiras não seja passível de instituição por ato voluntário.

A instituição feita por escritura não implicará efeito diverso do que se verifica no caso em que a instituição é feita pelo pai de família e a restrição

prevalece posteriormente em favor de um dos integrantes da família: viúvo, viúva, filho etc.

Em todas essas hipóteses, haverá proteção a um dos integrantes da família, que remanesceu, mas que, nessa ocasião, já não terá família a proteger.

Por razão equivalente, é possível compreender, como fizeram a doutrina e a jurisprudência, que pessoa solteira possa instituí-lo, uma vez que a residência é protegida como modo de assegurar sobrevivência digna:

“A interpretação teológica do Art. 1.º, da Lei 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão” (EREsp 182.223, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.02.2002).

Acrescente-se que a instituição do bem de família por pessoa solteira é mais conveniente ao interesse de terceiros e eventuais credores, pois estará contemplada pela publicidade que decorre do registro, ausente no bem de família legal da Lei 8009/1990.

A admissibilidade da instituição do bem de família por pessoa solteira também se ampara no fato de que a moradia é direito social assegurado pela Carta Magna (art. 6.º) CF/1988, reforçando a convicção de que a proteção gerada pelo art. 1.711 do CC/2002 deve ser interpretada de modo extensivo.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Munhoz Soares, Corregedor-Geral de Justiça.

CSMSP – Conselho Superior de Magistratura de São Paulo
– ApCiv 990.10.415.058-2 – j. 07.07.2011 – v.u. – Comarca
de São Bernardo do Campo – rel. Des. Maurício Vidigal –
Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial de registrar carta de adjudicação expedida em processo expropriatório amigável – Inadmissibilidade – Desapropriação que configura meio originário de aquisição da propriedade, sem embargo da consensualidade – Desnecessidade de observância ao princípio da continuidade, na hipótese – Inteligência do art. 35 do Dec.-lei 3.365/1941.

Veja também Jurisprudência

- RDI 67/367, RDI 29/141 e RDI 14/108.

Veja também Doutrina

- A desapropriação nas Constituições Brasileiras, de Helena Perez Moreira – RDCI 14/146; e
- A desapropriação para urbanização ou para instalação de distrito industrial perante o registro de imóveis, de Elvino Silva Filho – RDI 6/41.

Ementa: Registro de Imóveis – Desapropriação amigável – Hipótese de aquisição originária da propriedade, sem embargo da consensualidade – Composição que se limita ao valor da indenização a ser paga pelo expropriante ao expropriado – Desnecessidade observância ao princípio da continuidade – Dúvida julgada improcedente – Recurso provido para esse fim.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 990.10.415.058-2, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante o Município de São Bernardo do Campo e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do desembargador relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os desembargadores José Roberto Bedran, presidente do Tribunal de Justiça, José Santana, vice-presidente do Tribunal de Justiça, José Geraldo Barreto Fonseca, Decano em exercício, Ciro Pinheiro e Campos, Luis Antonio Ganzerla e Fernando Antonio Maia da Cunha, respectivamente, presidentes da Seção Criminal, de Direito Público e de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 07 de julho de 2011 – MAURÍCIO VIDIGAL, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de Imóveis – Dúvida – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação expedida em processo expropriatório – Processo extinto por acordo entre as partes – Desapropriação que, mesmo amigável, constitui modo originário de aquisição de propriedade – Circunstância que torna despcienda a observância do princípio da continuidade – Inteligência do art. 35 da Lei das Desapropriações – Recurso provido.

Trata-se de dúvida de registro de imóveis suscitada pelo 1º. Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de São Bernardo do Campo, a requerimento do Município de São Bernardo do Campo. O apelante apresentou, para registro, carta de adjudicação extraída dos autos do processo de expropriação por ele ajuizado contra Olívia Augusta Araújo Macedo Costa, tendo por objeto os imóveis descritos nas matrículas 11.361, 97.499 e 97.500.

Doutrina citada

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1973. vol. 5; e
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

O Oficial recusou-se a efetuar o registro, alegando que os terrenos não figuram em nome da ré da ação de desapropriação, mas da Massa Falida da Enco Zolcsak Equipamentos Industriais Ltda. O registro da arrematação dos três imóveis, obtido pela expropriada, foi cancelado por decisão da Corregedoria Permanente, mantida pela Corregedoria-Geral da Justiça. Como o processo expropriatório foi concluído por acordo, a aquisição de propriedade foi derivada e não originária, o que torna inafastável a observância do princípio da continuidade. O MM. Juiz Corregedor Permanente acolheu as ponderações do registrador, e julgou procedente a dúvida.

Inconformado com a respeitável decisão, interpôs o interessado, tempestivamente, o presente recurso. Sustenta que a desapropriação foi feita por interesse público, e que há urgência na utilização da área para fins habitacionais. Aduz, ainda, que conquanto tenha havido acordo, o processo seguiu os trâmites regulares, com a realização de perícia e o cumprimento do art. 34, da Lei de Desapropriações. A transação não desnaturou o caráter originário da aquisição de domínio, pois versou exclusivamente sobre a forma de pagamento. E, em razão disso, não era necessário observar-se o princípio da continuidade.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento ao recurso (f.).

É o relatório.

A doutrina é tranquila em apontar o título decorrente de desapropriação como originário, não dependente de registro anterior. Pontes de Miranda em “Comentá-

rios à Constituição de 1967”, vol. V, p. 435-436, 2. ed., Revista dos Tribunais, já ensinava: “O demandado não é A, dono do bem, mas quem é no momento, o dono do bem – isto é, aquele que vai perder a propriedade. Por isso mesmo, a perda acontece ainda que tenha corrido o pleito contra quem não era o dono: a desapropriação apanha o bem; e desliga-o de qualquer apropriação desde esse momento, o que põe em evidência o caráter absoluto da eficácia desapropriativa. Por isso mesmo, quando a lei diz que “os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação”, não fere os princípios: a priori, tal reivindicação estaria excluída; e está excluída a reivindicação quando o Estado não adquira. A aquisição posterior é originária; nada tem com o proprietário anterior, que perdeu a propriedade. A aquisição é *erga omnes*, incólume a qualquer pretensão do que teria sido injustamente demandado. A citação far-se-á na pessoa do proprietário, no sentido mais largo, não porque se trate da pessoa de que se vai haver o bem, e sim porque é a pessoa que consta ser dona do bem.” (...) “Se há aquisição da propriedade, após o acordo, ou após a sentença, tal aquisição é originária, desde a transcrição, se se trata de bem imóvel”.

Legislação citada

- arts. 10, 34 e 35 do Dec.-lei 3.365/1941; e art. 176, § 1.º, II, da Lei 6.015/1973.

O conceito de aquisição originária é quase tranquilamente aceito na doutrina. José Carlos de Moraes Salles, em “A Desapropriação à Luz da doutrina e da Jurisprudência”, p. 442-443, 3. ed., Revista dos Tribunais, refere-se a lições nesse sentido de Otto Mayer, Ebert Chamoun, Serpa Lopes, Viveiros de Castro e Cirne Lima. O mesmo entendimento é sustentado por Diógenes Gasparini em “Direito Administrativo”, p. 822, 13. ed., Saraiva, trazendo à colação ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello. A apelante menciona as palavras de Narciso Orlandi Neto e Afrânio de Carvalho.

No STJ, adota-se também o conceito de que a desapropriação é meio originário de aquisição da propriedade (Resp 468.150/RS e 493.800/RS).

Esse entendimento sempre vem sendo adotado neste Conselho (apelações 3.604-0, Amparo, 9937/0-1, Capão Bonito e 11.210-0/4, Suzano) Mesmo na hipótese de desapropriações amigáveis, essa era a orientação, como se verifica no acórdão proferido na apelação 9.461-09, Sorocaba, rel. Des. Milton Evaristo. Transcreve-se, em seguida, trecho do parecer que ele aprovou, de lavra do atual Des. Aroldo Viotti:

“II.a – É conhecida a orientação da jurisprudência do E. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, segundo a qual a desapropriação, por ser forma originária de aquisição, ‘independe da relação de continuidade do registro’ (ApCiv 8.293-0, de Guarulhos, j. 25.04.1988; 7.849-0, de Guarulhos, j. 29.02.1988; 7.871-0, de Guarulhos, j. 25.04.1988; 7.860-0, Guarulhos, 30.11.1987; 7.851-0, Guarulhos, 30.11.1987; 3.604-0, Amparo, 03.12.1984; 3.397-0, Piracicaba, 14.05.1984; 264.073, Santo André, 31.10.1977, dentre outros V. arestos).

II.b – A questão que ora se põe – essencial ao deslinde da presente controvérsia – reside em saber se a desapropriação efetivada ‘mediante acordo’ (art. 10, primeira parte, do Dec.-lei 3.365, de 1941), a denominada desapropriação amigável, é susceptível de tratamento registrário diverso do que se tem admitido outorgar aquela ‘intentada judicialmente’. Não se vê em que lastrear conclusão positiva. Lembra, a propósito, José Carlos de Moraes Salles (*A Desapropriação à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. RT, 1980, p. 194): ‘Acordo é a composição amigável entre o expropriado e o expropriante sobre o valor a ser pago por este àquele, em virtude da transferência forçada do bem pretendido pela Administração. Veja-se que não nos referimos à composição amigável sobre a desapropriação, mas a respeito da composição sobre o valor ou preço a ser pago ao expropriando. Com efeito, declarada a utilidade pública de um bem, não haverá acordo sobre a desapropriação, porque esta é direito atribuído pela Constituição ao Poder Público, desde que satisfeitos os pressupostos constitucionais (utilidade ou necessidade pública, ou, ainda, interesse social). O acordo não versa, portanto, sobre o direito de desapropriar, porque este, verificados aqueles pressupostos ou requisitos constitucionais, é incontestável pelo particular. O acordo versará, pois, sobre o valor do bem desapropriando. Em torno desse preço é que se compõe as partes. Não se dispõe, no acordo, sobre a desapropriação propriamente dita.

A manifestação de vontade contida na escritura de expropriação não é, assim, a causa da transferência da propriedade, assim como não é a respectiva inscrição o modo necessário à constituição de direito real imobiliário. O acordo sobre o preço indenizatório traduz, tão só, uma das formas, uma das vias instrumentais previstas em lei para que se concretize a transferência coativa do bem para o patrimônio do ente público. Não deixa de ser a desapropriação modo originário – e não translativo ou derivado – de aquisição do domínio, pelo fato de se concretizar mediante acordo sobre a indenização.

Jurisprudência citada

- STJ: REsp 468.150 e REsp 493.800;
- CSM/SP: Ap 3.604-0-Amparo, Ap 9937/0-1-Capão Bonito, Ap 11.210-0/4-Suzano, ApCiv 8.293-0-Guarulhos, ApCiv 7.849-0-Guarulhos, ApCiv 7.871-0-Guarulhos, ApCiv 7.860-0-Guarulhos, ApCiv 7.851-0-Guarulhos, ApCiv 3.397-0-Piracicaba e ApCiv 264.073-Santo André; e
- RT 760/434.

Nem há de impressionar que, na expropriação por acordo, não se confira ao titular do bem desapropriado garantia semelhante àquela de que cuida o art. 34 do Dec.-lei 3.365/1941, no tocante ao processo judicial. Nas palavras do Des. Bruno Affonso de André, em admirável voto proferido no julgamento da ApCiv 2.438-0 pelo E. Conselho (em 05.12.1983), ‘(...) caso houvesse o Poder Público desapropriado e indenizado, equivocadamente, a quem não era o proprietário da coisa, nem por isso se invalidaria a desapropriação; mesmo nessa hipótese, a *res* teria se integrado ao patrimônio, à vista da automática extinção dos direitos e ônus reais que passavam sobre o bem, exsurgindo, em remédio, a sub-rogação no valor

da indenização, segundo a regra do art. 31 da lei expropriatória, ou, na sua impossibilidade, a responsabilidade do Estado perante o antigo titular do domínio. Por certo que tal solução não comportaria agasalho, ao diagnóstico de aquisição derivada, ou, nessa ordem de ideias, de ato negocial na desapropriação amigável, porquanto *nemo transfere potest plus quam habet* (*Revista de Direito Imobiliário do Irib*, 14, p. 111).

II.c – Assentada portanto a premissa de que o registro da desapropriação amigável, a exemplo do da judicial, prescinde da observância do princípio da continuidade, tem-se que nenhuma das exigências feitas pelo Sr. Oficial merece prosperar.

Assim, se não há transmissão do direito real, não há falar em averbação do casamento do expropriado, formalidade que só teria sentido se necessário preservar o encadeamento subjetivo de alienações.

Por outro lado, se nem mesmo a existência de registro anterior, em nome do expropriado ou de outrem, era de se exigir, tampouco se pode reclamar averbação das edificações mencionadas no título, ou prévia inscrição do parcelamento em que se integram os lotes expropriados, porque tais requisitos vinculam-se indiretamente à observância da continuidade, por um de seus desdobramentos, a saber, o controle da disponibilidade qualitativa.

A se considerar que a desapropriação, sob o enfoque do direito registrário e do direito civil, é antes causa de perda do que de aquisição da propriedade, e que seu registro, no dizer de Serpa Lopes, tem, dentre outras, a finalidade de servir de ‘elemento indicativo do término da propriedade individual’ bem assim de ‘dar ciência do término de todos os direitos reais limitativos da propriedade incompatíveis com a desapropriação’ (*Tratado dos Registros Públicos*. vol. IV, Freitas Bastos, 3. ed., 1957, p. 174), a tarefa do Oficial, uma vez superada a qualificação concernente aos outros princípios registrários, que não o de continuidade, importa no caminho traçado por Afrânio de Carvalho (*Registro de Imóveis*. Forense, 1982, p. 115): ‘Se o registro existir, a desapropriação será inscrita na folha do imóvel desapropriado para assinalar a perda da propriedade do titular ali nomeado’.

II.d – A descrição que na escritura se faz dos imóveis desapropriados é bastante a atender à especialidade (art. 176, § 1.º, II, 03, da L.R.P.).

E se tem por suposto que o Oficial, no exame de legalidade que lhe incumbe, teria verificado a anterioridade do decreto de declaração de utilidade pública – cuja data não é mencionada no instrumento (f.) – em relação à data em que lavrada a escritura em causa (art. 10 do Dec.-lei 3.365/1941).”

Em tempos recentes, essa orientação modificou-se. Não se justificam, contudo, os argumentos que compõem o novo entendimento. Ensina, a propósito, Diógenes Gasparini, idem ibidem, que “mesmo na desapropriação amigável tem-se igual entendimento, dado que o expropriante e o expropriado ajustam seus interesses apenas em relação à indenização, às condições de pagamento e à transferência de posse. Vê-se que não há acerto quanto à transferência de domínio; esta é imposta

unilateralmente pelo expropriante (RDA 123/288 e RT 760/434). Daí a natureza originária da desapropriação.”

Se é originária a aquisição, não há motivo para preocupação com o registro anterior e com quem consta ser o proprietário. Não impressiona a suposição de que, neste caso, houve fraude praticada pela expropriada uma vez que arrematou duas glebas no processo de falência, tendo obtido irregularmente a carta de adjudicação e seu registro como se fossem três as glebas arrematadas e, em consequência, descoberta a falha, o registro foi cancelado, revertendo a propriedade para a firma falida. Resulta a desconsideração desses fatos de estarem os prejuízos causados ao município sendo exigidos em ação civil pública e de caber à falida, pelos meios próprios, obter a indenização pela perda de propriedade decorrente da desapropriação. Ao município apelante é impossível desapropriar novamente o que já ingressou em seu patrimônio.

Assinale-se que é da lei (art. 10 do Dec.-lei 3.365/1941) que a desapropriação deve efetivar-se mediante acordo ou judicialmente e em face disso o ajuste sobre o preço somente tem caráter de negócio jurídico nesse ponto, pois a desapropriação resulta do conjunto de atos do poder público, e não da transação. Também nessa hipótese aplica-se a regra do art. 35 do mesmo diploma, impeditiva da reivindicação do bem incorporado ao órgão público. O erro da orientação restritiva é a suposição de que o domínio se adquire pelo ajuste entre o expropriante e o expropriado, quando é o procedimento do Poder Público que o provoca. Não é o Judiciário que transfere a propriedade; ela é perdida e adquirida (não transferida) pelo procedimento do poder expropriatório.

Preocupação com fraude não justifica o entendimento restritivo, porque o administrador fraudador deverá responder civil e penalmente pelos seus atos e porque, com a impossibilidade de o bem voltar ao domínio particular, o poder público, não podendo repetir o ato expropriatório, não terá como obter o registro do bem se impedido de fazê-lo como aquisição originária.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida, fazendo-se o registro do título apresentado.

(a) Desembargador Maurício Vidigal, Corregedor-Geral da Justiça e relator (DJE 24.08.2011)

CSMSP – Conselho Superior de Magistratura de São Paulo
– ApCiv 0003713.88.2010.8.26.0274 – j. 07.07.2011 – v.u. –
Comarca de Itápolis – rel. Des. Maurício Vidigal – Área do
Direito: Imobiliário e Registral.

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO – Loteamento – Registro imobiliário – Controle formal de legalidade – Apresentação de certidão expedida por Secretaria Municipal de aprovação de loteamento, quando a lei municipal exige edição de decreto municipal – Inadmissibilidade – Recusa do registrador que guarda consonância com o princípio da legalidade estrita – Inteligência do art. 18, V, da Lei 6.766/1979.

Veja também Jurisprudência

- RT 742/208, RDI 46/244, RDI 41/108 e RDI 12/79.

Veja também Doutrina

- Alterações da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, de Diógenes Gasparini – RDI 46/66;
- O parcelamento urbanístico do solo no Brasil (uma forma de urbanificação), de Frederico Henrique Viegas de Lima – RDI 45/76;
- O registro imobiliário e a regularização de parcelamento do solo urbano, de Vicente de Abreu Amadei – RDI 41/64;
- Registro do parcelamento do solo urbano. Noções elementares, de Vicente de Abreu Amadei – RDI 47/38; e
- Registro de parcelamento regularizado (no estado de São Paulo), de José Marcelo Tossi Silva – RDI 62/38.

Ementa: Registro de imóveis – Parcelamento de solo urbano – Controle formal de legalidade – Apresentação de certidão expedida por Secretaria Municipal de aprovação de loteamento, quando a lei municipal exige edição de decreto municipal – Inadmissibilidade – Recusa que se mostrou acertada – Dúvida julgada procedente – Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0003713.88.2010.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante Maria Luiza Comércio e Empreendimentos Ltda. e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador Relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os desembargadores José Roberto Bedran, Presidente do Tribunal de Justiça, José Santana, vice-presidente do Tribunal de Justiça, José Geraldo Barreto Fonseca, decano em exercício, Ciro Pinheiro e Campos, Luis Antonio Ganzerla e Fernando Antonio Maia da Cunha, respectivamente, presidentes da Seção Criminal, de Direito Público e de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

Legislação citada

- arts. 30, VIII e 182, *caput*, da CF/1988; art. 18 da Lei 6.766/1979; e art. 364 do CPC.

São Paulo, 07 de julho de 2011.

(a) MAURÍCIO VIDIGAL

Registro de Imóveis – Dúvida – Parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/1979, art. 18) – Retificação do memorial descritivo – Exigência de aprovação pela Prefeitura Municipal (art. 18, V) – Legalidade – Certidão expedida pelo Secretário de Planejamento, sem o teor do ato administrativo de aprovação do loteamento – Legislação local que prescreve a aprovação mediante decreto municipal – Dúvida procedente – Recurso não provido.

Da decisão exarada pelo Corregedor Permanente do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Itápolis, julgando procedente dúvida suscitada pelo oficial (f.), apelou Maria Luiza Comércio e Empreendimentos Ltda., alegando essencialmente que o loteamento foi aprovado pela Municipalidade, conforme certidão que instruiu o requerimento de registro, e que é prescindível decreto, à luz da legislação federal e municipal (f.).

O recurso foi respondido (f.) e a Procuradoria Geral da Justiça se manifestou pelo improvimento (f.).

É o relatório.

Trata-se de registro do loteamento denominado *Jardim Dona Bella*, em área de 316.047,47 metros quadrados, matriculada sob 24531 no Registro de Imóveis de Itápolis.

Da nota devolutiva consta exigência de aprovação do novo memorial descritivo e plantas pela Municipalidade, bem ainda apresentação de cópia autenticada do decreto respectivo (f.).

Em que pese o inconformismo da recorrente, a recusa não se ressentir de ilegalidade.

Houve retificação do memorial descritivo de diversos lotes, em cumprimento a exigência anterior (f.); daí a necessidade de reapreciação do projeto pelo Poder Público Municipal, pois é o ente federativo incumbido de executar a política de desenvolvimento urbano (Constituição da República, art. 182, *caput*), aí compreendida a ordenação espacial (*ibidem*, art. 30, VIII).

Não caberia ao oficial de registro, diante da alteração, avaliar se subsiste adequação entre o projeto e as posturas urbanísticas, sem manifestação do Município. Ressalte-se que o controle exercido pelo registrador é formal e não de legalidade

substancial, conforme jurisprudência da Corregedoria Geral da Justiça (a respeito, v. Processo CG 61617/2010). Portanto, a recusa guardou consonância com o princípio da legalidade estrita que permeia a qualificação registrária de títulos.

Além disso, afigura-se necessária também a apresentação de cópia autenticada do decreto municipal.

A Lei 6.766/1979 enumera, entre os documentos obrigatórios para o registro especial, a “cópia do ato de aprovação do loteamento” (art. 18, V).

A recorrente insiste na suficiência da certidão subscrita pelo Secretário de Planejamento, datada de 22.07.2010 (f.). Dela consta aprovação do loteamento “em definitivo” em 22.06.2010, ou seja, faz-se mera referência a ato administrativo distinto.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a certidão é ato administrativo enunciativo e não contém manifestação de vontade, devendo expressar fielmente o conteúdo do documento original de que extraída (*Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 184).

Porém, aqui a certidão não dá a conhecer elementos essenciais do ato administrativo de aprovação do loteamento (sujeito e forma). Sem verificação do teor da suposta aprovação, viola-se regra literal da Lei 6.766/1979 e inviabiliza-se a devida qualificação registrária.

Em geral a certidão tem o mesmo valor probante do original, por ser documento emanado de agente público (CPC, art. 364), mas no caso a certidão exibida pela loteadora não podia mesmo ser considerada sucedâneo do ato administrativo.

Ademais, se há norma local prescrevendo a “aprovação através de Decreto Municipal” (Lei Municipal 2.346/2006, art. 43 – f.), *a fortiori* é de exigir-se na qualificação do registro de loteamento essa forma específica para o ato administrativo de aprovação (Lei 6.766/1979, art. 18, V). Pela regra o decreto é o ato culminante do processo de aprovação, formalizando o deferimento. O argumento de que seria necessário somente na hipótese de caução para execução das obras de infraestrutura (f.) não se coaduna com o sentido do texto. Enfim, aplicar o raciocínio propugnado pela apelante significaria descumprimento da legislação municipal.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

(a) MAURÍCIO VIDIGAL

Corregedor-Geral da Justiça e Relator.

Jurisprudência citada

- Processo CG 61617/2010.

Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo

CGJSP – Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo – *Processo 2011/68521* – j. 21.07.2011 – rel. Corregedor Geral da Justiça Maurício Vidigal – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Escritura pública – Aditamento e ratificação, após ter ocorrido seu registro – Admissibilidade – Hipóteses descritas no art. 167, II, da Lei 6.015/1973 que são meramente exemplificativas, não constituindo *numerus clausus* – Possibilidade de averbação, acerca da origem de numerário empregado no pagamento do preço de imóvel, e de cindibilidade do título para que este ingresse parcialmente no fólio real.

Veja também Jurisprudência

- RDI 60/386, RDI 59/336 e RDI 41/169.

Veja também Doutrina

- A tipicidade dos direitos reais, de Henrique Ferraz Corrêa de Mello – RDI 52/75;
- Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável, de Walsir Edson Rodrigues Júnior – RDI 70/417; e
- Superior Tribunal de Justiça. Possibilidade de averbação do protesto contra alienação de bens no registro de imóveis, de Luciano Lopes Passarelli – *RePro* 159/277.

Ementa: Registro de Imóveis – Rerratificação de escritura pública já registrada, a fim de constar que o imóvel fora adquirido com numerário originário de doação feita a um dos cônjuges, casados pelo regime de comunhão de bens, e posterior averbação dessa circunstância no registro imobiliário – Admissibilidade – Precedentes jurisprudenciais – Recurso provido.

Registro de imóveis – Hipóteses de averbação descritas no art. 167, II, da LRP são meramente exemplificativas, não constituindo numerus clausus – Possibilidade de aditamento e ratificação de escritura após ter ocorrido o seu registro – Também possível haja a cindibilidade do título, para seu ingresso parcial no fólio real – Dado provimento ao recurso.

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Cuida-se de recurso administrativo interposto por Marcello Oropallo Pascotto e Renata de Oliveira Osso contra decisão da Meritíssima Juíza Corregedora Permanente do 13.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, que indeferiu

requerimento de averbação da Escritura de Aditamento e Ratificação (f.) à margem da matrícula 37.003 da referida serventia predial (f.). Referida escritura tem o escopo de aditar e ratificar título *congénere* anteriormente lavrado, para fazer constar que o imóvel por ele alienado consistiria bem particular e exclusivo do patrimônio do varão adquirente, em razão de ter sido comprado mediante emprego de capital doado por seus genitores, excluindo-se, assim, sua cônjuge-virago, com que, à época da transação, era casado mediante comunhão parcial de bens. Constatou do aditamento, ainda, uma inclusão de cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade.

Em suas decisões de f., a MM. Juíza Corregedora Permanente acolheu os motivos da recusa expostos pelo registrador imobiliário (f.), quais sejam, que as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade só poderiam ter sido instituídas na transação original, não cabendo sua inserção a posteriori mediante emprego do título ratificador. O aditamento de um título, ademais, só seria possível até o momento do seu ingresso no fôlio real. Finalmente, a justificativa acerca da origem do dinheiro empregado no pagamento do preço (no presente caso, a doação feita pelos pais do adquirente-varão) não seria matéria passível de averbação, ante a falta de previsão expressa no art. 167. II, da LRP.

Na peça de inconformismo, sustenta-se (f.) que, na constância do casamento, o recorrente Marcello adquiriu o imóvel em discussão com numerário doado por seus pais, motivo pelo qual, por ocasião da sua separação judicial, foi tal bem arrolado como exclusivo do varão, o que contou com o reconhecimento e a concordância da cônjuge virago, a também recorrente Renata. Ocorre que a carta de sentença, oriunda da referida dissolução da sociedade conjugal, não foi admitida a registro. Isto porque, na escritura de compra e venda original, levada ao fôlio (f. v.º – R.5-37003), não constou ser tal bem exclusivo do varão, levando a crer, dada a comunhão parcial, tratar-se de patrimônio comum, adquirido durante o matrimônio com recursos financeiros de ambos.

Assim, não poderia haver alteração desta realidade por ocasião da separação, onde constou se tratar de bem particular do separando. Houve recurso a esta Corregedoria Geral da Justiça (Processo 2008/85100 – autos aqui apensados), o qual não foi provido e onde se reconheceu a necessidade de prévia rerratificação da escritura aquisitiva da propriedade (título causal) antes de qualquer inovação em sede registraria. Os recorrentes, então, elaboraram a escritura de rerratificação cuja averbação ora pretendem. Esclarecem que, sem seu prévio ingresso no fôlio predial inviável será o registro da carta de sentença extraída do processo de separação do casal. Pedem que sejam desconsideradas as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade (que podem ser deixadas de lado ante o princípio da cindibilidade), só se averbando a referência à doação, pelos pais do recorrente varão, exclusivamente a este, do numerário empregado na compra do bem.

Legislação citada

- art. 167, II, da Lei 6.015/1973; e arts. 1.658, 1.659, 1.660, I e 1.848 do CC/2002.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido do improviamento do recurso (f.).

Jurisprudência citada

- CGJ/SP: CG Processo 2008/85100, ApCiv 2003-0, ApCiv 2.177-0, EDcl 3.034-0, ApCiv 5.599-0, ApCiv 5.599-0, ApCiv 440-6/0 e Processo CG 38/1992.
- Processo 2011/68521 – CGJ/SP.

Os autos vieram remetidos do E. Conselho Superior da Magistratura a esta Corregedoria Geral da Justiça (f.).

É o relatório.

Passo a opinar.

De início, observo que um dos argumentos adotados pela MM. Juíza Corregedora Permanente deve ser afastado.

A informação acerca da origem do dinheiro empregado no pagamento do preço do imóvel (no presente caso, a doação feita pelos pais do adquirente-varão) pode ingressar no fôlio real.

A uma, considerando que as hipóteses de averbação, capituladas no art. 167, II, da LRP, são meramente exemplificativas, não constituindo *numerus clausus*, conforme reiterado entendimento desta Corregedoria Geral da Justiça.¹

A duas, ante o interesse do cônjuge em caracterizar, no seu matrimônio mediante comunhão parcial, a hipótese da aquisição de bem particular, privativo e exclusivo, nos termos dos arts. 1.658 e 1.659 do CC/2002.²

Prosseguindo, observo que as cláusulas restritivas, impostas a f. (incomunicabilidade e impenhorabilidade), foram objeto de pedido de desconsideração pelos recorrentes (f.). Assim o fizeram invocando o princípio da cindibilidade do título.

Em se acolhendo tal postulação, só seria averbada a outra informação constante da escritura de rerratificação, qual seja, a doação do numerário empregado na compra do bem pelos genitores do recorrente-varão.

Cabe agora apreciar se seria possível tal cisão.

Entendo ser positiva a resposta, admitindo tal cisão.

Assim considero por força dos seguintes precedentes desta Corregedoria Geral da Justiça:

1. Processos CG 167/2005, 215/2006 e 2010/57115.

2. Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

“O atual sistema do registro imobiliário, fundado no ato básico de cadastramento físico, já não admite o princípio pretoriano da incinbilidade dos títulos. O sistema anterior, em que não existia transcrição do imóvel, é que justificava o princípio. Hoje, o ato básico do registro imobiliário não é a reprodução textual dos instrumentos. Estes passaram a ser meio e não mais objeto de um ato reflexivo ou transcritivo (ApCiv 2003-0, Itapeceirica da Serra, 13.06.1983; ApCiv 2.177-0, Ribeirão Preto, mesma data – relator Des. Affonso de André; EDcl 3.034-0, Poá, 06.08.1984, Des. Nogueira Garcez; ApCiv 5.599-0, Franco da Rocha, 19.05.1986, Des. Sylvio do Amaral).

ApCiv 2184 1-0/1 – Data: 31.03.1995 – Localidade: Americana – Na atual sistemática de registro imobiliário, é possível joeirar os elementos válidos do título, desprezando-se o que não puder constar do registro.

ApCiv 440-6/0 – Data: 06.12.2005 – Localidade: Sorocaba – Registro de Imóveis – Escritura de compra e venda – Instrumentalização que representa a real vontade dos interessados – Ausência de ofensa aos princípios registrários e ao ordenamento jurídico – Manutenção dos atos praticados, cindindo-se o título quanto à cláusula de incomunicabilidade nele inserida, por infringência ao disposto no art. 1.848 do CC/2002 – Viabilidade do registro – Recusa afastada – Recurso provido.

(...)

Contudo, não se vislumbra a presença de impedimento algum para que o negócio, em que há doação de numerário acoplado ao pagamento do preço em compra e venda efetuada, seja instrumentalizado como efetivamente foi, não havendo, em consequência, óbice a que os títulos tenham ingresso no fôlio real.

(...)

Todavia, a nulidade ora apontada se restringe a apenas à cláusula inserida no título e não importaria na invalidade deste, mas somente na sua cindibilidade, afim de que se torne viável o seu registro a seguir.

O Conselho Superior da Magistratura tem admitido a cindibilidade do título, permitindo que dele sejam extraídos elementos que poderão ingressar de imediato no fôlio real, desconsiderando outros que necessitem de outras providências.”

Há, ainda, outra tese a ser aqui apreciada, consistente na possibilidade ou não de se aditar ou retificar determinado título após o seu registro.

Neste tocante, observo que já decidiu de modo positivo esta Corregedoria Geral da Justiça:

“CG Processo 138.458/2009

Registro de Imóveis – Escritura pública de venda e compra – Adquirente supostamente identificado pelo nome de fantasia de firma individual – Retificação administrativa do registro imobiliário ou do título aquisitivo – Inviabilidade – Ofensa aos princípios da continuidade e da especialidade subjetiva – Necessária nova manifestação de vontade das partes, por meio de escritura de rerratificação – Recurso não provido.

CG Processo 26.445/2010

Registro de Imóveis – Escritura pública de venda e compra e cessão – Cessionários indicados, no título, como compradores do imóvel assim como o eram os cedentes – Alegação de que, por se tratar de cessão gratuita, o negócio deveria ter sido identificado como doação – Pedido de retificação do registro para indicar os adquirentes como donatários – Inviabilidade – Inexistência de erro registrário – Necessária nova manifestação de vontade das partes, por meio de escritura de rerratificação para correção do alegado erro do título – Recurso não provido.

CG Processo 2008/85100 (em apenso aos presentes autos)

Registro de Imóveis – Bem imóvel adquirido pelo cônjuge varão na constância de casamento submetido ao regime da comunhão parcial de bens, sob a égide da Lei 6.515/1977 – Ausência de menção na escritura de que a aquisição se deu com numerário doado pelo genitor – Registro efetuado com base no título apresentado – Comunicação do bem nos termos do art. 1.660, I, do CC/2002 – Impossibilidade de averbação quanto a ser o imóvel próprio do varão, com amparo em declaração de ambos os cônjuges por ocasião da separação judicial do casal – Elemento estranho ao título e deste omitido – Necessidade de prévia rerratificação da escritura pública – Homologação judicial da partilha que não implica deliberação a respeito da retificação do registro ou do título que lhe deu origem – Recurso não provido.

(...) 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).

Se o suposto engano está no título que deu origem ao registro cuja retificação é pretendida, é aquele que deve ser corrigido (CSM – AC 271.205 – Santo André, j. 05.10.1978, em Registro de Imóveis, Narciso Orlandi Neto, jan./1978 a fev./1981, verbete 93, p. 103; pareceres desta E. Corregedoria Geral da Justiça, relativo aos Procs. CG 216/86 e 14/87 (Decisões Administrativas da CGJ, 1987, Ed. RT, p. 110/111 e 116/117); ao Proc. 23/86 (Decisões Administrativas da CGJ, 1986, Ed. RT, p. 118/119) e ao Proc. 259/84 (Decisões Administrativas da CGJ, 1984/1985, Ed. RT, p. 168-169), entre outros” (Proc. CG 38/92, grifos do original)”.

É caso, pois, de se dar provimento ao recurso.

Diante do exposto, o parecer que respeitosamente submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido de que seja dado provimento ao recurso, para permitir a averbação aqui pretendida. Publicada a vossa decisão e dela cientificada a douta Procuradoria de Justiça, que sejam, ao final, devolvidos os autos à origem.

Sub censura.

São Paulo, 08 de julho de 2011.

ROBERTO MAIA FILHO

Juiz Auxiliar da Corregedoria

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, dou provimento ao recurso nos termos propostos.

Publique-se. Após, devolvam-se os autos à origem.

São Paulo, 21.07.2011

Maurício Vidigal

Corregedor Geral da Justiça

The background of the page features a series of overlapping, semi-transparent circles and thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The colors are muted, consisting of various shades of gray and light blue.

Índice Alfabético- Remissivo



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio – *Wilson Gómez Ramírez* – p. 379

Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário – *Leonardo Brandelli* – p. 13

Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro – *Eduardo Augusto* – p. 387

Aquisição de imóvel rural por estrangeiro – Vide: Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro.

Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa – *Afonso Patrão* – p. 241

B

Bem de família – Registro imobiliário – União civil entre pessoas do mesmo sexo – Intenção registral, como solteiro, sem indicação da entidade familiar beneficiada e sem a anuência, no ato notarial, daquele com quem o requerente afirma manter união informal – Inadmissibilidade – Requisito formal essencial não atendido – Omissão do demandante, ademais, que não pode ser suprida por instrumento particular de declaração de

convivência homossexual – Observância ao princípio de instância que se impõe – p. 443

Bens imóveis – Vide: Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As).

Boa-fé – Vide: Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ.

C

Código Civil de 2002 – Vide: Direitos reais no Código Civil de 2002: inovações.

Consensualismo – Vide: Sistema registral francês (O).

Contrato – Vide: Sistema registral francês (O).

Contrato de financiamento imobiliário – Vide: Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário.

D

Direito de propriedade – Vide: Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro; Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As); e Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram).

Direito de superfície – Vide: Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram).

Direito português – Vide: Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As).

Direito registral – Vide: Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa.

Direito registral imobiliário – Vide: Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro.

Direitos reais – Vide: Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto.

Direitos reais menores – Vide: Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram).

Direitos reais no Código Civil de 2002: inovações – *Rodrigo Fernandes Rebouças* – p. 155

Documento electrónico – Vide: Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa.

Documento público – Vide: Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa.

E

Elementos normativos – Vide: (Juris) prudência do registrador intérprete (A).

Execução – Vide: Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ.

F

Fraude – Vide: Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ.

Função social – Vide: Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As).

G

Garantias imobiliárias – Vide: Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa.

Garantias reais – Vide: Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa.

H

Hipoteca – Vide: Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais – Da viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa.

I

Imóveis rurais – Vide: Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro.

Incorporação imobiliária – Vide: Mandato para incorporar como forma de mandato sem representação (O).

Instituições financeiras – Vide: Análise económica do contrato de financiamento imobiliário.

Interesses privados – Vide: Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As).

Interesses públicos – Vide: Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As).

Interpretação da lei – Vide: (Juris)prudência do registrador intérprete (A).

J

Julgamento antecipado da lide – Admissibilidade – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Usucapião – Instrução probatória considerada desnecessária pelo magistrado – Matéria enfrentada, na hipótese, que é exclusivamente de direito – Inteligência do art. 130 do CPC – p. 427

(Juris)prudência do registrador intérprete (A) – *Marcelo Guimarães Rodrigues* – p. 305

L

Law and economics – Vide: Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário.

Legislação municipal – Vide: Restrições urbanísticas convencionais e conflito com a legislação municipal.

Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As) – *Madalena Teixeira* – p. 49

M

Mandato – Vide: Mandato para incorporar como forma de mandato sem representação (O).

Mandato *in rem suam* – Vide: Mandato para incorporar como forma de mandato sem representação (O).

Mandato para incorporar como forma de mandato sem representação (O) – *Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto* – p. 139

Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto – *Márcio Ricardo Staffen* – p.77

N

Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ – *Jefferson Douglas Santana de Melo* – p. 207

O

Obrigações – Vide: Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto.

Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram) – *Margarida Costa Andrade* – p. 93

Oficial registrador – Vide: (Juris)prudência do registrador intérprete (A).

P

Parcelamento do solo urbano – Loteamento – Registro imobiliário – Controle formal de legalidade – Apresentação de certidão expedida por Secretaria Municipal de aprovação de loteamento, quando a lei municipal exige edição de decreto municipal – Inadmissibilidade – Recusa do registrador que guarda consonância com o princípio da legalidade estrita – Inteligência do art. 18, V, da Lei 6.766/1979 – p. 457

Posse – Vide: Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram).

Propriedade – Vide: Limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no direito português (As); e Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto.

Propriedade horizontal – Vide: Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram).

Q

Qualificação registral – Vide: Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio.

R

Registro de imóveis – Averbação – Ação civil pública ambiental – Admissibilidade – Demanda averbada, na matrícula do imóvel, como forma de informação sobre a real situação do empreendimento imobiliário – Ato que se coaduna com a finalidade do sistema registral e com os direitos dos consumidores – Inteligência dos arts. 167, II, e 246 da Lei 6.015/1973 e dos arts. 6.º e 31 da Lei 8.078/1990 – p. 415

Registro de imóveis – Recusa do Oficial de registrar carta de adjudicação expedida em processo expropriatório amigável – Inadmissibilidade – Desapropriação que configura meio originário de aquisição da propriedade, sem embargo da consensualidade – Desnecessidade de observância ao princípio da continuidade, na hipótese – Inteligência do art. 35 do Dec.-lei 3.365/1941 – p. 451

Registro de imóveis – Vide: Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio; e Sistema registral francês (O).

Registro imobiliário – Bem de família – União civil entre pessoas do mesmo sexo – Intenção registral, como solteiro, sem indicação da entidade familiar beneficiada e sem a anuência, no ato notarial, daquele com quem o requerente afirma manter união informal – Inadmissibilidade – Requisito formal essencial não atendido – Omissão do demandante, ademais, que não pode ser suprida por instrumento particular de declaração de

convivência homossexual – Observância ao princípio de instância que se impõe – p. 443

Registro imobiliário – Carta de arrematação – Não inclusão de certidão negativa ambiental referente ao alienante – Admissibilidade – Direito à propriedade do arrematante, ou adjudicante, que não pode ser obstaculizado por infração, ao meio ambiente, cometida pelo antigo proprietário – Regra prevista no Código Florestal, ademais, não aplicável na hipótese em análise – Inteligência do art. 130, parágrafo único, do CTN – p. 438

Registro imobiliário – Escritura pública – Aditamento e ratificação, após ter ocorrido seu registro – Admissibilidade – Hipóteses descritas no art. 167, II, da Lei 6.015/1973 que são meramente exemplificativas, não constituindo *numerus clausus* – Possibilidade de averbação, acerca da origem de numerário empregado no pagamento do preço de imóvel, e de cindibilidade do título para que este ingresse parcialmente no fôlio real – p. 460

Registros públicos – Vide: (Juris)prudência do registrador intérprete (A).

Restrições urbanísticas convencionais e conflito com a legislação municipal – Fábio Ribeiro dos Santos – p. 407

S

Segurança jurídica – Vide: Alcances de la calificación registral y el exceso calificadorio.

Sistema de transmissão da propriedade imobiliária – Vide: Sistema registral francês (O).

Sistema registral francês (O) – Mônica Jardim – p. 323

Sociedade comercial – Bem imóvel – Transmissão dominial – Necessidade de escri-

tura pública – Ocorrência – Certidão da Junta Comercial que não é título hábil para transferência de bens imóveis, de uma sociedade, aos sócios que dela estão se retirando – Legislador que estabelece tratamento especial apenas na hipótese de composição ou aumento do capital social – Dispensa da formalidade, a bem com valor não superior a 30 salários mínimos, ademais, que só pode ser aferida mediante prévia avaliação do Fisco – Inteligência do art. 64 da Lei 8.934/1994 e do art. 108 do CC/2002 – p. 433

Súmula 375 do STJ – Vide: Novos contornos da fraude à execução: consoante a Súmula 375 do STJ.

Superficies solo cedit – Vide: Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram).

T

Teoria dos jogos – Vide: Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário.

U

Usucapião – Inadmissibilidade – Imóvel particular – Parcelamento irregular – Parcela de terra usucapienda que deve, necessariamente, ser uma unidade imobiliária autônoma e vinculada a uma matrícula própria, sob pena de se violar os princípios da unitariedade e da especialização objetiva – Inteligência do art. 176, § 1.º, I e II, da Lei 6.015/1973, da Lei 6.766/1979 e da Lei 4.504/1964 – p. 427

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *currículo* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

-
11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
 12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
 13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
 14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
 15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
-

- ALBERGARIA, A. *Cinco anos sem chover: história de João Louco*. Recife: Sertão, 1999.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. *Código Penal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos.
- ESTEFAM, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [www.damasio.com.br/?category_id=506]. Acesso em: 24.09.2008.
- GOMES, Luís Gustavo et alii. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Sertão, 1999. vol. 3.
- KELSEN, Hans. *Direito positivo*. 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: STOCO, Rui (coord.). *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II.
- SILVA, José Augusto da. *Ação declaratória*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.
- _____. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24.01.2004.
- SOUZA, Artur César. As cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*. vol. 874, p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.

Diagramação eletrônica:
Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.